

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Владан С. Бојић

**ВАНСУДСКА РЕАЛИЗАЦИЈА
ХИПОТЕКЕ**

докторска дисертација

Београд, 2022.

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Vladan S. Bojić

**THE OUT-OF-COURT PROCEDURE
FOR
ENFORCEMENT OF HYPOTHEC**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2022.

Подаци о менторима и члановима Комисије за одбрану докторске дисертације

Ментор:

др Милош Живковић, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду

Чланови комисије:

др Милош Живковић, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду

др Раденка Цветић, редовна професорка, Правни факултет Универзитета у Новом Саду

др Снежана Дабић Никићевић, доцент, Правни факултет Универзитета у Београду

Датум одбране: _____

Подаци о докторској дисертацији

Наслов докторске дисертације:

„Вансудска реализација хипотеке“

Сажетак:

Предмет докторске дисертације је дефинисање суштинског значења вансудске реализације хипотеке из хипотековане непокретности. Зато обухвата хипотекарову власт да сâм, односно да овлашћено лице покрене процесноправни механизам уновчења хипотековане непокретности, од момента кад облигациони дужник западне у доцњу и изазове законом и/или уговором предвиђене услове за активацију хипотекареве власти. Та установа потпуно искључује улогу или бар надзор суда или другог органа државне власти, што значи да целокупан поступак има све битне елементе, по нарави – приватног извршења. Ту власт хипотекар изводи непосредно из закона.

Наиме, законски је концепт да хипотекар *ex lege* стиче дискрециону власт да сâм или посредством овлашћеног лица које се уговором именује за „независно и професионално лице“: *прво*, да оцени доспелост потраживања; *друго*, да процени висину свога потраживања; *треће*, да утврди цену хипотековане непокретности; *четврто*, да је уновчи. Хипотекар има и *ex lege* власт да на аукцији својим потраживањем сâм купи од овлашћеног лица хипотековану непокретност. То овлашћено лице се именује у фази обезбеђења потраживања као главни услов да корисник кредита или зајмопримац уопште добије тражени кредит/зајам. У тој фази обезбеђења потраживања није спорно да су стране у неједнаком положају, да је посредни адхезиони уговор – припремљен и састављен по диктату хипотекара.

Не може бити спорно ни то да, изузев свих осталих уговорних састојака, хипотекар, подразумевано, овлашћује лице од поверења које ће испуњавати његове захтеве. Притом, тако овлашћено лице није независно, иако га законодавац у Закону о хипотеци Србије предвиђа као лице које се професионално бави пословима који спадају у његову редовну делатност, а у Закону о извршењу и обезбјеђењу Црне Горе дословно: *јавни извршитељ, адвокат и агенција за промет непокретности*. У Србији то лице наступа по самој сили закона као „законски заступник“ власника хипотековане непокретности, а у Црној Гори наступа „у име“ власника хипотековане непокретности. Те законске „спојнице“ овлашћеног лица с власником хипотеке непокретности откривају сву суштину проблема.

Обе земље су, по сопственим признањима, такав процесни механизам преузеле из правне установе *mortgage* (даље: моргиџ) карактеристичне за систем *common law*, односно из права Сједињених Америчких Држава. Међутим, сада је јасно да се није водило рачуна о правној структури моргиџа и, још више, о бројним особеностима система *common law*, наспрам система *civil law*. Наши законодавци се нису повели чињеницом да ту установу, то јест процесни механизам који се одвија у приватној режији, ипак није преузела ниједна земља Евопске уније, односно система *civil law*, где је тај независан трећи субјект, по традиционалном правилу, суд или пак субјекти под будним надзором суда.

Тим путем је у наше правне поретке закорачио својеврстан реметилачки правни иритант, који је и нарушио и оштетио наше ионако крхке правне системе.

Правна транспозиција вансудске реализације хипотеке изазвала је велику парницу у круговима правних теоретичара, али и девијације у пракси. Отворен је неприхватљиво велики простор за различите злоупотребе.

Дужници по хипотеци, односно власници хипотекованих непокретности тај начин су допали у изузетно тежак положај, а делом сад још и хипотекари. Ту су се добро снашли професионалци свих профила схвативши да су таква законска решења идеална за убирање њиховог екстрапрофита. Данас је сасвим извесно да законодавци нису спровели анализу транспланта који преузимају и преиспитали све друге важне околности за материјалноправну установу моргиц, али и систем *common law*, где и у каквој стварности тај модел функционише. Напротив, преузет је „само“ изведен правни пут из установе моргица, односно како се он реализује – вансудски. Законодавац се ван сваке разумне сумње ослонио на *амерички пут*, објашњењем да је *суд спор* и да је најподесније да се *без суда* реализују хипотеке (схваћене као синоним за моргице) и привуку стране инвестиције јер ће пут бити ефектан и ефикасан.

Иначе легитимним процесом опште дејудицијализације, то јест измештања послова из надлежности суда на: јавне бележнике, посреднике јавне извршитеље и друге инстанце, неке као старе, а неке и нове правосудне професије, подведено је приватно извршење, с потпуно законом дефинисаним тачним називом – вансудско намирење хипотекарних поверилаца.

Предметну установу су прихватиле Украјина (2003), Црна Гора (2005) и Србија (2006), те Казахстан и неколико земаља бившег Совјетског Савеза. Иницијалне амбиције законодаваца су се већ на почетку сусреле с низом проблема. Зато су законодавци Србије и Црне Горе, напоредо с тим трансплантом, и законима о извршењу и обезбеђењу 2011. године „иновативно“ уврстиле нове извршне исправе, бројне правно необичне и крајње проблематичне исправе, *inter alia*, додатно и посебно уговор о хипотеци и још једнострану хипотеку.

Управо таквим подухватима законодаваца откривено је да нешто с вансудским путем реализације хипотеке дефинитивно не ваља. У Републици Србији су онда уследила мењања и допуњавања закона, а после је уследила и позната одлука Уставног суда Р. Србије. У Црној Гори није било никаквих интервенција. Разматрањем садржаја законских интервенција и одлуке Уставног суда Р. Србије, може се закључити да учињеним интервенцијама није ни издалека решен проблем већ је само „народу саопштено“ – да прави проблеми следе.

Из веобухватних упоредних истраживања и анализа, понајвише и понајпре релевантних разилазећих тачака разликовања система *common law* и *civil law*, затим и разликовања материјалноправних структура стварног права, као и моргица и хипотеке, проистекла су веома поуздана а вишеслојно и потврђена сазнања о неодрживој инкопатибилности.

Та инкопатибиција је у основама система *common law* и *civil law* и битно друкчијег концепта класичног модела моргица и хипотеке. Зато је та проблематика тек нужан исход несазрелог преузимања правног механизма инхерентног моргицу и систему *common law*. Феноменологија тог правног транспланта, реално „правног иританта“, учинила је да профил теме сеже до главних узрочника отказа очекиване ефикасности и ефикасности. Синтеза узрочника је потврдила да другачији резултат ни објективно није могао бити. Нормативно преправљање тог правног транспланта и његово *одомаћење* у европскоконтинентално породици права јесте и биће гранично – немогућ захват. Правне идеје законодаваца у тематској сфери су, према свим показатељима правне праксе, утицале на опште погоршање стања ствари. То погоршање није захватило, иако се понајпре на њих одразило, тек хипотекарне дужнике већ сад извесно и хипотекаре, па је то постало до усијања горуће место и крупан „реметилачки фактор“ правних поредака Србије и Црне Горе.

Компликације у укрштањима правних система указују на проблем. Данас, вансудски *modus operandi* једва да и функционише јер се хипотекари враћају судској надлежности и јавним извршитељима. То је зато што, како год спровели приватно извршење, хипотекару или купцу (што је раритет) тек следи парница јер се вансудском продајом може добити тек „гола својина“, то јест *nuda proprietas*. У Србији је стање погоршано јер, као што је фидуција *казала*, због дугих спорова пред Управним судом и посесорном парницом, тако сада из истих разлога *казује* вансудско извршење те хипотеке. По правноснажности одлуке из управног спора хипотекара тек чека судска парница за депосесију. Те и такве парнице теку широм Црне Горе. Притом не треба превидети ванредно правно средство у врховној судској инстанци против пресуде Управног суда, па уставну жалбу, а и представку Европског суда за људска права у Стразбуру. Вансудска реализација хипотеке у пракси је компромитована као делотворно обезбеђење. Заправо, десило се супротно – уз мноштво „мртвих норми на папиру“ (као и у случају фидуције у Црној Гори) иста судбина извесно чека и вансудско извршење хипотеке. Штетност и опасност тих норми је ноторна.

Учинци су дакле, поражавајући. Није остварен циљани развој хипотекарног тржишта; хипотекари су стекли претежно тек привидну предност; хипотекарни дужници су стављени у положај пуне неизвесности, није реуспостављен баланс хипотекара и дужника по хипотеци. Банке су, као креатори нових кредитних линија и банкарских производа, „устукнуле“ па нема ни економског развоја друштва. Све што се хтело онда сада се свело на негативне последице. Испитивање ће поставити дилему конципирану у два правца: *први*, да се тај правни трансплант оспособи и укључи суд; *други*, ако то пак не успе, опција је – аброгирање вансудске реализације хипотеке.

Услов делотворности хипотеке је у учвршћивању правне сигурности и правичној равнотежи права и интереса хипотекара и дужника „по хипотеци“. Према природи ствари, хипотекар и хипотекарни дужник постају крајње супротстављене стране од момента кад наступи неиспуњење обавеза. Тада хипотекар жели што је могуће пре да уновчи хипотековану ствар, са што мање издатака и без приговора, али, ако се томе удовољи, тада се хипотекарни дужник обесправљује и равнотежа правичности се кида. Законодавац је дужан да узакони елементарно поремећену равнотежу у правном поретку тих *ствари*.

Дакле, основни концепт подразумева укључење трећег независног фактора, што је у овдашњим приликама једино и само *суд*. Уз све устаљене критике, јасно је да само суд може осигурати равнотежу „прихватљиве мере у управљању ризика“. Превасходно због тога, будући да није посреди, примерице, иселјење лица из непокретности јер је ту сужен простор за пристрасно деловање и трајне лоше ефекте. Али, намирање хипотеке из вредности непокретности, њене процене, вештачења, утврђења висине потраживања хипотекара надасве и законом предвиђеног *клизања цене* током надметања оставља „широм отворена врата“ свакаким злоупотребама. Јавни бележници, јавни извршитељи су, нажалост, за наше прилике реално веома младе правосудне професије, тачније професије у формирању, па је до стицања довољне кредибилности, ауторитативности, репутације и општег јавног поверења потребан незаобилазан фактор – проток времена.

Будући да су у фази обезбеђења вишеструко заобиђене парнице и (јавнобележничким записом, судским споразумом према Закону о извршењу и обезбеђењу јер *per se* имају снагу извршних исправа) уз нове извршне исправе, судски извршни поступак хипотекара/купца води до потпуне својине, дакле и државине, па је централно питање делотворности тако разрешиво. Да ли ће и када објективно судови и у другој фази обезбеђења, то јест у фази намирања, конкретно у поступку реализације хипотеке, постепено делегирати те предмете, ваља разматрати путем сталних инклузивних и транспарентни несамообмањујућих – евалуација.

Кључне речи: хипотека, mortgage, вансудска реализација хипотеке, приватно извршење, правни транспланти, правична равнотежа, Common law > Civil law, аброгација

Научна област: Правне науке

Ужа научна област: Грађанскоправна област

Information about The Doctoral Dissertation

Title:

„The out-of-court procedure for enforcement of hypothec“

Abstract:

The subject of doctoral dissertation is the definition of the constitutive meaning of the out-of-court enforcement of hypothec from the mortgaged immovable property. Hence, it includes a mortgagee's power to institute on his own, or by an authorized person, a procedural-law mechanism of collecting a pecuniary claim out of a mortgaged property from the moment when the enforcement debtor is in default to pay the debt and causes the law and/or contract prescribed stipulations for putting the mortgagee's authorization into enforcement. A concrete institution completely excludes the role or at least the custody of the Court or other state body which means that the whole procedure in nature has all the necessary elements of private enforcement. An authorization to do so by a mortgagee directly arises from the Law.

Namely, the Law has been conceptualized in a way that the mortgagee *ex lege* acquires a discretionary authority to appraise that the claims are being due for payment by himself or with an authorized person being appointed as “an independent and professional person” prescribed by the Agreement; the second - to appraise the amount of his claims; the third - to determine the value of his claims; and the fourth - to cash it. Mortgagee has also an *ex lege* authority to “purchase” a mortgaged property by means of his own claims on a public auction. Such authorized person is appointed at a phase when claims are being secured as a precondition for credit beneficiary or a borrower to be granted a concerned credit/ loan. At that phase of securing the claims it's not disputable that parties may be in an unequal position, that it is in force an Adhesive Agreement – upon a mortgagee's order.

It may also not be disputable that, except all other contract elements, that a mortgagee may authorize a person who will meet his requests. Besides, such authorized person cannot act independently, irrespective of the fact that they are being provided for as a person who professionally performs his own tasks which fall within his regular activity by the Law on Mortgage of the Republic of Serbia, where in the Montenegrin Law on the Enforcement and Securing of Claims literally provides for as a public enforcement officers, attorneys at law and estate agencies. In Serbia such person who acts by virtue of law is a “legal representative” of the owner of a mortgaged property. And in Montenegro he acts “on behalf” of the owner of mortgaged property. Such legal “joints” of authorized person with the owner of mortgaged property reveal the nature of the problem.

Both countries avowedly have adopted a concerned procedural mechanism from the legal institution Mortgage Common Law System which falls within USA Law. However, now it is obvious that our lawmakers didn't take care about a legal structure of mortgage and numerous particularities of Common law system in relation to Civil law system. Our lawmakers were not guided by the fact that this institution, that is a procedural mechanism which is carried out in private was not adopted by any other EU country, respectively a Civil law system where that independent third party is traditionally a court or an entity under the custody of a court.

In such way, a legal irritant has been introduced into our legal system and both violated and affected our already fragile legal systems.

This legal transposition of the out-of-court enforcement of hypothec has stirred up “an endless suit” among circles of legal practitioners as well as deviations in practice. An immense room for miscellaneous malpractices has opened.

Mortgage debtors, i.e. owners of mortgaged properties have fallen into an extremely unenviable position and jeopardy where mortgagees, particularly multi-profiled practitioners have realized that such legal decisions are ideal to gain extra profit. It is evident today that legislators have not conducted a transplant analysis that they are adopting, as well as that they also failed to review other relevant circumstances concerning this procedural-law-institution – mortgage, as well as Common law system – in general where and how such system functions. On the contrary, only a legal path induced from the mortgage has been taken over, i.e. the manner of its enforcement – by way of out-of-court enforcement. A legislator has undoubtedly relied on “American path”, explaining it that the courts are too slow and that the most suitable way is the enforcement of hypothec (perceived as a synonym for mortgage) through out-of-court system, and that way attract foreign investments, because the system would be efficient.

In otherwise legitimate process of displacing affairs which fall within the court jurisdiction on: notaries, mediators, public enforcement officers and others, some older and some recent judiciary vocations, a private enforcement has also been brought under such jurisdiction, named out-of-court settlement of mortgagees.

A concerned institution was passed by Ukraine in 2003, by Montenegro in 2004, by Serbia in 2005, respectively in 2006, then by Kazakhstan and several countries of former USSR. Initial ambitions of legislators had already encountered numerous problems at the very beginning. Therefore, Montenegrin and Serbian legislators, concurrently with the import of this institution, laws on enforcement and securing of claims have listed as completely new enforcement deeds a number of non-standardized instruments in 2011, as well as, inter alia, a Hypothec Agreement and a trust deed, i.e. a single-sided hypothec.

Such attempt of a legislator already indicated that something with the out-of-court hypothec enforcement is wrong. This was accompanied with the amendments of the law in Serbia after which the Constitutional Court rendered a Decision. But in Montenegro no proceedings have been instituted. Having considered a content of the statutory interventions and the Decision of the Constitutional Court of Serbia, it may be inferred that no problem has been solved by means of such interventions, but only “announced” that the real problems are yet to follow.

By thorough comparative analysis and research, and mostly analyzing the relevant points of differentiating the Common law system from the Civil law system, then differentiating the procedural-law structures mortgage and hypothec, some reliable and multileveled argued findings have arisen which point out to the unsustainable incompatibility.

That incompatibility is in the basis of the Common law system and the Civil law system, and a relevantly different concept of a traditional mortgage and hypothec model. For that reason, the whole problem is actually an inevitable outcome, an un mature adoption of procedural-law mechanism that is inherent to the mortgage and the Common law system. The phenomenology of legal transplant, in theory defined “legal irritant”, has produced such a scope of topic which reaches main causes that led to the decline of efficiency and effectiveness of the system. The synthesis of key causes confirmed that some other result could not be expected. Normative correction of the concerned legal transplant and its adaptation in the European-continental family of law is and will be little short of a daring undertaking. Legal notions of legislators within the thematic field, according to all parameters from the practice, have only worsened the state of affairs. That aggravation not only took hold on

mortgagers, as previously reflected, but on mortgagees as well and consequently became a burning issue and disrupting factor in judiciary system of Serbia and Montenegro.

The complications in the intertwining of legal systems accentuate the problem. Today, out-of-court *modus operandi* barely functions, due to the reason that mortgagees turn back to court authority more and more, that is to the public enforcement officers. That is because no matter how the private enforcement on behalf of the mortgagor or a buyer is conducted (which is a rarity), a litigation is not earlier then to follow, since they only may acquire “a bare property” i.e. *nuda proprietas* through the out-of-court selling. In Serbia a situation is additionally aggravated due to the long ago failure of fiduciary for slow disputes before the Administrative court and now from the same reasons the out-of-court enforcement fell short. Upon rendering a Decision from the administrative dispute a final, a mortgagee awaits a litigation for deposeession of former owner. Such litigations are already being conducted in Montenegro. The extraordinary legal remedy to the Supreme Court against the judgment of the Administrative Court, then the constitutional appeal, and the petition of the ECHR in Strasbourg. Out-of-court realization of a hypothec in practice is compromised as an effective means of securing of the claims. Accordingly, it turned out that everything despite the expected had happened, that apart from numerous “dead norms on the paper” it is likely that similar destiny befalls on out-of-court hypothec enforcement. The harmfulness and danger of these norms is notorious.

The effects are therefore devastating. No progress in the development of hypothec market has been made neither mortgagees gained any advantage, mortgagers are left in a position of extreme uncertainty and no balance between mortgager’s interests and mortgagee’s interests has been re-established. There are even no banks as the institutions which launch the opening of new credit lines and new bank products, neither the economic progress of a society is evident. Everything that was planned to be done, now has been reduced only to negative consequences. An analyzing will raise up a dilemma conceptualized into two directions: the first- to try to assimilate this legal transplant with the key role of the court through pre-standardization; and if that does not work, the second – the option to abrogate such out-of-court enforcement of hypothec.

A prerequisite for functioning of the hypothec is in securing the claims and in the establishment of reasonable balance between the right and interest of a mortgagee and a mortgagor. A mortgagee and a mortgagor become per se utterly opposed parties from the moment when the non-compliance with the obligations emerges. Namely, at that moment a mortgagee wants to cash a mortgaged property as soon as possible, with less expenses and without making objections to it, but if his demands are failed to be observed, then the mortgager is left discriminated and the balance of fairness is disrupted. It is on a legislator to make the elementary disrupted balance part of the legal order of such matter.

Thus, the underlying concept implies the engagement of “a third independent factor” which in the current circumstances may only a court be. Apart from the most severe critics, only the court may solely ensure the balance of admissible measure. First and for all it is not under a question a displacement of persons from property since the likelihood for biased operation and long-term effects has been reduced. But, when it comes to paying off the hypothec out of the value of property, the appraisal of its value, carrying out the expertise report and determining an amount of due claims of mortgagee and the law prescribed volatility of price during public bid, it leaves an open space for any kind of fraudulent conduct. Public notaries and public enforcement officers are, unfortunately, vocations that are quite young and unaccustomed to current circumstances, i.e. vocations still in progress, and until acquiring sufficient credibility, authoritativeness and reputation, i.e. a general public confidence, an unavoidable factor is needed indeed and that is simply - time.

Since in the phase of securing the claims “litigations are evaded” in many ways (with notary record, with court agreement by the Law on Enforcement and Securing of Claims, because per se they have a power of enforcement instruments) along with the enforcement deeds, the sole court enforcement

procedure of mortgagee or a buyer “leads to entire possession”, therefore to the tenure, then the key issue is solved. Whether the courts will gradually delegate these subjects and when during the second phase of securing the claims, i.e. the settlement phase, specifically in the phase of enforcement of hypothec, should be considered through constant inclusive and transparent non-self-deceiving evaluations.

Key words: hypothec, mortgage, out-of-court enforcement of hypothec, private enforcement, legal transplants, balance, Common law > Civil law, abrogation

Scientific field: Legal science

Scientific subfield: Civil law

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
-----------	---

Први део

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ

1. Материјалноправни аспекти хипотеке у прошлости.....	8
1.1. Зачеци и деривације хипотеке у Старом веку	9
1.2. Одумирање хипотеке и механизма реализације у средњем веку.....	14
1.3. Хипотека и њена реализација у средњовековном европскоконтиненталном праву.....	15
1.4. Особености англосаксонских стварних права спрам хипотеке и њене реализације	17
2. Реуспостављање хипотеке и механизма реализације у новом веку.....	19
2.1. Реуспостављање хипотеке и механизма реализације у европскоконтиненталном праву новог доба	19
2.2. Особености реуспостављања средстава обезбеђења потраживања и механизма реализације у англосаксонском праву.....	23
3. Процесноправни механизми реализације хипотеке у прошлости.....	25
3.1. Првобитне карактеристике реализације хипотеке.....	25
3.2. Развитак и промене механизма реализације хипотеке у Србији и Црној Гори.....	28

Други део

САВРЕМЕНО СТАЊЕ – КОМПАРАТИВНИ ПРЕГЛЕД

1. Велики правни системи и осврти на посебне системе права.....	32
1.1. Европскоконтиненталноправни системи	33
1.1.1. Италија.....	33
1.1.2. Француска.....	34
1.1.3. Швајцарска.....	35
1.1.4. Немачка.....	36
1.1.5. Аустрија.....	38
1.1.6. Украјина.....	40
1.1.7. Руска Федерација.....	42
1.1.8. Румунија.....	42
1.2. Англосаксонски правни системи.....	45
1.2.1. Енглеска и Велс.....	46
1.2.1.1. Шкотска (хибридни изузетак).....	47
1.2.2. Сједињене Америчке Државе.....	49

1.2.2.1.	Калифорнија.....	51
1.2.2.2.	Минесота.....	52
1.2.2.3.	Висконсин.....	53
1.2.2.4.	Луизијана (хибридни изузетак).....	54
1.2.3.	Канада.....	55
1.2.3.1.	Онтарио.....	56
1.2.3.2.	Квебек (хибридни изузетак).....	57
1.3.	Комунитарно право.....	60
1.4.	Кинеско право.....	63
1.5.	Индијско-бурманско или хинду право	64
1.6.	Јеврејско и мухамеданско – шеријатско право.....	64
2.	Основне разлике правних система <i>civil law</i> и <i>common law</i>	65
2.1.	Право својине.....	65
2.2.	Уговорно право.....	71
2.3.	Судски систем	74
2.4.	Правна традиција, правна култура, правна свест и менталитет.....	81
2.5.	Разумевање појма законитости.....	89

Трећи део

СТВАРНОПРАВНА СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

1.	Нетематска средства стварноправног обезбеђења потраживања.....	92
1.1	Фидуција.....	93
1.2	Ручна залога.....	101
1.3	Регистрована залога.....	105
1.4	Ретенција.....	113
1.5	Земљишни < реални дуг.....	118
1.6	Траст.....	123
2	Тематска средства стварноправног обезбеђења потраживања.....	128
2.1	Хипотека.....	128
2.1.1	Хипотека у правној теорији, легислативи и пракси <i>civil law</i> -а.....	129
2.1.1.1	Појам.....	129
2.1.1.2	Хипотекарна начела.....	129
2.1.1.3	Законска решења и тежње регулисања хипотеке данас и раније.....	130
2.1.1.4	Супротстављивост хипотекарног права.....	132
2.1.1.5	Супериорност хипотеке као стварног права.....	133
2.1.1.6	Хипотека и држалац хипотековане непокретности.....	133
2.1.1.7	Дефиниције хипотеке у енциклопедистици и лексикографији.....	134
2.1.1.8	Материјалноправне претпоставке у фокусу реализације хипотеке.....	135

2.1.1.9 Структура права и ограничења хипотеке из угла реализације.....	137
2.1.1.9.1 Права.....	137
2.1.1.9.2 Ограничења.....	139
2.1.1.10 Правнотеоретске дилеме и преовлађујућа схватања.....	139
2.1.1.11 Предмет хипотеке.....	140
2.1.1.12 Хипотекарни ранг.....	143
2.1.1.13 Престанак хипотеке.....	144
2.1.2 Процесноправни механизми реализације хипотеке.....	144
2.2 <i>Моргиц</i>	154
2.2.1 Моргиц у правној теорији легислативи и пракси <i>common law</i> -а.....	154
2.2.2 Процесноправни механизми реализације моргица.....	169
3. Правни транспланти – правни иританти.....	176
3.1. <i>Функционалан правни поредак</i>	184
3.2. <i>Савремене кодификације грађанског права</i>	190
3.2.1. Преглед актуелних грађанских кодификација.....	191
3.2.2. Српски покушаји кодификације грађанског права.....	195
3.2.3. Нацрт законика о својини и другим стварним правима из 2012.....	197
3.2.4. Преднацрт грађанског законика из 2015.....	198
3.3. <i>Условљеност економског развоја друштва функционалним правним поретком</i>	198

Четврти део

ПРОБЛЕМИ ВАНСУДСКЕ РЕАЛИЗАЦИЈЕ ХИПОТЕКЕ

1. Вансудска реализација хипотеке уопште.....	205
1.1. <i>Вансудска реализација хипотеке у ширем смислу</i>	205
1.1.1. Јавно бележништво – нотари.....	206
1.1.2. Јавни извршитељи.....	211
1.1.3. Медијатори – посредници.....	214
1.2. <i>Вансудска реализација хипотеке у ужем смислу</i>	215
1.2.1. Вансудска реализација хипотеке > приватно извршење.....	216
1.2.2. Судски супститути.....	218
1.2.2.1. Комисије.....	219
1.2.2.2. Адвокати.....	222
1.2.2.3. Агенције за промет непокретности.....	228
1.3. <i>Уговор са самим собом</i>	229
1.4. <i>Злоупотребе субјективних права</i>	232

Пети део

НАЧИНИ РЕШАВАЊА ПРОБЛЕМА ПРИВАТНОГ ИЗВРШЕЊА

1. Србија у Црна Гора у контроверзама – <i>de lege lata</i>.....	235
---	------------

1.1. Законске и судске контроверзе и интервенције у Србији.....	235
1.2. Објективни учинак.....	244
1.2.1. Проблеми принудне депосесије.....	245
1.2.2. Проблем хипотекара као законског заступника.....	248
1.2.3. Проблем литиспенденције у извршном поступку.....	250
1.2.4. Проблем поуздања у евиденцију непокретности.....	255
1.2.5. Делотворност вансудске реализације хипотеке у Србији.....	263
1.2.6. Делотворност вансудске реализације хипотеке у Црној Гори.....	265
2. Улога суда у вансудској реализацији хипотеке – <i>de lege ferenda</i>	277
2.1. Фаза утврђивања доспећа обезбеђеног потраживања.....	282
2.2. Фаза утврђивања висине преосталог обезбеђеног потраживања.....	283
2.3. Фаза процене тржишне цене хипотековане непокретности.....	284
2.4. Фаза контроле и јустификације вансудске реализације хипотеке.....	285
3. Три правна исходишта вансудске реализације хипотеке.....	286
3.1. Задржавање постојећег стања вансудске реализације хипотеке	286
3.2. Преуређење поступка вансудске реализације хипотеке.....	286
3.3. Абрагација поступка вансудске реализације хипотеке	287
4. Одговорност законодавца за „лоше право“	289
ЗАКЉУЧАК	297
ПРИЛОЗИ	303
1. Прилог 1 – Уговор о фидуцијарном преносу права својине на непокретним стварима.....	303
2. Прилог 2 - Изјава фидуцијарног дужника са потврдом.....	304
3. Прилог 3 – Решење о упису уговора о фидуцијарном преносу права својине у регистар о фидуцијарном преносу права својине.....	305
4. Прилог 4 – Решење о промени уписа у листу непокретности.....	306
5. Прилог 5 – Лист непокретности са уписаним фидуцијаровим правом својине.....	307
6. Прилог 6 – Налог за ослобађање оптерећене непокретности од лица и ствари.....	308
7. Прилог 7 – Пресуда Уставног суда Црне Горе У. бр. 919/2006 од 28.12.2006.....	310
8. Прилог 8 – Пресуда Управног суда Републике Црне Горе У. бр. 148/2005 од 12.7.2005.....	311
9. Прилог 9 – Тужба за пренос непокретности у државину фидуцијарном власнику.....	313
10. Прилог 10 – Пресуда Основног суда у Подгорици П. Бр. 4838/10 од 25.2.2013.....	315
11. Прилог 11 – Поднесак Адвокатској комори Црне Горе поводом питања спојивости дјелатности адвокатуре с дјелатношћу продаје хипотекованих и zaloжених ствари у вансудском поступку од 6.9.2012.....	317
12. Прилог 12 – Одговор Адвокатске коморе Црне Горе на поднесак од 6.9.2012. (15.11.2012)	319
13. Прилог 13 – Захтев за изјашњење поводом одговора Адвокатске коморе Црне Горе од 15.11.2012. (21.11.2012).....	321
14. Прилог 14 – Пресуда Апелационог суда Црне Горе Пж. бр. 231/12 од 7.6.2012.....	326
15. Прилог 15 – Пресуда Вишег суда у Подгорици Гж. бр. 1649/11-09 од 29.4.2011.....	328
16. Прилог 16 – Пресуда Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 899/12 од 26.12.2012.....	332
17. Прилог 17 – Пресуда Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 1016/12 од 19.12.2012.....	334
18. Прилог 18 – Уговор о континуираној хипотеци.....	336
19. Прилог 19 – Уговор о хипотеци.....	339
20. Прилог 20 – Уговор о хипотеци бр. 2.....	342
21. Прилог 21 – Сентенца из пресуде Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 205/16 од 13.4.2016.....	344

22. Прилог 22 – Опомена о доспелим обавезама по кредиту.....	346
23. Прилог 23 – Уговор о продаји непокретности.....	347
24. Прилог 24 – Сентенца из пресуде Врховног суда Црне Горе бр. Рев. 223/16 од 116.3.2016.	350
25. Прилог 25 – Решење Вишег суда у Бијелом Пољу Гж. бр. 2838/16 од 6.12.2016.....	351
26. Прилог 26 – Решење Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 304/16 од 7.6.2016.....	352
27. Прилог 27 – Тужба зарад предаје у посјед непокретности.....	353
28. Прилог 28 – Тужба зарад предаје у посјед непокретности бр. 2.....	353
29. Прилог 29 – Пресуда Врховног касационог суда Републике Србије Прев 134/2015 од 26.11.2015.....	357
30. Прилог 30 – Сентенца из одлуке Уставног суда Републике Србије.....	358
31. Прилог 31 – Допис о Хипотекарне банке о броју и роковима процесуираних поступака вансудске продаје (2017).....	359
32. Прилог 32 – Допис Ерсте банке о броју и роковима процесуираних поступака вансудске продаје (2017).....	360
33. Прилог 33 – Обавештење о раскиду уговора о кредиту.....	361
34. Прилог 34 – Пресуда Основног суда у Бијелом Пољу бр. П 1393/16 од 23.6.2017.....	362
35. Прилог 35 – Пресуда Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 78/20 од 20.5.2020.....	369
36. Прилог 36 – Пресуда Вишег суда у Подгорици Гж. бр. 3231/18-15 од 13.11.2018.....	372
37. Прилог 37 – Пресуда Вишег суда у Подгорици Гж. бр. 5587/18 од 27.11.2018.....	374
38. Прилог 38 – Пресуда Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 11/18 од 15.6.2018.....	376
39. Прилог 39 – Допис Хипотекарне банке од 2.7.2021.....	379
40. Прилог 40 - Допис Ерсте банке од 13.9.2021.....	380
ЛИТЕРАТУРА.....	381
41. Монографије, чланци и уџбеници.....	381
42. Извори права.....	397
Биографија кандидата.....	402

УВОД

Обезбеђење потраживања захтева *склад* и потреба и интереса развоја друштва и делотворних механизма реализације, што зависи од цивилизацијског, правног, културног, традиционалног и економског наслеђа, као и интереса елите на власти.

Друштво које се определи за неко средство обезбеђења а притом није одредило ефективан механизам реализације није га учинило учинковитим. Избор и заснивање средства обезбеђења први је корак чија је сврха други корак – поступак реализације. Свако средство често сâмо по својој структури предодређује томе инхерентан процесноправни механизам.

Реч је заправо о компатибилности средства обезбеђења с правним механизмом његове реализације. Ту је основ суштине разумевања ефективности средстава обезбеђења. Гледано у историјској вертикали, али и у поређењу с другима, стално ћемо стизати управо до једнаког разумевања те суштине. Друштво и јединка користе *нешто* до момента док им то *нешто* добро служи. Кад изгуби сврху којој служи, друштво и јединка то *нешто* забораве или одбаце јер је бескорисно или је непотребан терет или служи злоупотребама. То је заправо природа свих средстава обезбеђења.

Ако не одговара обезбеђујућој сврси потраживања ради којег је оно креирано, створено и примењено, има лац средства обезбеђења ће га због бескорисности или штетности просто одбацити. Особености средстава обезбеђења су у томе што се стварају између најмање два субјекта како би била прихватљива за све стране, односно у томе што су правично уравнотежена.

Одавно датира увид да је повериоцу сигурније за наплату потраживања ствар него човек. Зато су створена стварноправна средства обезбеђења. Данас се уз стварна најчешће паралелно примењују лична јемства. Тако поверилац, односно банка, истовремено од дужника из уговора о кредиту за обезбеђење испуњења дужникових обавеза тражи лична јемства и стварноправна средства обезбеђења.

Плуралитет свих средстава обезбеђења мора бити у толикој мери довољан да би се закључио уговор о кредиту и остварили циљеви банке /повериоца (оплодња новца) и корисника кредита/дужника (на пример, стећи „кров над главом“).

Интереси и циљеви су им различити, али неодвојиви. Већ приликом закључења уговора стране су у неједнаком положају јер је егзистенцијални мотив, на пример, претендента на кредит за стан много јачи од лукративних интереса банке.

Природни „мотив“ банке и сваког повериоца се налази у строгом рационалиту да стекне, има и задржи најефективнију правну сигурност захваљујући свим средствима обезбеђења ако дужник не испуни уговор.

Банка даје новац оном коме је потребан, а то чини да оствари профит, јер јој је то делатност, а ономе коме је новац потребан то је најчешће једини избор. Тако се ствара стање

да банка прва „влада“ ситуацијом. Али, та превласт банке не траје дуго јер се стање мења чим корисник добије новац. То је тако због тога што кад корисник кредита оствари циљ (прими новац), банци остају средства обезбеђења стечена при склапању уговора о кредиту.

Правни положаји су веома важни за сâм ток и врсту поверилачко-дужничког односа јер се одражавају на све аспекте, што подразумева правичну равнотежу. Ако је при закључењу уговора о кредиту поверилац преузео веома „моћне полуге“ путем делотворних средстава обезбеђења, он ће наставити даље да влада ситуацијом.

Уколико му се омогући и да по свом арбитрерном нахођењу реализује средства обезбеђења, онда не може више бити ни говора о правичној равнотежи већ само о прерастању средстава обезбеђења у *право првобитног друштва*.

Непоштено би било да поверилац нема делотворна средства обезбеђења потраживања, али је у реализацији тих средстава обезбеђења нужан уплив непристрасног трећег субјекта.

Само је такав уравнотежен процесноправни механизам функционалних средстава обезбеђења потраживања који неће никоме дати неприкладно неуравнотежене привилегије суштинско решење проблема, а то није тек тековина савремене правне државе већ општа цивилизацијска, макар и декларативна тежња сваког друштва било када да је постојало.

Историја и компаративна сагледавања доказују склоност друштва ка реформацијама. Код нас су реформе механизма остварења средстава обезбеђења потраживања биле нужност. Али, уместо адекватног, наши законодавци су одабрали погрешан правни пут. Погрешан јер су га извели из установе моргиц, *common law*-а, и креирали својеврсно приватно извршење.

Прве нејасноће су се убрзо појавиле, а у пракси су експлицитно учени крупни проблеми. Тиме се *преписивање* процесног метода реализације моргица преписивачима вратило као прави правни бумеранг. У Србији су уследиле интервенције и законодавца и Уставног суда, у Црној Гори то се није догодило. Данас се на тај *амерички правни парапроизвод* гледа с великом дозом подозрења, па га напуштају и банке.

Ти наизглед *напреци* у сфери обезбеђења потраживања само су продубили вртлоге проблема истог зачараног круга (*circulus vitiosus*) у тражењу делотворног пута обезбеђења потраживања, који би био примерен повериоцу, дужнику и друштву.

Због тога се „клатно“ права и обавеза преместило у веома кратком року и наметнуло бројне правне дилеме и теорији и пракси, а тиме и кандидовало као предмет овог рада, тачније као – тема.

Неспорно је да сваки титулар обезбеђене тражбине најчешће жели да се додатно окористи; да сваки титулар дуга хоће у што већој мери да отежа повериочева средства обезбеђења; зато се законодавцу поставља јасан „домаћи задатак“ да осигура делотворан систем.

Сваки просвећен правни поредак у очувању правне сигурности странама, правне стабилност поретка и економског развоја друштва захтева функционалне, ефективне и уравнорављене инструменте обезбеђења потраживања.

Ма који правни режим обезбеђења потраживања да се пропише, свака страна по правилу увек пронађе путеве да га наруши: поверилац са намером да немилосрдно исцрпи највише што може од дужника; дужник да од дуга врати што мање може.

Правништво је одавно увидело феномен нужности равнотеже интереса као кључне карице која недостаје обезбеђењу потраживања. То је „ствар“ злоупотребљивачке стране ума јер свака страна жели за себе стећи „све полуге моћи“, свака страна разуме само сопствени интерес, а пренебрегава туђи.

Равнотежа је могућа само умрежавањем материјалних средстава обезбеђења потраживања с нитима процесних механизма, и то у реалном времену.

Споља, институт хипотеке може имати ефекат искључиво ако и изнутра постоји чврста, отпорна процесноправна везаност (*iuris vinculum*). Хипотека + објективно постављен систем на непристрасном и независном трећем чиниоцу у реализацији задатак је којем треба да се тежи.

Проблем је настао кад је наша хипотека „позајмила“ из моргица и *common law*-а њихов процесни механизам реализације, што је била озбиљна грешка.

Свевремена суштина одговорности законодавца је: да поведе рачуна да се правна регулатива примењује, да се у пракси не злоупотребљава, да није селективна, пристрасна, вексаторна, фразулозна већ законита, сразмерна, предвидљива и правична.

Ако функције државе изостану, ако се прећуте, па и пракса прећути да проблем постоји, стање се погоршава и настаје општи проблем. Проверено средство обезбеђења какво је хипотека мора имати процесни правни механизам, што јој може дати контролна и верификациона улога суда, у фазама подложним корупцији и злоупотребама.

Дакле, када су неопходни надзор и интервенција независног трећег, томе *трећем се* мора омогућити да на време интервенише када се утврђују доспеће обезбеђеног потраживања, висина потраживања, процена хипотековане непокретности, акт потврде о законитости спроведених радњи. Равнотежа је ту – *conditio sine qua non* јуриспруденције.^{1, 2, 3, 4}

¹ Вид. одреднице: јуриспруденција судске праксе (у Европи); филозофија права/општа теорија права (*common law*-а) у: *Правна енциклопедија*, гл. редактор проф. Борислав Т. Благојевић, Савремена администрација, Београд 1979, 509.

² Вид. Роско Паунд, *Јуриспруденција*, Књига I, ЈП Службени лист СРЈ Београд и ЦИД, 2000, 9–17. У најширем: правна наука. То је и етимолошко значење. У Енглеској и САД аналитичка јуриспруденција, француско *jurisprudence* – судска пракса. Јуриспруденција: *iuris* (право) и *prudentia* (разборитост).

³ Вид. Limn. hr. *Leksikon* (engl. *jurisprudence*, nem. *Jurisprudenz*); Рим (*iurisprudencia*) наука римских правника (*iuris periti, iurisconsulti*); у енглеском кругу општа теорија, филозофија права, доктрина; у француском *jurisprudence*, правна наука, усклађена судска пракса; у немачком правна наука, судска пракса; у италијанском *giurisprudenza*, дела правника и резултат, *giurisprudenza giudiziaria* и *giurisprudenza dottrinale*, правна наука, скуп знања норми у практичној примени, судска пракса.

⁴ Вид. Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2007, 1410: јуриспруденција (lat. *iuris prudentia*): 1. наука о праву, скуп норми, 2. судска пракса, практична примена норми, 3. укупност судских одлука спорних питања, која задиру у суштину права.

Средиште теме је реализација хипотеке. У раду се користи термин реализација⁵, а не „намирење“, јер је адекватнији. Наиме, реализација обухвата све активности хипотекара од када је дужник својим или радњама власника хипотековане ствари узроковао активацију: или до пуне, или делимичне, или пак до неуспеле наплате обезбеђене тражбине. Синтагма *реализација хипотеке* дотиче супстанцу бити сврхе хипотеке – уновчење хипотековане ствари. Реализација почиње активирањем кључне власти хипотекара да тражбину уновчи (*ius distrahendi*^{6, 7, 8, 9}, *Verwertungsrecht*¹⁰) продајом хипотековане непокретности. Сам назив „реализација“¹¹ је семантички, етимолошки прецизнији, још и правноенциклопедијски,¹² тај термин директније објашњава есенцијалну правну нарав и основе сврхе варијабли хипотеке. Реализација тога овлашћења хипотекара је једноставно речено – уновчење предмета хипотеке продајом, ради првенственог намирења његовог обезбеђеног потраживања.

Основна сврха хипотеке није *присвајање* оптерећене непокретности ради намирења већ је „полуга“ хипотекара да се подмири из суме новца добијене продајом. Према томе, хипотека не садржи овлашћење присвајања оптерећене непокретности ради намирења него право да се из износа добијеног продајом непокретности намири обезбеђено потраживање, а не право да се у случају неплаћања обезбеђеног потраживања присвоји дата непокретност.¹³ Овлашћење присвајања оптерећене ствари није у бити хипотеке. Хипотека није структурирана да хипотекар присвоји хипотековану ствар пошто то просто није његово – изворно овлашћење.

Синтагма *вансудска реализација хипотеке* значи „*приватно извршење*“ јер хипотекар сâм или посредством другог води поступак без надзора, сâм продаје на аукцији коју и сâм организује, сâм по закону може да *купи* својим потраживањем, то јест да присвоји хипотековану непокретност. Закони Србије и Црне Горе прописују тачан назив и почетак поступка вансудске продаје. Да се тиме не би *везали*, синтагма вансудска реализација ствара сасвим довољну дискрепанцију, наспрам крутог законског одређења, јер настојимо да проширено обухватимо целокупан поступак реализације хипотеке који се спроводи и то суштински, као огољено приватно извршење.

⁵ Вид. Драго Ђупић, *Нови Вујаклија, Лексикон страних речи и израза*, Штампар Макарије, Октоих 956, Београд 2011, 11: реализација (фр. *realisation*) остваривање, извршење, уновчавање.

⁶ Вид. *Латинско-српски речник*, Службени гласник, Београд 2009, 96, 370: *distraho, -trahi, -tractum* – распродати, отцепити; лат. *distractio* – одвајање једног дела од другог, *distrahere* – расцепкати, одвојити.

⁷ Вид. Мирослав Милошевић, *Римско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 299: „Тек у доба Севера је право на продају (*ius distrahendi*), постало редовно овлашћење залогодавца.“

⁸ *Ibid.*, 370: лат. *distractio* – одвајање једног дела од другог, *distrahere* – расцепкати, одвојити.

⁹ Вид. Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд 2006, 230: лат. *distractio* отуђивање, продаја, *distrahere*, одвојити.

¹⁰ Вид. Милош Д. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретностима*, Библиотека *Монографије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 139 и даље: „*Verwertungsrecht* – у немачком праву основно овлашћење хипотекарног повериоца је уновчење оптерећене непокретности.“

¹¹ *Ibid.* Вид. Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2007, 1035: „спровођење нечега у дело, извршење, остварење; финансијско уновчавање“.

¹² Вид. *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1979, 394: „хипотекарни поверилац је дужан да се приликом *реализовања* хипотеке обрати суду“.

¹³ Вид. Милош Д. Живковић, *О вансудској извршној хипотеци у праву Србије (или о томе како је тешко мешати бабе и жабе)*, *КоПра, часопис за одржив и складан развој права* 1/2017, Правни факултет Универзитета у Београду. http://kontinentalno-pravo.info/sr/KOPRA/Home/GetPdf?filename=A63C83BA6E9B25EA76D410_0B93D5D5E1.pdf.

Насловом смо направили довољну дистанцу од дефиниција законодаваца јер вансудско намирење веже то што је „мимо суда“. Зато га законодавац у Црној Гори меша с поступцима јавних извршитеља који су под надзором суда, као и у земљама где јавни бележници спроводе извршење. Дакле, срж теме је извршење које организују хипотекар и лица под његовим (не)званичним надзором, односно контролом, ерго, вансудска реализација као приватно извршење. Придев вансудски „вара“ јер то није извршење које неопходно укључује и значи да се оно одвија тек „мимо суда“ већ у јасној и ексклузивној режији хипотекара. Зато је по смислу далеко примеренији придев *приватно*, како је и законима тачно нормирано.

Ту вансудску реализацију покреће и спроводи сâм хипотекар или пак оно лице које при адхезионом уговарању, као јача страна у прописаној процедури, хипотекар овласти и именује за случај да дужник не испуни обавезу и падне у дужничку доцњу – *mora debitoris*. Поступак уновчења хипотековане ствари због преизложености злоупотребама мора бити недвосмислено уређен: *контролисан и верификован од независног трећег*. Тај поступак је раније водио – искључиво суд, а по нашем становишту, тај поступак и надаље треба да води – искључиво суд.

Приватно намирење је било заступљено у *првобитним друштвима* (на самој личности, па доцније на имовини), а касније су поступци и органи спровођења варирали, од војске, полиције, шерифа, мањег или већег учешћа суда, све до – когницијског судског поступка.

Та историјска тековина сада се враћа у формату модернизовано-софистицираног намирења, чија је суштина онај њен „*првобитан поступак*“. Данас су законодавци вратили хипотекару „првобитну власт“ да је сâм приватно врши или путем *своје* комисије, адвоката, агенције итд.

Та правна поставка да невластник (хипотекар) проводи поступак продаје хипотековане (туђе) ствари власника без власниковог пуномоћја, насупрот његовој вољи, а још у власниково име, сликовито одаје да је извор транспланта „извучен“ из права САД. То је потпуно видљиво.

Јер у моргицу је поверилац „једна врста власника“ ствари под моргицом, имајући у виду својства појма и правне специфичности „подељене својине“ и да сам термин моргиц обухвата целу трансакцију – од кредита до реализације. То ће чинити и прву окосницу теме, из збира тих супротстављености основних правно појмовних разлика *common law*-а и *civil law*-а.

Разликовања два велика правна система и конкретног института хипотеке од института моргица извешћемо у седам кључних области које су имале за правну последицу вансудску реализацију – поједностављено сведену на голо – приватно извршење. Тема је разрађена у *пет делова* који се састоје из одељака.

У *првом делу* ће, по правилу корисности методолошког приступа, бити сагледан зачетак првих средстава обезбеђења и материјалноправних института из угла процесноправног аспекта развитка и проширења механизма реализације.

У *првој глави другог дела* ће бити разрађени компаративна анализа земаља европскоконтиненталног правног круга, извори и сукоби великих правних система, комунитарног права, а у другој глави је дато седам главних разлика између *common law*-а и *civil law*-а, као узроци проблема.

Трећи део садржи три главе: прва се бави *de lege lata* најзаступљенијим стварноправним средствима обезбеђења, већином по правној природи заложних средстава обезбеђења. Иако су означена као нетематска, створиће јаснију слику наредне, тематске, друге главе. Ту се укрштају хипотека и моргиц, што ће бити илустровано у три табеле, а две чине апроксимативи ефикасности и ефективности вансудске реализације хипотеке у Србији и Црној Гори.

У трећој глави биће анализирани појам правних транспланата, значај делотворног правног поретка, стање кодификација грађанског права и српске кодификације и несупели покушаји српских кодификација, до Преднацрта грађанског законика из 2015. године, којим наглашавамо важност уређеног правног поретка за економски развој.

У *четвртом делу* биће експликована суштина вансудске реализације и вансудске реализације хипотеке у *ширем смислу* (јавни бележници, извршитељи, агенти), уз феномене: судских супститута, уговора са самим собом и злоупотребом субјективних права и вансудске реализације хипотеке у *ужем смислу* и то законски нормиране као приватно хипотекарево лично подмирење.

У *петом делу* ћемо представити постојеће стање у којем су данас, према нашем мишљењу, Србија и Црна Гора, чиме ћемо целовито заокружити тему и навести закључна разматрања са адекватним прилозима из правне праксе.

Представићемо могуће начине разрешења контроверзи вансудске реализације хипотеке и објаснити нужност уплива суда да би се недостаци евентуално отклонили, у супротном, изнећемо који су избори пред законодавцем. У прилогу ћемо дати акта из праксе банака које су користиле тај неподобан трансплант. Методологију истраживања утемељили смо на увидима у стварна стања, користећи аналитичка и синтетичка средства научног приступа, и понаособ и у целини.

Циљ рада је да се потврде правна супериорност и ауторитет судске реализације спрам других могућности, ради евентуалног уподобљавања предметног правног транспланта у четири фазе које подразумевају незаменљиву искуствено и институционалну познату улогу – суда. Суд се не може заобићи упрошћеном фразом о спорости и проблемима који и иначе тиште судство него снажним прегнућем да се побољша и учини што функционалнијим.

У земљама европскоконтиненталне породице права XX век је означио крај трагања и потврду незамењивости искључиве судске надлежности у реализацији хипотеке у прецизно регламентираним – судском извршном поступку, да би већ почетком XXI века започели процеси агресивних уплива англосаксонског права.

Не постоји ниједна правна област у којој се није догодила инклузија института англо-америчких правних установа – непосредно или посредством комунитарног права.

И не постоји чланица Европске уније која је прихватила овде централно спорну установу тзв. вансудске реализације хипотеке и то „здрово за готово“, у реалном формату: приватне реализације хипотеке у доминантној стварној и правној режији хипотекарног повериоца изузев неколико такозваних транзиционих земаља, односно бивших земаља Источног блока, земаља тзв. трећег света и земаља у развоју (које су извесно осуђене да се никад не развију).

Таква улога суда није сведена тек на заштиту хипотекарних дужника и многих *нефер* законских решења него и на то да се хипотекару омогући да без вођења посесорне парнице и без протезања кроз друга права средства и дуге неизвесне поступке законито прибави државину на продатој непокретности.

Укључењем суда се може остварити добробит и скоро напуштено средство обезбеђења *рехабилитовати* као истински делотворно. Сврха није просто упирање прстом само у лоше стране, само у разлике, неусаглашености и некохерентности система и института већ је сврха у потрази за кохезионим елементима који би ту установу учинили функционалном у стварном правном животу и дали јој атрибуцију правичне равнотеже.

Према томе, воља законодавца је била пресудна када је та установа некритички уведена у наш правни поредак, као и сада када је постала *проблем*.

Први део

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ

1. Материјалноправни аспекти хипотеке у прошлости

Стварноправна средства обезбеђења потраживања подразумевају најпре предуслове: приватну својину, слободно тржиште роба, услуга и капитала. У пропорционалној равни са тим параметрима су и инструменти обезбеђења јер им одређују каквоћу и врсту. У одељцима Главе I, начелно издвојене тематике, у најкраћем ће бити размотрен историјскоправни контекст материјалног и процесног права. Ипак, преплитања су свакако неизбежна.

Историја је важна за пуну експликацију јер се у разним форматима често понавља и овај метод чини нужним. Стога ћемо бити усредсређени на дату тему у кратким цртама, приказаћемо како се на европском континенту на крају XX века догодило да суд искључиво спроводи реализацију хипотеке, док се у англосаксонским системима реализација сличних института спроводи вансудски, односно приватно.

То је нужно за објашњење „англо-америчког правног“ интервенционизма на европском континенту. Вертикала перцепције сеже од Вавилона, грчких мислилаца, до Старог Рима. Подробни детаљи су потребни да би се правилно разумела тема.

Генеалогичка намиривања хипотекара креће од оног првог, поверилачког, војног, па полицијског, до XX века и превласти судске реализације. Већ то *задире* у саму срж теме. Тег приватног намирања се, иако извитоперено, ипак вратио у *руке хипотекара* на почетку XXI века.

Како разумети такав *историјски преврат*, односно такво правно и стварно исходиште? Верујемо да то уопште није питање уско повезано са овом темом него општа чврсто везивна нит функционисања сваког друштва, али и свевремени садржалац функционисања сâмог људског бића, човека као таквог.

Наиме, није непознаница да једно друштво и сâм човек неспорно понајбоље функционишу поједностављено по макијавелистичком принципу, који подразумева деловање људи независно од морала (циљ оправдава средство), односно по принципу који је данас разрађен у свим сферама деловања људи – по упрошћеном систему „штапа и шаргарепе“, који такође потпуно или претежно занемарује морал и маргинализује основна морална схватања друштва.

Неетички јесте, али у стварности беспрекорно функционише. Да ли је то добар одговор? Сматрамо да је ставити граничник, отворено или искључиво, али скривено, на функционисању без обзира на етику поражавајућа формула за „решење проблема друштва и човека“. Уверени смо да није апсолутно прихватљиво одрећи се етичких норми зарад ефикасности и ефектности.

У сумњи, превагу по нама треба дати етици¹⁴ јер без ње дајемо снажан замајак слојевитој и свеопштој дехуманизацији комплетног друштва.

У првобитним друштвима и у целокупном историјском развоју, а најпосле у данашњем добу сировог и суровог огољеног неолибералног и глобалистичког капитализма, може се лако уочити да је *трговина интересима* између људи доминантан принцип који одолева зубу времена и надјачава скупове моралних норми¹⁵ или их – релативизује.

Друштва која су заснована на човеку лишеном етике, уз крајњу релативизацију минимума етичких норми, потврђују функционалност тако успостављених друштава и правних поредака. Наравно, голо признање или прећуткивање тих аксиома не би било тек објективно научно непоштено већ би давало легитимитет таквим функционалним друштвима и оправдавало такве механизме.

Истински смо уверени да друштвена оправданост функционалних механизма не треба да буде науштрб крајње релативизације свега етичког и чини се да кључ не треба тражити у никаквим идеологијама него у успостављању правичне равнотеже. По нама ту јасно лежи и одговор на несхватљив али стваран историјски поврат *суптилизованог* приватног извршења.

Сваки правни посао, сваки „дил“, некадашњих и сваког правног поретка функционише по *принципу леверица* (*leverage*¹⁶; *We have to have leverage in our hands*), где баш нико не жели да испусти полугу/е из својих руку, што неумитно захтева правично уравнотежење јер се тиме ствара неприхватљива *неправда* „*која се може ухватити и голим рукама*“. Зато треба истаћи историјске увиде да би се избегле опасне заблуде и „случајности“ јер, по правилу, *нема последице без узрока, а када се понови сличан узрочно-последични ланац, чак и у другачијим формама (сразмерно развоју друштва), сваки вид случајности је искључен*.

1.1. Зачеци и деривације хипотеке и реализације у старом веку

Мада неки писци у стари век убрајају и првобитне заједнице, већина подразумева време од постанка првих заједница у IV миленијуму пре нове ере до V века нове ере, када је пропало Западно римско царство. Ту спада и антички¹⁷ период са савременим споменицима права и праксом која ће бити замајак свим каснијим напрецима, а многе творевине правни узор. Треба имати у виду да је заједничка црта тог доба робовласништво, али и приватна својина. Периодизација, робовласништво, прве кодификације и најстарији законици света старог века баштина су светске цивилизације.¹⁸

¹⁴ Вид. Борислав Гроздић, Зоран Павловић, *Увод у правну етику*, Привредна академија, Нови Сад 2017.

¹⁵ Вид. Драган М. Митровић, *О праву изабрани есеји*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 154–164.

¹⁶ Вид. Вryan A. Garner, Tomson Reuters, *Black's Law Dictionary*, tenth edition, 2014, 1047.

¹⁷ Нем. *antike*, лат. *antiquus*, дрeван. Клајн, Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, 124

¹⁸ Вид. Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 50 и даље

Правна традиција старог века завређује посебно место али недовољно контекстуално за тему овог рада.¹⁹ Најстарији законик европског тла је грчки Гортински законик из V века пре н. е. Касније су настали незобилазни Закон 12 таблица²⁰ те Хетитски законик, Мојсијеви закони итд.^{21, 22} Тематски строго посматрано, веза у том добу је првенствено значајно уређење кудуре у Хамурабијевом закону.^{23, 24} То је као камен на међи који има запис о власнику, правима, теретима, и доказује познавање заложног права на некретнинама. Кудура као правна установа из времена каситске владавине јемчи права власницима, али даје и публицитет правима и теретима. Копије кудура су се налазиле у храмовима и биле су први познати облик вођења евиденције о својини на земљи – *првобитне земљишне књиге*. То показује у којој мери је вавилонско право било не само испред доцнијих права већ и данашњих.²⁵

Ово показује колико је залагање непокретности у Старом вавилонском царству било повољније по дужника, напредније и ближе савременим решењима него првобитним у Грчкој (*prasisis epi lsusei*) и Риму (*fiducija*), јер је својина на ствари залог прелазила на повериоце. У Вавилону²⁶ својина на непокретности ниједног тренутка не прелази на повериоца (зајмодавца). Он чак не дозвољава повериоцу да скупља летину због могућности да присвоји више него што му припада или да умањи приход од жетве. Зато повериоцу препушта обраду и коришћење (*usus*), али не и (*abusus*) ни прибирање плодова (*ususfructus*), већ само право намирења потраживања.^{27, 28, 29}

¹⁹ О старом веку и праву вид. више у *ibid.*, 49–135.

²⁰ Вид. <http://www.overa.rs/zakon-12-tablica.html>

²¹ Детаљно о правној традицији и законима старог века у Војислав Станимировић, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 157–165.

²² Вид. Војислав Станимировић, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, Библиотека *Приручници*, Стари век, право и законици, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 11–205.

²³ *Ibid.* Законик вавилонског владара Хамурабија има 282 члана. Сачуван је безмало у целини, а откривен је 1901. у рушевини града Сузе. Донео га је еламићански краљ Шутрук Нахунт 1175. пре н. е. Урезан је на црном каменом стубу/стели од црног диорита високој 2,62 метра. По преовлађујућим научним сазнањима то је редослед настанка клинастописних законских текстова Месопотамије: 1. Законик Ур-Наму, 2100. пре н. е.; 2. Законик Липит-Иштар, око 1930. пре н. е.; 3. Ешнунски законик, око 1720. пре н. е.; 4. Хамурабијев законик, око 1680. пре н. е.

²⁴ Вид. *Законици древне Месопотамије, Хамурабијев законик*, прир. Марко Вишић, Сл. лист СЦГ – ЦИД, Београд – Подгорица 2003, До пре стотинак година, науци то није било познато, а кад је 1901. године нађен Хамурабијев законик, то је створило утисак да законско право на старом Истоку почиње с Вавилоном. Славу најстаријег је најпре стекао Липит-Иштар, у Багдаду још млађи, Ешнунски законик и најзад Ур-Наму. 131–136.

²⁵ *Ibid.*, чл. 49. Ако човек узајми сребро од дамкара и препусти му поље спремно за жетву или сусама (у залог за свој дуг) и каже: „Ти обрађуј поље, прикупи и узми све што роди“, ако онда обрађивач узгоји жито/сусам на том пољу, у време жетве, власник поља нека узме род жита/сусама и одмери трговцу жита у вредности добијеног сребра, урачуна камату и трошкове обраде поља.

²⁶ На простору сумерске и акадске цивилизације око 2000. пре н. е. дошло је до продора семитских племена која су заузела село на Еуфрату. Назив Вавилон потиче од акадске речи бабилу (врата бога). Првих пет владара је ширило границе, а шести је у XVIII веку пре н. е. створио Старо вавилонско царство. По граду Вавилону, Месопотамија је названа Вавилонија. В. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2011.

²⁷ Вид. Станимировић, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, 2013, 49 и даље.

²⁸ Вид. *Законици древне Месопотамије, Хамурабијев законик*, 31–77.

²⁹ Осим ствари, залагала су се и лица – дужничко ропство (залог жене, кћери...), чл. 117: Ако је дуг претежак за човека и он прода или у дужничко ропство пошаље своју жену, сина или кћер, они нека раде у кући њиховог купца или оног ко их држи у дужничком ропству три године, у четвртој, њихово ослобађање нека буде осигурано. Први пут је дужничко ропство ограничено. Било је потребно хиљаду година да оно буде укинато у Египту (фараон Брокхорис), а то је у Атини учињено у VI веку пре н. е. Солоновим законом (творац филозоф Солон). *Ibid.*, 52.

Залог се помиње и у *Мојсијевом законима* (...) донетим у V веку пре н. е. (глава 22, тач. 26): „Ако узмеш у залог хаљину ближњему твојему, врати му је пре него зађе сунце.“³⁰ Са становишта залог интригира установа *јувилеј*: опраштање дугова код Јевреја сваке 7. године. Сваке 50. године након 7. јувилеја поништавали су се продајни уговори земље и она се враћала ранијим власницима. Тако се желела сачувати породична својина земљорадника. На основу њих гасила се и залог.³¹

Приватна својина је у трговачкој и поморској *Атини*³² била широко заступљена (...).³³ Атина је познавала *пет различитих типова обезбеђења*. Први пут реч *хипотека* је употребљен у Старој Грчкој у Солоновим законима 594. пре н. е.³⁴

Хипотека је залог непокретних ствари, а заложена ствар остаје у рукама хипотекарног дужника и поверилац се из ње може наплатити тек уколико главни дуг не буде исплаћен. Кованица је настала од грчких речи *huro* (испод) и *tithemi* (ставити), с обзиром на то да се писани документ у којем је установљена хипотека као највреднији обично стављао *на дно ковчега у којем су се чувале драгоцености*. Друго тумачење је да изворно значи подршку (обезбеђење, сигурност, „*залеганье*“) која се остварује хипотеком, као што се ствар подметне испод друге да је придржи. Има и мишљења да та реч значи тек идеју да се ствар *ставља под нечију власт*. Хипотека се сачувала преко римског до модерног права.³⁵

Међу установама стварног права у *Риму*, својини (*proprietas* или *dominium*) припада централно место.³⁶ Приватна својина је³⁷ извор стварних права *iure in re aliena*^{38, 39} (стварна

³⁰ *Ibid.*, 140, 141.

³¹ Вид. Симон Дубинов, *Кратка историја јеврејског народа (dr Josip Pressburger)*, СА, Београд 1982.

³² Правни систем Атине нам је најбоље познат од грчких градова-држава. Одатле се по праву критског полиса Гортине очувао Гортински законик. Из Атине није остао ниједан целовит епиграфски правни текст јер су законе писали на дрвеним плочама – аксонес (...), Гортински има 12 колумни, на великим каменим стубовима, писан грчким алфабетом (преко 600 текстова), нађен 1884. у Европи има епитет најстаријег закона, старији је од Закона XII таблица. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*, 2011, 113.

³³ Први *аротимета* се користио кад је реч о имовини *пупиле* (лица под туторством). То оптерећење се бележило на камену *horos*. Заложену имовину тутор није могао отуђивати, али је задржавао право својине. *Praxis epi lyse* је специфичан вид обезбеђења, то јест продаје ствари повериоцу уз оптерећење правом откупа. *Enehsrion* је залог покретних ствари, ручна (од грч. *heir* = рука). *Ibid.*, 115, 116

³⁴ Вид. Милош Јанковић, *Тенденције развоја и механизми регулације хипотекарног тржишта*, Универзитет Унион, Београд 2016: „Његов претходник Дракон (621. пре н. е.) био је увео сурове казне (познате као 'драконске казне') за угрожавање приватне својине, неиспуњавање обавеза.“ 7.

³⁶ Вид. Обрад Станојевић, *Римско право*, 2007. Аутор наводи да је *proprietas* настао касније, апстракцијом од присвојне заменице „мој, свој (*meus, proprius*), а доминиум изражава идеју власти сопственика над стварима. Први напис о *proprietas*-у је настао у I веку пре н. е. Наше речи својина и власништво нису творевина народног језика. Настале превођењем *својина од proprietas, власништво од dominium-a*. Римљани су испрва уместо *proprietas* користили изразе од глагола „бити“ и присвојне заменице (свој) „*meum esse* или *suum esse*“, према формули: Тврдим да је ствар моја – *Meum esse aio*. 188 и даље.

³⁷ Квиритска је вид својине који штити *ius civile*. Преторска је последица потребе да се олакша промет на *res mancipi*. Претор је дао заштиту *actio Publiciana*. Провинцијска својина припада Римљанима, а peregrинску има слободни становник провинција странаца, peregrин. Вид. Драган Главашевић, *Правна историја*, скрипта, 2012.

³⁸ У системима с приватном својином (...) свако уже право постаје дериват, претвара се у „стварно право на туђој ствари“. Назива се и *секторско право*, обухвата (сектор) овлашћења власника, сектор: *usus-a, fructus-a, ili abusus-a*. Вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 1999, 58 и даље.

³⁹ *Ibid.*, 216. Заложно право настаје споразумом (*pactum*)... у доба *Јустинијана сваки грађанин је имао имовину под хипотеком*. Заложно право је настало из пигнуса, у почетку је приватна заплена дужникове имовине да га принуди на извршење обавезе. Фидуција је као послуга, остава по споразуму (*pactum fiduciae*) уз манципацију или *in iure cession*. Фидуцијант даје ствар фидуцијару да је врати о року или испуни услов.

права на туђим стварима). На схватању својине развило се заложно право службености⁴⁰ (...), *superficies*.⁴¹

Својина се стицала на основу ваљаног правног посла (*iustus titulus*) уз начин стицања (*modus acquirendi*). Изигравање поверилаца⁴² је, као и у свим историјским порецима, разлог правне несигурности. Обезбеђења су постојала као лична: јемство, уговорна казна, кредитни налог⁴³, али су се *ab initio* показала као непоуздана⁴⁴ па су развијана стварна обезбеђења: *fiducia*, *pignus*, *hipotheca*.⁴⁵

Ако повериоци хоће да наплате своје потраживање од дужника, треба да оно што сматрају да им се дугује траже преко суда: иначе ако без пристанка дужника сами заплене његове ствари, (...) губе своје потраживање. Речи декрета су: „Ако сматраш да имаш захтева, најбоље је да поднесеш тужбе. У међувремену тужени треба да остане у поседу ствари, а ти си тужилац.“ И кад је Марцијан казао: „Нисам применио силу“, Цезар рече: „Сматраш ли да је само онда употребљена сила када су људи рањени? Сила постоји и онда кад неко оно, што сматра да му се дугује, не тражи преко суда.“⁴⁶ Тако се развио екстраординарни (когнициони) судски поступак. Ту држава преузима суђење у своје руке, од позивања на суд, доношења пресуде до извршења.⁴⁷

Закон 12 таблица познаје залог,⁴⁸ пренос правне власти (својине), коме је додат споразум добио је назив *фидуција*.⁴⁹ ⁵⁰ Битно је истаћи да је ствар припадала у државину залогодавцу/фидуцијанту, а право својине је условно преношено на залогопримца/фидуцијара. И данас се условни или орочени пренос својине зове фидуцијарни. Већина савремених права је не предвиђа. Изузетак је англосаксонско право (*common law*), у којем постоји правни институт траст (*trust*), који је суштински врло сродан с римском фидуцијом.⁵¹

⁴⁰ Вид. О. Станојевић, *Римско право*, 24. издање, Досије студио, Београд 2008, Стварне, земљишне службености се састоје у праву свакодобног власника повласног добра да свакодобном власнику послужног преноси део својинских овлашћења. 224.

⁴¹ *Ibid.*, 228. *Superficies* (просто – површина) јесте наследиво отуђиво стварно право коришћења зграде на туђем земљишту. *Superficies solo cedit* – све што је на туђем земљишту дели правну судбину земљишта. Римљани су до краја оставили тај принцип, али су га окрњили установом дугорочног закупа. стр. 228 и даље

⁴² *Ibid.*, 320. *Fraus creditorum* (изигравање повериоца) – Дужник је могао да се упушта у послове с рођацима и пријатељима и онемогућавао наплату. То се сматрало преваром, *interdictum fraudatorium*, *actio Pauliana*.

⁴³ *Ibid.*, 262 и даље. *Sponsio* и *fideipromissio* су облици јемства. *Stipulatio poenae* (уговорна казна) стипулације (*spondeo*, обећавам). Уговорна казна је у новцу/стварима. Кредитни налог је зачетак менице *actio mandati contraria*, ако неко изда банкарну или другом налог да плати трећем, налогодавац је гарант. Ако трећи не врати зајам, банкар се обраћа налогодавцу/мандатару и захтева да му он исплати дуг. *Ibid.*, 262 и даље.

⁴⁴ Вид. Д. Стојчевић, А. Ромац, *Латинска правна правила изреке и дефиниције*, 5. допуњено издање, СА Београд 1989, 386. *Plus cautionis in re est, quam in personae* (Pomponius – *Digesta* 50.17.25).

⁴⁵ Вид. Жан-Ноел Робер, *Стари Рим*, Клио, 2010, 165. Све су то оригинални или изведени појмови латинског језика, иначе индоевропског порекла, а у освит историје то је само језик Рима и Латина.

⁴⁶ Вид. Јелена Даниловић, Обрад Станојевић, *Текстови из Римског права*, Београд 2003, 159. Д. 48.7.7.

⁴⁷ Обично се каже да је римски грађански поступак прошао кроз три облика: легисакциони, формуларни и екстраординарни (...) О. Станојевић, *Римско право*, 2007, 161 и даље.

⁴⁸ Закон XII таблица (Табула XII) предвиђа законско право залог. У Јустинијановом праву отпала је фидуција, *pignis* и *hypotheca* су постале јединствен институт. *Ibid.*, 44 и даље.

⁴⁹ С обзиром на сврху ради које је вршен фидуцијарни пренос својине, разликовала се *fiducia cum creditore* закључена за обезбеђења дуга и *fiducia cum amico*, закључена с циљем предаје ствари на чување или бесплатну употребу. Ради се о пријатељској услузи прениоца или обрнуто и названа је пријатељска (*fiducia cum amico contracta*). Вид. Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2012, 292–300.

⁵⁰ Вид. Драгољуб Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1983, 157–160.

⁵¹ *Ibid.* Фидуција је имала широку примену. У енглеском праву постоје институције налик фидуцији.

Нешто налик фидуцији је и *моргици*, и то у изворном облику. Римљани су дошли до првих облика реалних обезбеђења, који су били издвојени из судског поступка као додатак уз већ постојећи облигациони однос.⁵²

Пигнус је правни облик добио у II веку пре н. е. као реални непотпун двострано обвезујући *contract bonae fidei*. Настаје кад заложни дужник/залогодавац преда посед заложном повериоцу залогопримцу ствар за обезбеђење исплате дуга, а залогопримац је обавезан да је врати по исплати. Поверилац стиче стварно право ручном залогом/пигнусом, које се састоји у власти да поседује заложену ствар *ius possidendi* и да је прода ако му дужник не врати дуг о року *ius distrahendi*.⁵³

Римљани су сва права која имају стварноправно дејство а нису својина називали *iura in re aliena*.⁵⁴ Мана пигнуса је била то што је залогодавчева ствар све време била у државини повериоца, залогопримца, па дужник обезбеђене тражбине није могао искоришћавањем ствари имати моћ да пигнусом обезбеђени дуг лакше врати. Ману пигнуса надоместила је *хипотека* која је подразумевала задржавање државине, *врста* „пигнуса без државине“ (*pignus sine possessione*), што наслућује да се радило о истоврсном средству обезбеђења, а *sui generis* је у задржавању државине, да би облигационоправни дужник лакше платио.⁵⁵

Уопште, хипотека⁵⁶ је значила стварноправно обезбеђење *без преноса права својине и без предаје државине*. Тако се може испратити путања римског обезбеђења. Прво, код фидуције се преносила и својина (условно) и државина, друго, код пигнуса се задржавала својина, преносила државина, треће, код хипотеке дужник потраживања је задржавао својину и државину.⁵⁷ Хипотека је дала моћ вишеструког залагања и увела принцип *prior tempore potior iure* уз нејавност кршену законским привилегијама. Римско право је обиловало генералним хипотекама.⁵⁸

Сумарно сагледано, античко доба јасно осветљава допринос Хелена у контексту прагматичних Римљана. У другим наукама Римљани су били ученици Хелена, па их нису могли достићи, још мање надмашити, док су у правној науци Римљани прави мајстори и први учитељи света. Дакле, видимо да су Римљани у теорији слаби, а у пракси јаки и да се та слабост заснива на одбојности ума према спекулисању. Ум им је обдарен практичним појмовима о праву и зато су установили право као што треба.^{59, 60}

⁵² Вид. Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 276.

⁵³ Вид. Милошевић, *Римско право*, 299.

⁵⁴ Вид. Станојевић, *Римско право*, 2008, 216–221.

⁵⁵ *Ibid.*, 220 и даље.

⁵⁶ Вид. Милошевић, *Римско право*, Разлике пигнуса и хипотеке: (1) пигнус настаје предајом у државину, хипотека је апсолутно право; (2) пигнус поверилац има државину и може да тражи ствар од сваког интердиктом; хипотекар тек мора да преузме државину и постаје држалац; (3) хипотека настаје без предаје, ствар се може заложити више пута; (4) пигнус има за предмет телесне ствари јер је могућа државина; хипотека на свему што је имовина (генерална хипотека). 297 и даље.

⁵⁷ *Ibid.*, 298. Недостатак публициитета у римском праву је окарактерисао *Johannes Voet* као један „лабиринт поверилаца“. Тај проблем је почео да се решава земљишним књигама, које су заслуга *германског права* које уводи *публицитет* и *специјалитет*. Зато је персонално обезбеђење (јемство) задржало важнију улогу у пракси.

⁵⁸ Вид. Жика Бујуклић, *Римска држава, право, религија и митови*, Правни факултет у Београду, Београд 2015, 578.

⁵⁹ *Ibid.* *Omnis definitio in iure civili periculosa est* (Sec. Iavolenu – D. 50. 17, 202), 366.

⁶⁰ Вид. Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 32-82.

Стари век, може се колоквијално рећи Рим, практично је креирао суштину хипотеке а у својој зрелој фази развоја и доцније стварао је правни простор и утирао судски пут реализације хипотеке.

Из угла успостављања различитих првобитних стварноправних средстава обезбеђења потраживања и правних механизма, приметне су чак и разне депривације, али не и у потреби образовања материјалних установа и процедура. Притом ни у једном моменту није изгубљена потреба свих друштава у старом веку да пронађу најприхватљивији модел како би се ваљано стварноправно обезбедила потраживања и прави пут реализације.

Римљани су учили на својим грешкама, проналазили боље институте и делотворне механизме прагматизујући право, уз уважавање *bona fidei* и спремност да искључе из поретка неправедне клаузуле као што је то била *комисорна клаузула*, што је показивало њихово разумевање и осећај правичности.

1.2. Одумирање хипотеке и механизма реализације у средњем веку

Средњи век је означио нагао процес нестајања хипотеке и других обезбеђења везаних за својину, због колективне својине и расцепканости својине. Главна специфичност феудализма је потпуна дезинтеграција, односно подељеност својине на земљи. Својинска овлашћења на земљишном поседу не припадају једном титулару, као приватна својина.

У феудализму је хипотека *постојала* колико су налагале околности, а кад је то био случај, имало се у виду Јустинијаново право. О примени хипотеке се може говорити тек у доба касног феудализма (трговина интензивнија). Владала је *схоластика*.⁶¹

На раскршћу старог и средњег века настаје Јустинијанова кодификација⁶² (*Codex Iustinianus*), у средњем веку се назива *Corpus iuris civilis: Novus Codex Iustinianus, Codex Repetitae Praelectinois, Digesta*,⁶³ *Institutiones, Novellae*.^{64, 65, 66, 67}

⁶¹ Вид. Драган Главишић, *Правна историја*. Схоластика је догматска средњовековна „филозофија“ (лажна филозофија) у служби религије (хришћанства).

⁶² Вид. Станојевић *Римско право*, Јустинијан је владао 527–565. Његова владавина која је трајала 40 година представља границу између старог и средњег века., 90 и даље.

⁶³ Вид. Клајн, Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Дигеста, лат. *digesta*, оно што је распоређено; *истор.* зборник текстова највећих римских правника, састављен 533. по наређењу цара Јустинијана. 352. као и *Digesta*, грч. Пандекте, *pan* – све, *dehota* – књига која садржи све.

⁶⁴ Вид. Драган Митровић, *Теорија државе и права*, 2010, Кодификација XI века је рецепција римског права (Болоњска школа), глосатора (XI–XIII) постглосатора (XIII–XVI), хуманистичке и елегантне јуриспруденције, старе Историјске школе (XVI–XVIII) и XIX века од историјске школе и немачке пандектистике. 306.

⁶⁵ Вид. *Правна енциклопедија*, Реципирано римско право изражено у Немачкој, модернизовано је и донекле германизовано, па се уобичајно назив – *Usus modernus Pandectarum*. 930.

⁶⁶ Вид. Фриц Шулц, *Класично римско право*, Оксфорд (Schultz Fritz, *Classical Roman Law*, 1951). Средњовековно и модерно европско право плови под Јустинијановом заставом. Шире мало познат проф. Шулц је немачки романиста пребегао у Енглеску пре Другог светског рата, где је предавао римско право. Умро је 1957.

⁶⁷ Вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право* (уводне теме), Номос, Београд 1991.

Доба феудализма, средњи век (*medium aevum*), трајало је од V до XVIII века, мада се крупни догађаји одвијају већ од XV века (пропашћу Византије 1453).^{68, 69}

Развој средстава стварних обезбеђења потраживања оцртавао је одлике феудализма, период „одумирања“ обезбеђења тражбина, јер се тичу приватне својине.^{70, 71}

Одумирање права приватне својине неминовно значи и одумирања средстава обезбеђења потраживања, нарочито оних на непокретностима, као и правног пута, конкретно у смислу реализације стварних средстава обезбеђења, наравно, правно консеквентно и саме хипотеке.

1.3. Хипотека и њена реализација у средњовековном европскоконтиненталном праву

Претходном, начелно описаном стању права својине и средстава обезбеђења потраживања додаћемо тек одређене установе стварних обезбеђења које су и другачије и битно заостају за сличним установама старог Рима. Овде ћемо се тек осврнути на *германско* и *српско право*.

У старом немачком праву залога се сразмерно рано еманциповала од својине, а некад јединствен институт залогe посебно се развијао у зависности од тога је ли предмет залогe покретна или непокретна ствар. Осим *продаје под раскидним условом* враћања обезбеђеног дуга (обезбеђења преносом својине), као најстаријег облика обезбеђења, рано настаје и специфично заложно право, тзв. старије правило (*altere Satzung*). Старије правило *настало је из условног преноса права својине* ради обезбеђења, тако што се на повериоца није преносила својина већ само тзв. заложна *Gewere* (врста државине немачког старог права). Из старијег правила се прво развило тзв. новије или млађе правило, које је настало тако што је заложна *Gewere* била *преношена под одложним условом док дужник не плати*. Тај облик залогe добио је пуну афирмацију кад је дозвољено принудно извршење продајом непокретности у случају неиспуњења обавезе, што је омогућило еманципацију залогe (...). Залога новог правила заснивана је свечаним актом и уживала публицитет уписом у књиге. Поверилац је стицао стварно право, супротстављено трећима и *очекивани Gewere* који је производио дејство као да већ постоји, а дужник је задржавао и својину и пун *Gewere*, односно непосредну државину.

⁶⁸ *Ibid.* Настанак Византије је почетак и крај средњовековне епохе која је имала пет периода: 1. рановизантијско (330/395/476–610); 2. доба успона (610–1025); 3. доба цивилног и војног племства (1025–1204); 4. доба крсташа – Латинско царство (1204–1261); 5. доба Палеолога и пад Византије (1261–1453). Следе реформатори и револуције: Низоземска у XVI веку, Француска револуција 1789. итд., које су индикатор да се средњи век дефинитивно окончава.

⁶⁹ Вид. Декларација права човека и грађанина од 17. јуна 1789.

⁷⁰ Византија је спона с римским правом. Острогорски сматра да је Византија резултат споја три фактора: римског права, хеленистичке културе и хришћанства. Почетак Византије се везује за цара Константина (306–337). Након што је 313. године чувеним Миланским едиктом дозволио слободно исповедање хришћанства, 330. је изградио и освештао велики град на месту некадашње грчке колоније Визант (*Byzantion*), а 325. одржао Први васељенски сабор. Град је освештан и добио је име Константинополис (српски Цариград, данас Истанбул). Вид. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*, 148.

⁷¹ Јустинијанов зборник се у Византији примењивао 900 година, све до њене пропасти 1453. године. На основу Јустинијановог зборника су настали византијско право и зборници: Еклога (740), Прохирон (869), Василике (IX), Хексабиблос (Судски приручник 1345), грађанско-црквени зборници (номоканони). На темељима римско-византијског створено је и српско средњовековно право: Законоправило Светог Саве (1219) и Душанов законик (1349, 1354). *Ibid.*, 164 и даље.

Сличности с еволуцијом римске залогe има неспорно, најстарија обезбеђења остваривана су преносом својине, потом преносом државине без преноса својине, напоследку бездржавински. На развој обезбеђења кредита непокретношћу утицало је и једно право које по природи није било залога већ реални терет.⁷²

Реч је о *ренти*,⁷³ специфичном реалном терету⁷⁴ који се састојао у оброчној обавези давања, заснованој на самосталном послу, који је као реални терет⁷⁵ погађао власника непокретности.⁷⁶ Треба поменути Тацитову „Германију“⁷⁷ и Салијски закон⁷⁸ и особен и познат шпански Законик седам делова.⁷⁹

У погледу хипотеке и сличних установа обезбеђења и реализације, српско средњовековно право се, уз изнимке, утапа у опште стање феудалног устројења. Законоправило и Душанов законик су најпознатији, а по много чему и најважнији споменици средњовековног српског права.⁸⁰

Грађанскоправна материја обрађена је у 55. глави, која представља превод Прохириона назван Градски закон.⁸¹ Законоправило је имало огроман значај у српској правној историји. За

⁷² Вид. М. Живковић, *Акцесорност заложног права на непокретностима*, Правни факултет Универзитета у Београду, библиотека Монографије, Београд, 2010. 24 и даље

⁷³ Вид. Рента (фр. *rente* од лат. *renda*, по *reddere* вратити, платити, приход у дивиденди који се добија за уложен капитал, новац на основу неког власништва. Вид. Клајн, Шипка, *Речник...*, 1059.

⁷⁴ Вид. *Лексикон грађанског права*, Номос, Београд 1996, У нашем праву терет уписан у књиге има правно дејство према свакодобном власнику. 614.

⁷⁵ Вид. Андрија Гамс, *Основне стварног права*, Научна књига, Београд 1968, „Реални терети нису нека установа германског права, него установа феудалног права коју су уобличио пандектисти. У нашем... постоје реални терети.“ 201.

⁷⁶ Вид. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретности*, 2010. Правни факултет Београд,. Касније је ово постало законско правило па споразум није неопходан. Откуп се везивао за отказ и законски отказни рок, а изузев у најранијем периоду отказ се није могао предвидети у корист повериоца ренте. Тек 1600. године поверилац рента добија право на отказ у случају доцње дужника. На тај је начин рента постала погоднија за инвестирање капитала. *После реценције римског права, куповина ренте се углавном мења у институт који је ближи залози*, посебно бездржавинској новијег правила. Протоком времена, уз ренту се појављује и лична облигација, а залога новог правила добија елементе стварног дуга. Уз ренту се све чешће везује и лична одговорност власника, све док се под утицајем римске залогe, није претворила у институт налик каматном зајму са заложним обезбеђењем. Идеја се наставила укрштањем германског и римског права. У германским земљама данас их сматрају *неакцесорним залогома*. Рента је у почетку наликовала земљишној камати (*Grundzins*), која је била најчешћи реални терет тога доба, али се развојем издвојила у самосталан институт. Идеја права на вредност (*Werterecht*) први пут се јавила код куповине ренте (пре него код залогe новијег правила). Пошто се могла самостално преносити, писмо је олакшавало промет. У случају неплаћања, господар ренте се могао намирити искључиво из вредности непокретности. Рента је могла престати само откупом од власника, споразумом с повериоцем ренте. 24–27.

⁷⁷ Вид. Станимировић, *Хрестоматија*, 2013. Тацитову Германију је сачинио римски војсковођа и историчар Тацит. Подаци које је Тацит навео су из I века н. е. и чине најдрагоценију грађу за проучавање живота германских племена. Мада је настало у старом веку, због значаја Германа и њиховог права током средњег века опис Германа се разликује од оних Германа који су начели средњи век пустошећи Западно римско царство. 251.

⁷⁸ Вид. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*, 251–278.

⁷⁹ Вид. Милан Петровић, *Увод у велике правне системе*, Ниш 2011. *Siete Partidas* (Законик седам делова), краља Кастиље Алфонса X примењиван и у Латинској Америци, Флориди, Луизијани, Тексасу и Калифорнији.

⁸⁰ Вид. Ђорђе Бубало, *Душанов законик*, ЗУНС, Сл. гласник, Београд 2010. Представља огроман зборник црквених и световних норми који је сачинио Свети Сава – на руском је назван Крмановска књига. Отуд је настало име *Крмчија*. Свети Сава је Законоправило саставио 1219. године по повратку из Никеје. Законик садржи увод и 64 главе.

⁸¹ Вид. www.istorijskabiblioteka.com/art:zakon. *Закон градски* је назив за разна законска акта као Прохирон, Дубровачки статут у исправама које су издавали српски владари и у чл. 101 Душановог законика. Закон градски

саму залогу Душанов законик у чл. 30 предвиђа: *Залози, где се нађу, да се откупљују*. Представљао је рецепцију римскога права у његовој византијској обради, поставио темеље српског права и државе и увео Србију у европску цивилизацију.^{82, 83}

О залози има мало доста нејасних података, али је она несумњиво постојала као средство обезбеђења зајма.⁸⁴ Као универзална кодификација, Душанов законик може се сматрати уставом српске средњовековне државе.⁸⁵

Најважнији извор права за упознавање права средњовековне *будванске комуне* јесте њен Статут. Овај правноисторијски споменик настао је у XIV веку кад је *Будва* била у склопу средњовековне српске државе. Поверилац не постаје држалац ствари већ стиче само неку врсту *генералне хипотеке* на имовини дужника уз овлашћење да наплату доспеле тражбине оствари кроз јавну дражбу. *Будванским статутом* залога је регулисана и путем уговора о пигнусу на непокретним стварима. Као доказ залог непокретних ствари Статут предвиђа нотарску исправу. *Продаја непокретности обављала се на јавној дражби и није дозвољавала „оном ко има да прими дуг“, то јест заложном повериоцу, да сам предузима продају поседа/куће без учешћа општинских органа*. Отуд је поступак Статутом био прецизно одређен.⁸⁶

Овакво уређење хипотеке и реализације у општини Будва било је врло напредно за то доба, што је повезано са интензивном трговином.

У најгрубљим цртама, у средњем веку, веку феудализма, хипотека „одумире“ у сваком погледу, па наравно и механизми њене реализације, управо због „губљења тла под ногама“ те установе стварног права, будући да се укоренењу и почива на праву својине, односно приватне својине, која се такође изобличила у томе веку, али другачије, као што се то догодило петнаест векова доцније у ери комунизма, када је измишљен производ дефинисан као „друштвена својина“, која је била *свачија и ничија*.

1.4. Особености англосаксонских стварних права спрам хипотеке и њене реализације

није само Прохирон и тек је А. Соловјев показао да се односи и на Дубровачки закон. А. Соловјев, Градски Закони у средњем веку у Србији, *Архив ПНД* 16/1928, 342–350.

⁸² Вид. Драгош Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја – Законоправило Светог Саве*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.

⁸³ Вид. Јевтић, Поповић *Народна правна историја*. Душанов законик је, уз Законоправило, најважнији споменик средњовековнога српскога права. Донет је на државном сабору у Скопљу 21. маја 1349. и у Серу 1354. године. Душанов законик је у ствари трећи део кодификације, чија су прва два дела Синтагма Матије Властара и тзв. Јустинијанов закон.

⁸⁴ Вид. Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, шесто издање, Библиотека *Уџбеници*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 74.

⁸⁵ Вид. Виолета Вековић, *Правни поредак у Србији у доба благоверног цара Стефана Душана*, *Правни живот* 540, 10/2010, 569–585.

⁸⁶ Вид. Жика Бујуклић, *Правно уређење средњовековне будванске комуне*, Библиотека *Монографије*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2014, 166 и даље.

Англосаксонски систем се развијао аутономно, без великог утицаја римског права, најпре у Енглеској,⁸⁷ а онда и у земљама енглеског говорног подручја.

У X веку се први пут јавља назив Краљевина Енглеска. Да би стекао тачан увид у земљишни фонд Енглеске, Виљем Освајач је наредио да се изврши попис земље и становништва и 1086. године сачинио *Domesday book* (зачетак земљишних књига). Краљ власт, па и судску, обавља посредством шерифа. Мертонским статутом је 1236. године забрањена примена римског права у Енглеској, што је почетак раздвајања англосаксонских и европскоконтиненталних правних система. *Nolemus leges Angliae mutare* (римско право је робовласничко). Уместо римског, у Енглеској важи опште право = судско право = прецедентно право (*case law*). Путем прецедената заснованих на обичајима претежно се регулише имовинско право. У вези са стварним правима категорише се *Fee simple* – највише право на земљи, временски неограничено, отуђиво правним пословима *inter vivos* и *mortis causa*, најближе појму права својине. *Fee tail* је доживотно уживање, неотуђиво правним пословима *inter vivos* и *mortis causa*. Оно је наследно, то јест прелази на одређене наследнике. *Estate pour autre vie* је држање само док је неко треће лице живо. *Real property* су земљишна права која штити *common law*. *Chattels real* су остала права на земљи, *life estate* је држање имовине до краја живота, док се својина на покретним стварима назива *chattels personal*. *Tenure* је држање имовине у закуп, уговор о закупу. Траст (*Trust*) од 1535. (*Statute of uses*) постаје правни институт, док је раније постојала фактичка предаја имовине уз одговарајући циљ. Разлог је у томе што *common law*⁸⁸ не признаје предају имовине другоме уз услов.⁸⁹

Bill of rights из 1689. године гарантује слободу, независност судства итд. Енглеско право се развијало независно од континенталног, на традицији *common law*-а. У римско-канонској правној традицији судија је примењивач права које формулише правна наука или законодавац.⁹⁰

У англосаксонском праву, у правној традицији *common law*, тежи се томе да се одлука препусти судијама. Извори права у Енглеској су *common law*, *equity law*, *statute law*. Закуп се у Енглеској јавио у XII веку и имао је функцију обезбеђења за зајам. Закуп с почетка игра улогу коју касније узима залог непокретности (*mortgage*). Европски правник, полазећи од римских категорија, углавном сматра да је својина *plena in re potestas*. Остала права која делују *erga omnes* су *iura in re aliena*, а поред тога постоји и фактичка власт на ствари – државина. Таква структура ствари је и одређена и логична. Међутим, тешкоће настају кад ове појмове треба применити на односе различите од оних у класичном Риму. Потврду за то можемо наћи у

⁸⁷ Вид. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна историја, Magna carta libertatum* из 1215. се веже за *Habeas corpus act* из 1679. године. Та два документа су важна за људска права и слободе, због генезе енглеског права и права САД. 213–217.

⁸⁸ *Ibid.* Даље ће се у тексту, сем овог назива, користити и назив англо-америчко право, англосаксонско право, опште право – *common law*, или америчко право, а за европскоконтинентално право користити се назив европско или само континентално или цивилно право – *civil law*.

⁸⁹ Услов ће доцније (у значењу – раскидног) бити релевантан првенствено за моргиц.

⁹⁰ Вид. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна историја, Equity law* је право правичности, уобличава се у XV веку а примењује га Канцеларов суд који не веже ни *common law* ни *statute law*, него суди помоћу слободне оцене. Као правна установа постоји од XIV века (правни и фактички посед *слободних интереса* на земљи, а то не значи увек посед земље него, на пример, ренте. *Seisin* није увек везан за физичко држање, иако је тежио. Сваки стицалац и преносилац су морали доказати *ваљан seisin*. Откуд назив *real property*? Општи је принцип да све пресуде гласе на суму новца. Али, ако спор о својини на непокретности неће покренути *personal action* која води до осуде на новац, већ *real action*, тада пресуда одређује коме припада ствар, па у *својинском праву* постоји *personal property* и *real property*. 223–232.

историји римског и англосаксонског схватања својине. Трагајући за својином над непокретностима, правник европске формације неће је нигде наћи. Оно што Енглези сматрају својином (*real property*) пре су облици закупа. Енглеско право земљишне својине Кромвел је описао као страшну збрку (*ungodls jumble*), а неки писци препоручују почетницима да се не обесхрабре ако из првог читања нису ништа схватили, него да читају више пута. Врсту својине одређују два појма: *tenure* и *estate*. *Tenure* се преводи као „држање“ јер потиче од латинског *tenior* – држати. По концепцији *common law*-а земља се не поседује већ држи (*not possessed but held*). Држање одређује врсту, обим права и терета. Али, није важно само како се земља држи него и на које време. Власник може имати широка права, али се гасе смрћу или протеклом времена. И обрнуто. Одговор на ово питање даје *estate*. *Estate* је време држања једног интереса на земљи, а облици су: *fee simple* (наследно, отуђиво право својине), *fee tail* (слично породичном фидеокомису), *life estate* (право доживотног уживања), *tenancy* (облик својинског закупа). Иако између њих има неких мањих разлика, изрази *lease* и *tenancy* могу приближно да се преведу као закуп. Како и облици својине, имају карактер условног или временски ограниченог закупа. То и закуп, према *common law*, спадају у *real property*. Али у англосаксонском праву самосталност закупца је нешто већа.⁹¹

Према томе, већ на овом ступњу развоја по историјској дубини очигледно је постојање суштинске разлике између два велика правна система, а са становишта ове теме, разликовање схватања права својине и средстава стварноправних обезбеђења потраживања, па самим тиме и правих механизма реализације успостављених страноправних средстава обезбеђења.

2. Реуспостављање хипотеке и механизма реализације у новом веку

Откриће Америке 1492. године сматра се почетком новог века. Суштински, нови век је означавао нешто што се могло препознати у идејама хуманизма,⁹² уз уплив хеленско-римске културе, религиозне реформације, разлаз са средњовековним погледом на свет. То је довршио и у својим списима изнео холандски писац XVI и XVII века Хуго Гроцијус – *pater iuris naturalis*.⁹³ У новом веку римско право је имало јак утицај и у многим државама потискује обичајно право па су упоредо важили и римско и обичајно. У Француској обичајно право се назива „*droit coutumier*“, у немачким земљама названо „*gemeines Recht*“, а обичајно – „*Landrecht*“. Према томе, може се рећи да су постојали услови за реуспостављање хипотеке, а тим и развоја и даљег преобликовања правних питања и шароликости – реализације хипотеке.

2.1. Реуспостављање хипотеке и механизма реализације у европскоконтиненталном праву новог доба

⁹¹ Вид. Обрад Станојевић, *Римско и англосаксонско схватање својине, Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1972, 843–857.

⁹² Вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право*, 1991. Хуманистичка елегантна јуриспруденција.

⁹³ *Ibid.* Кад су се у XVII веку јавили правнички списи о историји римског права, онда су те правнике назвали *iuris consulti elegantiores* – елегантна јуриспруденција (одвише учена јуриспруденција). Почела је да се увиђа важност историјске студије и његовог поступног развитка, а заслуга је историјске школе Хуса, Савињија и Пухте (основана у XIX веку), што је историја права већ признала као елемент правничког образовања и науке.

Развој хипотеке у новом веку најпре се ослањао на римско право, а онда су настајале специфичности. Ту је карактеристично француско и немачко право јер су те земље имале најинтензивнији развој друштвених и привредних односа.

У Француској је регулисање стварноправних института преузето из римског права, па је са становишта примене хипотеке, најпре примењиван првобитни *stari* институт преноса својине ради обезбеђења потраживања (налик фидуцији).⁹⁴ Француски Грађански законик (ФГЗ, *Code civil des français*), из 1807, *Code Napoleon*,⁹⁵ по рестаурацији *Civil code* (Грађански законик), била је прва кодификација која се односила на грађанина. Наполеонов законик је придавао велики значај непокретностима. Публицитет у материји непокретности регулисан је законом 1855. и 1955. године. Он је био обавезан с конститутивним дејством. *Code civil* за конституисање хипотеке тражи пуноважно закључен уговор (§ 2117, ст. 3).

У немачком праву је хипотека најпре преузета из римског, а касније је особен развитак хипотеке с посебностима уз карактеристичан земљишни дуг (*Grundschild*) где је стварна обавеза различита од личне. Немачки Грађански законик⁹⁶ (НГЗ) у номотехници регулише хипотеку, као основ немачке грађанскоправне праксе, до данас. Дакле, док је у НГЗ за настанак хипотеке нужен упис у земљишне књиге, у Француској је уговор о хипотеци довољан за конституисање. Али, код хипотеке у Француској дејство уговора о хипотеци између хипотекарног и заложног повериоца има дејство *inter partes*. Отуд, ако хипотекарни поверилац не изврши упис хипотеке у регистар, постоји могућност да се хипотека изгуби или да јој ранг падне испод других у регистру забележених хипотека. Тако хипотека од дејства *inter partes* долази до учинка *erga omnes*, што јој даје стварноправни карактер. Пуноважност уговора о хипотеци тражи оверену изјаву дужника (*Code civil*, § 2127). Овлашћено лице је нотар, односно овлашћено службено лице *le conservateur des hypothèques*. Књиге хипотека су двоврсне: *les registres de formalite* у које се врше уписи и *les registres d'ordre* које служе за потребе органа уписа и проналажење података о уписима. Код хипотеке нотарска овера је могућа као „en

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Вид. <https://www.france24.com/en/europe/20210504-napoleon-s-rich-global-legacy-from-the-civil-code-to-current-arts>: Наполеон пише: „Од свега што сам направио за живота *Code civil* ће остати моја највећа оставштина – моја права слава не лежи у чињеници што сам победио у четрдесет битака – *Waterloo* ће избрисати успомену на све моје победе, али мој Грађански законик – живеће вечно.“ („My real glory isn't that I won forty battles; [the final defeat at] *Waterloo* will erase most of them – but nothing will erase my *Civil Code*; that will live for ever.“)

⁹⁶ Вид. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*. Немачки грађански законик донет је 1. јула 1896. после припреме и рада на пројекту који је трајао 22 године. Ступио је на снагу 1. јануара 1900. Трећа књига се односи на стварно право. Пример виталности НГЗ је случај Луизијане (изузетка *common law* традиције САД). Евидентна разлика правне природе хипотеке у немачком спрам римског права је у акцесорности. Што се тиче публицитета у конституисању хипотеке немачко обичајно право је прешло у легислативу. Пруски општи земаљски законик (*Preuss isches Allgemeines Landrecht*, 1794) приписује валидност само хипотекама укњиженим у хипотекарне књиге, а АГЗ из 1811. афирмисао је ачело публицитета већ у XIX веку – опште.⁹⁶ Осим хипотеке, негде је остао и институт старог хипотекарног права, по којем се поверилац може намирити само из плодова заложене ствари хипотека на приход (*Revenuenhypothek*). Иако је прихваћен принцип акцесорности хипотеке, борба принципа акцесорности и самосталности, развио је сасвим аутохтоно принцип земљишног дуга (*Grundschild*), уређен пруским Законом о баштенским односима из 1872. године, што је преузео НГЗ 1900. Тиме обичајно право, као извор права код хипотеке, замењују одредбе НГЗ. По НГЗ за конституисање хипотеке нужен је пуноважно закључен уговор (§ 873). За случај да код конституисања хипотеке још није познат поверилац обезбеђене тражбине потписаног дуга или земљишног дуга (§ 1188 и § 1195), пресумира се да је хипотека заснована ако постоји изјава власника органу који води земљишне књиге. Уговорници код хипотеке морају бити одређени, а дужник обезбеђене тражбине може бити и трећи који јемчи својом ствари за испуњење дужникове обавезе. Предмет хипотеке може бити земљиште, делови и друга земљишнокњижна права (§1114).

minute“ и „en bravet“. Код „en minute“ нотар задржава оригиналну исправу, а странама издаје копију исправе, код „en bravet“ оригинал исправе о упису се издаје уговорницима. Уговорник код хипотеке је увек поверилац што следи принцип акцесорности. Али, када је у питању сам дужник, уговорник може бити и трећи (*caution reele*), који јемчи својом ствари за извршење обавезе која се обезбеђује. Узроци дуговечности утицаја ФГЗ почивају на универзалности правног *ratia* и еволутивној способности текста. *Code civil*, дело практичара, адвоката, судија, често се назива правним уставом Француске.⁹⁷

Стварно право и аустријско грађанско право развијали су се под утицајем римског права. За пренос својине и других стварних права потребан је, поред *titulosa*, и *modus acquirendi*. Модус се огледа у традицији. За пренос права на непокретности захтева се упис у земљишне књиге⁹⁸ (§ 1371, ст. 1).

Неважни су сви услови и споредни уговори, противно природи уговора о зајму и залози, као што су да повериоцу припадне заложена ствар по истеку рока плаћања тражбине, да поверилац може залогу отуђити по својој вољи или по цени унапред одређену или да је може за себе задржати.⁹⁹

Аустријски Грађански законик (АГЗ) је најзначајнији за српску правну историју. Био је узор при доношењу *српског Грађанског законика* (СГЗ)^{100, 101}, који је донет за Књажевство Србију 1844. године и важио је до Другог светског рата, а у виду *правних правила* и после. СГЗ предвиђа залогу: „Право залог на непокретна добра које се хипотеком или баштинском¹⁰² или миљачком¹⁰³ залогом назива, добија се када се дуг или писмена исправа на којој се дуг оснива у књиге судске својим путем уведе, то јест *убаштини* (интабулира).“

За промоцију хипотекарног права је најважнија Уредба о интабулацији донета 14. септембра 1839. године,¹⁰⁴ која предвиђа да повериоци имају право на интабулацију, као посебно обезбеђење у виду залог на непокретном добру. За хипотеку је важило начело следовања, а поверилац се могао наплатити из хипотековане непокретности без обзира на промену власника. Уредба је двапут допуњена, Указом 6. марта 1842. и 1853. године, али

⁹⁷ Вид. Томо Рајчевић, *Code civil и правосудно стварање права*, Увод у право Француске, Институт за упоредно право, Београд 2013, 228 и даље.

⁹⁸ Вид. *Правна енциклопедија*, 61.

⁹⁹ О СГЗ из 1844. године вид. Јевтић, Поповић, *Народна правна историја*.

¹⁰⁰ Вид. Аврамовић, Станмировић, *Упоредна правна традиција*, 244.

¹⁰¹ Вид. М. Полојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић, *Српски грађански законик*, Правни факултет у Београду, Под утицајем АГЗ, а и *Code Civil*, завршен је 1842, а проглашен 25. марта 1844. године. Ревидиран је 1864, 1872, 1911. године. Важио је сто година у Србији, а дуже од 60 у крајевима који су припадали Србији после Берлинског конгреса.

¹⁰² Баштина – имовина, првенствено она коју неко наследи од свог претка, очевина, дедовина. Вид. *Речник српскога језика*, Матица српска, Нови Сад 2007, 66.

¹⁰³ Миљачка – фр. *milieu* – средина, све оно што окружује једно живо биће. Вид. Вујаклија, *Речник*.

¹⁰⁴ Вид. Уредбу о интабулацији од 19. новембра 1854. Шта је ко дужан, то мора дати, ако неће, суд ће га приморати (СГЗ, чл. 21). Залог је ствар на коју зајмодавац има право да се из ње намири, ако његов дужник не испуни на време своју обавезу (§ 304). Ко има залог, тај има право да ценом залог себе намири, ако дужник не исплати дуг (§ 312). Ако нешто претекне као вишак, да врати дужник (чл. 323). Ако заложена ствар пропадне или се зајмодавац одрекне права на залог или је безусловно врати дужнику, онда залог престаје, мада дуг остаје и после тога (§ 827). Начини за обезбеђење обавезе и утврђивање права су јемство и залог (§ 842). Кад заложитељ намири дуг, мора је одмах вратити (§ 843). „И по томе неће важити сви побочни уговори и услови противни природи залог и зајма, као што су: уговор да поверитељу припадне залог, ако му се зајам на време не врати; да поверитељ залог по својој вољи за напред одређену цену продати, или за себе задржати може...“ (СГЗ, ст. 2).

ниједна допуна не познаје принцип специјалности хипотеке и зато даје простор генералним хипотекама. Мане су отклоњене Уредбом о интабулацији 19. новембра 1854. године, која је постала део СГЗ. У погледу уредби и бриге државе, могу послужити као пример забране из аката које се тичу ограничења окућнице¹⁰⁵ и акцесорија потребних за основну егзистенцију лица. Што се тиче случаја кад поверилац с бољим рангом тражи продају, повериоци с лошијим рангом могу да сачувају права на тај начин што ће платити његову хипотеку и ступити на његово место.¹⁰⁶

У СГЗ се прописују својинска овлашћења. СГЗ је усвојио римски појам државине.¹⁰⁷ Права хипотекара у фази реализације су у продаји, уновчењу непокретности. На првом месту хипотекар има основно право да тражи исплату хипотековане суме из хипотекованог добра, на коме је хипотека постојала. То је главно право хипотекарног повериоца, по коме су сва остала права само модалитети, која служе његовом сигурнијем и успешнијем реализању. Како хипотекарни поверилац не може на основу хипотеке да тражи продају док не издејствује и извршну судску одлуку, разумљиво је да о праву хипотекара да добро прода „приватно“ *не може ни речи бити*.¹⁰⁸

Дакле, Лазар Марковић изрично наглашава да о праву на *приватну* продају/извршење хипотековане ствари нема ни говора, то јест да је недвосмислено неприхватљива.

Општи имовински законик Црне Горе¹⁰⁹ (ОИЗ) од 25. марта 1888. саставио је Валтазар Богишић^{110, 111, 112}

Раздио VIII „О залози“, чл. 870 ст. 2, „О разлици у природи стварних и дуговинских¹¹³ права“ утврђује: „Исто тако, кад имаш неко право у туђој ствари и сам власник (његови пријемници и наследници) треба да то твоје право поштује и да те пусти да га на његовој

¹⁰⁵ Вид. А. Мимица, М. Богдановић, *Социолошки речник*, ЗУНС Републике Србије, 2007, Окућница је мали земљишни посед у близини сељакове куће и представља егзистенцијалан минимум породице. Књаз Милош је 1836. издао Уредбу о окружју, која је сељацима забрањивала да се задужују на „кућу, баштину, два вола и краву“. Да се сељаци заштите од зеленаша, 1860. године је уведена забрана да се задужују на меницу. 377.

¹⁰⁶ Вид. Лазар Марковић, *Грађанско право, Општио део и стварно право*, Народна Самоуправа, Београд 1927, Закон забрањује све уговоре о начину исплате, док не дође рок хипотекованој тражбини, јавном продајом сви терети престају по чл. 489, ст. 2 Закона о судском поступку. Да би се такве евентуалности отклониле, установљен је у немачком праву принцип најмање понуде (*das geringste Gebot*). Тај принцип значи да се приликом јавне продаје узима у обзир само она понуда којом се измирују трошкови продаје и све оне тражбине које имају првенство према оној тражбини ради чијег се намирења добро продаје. Све док се не постигне таква понуда, продаја се не врши. На тај начин поједини хипотекарни повериоци потпуно су заштићени од безобзирних поверилаца, који би им могли уништити залог, а себе било намирити, било не намирити. У српском праву нема прописа о најмањој понуди, мада је ова установа добра и корисна. 547 и даље.

¹⁰⁷ Вид. Зоран Мирковић, *Српска правна историја*, Правни факултет у Београду, Београд 2017, 140 и даље.

¹⁰⁸ Вид. Лазар Марковић, *Хипотекарно право*, Геца Кон, Београд 1911, 173 и даље.

¹⁰⁹ Вид. *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Цетиње, Државна штампарија 1888. (В. Богишић, *Општи имовински законик*, Библиотека *Фототипско издање*, ИП Обод, Цетиње 1998, 65 и даље)

¹¹⁰ Вид. М. Vukovic, N. Tasic, *Bogišić's Code – The Process of Preparing*, Serbian Academy of Sciences and Arts Institute for Balkan studies, Special Editions 105, Belgrade 2009.

¹¹¹ Вид. Јевтић, Поповић, *Народна правна историја*, 207–222 и даље.

¹¹² Вид. Мирковић, *Српска правна историја*, До Берлинског конгреса Црна Гора је била формалноправно део Османског царства. Није била субјект међународног права. То су изразиле Велике силе (Париски конгрес 1856) прихватајући став Порте да је Црна Гора део Османског царства. Закоником Петра I постављени су *први темељи државног и правног поретка* (1803). 210 и даље.

¹¹³ Богишић није остављао било какву дилему о стварноправном карактеру заложних права. *Дуговинско* је синоним за облигациона односно релативна права.

ствари потпуно и мирно вршиш. Така права која су у самој ствари укоријењена, закон с највишом оштрином од свачијег нападаја штити.“ О официјелности речито говори чл. 182: „Строго се забрањује узимати залогe од дужника против воље његове; ту *власт једино суд има*. Залогa коју ко узме унаточ тој забрани биће одмах повраћена дужнику, а узималац може према приликама још и кажњен бити. Ако дужник не плати на рок, дужитељ може молити суд да ради намира дуга нареди јавну продају заложене ствари.“ О застави чл. 202: „(...) исправа о застави суду на упис се преда (...)“ Чл. 1019: „Право које имаш у туђој ствари не слаби, ма колико власника она промјенила.“^{114, 115}

Дакле, Богишићу није спорно да је у *реализацији залогe једино властан суд* и ову карактеристику уновчења заложене ствари изрично реглументира законом.

3.2. *Особености реуспостављања средстава обезбеђења потраживања и механизам реализације у англосаксонском праву новог доба*

Англосаксонско право има своје корене и у римском закону и раном англосаксонском законодавству. Значајни су енглески обичајни закон о моргици и интервенција енглеских судова. У случају да дужник не измири кредит о року доспећа, поверилац постаје власник земљишта. Постојала је и могућност да моргиц поверилац користи предмет моргица (до рока доспећа кредита) за *закуп*. Тако је хипотекар добијао приходе од ренте и профит (за износ ренте и профита би се умањио кредит). Обичајно кредитно право о моргици било је строго за дужника. Рок доспећа кредита био је законски утврђен. У XVII веку постојала је могућност да енглески судови интервенишу ако дужник понуди да измири кредит и камату; али ако и после интервенције енглеског суда дужник не измири обавезе, дешавало се да моргиц поверилац преузме земљиште дато под моргиц. Продаја земљишта није се вршила. Поверилац је добијао земљиште без обзира на то колика је његова реална вредност, чак и ако је била већа него кредит. Овај, тзв. строги моргиц користи се и данас, али мање него раније. Процес реализације из моргиц имовине и траста одвија се путем суда. Дакле начелно постоји официјелност института. Процес почиње именовањем управника (*receiver*). Повериоци се намирају по утврђеном редоследу уписа. Непокретности на којима је успостављен моргиц и на којима није обезбеђен документ о власништву морају бити регистроване. Када дужник не измири обавезу о року моргиц поверилац потраживање реализује преко суда продајом непокретности на којој је установљен моргиц.¹¹⁶

¹¹⁴ Богишић на сликовит начин експлицира стварноправно начело – *права следовања*.

¹¹⁵ Богишић у ОИЗ наводи: „Суд ће прије свега обратити пажњу на правилност посла те развијети: да ли је уговор законито углављен; није ли чије право, у колико се то при такоме проматрању исправе узнати може, тим послом повријеђено; није ли у исправи што пропуштено без чега не може да буде и.т.д. Тек кад суд – било од прве, било пошто се поправи што је за поправљање – нађе да је све у реду, издаће писмену одлуку, да се застава упише у књиге. Без те одлуке не може бити *заставног уписа*, а кад би се при свем томе догодио, неће имати никакве законите снаге ни вриједности.“ У чл. 871, ст. 3 ОИЗ наводи се: „Ти, истина, можеш дужника судом гонити да дуг измири, али ту ти треба парницења, треба, ако се дужник нећка, или удара с које било стране на дуг или његову незаконитост, да суд и његове разлоге упореди с твојим разлозима и доказима те да парницу ријеши. Па и кад се парница сврши повољном за тебе пресудом, још је могуће да не постигнеш оно што желиш, јер се и тада још не зна хоће ли та ствар, о којој је у пресуди ријеч, збиља до рука доћи, или ће то каква запријека осујетити (на пр. дужник међутим умре, предигне у далеке земље и тд.“

¹¹⁶ Хипотека није синоним за моргиц јер Англосаксонци ни лингвистички не знају за римску „хипотеку“.

У енглеском праву донекле интригира развој моргица на броду. *English Law Mortgage* је институт који има комплексније значење од хипотеке у континенталном праву. Моргиц подразумева најпре зајам, затим трансакцију обезбеђења зајма и коначно формални документ којим се то остварује. По *common law*-у дужник по моргицу је у целини преносио брод на веровника на бази закљученог уговора о преносу, а кад би дужник платио дуг с каматама, веровник би вратио брод дужнику у време и месту како је уговорено. До промене деловања моргица је дошло 1825. година откада се брод не преноси у посед веровника, него се установљава фидуцијарна својина у његову корист а брише по исплати дуга.¹¹⁷

Законодавство из 1825. није само смањило број „држања“ (*tenures*) него и врсте *estate*. Основни облик *estate* је апсолутна својина (*fee simple absolute*), својина на одређени рок (*a term of years absolute*) и облици закупа. Нове су поделе својинских права на земљи (уживање свог права) и *interest and charges* (интереси и терети), што одговара римском *iure in re aliena* (стварна права на туђим стварима). Како теоретски нема апсолутне својине већ више врста истовремено постојећих или сукцесивних интереса, губи се разлика између оног што јесте и што није право својине, чега нема у римском праву. Касније је настао законски моргиц или уписан моргиц (*legal*) (*Mortgage, registered mortgage*). Уписан моргиц први је пут уведен у енглеско право у Tetley, *Maritime Law and Claims*, 1985.¹¹⁸

Англоамеричко право својине полази од концепција да је могуће: а) истовремено постојање више права на истој ствари; б) условљена и временски ограничена својина (у неким деловима Енглеске); в) постојање стварноправног закупа. На земљи може постојати више права неког титулара. Постоје две врсте будућих интереса: *vested* (обезбеђен, одређен) и *contingent* (неодређен, услован). Практична разлика је што се будућим одређеним може одмах располагати, док то није случај с будућим неодређеним, под условом. Ако титулар једног права установи у корист другог право мањег обима, односно краћег трајања, тад се каже да титулар има повратна права (*reversion*). Титулар *fee simple* који у корист лица А установи *life estate* (доживотно уживање) задржава *reversion* (повратно право).¹¹⁹

Није никаква случајност то објашњење англосаксонског разумевања права, својине, то јест држања, закупа, залоге и стварног права. САД од XIX века развијају бездржавинске залоге. Преокрет залоге чини Једнообразни трговачки законик (*Uniform Commercial Code: UCC*) из 1962. године (специјалитет се нарушава, предмет залоге шири итд.).^{120, 121, 122}

¹¹⁷ Вид. Јелена Никчевић Грдинић, *Поморска хипотека (mortgage) у енглеском и америчком праву, Наше море* 1–2/2009, 56.

¹¹⁸ Енглеско право не прописује обавезан упис за мање бродове, то се уписани *mortgage* важи само за бродове који се воде у уписнику бродова. *Mortgage* који се установљује према броду што није уписан, или дијелу брода, познат је као тзв. *equitable mortgage*. Тај *mortgage* познат је као *ex equo et bono*. MSA је установио уписан *mortgage* (*legal mortgage*), али нема законске обвезе уписа. Упис се врши ради сигурности трећих. Ако се ради о броду под *mortgage*, а *mortgage* није уписан, има правични *mortgagea* (*equitable mortgage*). Дјеловање уписаног *mortgagea* је што власништво на броду не прелази на вјеровника, (напуштен принцип фидуцијарне својине).

¹¹⁹ Вид. Обрад Станојевић, *Римско и англосаксонско схватање својине*“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, број 5–6, 1972. 843–857.

¹²⁰ Ibid. Творац чл. 9, Гранд Гилмор идентификовао је 8 средстава обезбеђења у САД *Pledge, chattel mortgage, conditional sale, trust receipt, factors lien, field warehousing, security interest in intangible property, account receivables financing*. Формула је: суштина испред форме. Ако обезбеђења имају исти циљ она су „*security interest*“. Важно је нагласити да овај закон тангира само покретности те са тог аспекта нема директног утицаја на тему.

¹²¹ Ibid. Теорије су модификовале моргиц кроз следеће детерминанте: (1) обичајно право, пренос својине на непокретности/теорија непокретности; (2) посредничка/хибридна теорија; (3) теорија смањене вредности.

¹²² Вид. <http://www.seminarski-diplomski.co.rs/PRAVO/Anglosaksonsko-pravo.html>.

3. Процесноправни механизми реализације хипотеке у прошлости

3.1. Првобитне карактеристике реализације хипотеке

Сигурни подаци о праву, а посебно о извршном праву најстаријег доба, врло су малобројни. Тад се као орган извршења јављао, по правилу, код свих народа, без обзира на место и време њиховог постојања, који су се налазили на истом привредном и културном нивоу, сам ималац овлашћења, то јест сама странка која се налазила у положају повериоца, зато што се сматрало да она тиме врши једну заједници корисну делатност, тако да је изгледало да је на то од саме заједнице не само овлашћена, него и обавезна да је извршује. При томе, извршење је у први мах било управљено једино против саме личности дужника и вршило се путем „везивања за стуб“, где би дужник остао све док он сам или ко други испуни обавезу. Он се изједначавао са лоповом и остајао је привезан дане и ноћи без обзира на време, не могући ни да се помакне, тако да је могао да умре од глади и жеђи ако се ко не сажали да му да нешто поједе и попије. Све се то чинило зато што је постојала нада да ће се неко од дужникових сродника или саплеменика сажалити и испунити његову обавезу. Ни смрт дужника није га ослобађала мука. Чак и његов леш је припадао повериоцу који га је користио, ако је имао њиме нахранити своје животиње и дивљач.¹²³

У *Атини* је занимљиво постојање уређеног извршења пресуде. Извршењу се одмах приступа, с обзиром на то да је тужилац у приватним споровима био обавезан да унапред уплати одређени новчани износ, обично 1/6 те суме одмах (*epobelia*) ако не успе у спору. Ако спор изгуби тужени, предмет спора припада тужиоцу. Атињани су ово поверавали судијама поротницима. Свака странка је предлагала санкцију коју сматра адекватном, а судије су се опредељивале за једно понуђено решење.^{124, 125}

Тежња да поступак извршења представља највеће могуће задовољење захтева повериоца, али и да се, тиме што се морало приступити егзекуцији, то изврши са што мање штете по интересе извршеника (дужника).¹²⁶

У *грчком праву* персонална егзекуција је у почетку била правило, а њу забрањују већ Солонови закони, мада остаје у употреби још дуго. Извршење се спроводи од повериоца и може отпочети тек по протеклу законом одређеног рока. Имовинско, пак, извршење може бити

¹²³ Вид. Борислав Т. Благојевић, *Систем извршног поступка*, Књига 2, ИКП Геца Кон, Београд 1938. Први аријски народи су стигли 2000. године пре н. е. са територије Индије у област Асирију. 21

¹²⁴ *Ibid.*, 22 и даље

¹²⁵ У *вавилонском и асирском праву* поред персоналног извршења, по Хамурабијевом закоником, затварањем дужника у кући повериоца, постоји и извршење на имовини, телесним стварима. *Исламско право* зна само за персонално извршење, дужник ће бити ослобођен затвора чим се докаже његова неспособност плаћања и затвор није више средство за принуђивање дужника на испуњавање обавеза. У *индијском праву* персонално извршење је сведено на обавезу дужника да одради дуг, а у случају неспособности за плаћање/презадужености, употпуњено је генералним извршењем као нека врста принудног поравнања. У *будистичком праву* дужник није могао бити приморан да ради али је добровољно могао да одради у споразуму с повериоцем, свој дуг, а ако је у питању жена као дужник тад поверилац може ради наплате своје тражбине ступити с овом у интимне односе. *Ibid.*, 25.

¹²⁶ Отуда је старо, чисто јуристичко-формално извршно право, у извршењу видело само правни однос повериоца и дужника који само њих интересује, додавањем особине регулативности, ранији однос самопомоћи. *Ib.* 4.

специјално или генерално и показује много више систематичности и схватања за потребе реалног живота него што је то случај, бар у одговарајуће време, у римском праву.¹²⁷

У први мах (...) и у *Риму* појединац, онда када према њему обавезно лице не би испунило обавезу, силом своје власти по принципу самозаштите остварује правно овлашћење. Та његова делатност је иницијална, оригинална, израз права, није контролисана.¹²⁸ За разлику од Благојевића,¹²⁹ Милошевић ту повериочеву оригиналну делатност види нешто другачије, али у битном је не негира. Стварна права се штите интердиктима,¹³⁰ а онда и посебним тужбама¹³¹ у грађанским поступцима.^{132 133}

У свим другим случајевима је судски извршни орган појединачне ствари издвајао из дужникове имовине и продавао их на јавној дражби. Од добијеног новца исплаћивао је повериоце сразмерно њиховим потраживањима, а остатак је враћао дужнику. Уколико нема довољно добара за намирење свих поверилаца, они су могли захтевати и примену принудних мера, упућивање у државни затвор (приватни су забрањени Теодосијевом конституцијом).¹³⁴

¹²⁷ *Ibid.*, 25.

¹²⁸ *Ibid.*, 26.

¹²⁸ Вид. Милошевић, *Римско право*, 209.

¹²⁹ Вид. Благојевић, *Систем извршног поступка*, 26.

¹³⁰ Вид. www.istorijskabiblioteka.com/art:zakon. Интердикт (*interdictum*) је забрана, примењива наредба, да би се утицало на понашање лица. Интердикт издаје магистрат (претор). Та забрана је условна. Ако лице коме је интердикт упућен поступи по њему, поступак је завршен. Према томе да ли се обраћају једној или обема странама, постоје једностранни или двострани. Интердикти су у класици имали широку примену.

¹³¹ *Ibid.* *Actiones in rem* су тужбе које су штитиле неко апсолутно право. То су тужбе из стварног, статусног и наследног права. Имовински интереси заштићени путем *actio in rem* називани су правима на ствари: стварним правом. Римске установе *actio in rem* одговарају нашем схватању стварног права као односа између титулара и сваког лица који са њим дође у контакт поводом предмета. Стварно право прати ствар и титулар може захтевати предају ствари од сваког код ког се нађе. Титулар има сва овлашћења на ствар која му нису правним нормама одузета. Предмет је ствар, а предмет облигације дужниково понашање. Стварна права често настају из неког облигационог уговора.

¹³² *Ibid.* Постојала су два облика грађанског судског поступка: 1) редовни приватни поступак (*ordo iudiciorum privatorum*); 2) ванредни судски поступак (*cognitio extraordinaria*). Тужилац има иницијативу током целог поступка јер су његови интереси повређени. Суђење је почело ако су обе странке присутне. Странке морају саме да изведу доказе које виде релевантним. Главна је улога сведока (писаних исправа). Ако тужилац добије спор, он се сам (или уз помоћ рођака) мора бринути за извршење пресуде. Самопомоћ је битно обележје судског поступка.

¹³³ Вид. Милошевић, *Римско право*, Извршни поступак се покретао тако што је поверилац, четири месеца по објављивању коначне пресуде или по истеку рока за жалбу, имао право да тражи издавање преписа пресуде са извршном клаузулом у којој је судија наводио извршиоца (*executor*), војног команданта с одговарајућим овлашћењима. Повериочев захтев, а можда и поступак у целини, назива се и даље *actio iudicati*. Судски извршилац је после тога, зависно од предмета пресуде имовинског стања дужника и његовог понашања, могао да примени три врсте принудних мера. 1) Ако је дужник на основу пресуде имао обавезу да преда одређену ствар, она му је одузимана применом јавне принуде (*manu militari*) и предавана повериоцу (натурална егзекуција). То се и данас сматра најцелисходнијим решењем којем се тежи при доношењу пресуде. 2) Кад је дужник осуђен да плати неку суму новца и притом је, по извршиоцевом сазнању, солвентан, приступало се заплени делова имовине (*pignus ex causa iudicati captum*) која се после два месеца продаје на лицитацији. Поверилац је од цене добијао дуговани износ, а остатак је враћао дужнику. 3) Уколико постоје докази или вероватноћа да је дужник инсолвентан, ако је у бекству или је изјавио да уступа целокупну имовину (*bonorum cessio*), повериоцу је егзекутор додељивао дужникову имовину у државину. У томе су имали право да му се придруже други повериоци који располажу извршним насловом, а остали су добијали рок од две године (четири, ако су из друге провинције), да га стекну. После тога је дужникова имовина продавана на лицитацији у деловима (*distractio bonorum*) до намирења. Била је могућа и примена принудних мера према личности, на пример, затвор. У доминату дужници у извршном поступку имају *beneficium competentiae* да им се остави део нужан за живот. 209 и даље.

¹³⁴ Вид. Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, четврто измењено издање, Центар за издаваштво и информисање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 216–217.

Благојевић указује на стварне метаморфозе разумевања и примене старог извршног права.¹³⁵ Ипак, афирмација друштва значи постепено ограничење, регулисање, па најзад и промену природе тог још увек постојећег, и то главног, ако не и јединог органа извршења. Држава почиње да схвата да је позвана да чува јавни поредак. Отуд се при спровођењу остварења захтева: служи самим лицима којима извршење иде на корист, употребљавајући их као органе извршења, без обзира на то да ли ће се схватити, као што је то у теорији спорно, да она тиме на та лица делегира функцију која једино и само њој припада. Улога државних органа се своди на издавање једног акта који би био сличан данашњој дозволи извршења, док су радње које имају, средство принуде да одведу ефектизацији односно квалитативном и квантитативном, поверене самоме извршиоцу: дакле, одговара, у принципу подели поступка на – *in iure* и *in iudicio*. У периоду развитка римског друштва од познатог споменика Закона XII таблица па до коначне афирмације царства државни орган је учествовао у поступку извршења као нека контролна нормирајућа дозвољавајућа власт, а као орган непосредног извршења, то јест предузимања извршења, јављао се у начелу сам поверилац односно његов заступник.¹³⁶

Такво стање обухвата и легисакциони и формуларни период а развој поступка нестаје увођењем императорског правосуђа поступка *extraordinem* јер извршење прелази, исто као и пресуђење, у руке државних, односно владаревих органа представљајући, без обзира на садржину и фактичко извршење, коначну и потпуну афирмацију правосуђа као јавне службе чије испуњење, у интересу заједнице и појединаца, у интересу, дакле, друштвеног реда, лежи на држави. И најстарији облик римског поступка показује црту одређености, која је временом све више долазила до изражаја и примене, заједно с објективношћу и непристрасношћу.^{137, 138}

Извршење у когниционом поступку ближи се умногоме данашњим облицима извршења и обезбеђења. Као орган извршења јавља се једино и искључиво магистрат, било да је то претор или ко други. Дозвољеном извршењу следовале су непосредно извршне радње државних органа, и то путем принуде дужника. У когниционом поступку извршење има по правилу за објект имовину дужника, то јест оно је реално (персонална егзекуција није била ишчезла и примењивана је против дужника који нема никакве имовине). Сад, за разлику од ранијег стања,

¹³⁵ У Риму је извршење пресуде потпуно уклањање самопомоћи и замене – јавном принудом. Извршилац (*executor*) био је војни комадант с овлашћењима. Судски извршилац је могао да примени три принуде: одузме ствар, заплени део имовине, додели дужникову имовину у државину повериоцу. *Ibid.*, 29 и даље.

¹³⁶ Вид. Благојевић, *Систем извршног поступка*, 31.

¹³⁷ По Благојевићу, иако представља теоретске спорове да је тачно гледиште да поверилац може „путем тужбе тражити од претора да му призна једно од права, то јест да може ствар присвојити или пак отуђити и из добивене се цене наплатити“. За разлику од *legis acione*, а посебно за разлику од *legis pignoris capio*, римско право не поставља никаква ограничења у погледу могућности употребе *actio iudicati*. Она је, дакле, била допуштена у свим случајевима у којима је поверилац имао судску одлуку, или њој, по значају раван титулус, те се могао после протекла парицијског рока од 30 дана обратити надлежном органу, тражећи било да дужник одмах исплати дуг, било да се према њему допусти извршење путем персоналне или реалне егзекуције. *Ibid.*, 26, 27.

¹³⁸ У области извршног поступка с обзиром на суровост персоналне егзекуције која се јавља као једини облик извршења, и поред свих ублажења и преторских допуна, потреба реформе била је нужнија него ма где. Отуд се, са *lex Aebutia* и *lege Julijae*, уводи неформална тужба *actio iudicati*, управљена на извршење перосоналном или реалном егзекуцијом о којој одлучује претор, а вршење принудног извршења припадало је повериоцу. *Ibid.*, 32.

затвор дужника није више извршаван непосредно од повериоца у његовој кући већ су постојали јавни затвори.^{139, 140}

Извршно право добило је своју најбољу позитивно правну обраду у *Lex Salica*.¹⁴¹ Према *Lex Salica*¹⁴² у VI веку постоји тежња ка реалном извршењу. У средњем и новом веку, након рецепције римског права од XII века, римско право доживљава поновну ренесансу у свим областима, при чему се процесно право образује као посебан систем канонског поступка. С почетка се врши рецепција римског извршног права когниционог типа уз усавршавање. Враћена је истакнута улога судије у извршењу у римском праву. Суд постаје једини орган извршења, а странке само његови помагачи. Разуме се да у ту сврху суд има и помагаче (*executor*), али делују по његовој наредби и упутствима.¹⁴³

Касније долази до преваљивања судског помагача на повериоца као економски јаче стране, у Француској *huissier*-а, у Немачкој *Gerichtsvollzieher*-а. Еволуцијом СГЗ и АГЗ власт се сели из руку повериоца у државни орган. Кад се мора извршавати (персонална егзекуција), врши се у јавним затворима. У XIX веку персонална егзекуција је укинута.¹⁴⁴

Временом извршење добија карактер самосталне институције.¹⁴⁵

3.2.. *Развитак и промене правних механизма реализације хипотеке у Србији и Црној Гори*

Србија и Црна Гора су пре избијања Другог светског рата у оквиру Краљевине Југославије (КЈ) имале врло респектабилно законодавство, у складу са оновременим правним уређењима Европе. Закон о судском поступку у грађанским парницама¹⁴⁶ из 1929. године учинио је да грађанско процесно право буде уједињено у КЈ.¹⁴⁷

¹³⁹ *Ibid.*, 36

¹⁴⁰ Код источних Гота, Бавараца, Саксонаца и Лонгобарда власт повериоца је искључива, код западних Гота, Салиских и Рибуарских Франака удео јавних органа је већ добио изразитију меру. *Ibid.*, 37.

¹⁴¹ После издавања наредбе, поверилац је имао да позове три пута дужника, у размаку од седам дана, да покоравајући се наредби суда, испуни обавезу. Остане ли без успеха, онда се поверилац обраћао графу да му допусти да предузме извршење. Нађе ли гроф да су испуњене претпоставке које закон тражи, он ће дозволити извршење и с повериоцем и процењивачима отићи кући дужника. У случају да имовина не буде довољна, односно у случају да дужник не удовољи наредби суда, дужник се ставља одлуком суда у *стање немца (Friedlosigkeit)*, то јест ставља се ван заједнице, сматра се дивљом звери (*Wargus*), те га је свако могао убити. *Ibid.*, 38.

¹⁴² Вид. Станимировић, *Хрестоматија*, 257–279.

¹⁴³ Вид. Благојевић, *Систем извршног поступка*, 39.

¹⁴⁴ Поступак извршења није се одмах одвојио од утврђења као самостална институција, то јест сматран је као природно продужење овога. Отуд за покретање није била потребна, као у римском праву *actio iudicati*, ни тужба у формалном смислу: већ неформалан предлог – *imploratio officii iudicis*. *Ibid.*, 40.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 41.

¹⁴⁶ Вид. Закон о судском поступку у грађанским парницама од 13. јула 1929, који добија обавезну снагу 1. јануара 1932, а у целој држави 1. јануара 1933 (као узор су му послужили аустријски Закон о судским поступцима у грађанским парницама и Правилник судске власти од 1. марта 1895).

¹⁴⁷ Вид. Фрањо Горшић, *Коментар Грађанског парничног поступка за Краљевину Југославију са уводним законом*, књига 1 и књига 2, Издавачка књижевница Геце Кона, Београд 1933.

Трговачки закон из 1927. и Закон о извршењу и обезбеђењу¹⁴⁸ из 1930. у целој КЈ заживели су 1938. године. Као основ за вођење земљишних књига у свим крајевима КЈ најпре уређен је катастар Законом о катастру земљишта 1929. и Законом о земљишним књигама 1930.¹⁴⁹ (даље: ЗЗК). Начело официјелности је утврђено чланом 112 ЗЗК: „Упис у земљишне књиге може се предузети само по налогу суда, и не другачије него према садржају тога налога.“¹⁵⁰

Треба нагласити да је уз тај темељни Закон о земљишним књигама исте године донет Закон о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига као и Упутство за прво основање земљишних књига.¹⁵¹

Уз земљишне књиге је постојао и тапијски катастар.¹⁵²

Унификација извршног права у КЈ завршена је Законом о извршењу и обезбеђењу (ЗИО) 1930. године. Потреба за тим је постојала зато што је важило чак шест различитих система.¹⁵³

Дакле, тиме је поступак и систем извршења доспео у тридесете године прошлог века, као одраз дугих историјских искустава и преображаја, па је отуд било разумљиво и оправдано што је наш законодавац за основу ЗИО узео аустријски *Exekutionsordnung*, јер је представљао први, до тада најбољи, модерним идејама одговарајући систем извршног права. Регулисао је цео поступак намирења из непокретности. Пружио је могућност повериоцу да осигура првенствени ред наплате кад доцније дође до принудне дражбе, управе (§ 71, ст. 1; § 72, ст. 1).¹⁵⁴

Рекурс је био једини (несуспензивни) правни лек. За извршење ради наплате новчаних тражбина на непокретности закон предвиђа принудну дражбу, принудну управу и принудно заложно право.¹⁵⁵ Пре овог закона, извршење је спроводила полиција.

У Црној Гори служба под називом *Гвардија* имала је судску власт и власт извршавања одлука државних органа. То су били војнополицијски одреди који су боравили у нахијама (племенима) под командом власти капетана.¹⁵⁶

¹⁴⁸ Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу. Усвојен је прво 1930. године, а од 4. јуна 1937, по чл. 1 Уредбе о увођењу ЗИО, добија обавезну снагу у целој држави коначно 1. априла 1938. јер је Краљевина Југославија тада имала шест правних области.

¹⁴⁹ Вид. Закон о земљишним књигама – ЗЗК, *Сл. новине Краљевине Југославије* 146/30, 281/31

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Вид. Закон о земљишним књигама са законом о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига и Упутствима за прво оснивање земљишних књига, Београд, *Збирка закона, Свеска 155*, Издавачка књижарница Геца Кон 1930.

¹⁵² Вид. Јевтић, Поповић, *Народна правна историја*, 304.

¹⁵³ Вид. Благојевић, *Систем извршног права*: ЗИО се односио на подручје под Аустријом и под њиховим извршним правом, према Закону о извршењу од 27. маја 1896. За Србију је важио Закон о судском поступку и грађанским парницама од 20. фебруара 1865, за Црну Гору Законик о судском поступку од 1. новембра 1905. све до 1. јануара 1938, а за подручје Великог суда у Подгорици до 1. априла 1938. године. 43

¹⁵⁴ *Ibid.* Она је продрла у сва права, чиме су јавнобележничка акта постала *наслови* извршења и у погледу услова за њихово својство (тако је, на пример, у Француској јавнобележнички акт наслов извршења, што није случај у Немачкој и Аустрији, где се постављају иста ограничења као код нас. 100, 273.

¹⁵⁵ Вид. Гордана Станковић, *Заснивање заложног права на непокретности у поступку обезбеђења*, *Правни живот број 11–12/1991*, Удружење правника Републике Србије, Београд, 1499–1506.

¹⁵⁶ Вид. Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, шесто издање, Правни факултет у Београду, Београд 2013, Перјаници су били оружана гарда, владичини телохранитељи који су имали задатак да извршавају одлуке Сената Гвардије и владике. 229 и даље

Реформу државне власти кнез Никола је предузео 1902. године (шест Никољданских закона, закони о судској власти, устројству судова и грађанској судској надлежности). Судска организација је измењена Никољданским законима и Законом о устројству суда 1910. године. Иако ниједан закон није помињао судску власт књаза, он ју је вршио и пре и после тога. До судских реформи 1902. свако је имао право да се на судске пресуде у грађанским парницама жали кнезу. Кнез је о томе лично одлучивао. Та пракса је дуго трајала и после 1902. године.¹⁵⁷

Закон о јавним бележницима КЈ донет је 1930. године.^{158, 159}

У XX веку стављање нотара у положај судије има нови карактер, па се сматра да се подобност акта да буде извршни наслов заснива на вољи странака *scripturae paratem executinem habentem*.¹⁶⁰

Мада су створени основи стварног права, Закон о неважности је срезао све дотадашње правне тековине. Од 1930. до 1978. године није постојао законом уређен извршни поступак, већ је ЗИО из 1930. коришћен кроз правна правила.¹⁶¹ Закон о неважности је прекинуо континуитет правног поретка с КЈ.¹⁶² О третману хипотеке у бившој СФРЈ најречитије говори податак о заступљености ове правне установе у Великом правном приручнику СФРЈ.¹⁶³

Дакле, то је правни третман који се тиче установе хипотеке, а у сфери њене реализације, правни епилог XX века се састојао у победи судске реализације хипотеке у Европи као бране од пристрасности, корупције, злоупотреба.¹⁶⁴ Суд је вековним мукама изграђиван да суди.^{165, 166} Концепт, садржај и тенденција права СФРЈ се апсолутно одликовала тиме да судско намирење хипотекара учини неделотворним. СФРЈ је несумљиво неговало „дужничко право“, односно, то право је било до неприхватљивих граница наклоњено хипотекарним дужницима.

¹⁵⁷ Вид. Црногорски сенат (Зборник 1875–1868), *Свједочанства*, ЦИД Подгорица и Обод Цетиње, 1997.

¹⁵⁸ Вид. Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије, *Сл. новине Краљевине Југославије* 220 /1930.

¹⁵⁹ Вид. Б. Благојевић, *Систем извршног поступка*, 1934, 141. Постоје латински и англосаксонски систем јавног бележничтва. Латински изведен из француског 1803. прихватио је Закон о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије.

¹⁶⁰ Вид. Ивица Матијевић, Фредо Чулиновић, *Коментар ЗИО КЈ*, Београд 1940, 2215.

¹⁶¹ Вид. Андрија Гамс, *Подела права на приватно и јавно и утицај те поделе на својинске односе*, *Правни живот* број 11–12/1991: „Ретко се дешава у друштву да се експериментално докаже вредност и ефикасност неке друштвене теорије. То се чак десило у овом веку, прво са совјетским системом, са државном социјалистичком својином и административно-планском привредом и нашим системом самоуправљања базираном на *несвојинској концепцији* друштвене својине.“ 1137–1166.

¹⁶² Вид. Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. 4. 1941. и за време непријатељске окупације, *Сл. лист ФНРЈ* 86/46, 105/46. „Правни прописи (...) до 6. 4. 1941. изгубили су правну снагу“ (члан 2): „правна правила у законима и другим правним прописима из члана 2, могу се по примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, и то само ако нису у супротности (...) и са начелима уставног поретка ФНРЈ и република“ (члан 4).

¹⁶³ Вид. *Велики правни приручник Југословенски правни систем* (два тома 1235 страна), НИП Привредни преглед, Београд 1972. Хипотека је објашњена у II тому, на две и по стране (35–36 и 37).

¹⁶⁴ Вид. Никола Бодироба, *Теорија извршног поступка*, Правни факултет Универзитета у Београду, Библиотека *Монографије*, Београд 2012, 113.

¹⁶⁵ Вид. Зоран Мирковић, *Карађорђево законик*, Правни факултет у Београду, „Наименовати Господа Сударци, сву пизму и зло срце које су може бити на ког до сада имали, од овог часа да побаци и сваком једнако суде богатому или најбеднијем сиромашу; без Атара и без сваког Мита; јер Мито и правосуђе не слажу се добро“, Београд 2008, 25.

Уместо да законодавац уреди судско устројство и процесну нормативу која ће решити дуге судске поступке извршења, он је „дао“ хипотекару да сâм себи суди, режира, то јест врши приватно извршење. И то извршење инхерентно англоамеричком моргицу. И притом је још модел извршења истргнут из умногоне супротстављеног система *common law*.

Законодавац није поступио ни по одомаћеном принципу „руши све старо и стварај све ново“ већ је посегао за горим принципом да „зајми“ све ново, ништа да ствара. Не стварајући ништа својствено нашем правном амбијенту и менталитету, на лошим наслагама и искуствима прошлости, позајмљивање тематске англосаксонске установе био је најгори могући искорак.

То би се на крају крајева могло свести на популистички приступ, још једноставније представљено, да се „поткупи свест“ страних инвеститора како је код нас „све исто ако не и боље него у Америци“ а истовремено потпуно „замагли и отупи свест сопствених грађана“ неалтернативном нарацијом предстојећих брзих евроатлантских интеграција, попут мита о „општем друштвеном усређивању народа“ сличном оном с почетка комунизма, што је била, испоставиће се, као и ово, велика заблуда, која јесте несумњив повод за велику забринутост.

У први мах наум легислатора, законодавца, наишао је на заиста плодно тло, узимајући у обзир потпуну правну девастираност права својине, то јест приватне својине, те јасно сиримаштво прописа, регула и нормативе уопште.

Очекивало се и заиста веровало да се након *експеримента* друштвене својине уваже све историјске датости „прескакања важних векова, просветитељства, хуманизма, ренесансе“, заглибљења у експерименте свих југословизација и комунизама, усвоји оно што реално имамо и да „повеже“ с оним „прирођеним“ обележјима нашег менталитета и стањем друштва уопште, да се примери у једну складну, хомогенизовану и јединствену кохерентну унутрашњу правно функционалну и најзад традиционалну целину. Насупрот свега тога, крајње разумног и крајње очекиваног али и нужно потребног, законодавац је правним иритантом вансудске реализације хипотеке директно ушао у један прерушен, а ипак *нов препакован експеримент*.

Други део

САВРЕМЕНО СТАЊЕ – КОМПАРАТИВНИ ПРЕГЛЕД

1. Велики правни системи и осврти на посебне системе права

Компаративни метод потиче из античке Грчке. Солон је пре рада на законима путовао по Средоземљу и упознавао прописе других, као и Херодот.¹⁶⁷ То изучавање нам је омогућило да сазнамо правна достигнућа других, да их користимо, кроз њих сазнамо врлине и мане сопственог права и проширимо правну културу. У процесу интеграција, транзиционих губљења оријентира, то је задатак. Процес перцепције, разумевања и примене упоредних правних система не трпи учауреност. Зато упоредни метод у остварењу хипотеке служи да нађемо исправан пут у европским и земљама англосаксонског права, нарочито због агресивног уплива *common law* установа у све поре европског права. Особине система *common law* и *civil law* битно задиру у кључне сегменте теме. Европска правна тековина је правна држава (*Rechtsstaat*), а англосаксонска владавина права (*rule of law*). Ова друга се шири делима Хајека,¹⁶⁸ Ролса,¹⁶⁹ Фулера,¹⁷⁰ Харта,¹⁷¹ Лукаса.

Пошто увидимо битне црте највећих правних система, пажњу ћемо свести на упоређивање хипотеке, односно моргица и начина остварења те две установе. *Јер, вансудска реализација хипотеке је преузета из англосаксонског система, који не познаје хипотеку него моргици, па и његов начин реализације.*

Живимо у свету у којем се смањује значај националних граница под утицајем савремених технологија, посебно информативне, глобалне економије и универзалних људских права, па потреба за упоредним правом непрестано расте. Циљ упоредног права као науке јесте стицање одговарајућих научних сазнања. Ако се прихвати да правна наука користи технике тумачења правних текстова, принципа, стандарда, норми националног правног система и откривање модела за спречавање и решавање друштвених конфликта, јасно је да се упоредноправним методом, како су приметили Рене Давид и Конрад Цвајгерт, може обезбедити више делотворних модела за решавање конфликта него што то може правна наука посвећена само једном националном праву. Упоредно право је, по мишљењу познатог немачког правника Е. Цителмана, „школа истине“ која правним знацима развијенијих критичких способности нуди могућност да нађу боља решења за проблеме њиховог времена и простора.¹⁷²

Савремен свет има много држава и њима својствених правних поредака, где се сваки разликује по извесним правним карактеристикама, од других правних поредака. Сваки правни

¹⁶⁷ Вид. Херодотова историја, Библиотека Историјска мерења, Дерета, Београд 2009.

¹⁶⁸ Вид. Фридрих Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Сл. лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2002.

¹⁶⁹ Вид. Џон Ролс, *Теорија правде*, Библиотека Синтезе, Сл. лист СРЈ – ЦИД Београд – Подгорица 1998.

¹⁷⁰ Вид. Лон Фулер, *Моралност права*, Библиотека Номос, ЦИД, Подгорица 1999.

¹⁷¹ Вид. Херберт Харт, *Појам права*, Библиотека Светска правна баштина, Сл. гласник, Београд 2013.

¹⁷² Вид. Будимир П. Кошутић, *Увод у велике правне системе данашњице*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду – ЦИД, Београд – Подгорица 2008, 18 и даље.

поредак, осим промењивих елемената, садржи елементе трајније природе.¹⁷³ Ови трајнији су срж разлика великих правних система.

1.1. Европскоконтинентални правни системи

Велики правни систем у чији састав улазе правни пореци држава континенталне Европе, Латинске Америке, неких азијских и афричких држава означава се називима: европскоконтинентални систем права, романски систем права, грчко-романски систем права, грчко-романско-германска породица права, систем цивилног права. Постоје аутори који тврде да је разлика између националних права Немачке и Француске у тој мери значајна да изискује да се установе посебне породице права – романска и германска, којима се, као посебна група, додаје и нордијска породица права. Назив европскоконтинентални систем, за разлику од англосаксонског правног система, широко је прихваћен у теорији и филозофији права.¹⁷⁴ Средиште овог правног круга су оне земље Европе (Француска, Немачка, Италија и др.) у којима се у средњем веку и првом столећу новог одвијао процес рецепције римског права, чиме је оно, умногоме измењено, поново постало позитивно право низа земаља Европе. Законици и наука тих земаља утицали су током XIX и XX века на бројне земље (на пет континената), међу којима и на нашу.¹⁷⁵

Најизраженију карактеристику европског континенталног система чини постојање развијеног писаног и кодификованог система правних правила, која је лако открити и разумети јер су готово одмах доступна. Начелно, судска реализација је правило, сем изузетака, које је у Србију уведено 2004/5, у Црну Гору, Украјину и Летонију 2003, Естонију 2001, а у Русију још 1994. године. Казахстан је сад ближи чистом систему вансудског извршења, а Русија далеко. ЕУ те установе не познаје, па се да закључити да европски системи нису одустали од официјелности хипотеке у реализацији и предвиђају судски поступак. Из контекста се издваја Немачка. Због њених средстава стварноправног обезбеђења, неакцесорне природе, хипотека је готово ишчезла, а кад је у примени официјелност је пуна. Та су неакцесорна средства стекла право грађанства и у комунитарном праву, видно и у Нацрту законика о својини и другим стварним правима РС 2012. и Преднацрту грађанског законика РС 2015. године.

Укратко ћемо представити правне поретке неких земаља тог система, водећи рачуна о унутарњим поделама, утицају на наше право, с посебним фокусом на хипотеку са аспекта правног механизма њене реализације.

1.1.1. Италија

¹⁷³ *Ibid.* Рене Давид је предложио назив: „романско-германска породица права“ (...).Цвајгерт је уверен у неопходност раздвајања француског и немачког права (...) Фромон, да се међу западним правима разликују најмање три (романска, *common law* и нордијска). Нојмајер је поступио целисходно: *европско-континентални систем права*. Сврха је обезбедити несметану комуникацију, а Нојмајеров приступ баш то постиже. 24-29:

¹⁷⁴ Рене Давид је у свом делу *Велики системи савременог права* предложио назив „романско-германска породица права“. Цвајгерт је уверен да је неопходно раздвојити француско и немачко право. Фромон је подвукао да се међу западним правима разликују најмање три (романска, *common law* и нордијска). Нојмајер је поступио целисходно: „европскоконтинентални“ систем права. Сврха је обезбедити несметану комуникацију, а Нојмајеров приступ баш то постиже. *Ibid.*, 24–29.

¹⁷⁵ Вид. О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 2007, 268 и даље.

Италијански Грађански законик (ИГЗ)¹⁷⁶ хипотеку регулише у члану 2808.¹⁷⁷ Хипотека даје повериоцу право, спрам трећих лица, да одузме добра која су везана као обезбеђење за његово потраживање и да се наплати с правом првенства из цене добијене тим одузимањем. Успоставља се уписом у јавни регистар, као законска, судска или добровољна.¹⁷⁸

Основна својства хипотеке јесу њен реалитет (стварноправна нарав обезбеђења), недељивост (оптерећује предмет у целини), специјалност (наводи имовину која се оптерећује и обезбеђени износ), публицитет (упис у регистар), принцип приоритета у наплати тражбине.¹⁷⁹

Исправе за упис хипотеке су приватна, јавна и судска одлука по чл. 2835 и 2836 ИГЗ. Свака хипотека на непокретности има редни број – ранг.¹⁸⁰ Хипотека је уређена чл. 2808–2899 ИГЗ. Чл. 2744 забрањује комисорни уговор (*patto commissorio*) и санкционише га ништавошћу.¹⁸¹

У судској пракси и правној науци се узима да је валидан (*patto marciano*) споразум да у случају неиспуњења обавезе својина на добру пређе на хипотекара, а по доцњи и обавези хипотекара да власнику непокретности плати разлику између процењене вредности непокретности и обезбеђеног потраживања.¹⁸²

Извршење се спроводи судски. Вансудске продаје нема. Принудна судска наплата тражбине обезбеђене хипотеком регулисана је нормама чл. 555–604 Законика о грађанском поступку.^{183, 184}

1.1.2. Француска

Грађански законик Француске¹⁸⁵ уређује хипотеку у Књизи IV, II делу „Обезбеђења“, у одељку „Сварна обезбеђења“, пододељку III „Обезбеђење на непокретностима“, поглављу III „Хипотека“ (*Code civil, Livre IV: Des sûretés, Titre II: Des sûretés réelles, Sous-titre III: Des sûretés sur les immeubles, Chapitre III: Des hypothèques*). Ако хипотекарни дужник не измири дуг,

¹⁷⁶ Вид. <http://www.studiocataldi.it/codicecivile/>

¹⁷⁷ Вид. http://www.altalex.com/documents/news/2015/01/02/codice-civile-ebook?utm_source=Altalex&utm_medium=Referral&utm_campaign=Вох-leggi-anche Занимљиво да је хипотека није уређена у делу где и право својине, службености итд., него у 6. књизи *Libro sesto Della tutela dei diritti*, то јест у Делу 4, рубрум *Delle ipoteche*, од чл. 2808 до 2881. Последње новеле закона су извршене 2016. године..

¹⁷⁸ Вид. Коментар грађанског процесног права Италије („Il Codice Civile – Commentario con la giurisprudenza“, CELT – Casa Editrice La Tribuna S.p.A. 2002).

¹⁷⁹ Вид. А. Torrente, Р. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Dott. А. Giuffrè Editore, Milano 1999, 448.

¹⁸⁰ Вид. *Dizionario dei termini giuridici*, А. Favata – Casa editrice La Tribuna, Piacenza 1990.

¹⁸¹ Вид. Коментар грађанског процесног права Италије.

¹⁸² Вид. Врховни касациони суд, пресуда бр. 2696 од 27. новембра 1951, v. u „Foro it.“, 1952, I.

¹⁸³ Вид. Коментар грађанског процесног права Италије.

¹⁸⁴ Јединствен грађански процесни законик *Del processo di esecuzione forzata*, Libro terzo (Трећа књига), последње новеле из 2013, чл. 555, чл. 604, *Dell'Espropriazione immobiliare*. Вид. <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civileCodice di procedura Civile>.

¹⁸⁵ Вид. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

хипотекар може уновчити непокретност ради намирења потраживања и то спровести судским путем. Постоји више начина остварења хипотеке на непокретности. Уредбом од 21. априла 2006. године измењен је поступак реализације хипотеке на непокретности. Први метод се назива блокадом – заплемом хипотеком оптерећене непокретности забележбом почетка реализације. На основу наредбе за наплату хипотеком обезбеђеног потраживања хипотека се мора објавити у року од два месеца од регистроване забележбе. Свако отуђење и оптерећење непокретности под хипотеком по објави наредбе о реализацији наплате је неважеће. Штавише, моменат објаве значи и одузимање свих прихода из непокретности. Хипотекарни дужник не може закључити нов уговор о закупу јер му је приход од непокретности забрањен.

Наредбу доноси месно и стварно надлежан суд, након саслушања свих страна, односно хипотекара, личног, а свакако реалног дужника. Процес се одвија пред извршним судијом па он одлучује о свим даљим корацима. После наредбе се најчешће приступа продаји надметањем и намирењем, најпре хипотекара па онда, ако шта остане, других поверилаца. Други метод је да нотар перфектуира записом добровољан споразум о регулисању потраживања и брисања хипотеке из јавног регистра. Ово се не сме мешати са споразумном продајом уз судско овлашћење заплене непокретности кад неко купи некретнину без хипотеке. Тада купац користи продајну цену за исплату повериоца уз брисање терета.¹⁸⁶

Ако споразум не успе, законодавац није хтео да спречи уновчење непокретности под хипотеком, па је уређено да купац непокретности обавести повериоце о забележби понуде отплате сваком регистрованом повериоцу ради ослобађања од хипотеке, а до цене вредности непокретности. Повериоци могу у року од 40 дана прихватити понуду или затражити јавну аукцију. Ако се понуда прихвати или се оћути, тада се цена фиксира, постаје обавезујућа. Ако се понуда одбије, следи аукција и тада су сви принуђени да надмаше цену у недостатку других учесника и купе непокретност по цени већој за бар 1/10. Трећи метод је споразум којим хипотекар постаје власник хипотековане непокретности, али по истеку рока доспећа неплаћеног потраживања. То је једини исход споразума кад хипотекар добије специјално судско овлашћење. Овлашћење хипотекара да захтева да му суд да право својине над непокретношћу уместо тражбине.¹⁸⁷

Француској нема установу вансудске реализације хипотеке иако је и она у прошлости често била узор нашим законодавцима. Поступак реализације, осим суда – судије, укључује јавне извршитеље и нотаре/јавне бележнике.

1.1.3. Швајцарска

Швајцарско право одликује најпознатији банкарски систем, управо због успешности функционалних средстава обезбеђења, јер припада германској групи права коју одликују неакцесорна средства обезбеђења. Хипотека налик немачкој више је окренута неакцесорним функцијама обезбеђења тражбине. Дакле, иако је хипотека озакоњена, преовлађују деривати

¹⁸⁶ Вид. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B0D74AD27FA165539757F092A76E343F.tplgfr24s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150498&cidTexte=LEGITEXT000006070721&date

¹⁸⁷ Вид. Реализација хипотеке, www.cours-de-droit.net/la-realisation-de-l-hypothèque-a-1275-06514 (2016).

земљишног дуга. Швајцарски Грађански законик (ШГЗ)¹⁸⁸ уређује право својине над непокретностима. Земљиште и објекти чине јединство (*superficies*), одвојеност својине над земљиштем и објектом је изузетак.¹⁸⁹

За стицање стварних права над непокретностима споразум треба да буде у облику нотарског записа уз упис у јавни регистар. То је сасвим другачија процедура него у Француској, где уговор о продаји може бити довољан за пренос права својине, сâм уговор има транслаторан учинак. Свако се ослања на то да су подаци у регистру истинити и потпуни и ужива апсолутну заштиту. Дакле, поуздање је безизузетно.¹⁹⁰

Више је врста земљишног дуга и хипотеке, што зависи од обезбеђеног потраживања. Ималац права својине над непокретности која је под хипотеком може да захтева брисање хипотеке тек када плати цео дуг.¹⁹¹

У систему фиксних рангова постоји хијерархија хипотека. ШГЗ чува традиционалну аутономију кантона и општина која им омогућује да они регулишу планирање и изградњу.¹⁹²

Хипотекар стиче овлашћење да непокретност прода, уновчи и намири неплаћено потраживање кад дужник одоцни. Права хипотекара остварују се искључиво судским путем. По закону, постоји дискрециона власт суда да одгоди или обустави поступак кад је хипотекарни дужник у стању или суд увиђа да може да плати дуг обезбеђен хипотеком. У пракси се често дешава да се дужник појави на суду, убеди суд да почиње да привређује или да ће на други начин прибавити новац за отплату и суд неће дозволити хипотекару да настави поступак. Хипотекар има овлашћење да прода имовину под хипотеком судском продајом.¹⁹³

У Швајцарској нема правне установе ни налик – вансудској извршној хипотеци. Суд је једини и одлучујући фактор, с дискреционим овлашћењима у мери како је то образложено, и ту је стављена велика тачка. Стога ни Швајцарска није била узор нашем законодавцу.

1.1.4. Немачка

По немачком грађанском законнику (BGB)¹⁹⁴ постоје три основна облика залог на непокретним стварима: редовна хипотека (*Hypothek*), земљишни дуг (*Grundschuld*) и рентни дуг (*Rentenschuld*). Редовна хипотека постоји кад се непокретност оптерети ради обезбеђења зајмодавца и наплате одређеног новчаног износа из вредности предмета хипотеке у корист повериоца потраживања, као хипотекара. По степену зависности хипотеке од потраживања које обезбеђује (према BGB), разликује се обезбеђујућа хипотека (*Sicherungshypothek*), која је

¹⁸⁸ Измене/ допуне законика су извршене у јануару 2017. (изворни ШГЗ је из 1907, а ступио је на снагу 1912. године). Вид. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html> Codecivilsuisedu.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Вид. Real Estate in Switzerland as PDF – Revi Trust, www.revitrust.li/.NexiaReal_Estate.pdf.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Вид. Mortgages, charges and taking security – Routledge, cw.routledge.com/textbooks/9780415497718/downloads/chap23.pdf.

¹⁹⁴ У НГЗ, то јест BGB, хипотека је врло детаљно уређена одредбама чл. 1113–1204, а последње измене и допуне су извршене октобра 2013. Вид. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html НГЗ.

акцесорна и није самостално прометљива и прометна (*Verkehrshypothek*). Обезбеђујућа хипотека осигурава одређено лично потраживање и њена акцесорност је у томе што је остварење овлашћења хипотекара зависно од постојања тог потраживања. Хипотека се може преобразити у својинску и опстати без тог потраживања. Прометна хипотека је акцесорна од потраживања само за првог хипотекара и на њу делују приговори који важе и за потраживање.¹⁹⁵

Према начину преноса хипотеке, разликују се хипотека са заложницом и регистрована хипотека. Хипотека са заложницом (*Briefhypothek*) је кад се при упису хипотеке изда хипотекарна заложница/писмо (*Hypothekbrief*), чијим се преносом преноси и хипотека. Ако субјекти хипотекарног односа уговоре да се заложница неће дати при упису, то је регистрована хипотека (*Buchhypothek*). Посебна врста хипотеке је хипотека на максималан износ (*Hoechsbetragshypothek*) и заједничка хипотека (*Gesamthypothek*). Еволуција обезбеђујућег земљишног дуга се сада остварује као „облигација апсолутног дејства“ и показује да је кључ њеног успеха флексибилност њене обезбеђујуће сврхе.¹⁹⁶

За конституисање хипотеке у француском и немачком праву се захтева пуноважано закључење уговора (§ 873 НГЗ и чл. 2117, ст. 3 СС). Ако у време конституисања није још познат поверилац обезбеђене тражбине, у француском праву нема сметњи, пошто прихватање понуде може касније да се изврши и ретроактивно, нотаријалном овером. То правило више важи у немачком праву, где је за успоставу хипотеке код потврђеног дуга (§ 1188 НГЗ) и конституисање својинског дуга (§ 1195, § 1196 НГЗ).¹⁹⁷

У чему се обезбеђујући земљишни дуг разликује од хипотеке јер се код оба ради о праву обезбеђења потраживања и остварују се продајом непокретности и онда намирењем обезбеђеног потраживања из добијене цене? Разликују се у томе што земљишни дуг није акцесоран и дејства која су законом предвиђена за акцесорну хипотеку, у случају земљишног дуга не наступају по закону. Реални дуг постаје обезбеђујући кад се између повериоца и власника ствари под хипотеком закључи уговор о обезбеђењу (*Sicherungsvertrag*).¹⁹⁸

У Немачкој банке кредитна потраживања обезбеђују земљишним дугом, а не хипотеком. Флексибилност је разлог што је земљишни дуг готово истиснуо хипотеку. Сукоб присталица хипотеке и земљишног дуга био је изражен током доношења BGB крајем XIX века и из кодификације је јасно да су заговорници хипотеке победили јер се земљишни дуг уређује у десет пута мање параграфа. Хипотека је владала у пракси до почетка седамдесетих година прошлог века, кад практична потреба за флексибилнијим обезбеђењем расте и банке се окрећу земљишном дугу. Данас је у пракси хипотека ишчезла из општих услова кредитног пословања банака, пошто ју је земљишни дуг потиснуо.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Вид. Мирјана Глинтић, *Максимална хипотека и њен однос са обезбеђујућим земљишним дугом у немачком праву*, Увод у право Немачке, Институт за упоредно право, Београд, 410–424.

¹⁹⁶ Земљишни и реални дуг су синоними. *Ibid.*

¹⁹⁷ Вид. Драгољуб Стојановић, *Уговорна хипотека у француском и немачком праву*, *Правни живот* 395, 11–12/1991, Удружење правника Србије, Београд, 1445–1464.

¹⁹⁸ *Ibid.* 1448–1464.

¹⁹⁹ *Ibid.* 1455–1464.

Вансудске реализације хипотеке нема. Хипотекар се може намирити из непокретности у судском поступку: принудном продајом и уновчењем непокретности и принудном управом над непокретношћу, убирањем плодова и користи које непокретност даје и уновчењем.²⁰⁰

Дернбург даје приказ промене у гледању и на хипотекарно право: у предговору II тома *Пруског хипотекарног права*²⁰¹ напуштен је догматски приступ поготово римског правног система: „Звезда водила је била мисао да се у разради хипотекарног права у првом реду ради о економским и социјалним питањима од чијег успешног решавања зависи здрав развој односа (...).²⁰²

Задатак мора бити служење интересима власника земљишта и кредита путем одговарајућих правних организација, а не развијање ставова из унапред задатих правних принципа, олако, не узимајући у обзир економске последице. Само овај начин води (...) до опште користи.²⁰³ Трансплантације у BGB су утицај француског права на кодификацију немачког права, а и BGB је утицао на друге законике.²⁰⁴

Треба истаћи значај немачких земљишних књига. У XVI веку римски систем је због рецепције римског права потискивао германски. Настала је одређена мешавина и земљишнокњижно право се развијало све до XIX века, па се тада напушта римски и потпуно прихвата германски систем.²⁰⁵

1.1.5. Аустрија

Наплату тражбина из хипотековане непокретности хипотекари врше судским уновчењем, (§ 461 ABGB) по правилима о извршењу, а вансудском продајом покретне ствари (§§ 466a ff ABGB). Реализација хипотеке уновчењем, односно продајом непокретности врши се само судским путем. Хипотекар покреће поступак хипотекарном тужбом против хипотекарног дужника, па по исходовању извршне исправе судским путем покреће и извршење.

Хипотекар је овлашћен да покрене судски поступак намирења потраживања уновчењем, продајом непокретности, по чл. 461 ABGB, уз укључење суда у цео (најпре парнични, онда извршни) поступак. Ако је дужник лични, истовремено и хипотекарни/реални, он мора поднети тужбу, исходovati извршну исправу па на основу ње намирити потраживање из целокупне имовине дужника.

²⁰⁰ Вид. Зоран Рашовић, *Хипотека*, Нотарска комора ЦГ, 2015, 1129.

²⁰¹ Heinrich Dernburg, *Das Preussische Hypothekenrecht*, Zweite Abtheilung, Breithof und Lepzing 1891.

²⁰² Вид. Лазар Глишовић, *Немачки грађански законик од правног партикуларизма до кодификације грађанског права*, Институт за упоредно право, Београд 2015, 223–241, УДК: 347:340.134(430)

²⁰³ Вид. М. Живковић *Акцесорност залојних права на непокретности*, Библиотека *Монографије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 68 и даље.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Вид. Јасмина Вукотић, *Стицање земљишнокњижних права уписом у јавне регистре*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 2012, 10.

На основу извршне исправе уписује се забележба извршења (§ 89 ЕО²⁰⁶) и спроводи поступак судског извршења. Ако лични и хипотекарни дужник није исто лице, хипотекар ће поднети тужбу за наплату против личног дужника и хипотекарну тужбу против власника хипотековане непокретности. На извршној исправу по хипотекарној тужби, хипотекар покреће извршење над хипотекованом непокретношћу, а не и на осталој имовини хипотекарног дужника. Хипотекарна тужба се уписује са забележбом у јавне књиге тако да према било ком власнику непокретности може бити спроведено извршење из непокретности (§ 60 GBG). То одговара забележби извршности (§ 89), временски ограниченој на период поступка извршења. Реализација хипотеке се врши принудном управом над непокретности или њеном јавном продајом (§ 97 ff и 133 ff ЕО²⁰⁷).

Уместо хипотековане непокретности, хипотекар код принудне управе убире приход од те оптерећене непокретности. Ово је прави *gradus executionis*, што значи да не постоји нужан редослед средстава и предмета извршења, али принудна управа има предност над принудном лицитацијом (§ 201 ЕО).²⁰⁸

Хипотекар извршном суду предаје предлог за извршење. Суд акт о дозволи извршења доставља повериоцу и дужнику. По пријему аконтације за рад принудног управника извршни суд именује управника. Управник уз стандардна уверења, мора бити поуздан, предузетнички обучен, са знањем управљању непокретностима. По органској теорији,²⁰⁹ принудни управник је законски заступник непокретности под принудном управом. Хипотекарном дужнику је забрањен сваки *ius*. Он је обавезан да преда непокретност управнику, а у супротном то врши судски извршитељ. Подела се врши према редоследу (рангу) (§§ 124 bis 126 ЕО) и коригиована је одредбама закона из области социјалног осигурања.

Циљ принудне лицитације је принудно уновчење непокретности, да се хипотекару продајом из (највише) остварене цене намири доспело потраживање. Лицитација је најинвазивнији пут реализације над хипотекованом непокретношћу јер правно, фактички црпи и излучује целу супстанцу непокретности. Извршење почиње предлогом за дозволу лицитационе продаје, бележи се у јавне књиге и доставља странкама. Кључна је процена непокретности овлашћеног проценитеља, а суд доноси акт процене непокретности. Странке имају право жалбе. По истеку рока, суд заказује термин лицитације јавним позивом.²¹⁰

Лицитационим рочиштем увек и искључиво руководи судија. По прихватању највеће понуде, суд је дужан (§ 209 ЕО) да по службеној дужности закаже рочиште за поделу новца добијеног продајом. По правноснажности одлуке о подели врши се фактичка деоба преносом на рачуне хипотекара и других поверилаца.²¹¹

Према томе, више је него јасно да ни Аустрија, као нередак узор наших законодаваца у прошлости, не познаје правну установу вансудске реализације хипотеке.

²⁰⁶ Вид. Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht (2009).

²⁰⁷ Вид. Iro, Bürgerliches Recht IV5 (2013) Rz 11/5 ff.

²⁰⁸ Вид. Реализација хипотеке у Аустрији, [https://rechtsanwalt.co.at/seminare-Verwertung von Hypothen in österreich](https://rechtsanwalt.co.at/seminare-Verwertung-von-Hypothen-in-österreich) (2018).

²⁰⁹ Вид. <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/dajgor/subjekti%20prava.ppt>. Органска теорија (Гирке) каже да правно лице постоји као стварна надиндивидуална заједница и задатак права је да то призна..

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.* Verwertung von Hypothen in Österreich de-JÖB Wien, am 10. 7. 2018.

1.1.6. Украјина

Како смо раније навели, српски законодавац је уместо познатих али и традиционално прихватљивих узора у преузимању и унапређивању правног система одлучио да овог пута трансплантира у правни систем вансудску реализацију хипотеке из Украјине, која је претходно тај правни институт непосредно *преузела* из САД. Украјинске поруке и њихов садржај су зато нагло постале изузетно важне за српску правну доктрину и праксу.

Да би се стекла права представа функционисања вансудске реализације хипотеке и разумели њени проблеми, довољно је илустративан исечак из тамошњег стручног правног часописа уз кратку анализу украјинског Закона о хипотеци (ЗХ).²¹² Тај закон познаје два начина реализације хипотеке: *вансудски* и *судски*. До новог ЗХ она је подлежала искључиво судском извршењу као редовном принудном начину да суд одреди извршење, испита испуњење законских услова и непокретност под хипотеком прода/уновчи (Law of Ukraine on Judicial Enforcement As amended and modified by the Laws of Ukraine of June 30, 1999)²¹³ принудно извршење је уређено чл. 52–88.

До усвајања ЗХ 2006. најпре због новог Закона о земљишту законодавац опет није успео уподобити тај закон с трансплантом новог хипотекарног права од 2003. године. ЗХ (Law of Ukraine on hypothecation ²¹⁴) из јуна 2003. увео је вансудску реализацију хипотеке, по узору на САД. Одмах су настали проблеми, али ЗХ није мењан. Наишао је на низ контроверзи, па је и суд и хипотекаре и дужнике, односно власнике непокретности увео у тешкоће, изазивајући честе интервенције Врховног суда.

Предност механизма вансудске реализације хипотеке је, по тамошњем законодавцу у томе што се хипотекар може намирити из хипотековане ствари без икаквог обраћања суду. То хипотекар може учинити тако да он стекне својину на хипотекованој ствари тако што би је на аукцији „купио“ својим потраживењем или пак, ако хипотековану ствар прода трећем. Али, ту настају велике тешкоће: *прве*, нотари одбијају оверу уговора о продаји хипотековане ствари јер конкретан уговор о продаји хипотековане непокретности не потписује књижни власник, тј. хипотекарни дужник или лице ког овласти уз оверено пуномоћје; *друге*: ако нотари и овере такве уговоре управа за некретнине одбија упис промене титулара права својине и укњижбу по уговору о продаји непокретности јер третирају да уговор није пуноважан па тиме да не постоји ни правноваљан основ за пренос права својине. Дакле, по становишту нотари и управа за непокретности у Украјини, хипотекари не могу стицати право својине на хипотекованој ствари јер, по општим правилима грађанског права, ствар може да отуђи само њен власник.²¹⁵

²¹² Вид. Закон Украјини „Про ипотеку“, од 5. јуна 2003.

²¹³ Вид. [http://commerciallaw.com.ua/images/stories/enlaw/Law%20on%20Judicial%20Enforcement % 20%28 Revised%2003-22-07%29%20Eng.pdf](http://commerciallaw.com.ua/images/stories/enlaw/Law%20on%20Judicial%20Enforcement%20Revised%2003-22-07%29%20Eng.pdf) Seizure of Mortgaged Property.

²¹⁴ Вансудска реализација хипотеке, уређена је чл. 36 и надаље, у складу је (пише „заснована“), по чл. 2, са Уставом, Грађанским законом, Законом о привреди и Законом о земљишту. Вид. [http://commerciallaw.com.ua/images/stories/enlaw/Law%20on%20Hypothecation%2007-08-03 % 20Eng.pdf](http://commerciallaw.com.ua/images/stories/enlaw/Law%20on%20Hypothecation%2007-08-03%20Eng.pdf).

²¹⁵ Вид. . [http://commerciallaw.com.ua/images/stories/enlaw/Law%20on%20Judicial%20Enforcement % 20%28 Revised%2003-22-07%29%20Eng.pdf](http://commerciallaw.com.ua/images/stories/enlaw/Law%20on%20Judicial%20Enforcement%20Revised%2003-22-07%29%20Eng.pdf) Seizure of Mortgaged Property.

Сем тога, у пракси, хипотекари нису могли добити ни нужна акта за закључење уговора о продаји и за укњижбу својине јер уговор о хипотеци садржи тек клаузулу о праву хипотекара на предмету хипотеке, без конкретних и јасних одређења, без овлашћења хипотекара да добије *чисту* документацију да прода непокретност и да закључи уговор „у име и за рачун“ дужника по хипотеци. Пошто су увидели проблеме, хипотекари су вансудски пут реализације хипотеке почели вршити *преко суда*. Створило се притом стање апсурда у дилеми: да ли хипотекар може ако је уговорио клаузулу вансудске реализације хипотеке, реализацију тражити *преко суда*?

Суочени с проблемом вансудске реализације, хипотекари су тражили од судова заштиту својих права из уговора јер се по ЗХ намирање из хипотековане непокретности у судском поступку врши јавним надметањем или непосредном погодбом. Судови су већином одбијали да примене такав начин заштите права хипотекарних поверилаца, јер су се хипотекари сами определили за вансудски пут. Ипак, крајем 2010. године Врховни суд је прихватио да се реализацијом хипотеке стиче својина на хипотекованој некретности, али уз обавезни судски акт. Сем начина намирања нужна је и листа овлашћених лица која могу вршити продају непокретности, да би хипотекари могли да остваре „стечено право из хипотеке“ и избегну проблеме и са уписом својине и са овером уговора у име хипотекарног дужника.²¹⁶

Треба истаћи да више нико у Украјини не користи хипотеку да финансира куповину куће (мање од 2% продаја кућа 2015. године укључује хипотеку). Мањак поверења у банке и високе камате повећавају трошкове уз тешкоће у деложирању власника хипотекованих непокретности, што је без парнице нерешиво. У последње време украјинске банке траже да корисник није старији од 60–65 година на дан доспећа потраживања обезбеђеног хипотеком. Хипотеке имају просечан век 20 година, па ако лице које има 40–45 година тражи хипотеку, биће одбијено.²¹⁷

Кључне препреке хипотекарног тржишта су: непостојање ефектног механизма процене вредности, непостојање тржишта хипотекарних хартија од вредности, изостанак електронске евиденције, лоше процедуре реализације хипотеке, неререформисано правосуђе. Следи тежак рад на реформама и имплементацији.²¹⁸ На конференцији „Хипотека 2011–2012. УНМА“ размотрени су проблеми са становишта потрошача; променљиве камате; политике у сфери хипотеке; дефекти легислативе (упис, процена, проблеми са електронском евиденцијом).²¹⁹

Тимур Бондаријев је експлицитно побројао узроке проблема у вези са хипотеком: проблеми регистрације права својине над непокретностима и хипотеке; проблеми регистрације хипотеке на непокретностима; трансфер својине; процедура хипотекарних кредита и кровни проблем и узрочник свега – вансудска реализација хипотеке.²²⁰

Нема сумње да је вансудска реализација хипотеке направила праву *правну пометњу*, карактеристичну за неадекватан правни трансплант о чијим одликама и специфичностима се од почетка до краја бави ово вишеслојно истраживање. Приметно је да је институционално смислен, али и конфузан и неразумљив „украјински одговор“ тек потврда промашеног

²¹⁶ Вид. Олег Качмар, Юрій Колос, *Юридична газета*, №10, 6. 3. 2012 – Реализација вансудске методе намирања хипотековане имовине: Анализа судске праксе, <http://www.kisilandpartners.com/ukr/knowledge/articles/1125/>.

²¹⁷ Вид. <https://www.aimrealtykiev.com/restoring-mortgage-lending-in-ukraine-obstacles-and-opportunities>.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Вид. <http://arzinger.ua/press/news/page-130/15343/>.

²²⁰ *Ibid.*

законског пројекта у вези с вансудском реализацијом и „запињање“ које осликава природан правни одговор на моргиц који се, као и у нашем праву, назива хипотеком.

1.1.7. Руска Федерација

У Русији је вансудска реализација почела 1994. па замрла.^{221, 222} И Закон о хипотеци Руске Федерације, бр. 102-ФЗ, од 16. јула 1998. поновно је измењен 30. децембра 2008. те је чланом 55 преуређена вансудска реализација на хипотекованој ствари.²²³ Онда су ступиле и измене руског ЗХ и Федералног закона 7. марта 2012, бр. 102-ФЗИ1 (ЗХ), бр. 122-ФЗ2 (Закон о регистрацији), бр. 229 (ФЗ3) за спровођење закона – последица измена/допуна Федералног закона бр. 405-ФЗ4 од 6. децембра 2011. године. И даље је допуштена вансудска реализација хипотеке уз битна, широка, озбиљна ограничења. Обавезан је судски налог, а подразумева, да се реализација хипотеке спроводи по судском налогу, што ревидира и садржи норме о обавезности судске реализације хипотеке за низ случајева.^{224, 225}

Указали бисмо на колизију ЗХ и Закона о регистрацији: ЗХ прописује да уговор који предвиђа *ex officio* упис хипотеке органу регистрације мора поднети хипотекар, хипотекарни дужник или нотар,²²⁶ а у Закону о регистрацији се захтева њихов „заједнички тројан захтев“. Анализа података води до закључка да грађани често прибегавају судској заштити. Од 2009. до 2012. троструко је повећана тенденција раста.²²⁷

Врховни суд РФ преузео је правну заштиту физичких лица хипотекарних дужника.²²⁸ Уз то, за сваки спор поводом кредитних уговора, банке и предузећа надлежан је суд.²²⁹ Дакле, брига о појединцу је сада изразито истакнута.^{230, 231} А у преосталом делу и даље је крајње рестриктивна.

1.1.8. Румунија

Румунско грађанско материјално и процесно право је значајно због недавне кодификације која је спроведена у значајној мери као и кодификација у канадској провинцији

²²¹ Вид. Федерални закон од 16. јула 1998 Н102-ФЗ, „Хипотека (залог) непокретности”, 13, 14.

²²² Вид. <http://zakonprost.ru/zakony/ob-ipoteke/>, Закон о хипотеци (Федерални закон 16. 7. 1998).

²²³ Вид <http://www.ebrd.com/downloads/legal/core/ruslom.pdf>.

²²⁴ Вид. http://www.vsr.gov.ru/vscourt_detale.php?id=8890 официјелни сајт Врховног суда РФ.

²²⁵ Вид. <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bb274378-211e-4e12-82f3-6b2ca9efa481>.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Вид. Бюллетень № 9 2013 года.

²²⁸ Вид. <http://voronej.arbitr.ru/images/%D0%9E%D182%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D1%8C%.pdf>.

²²⁹ Вид. <http://pravo.ru/story/view/124681/>, објављено 8. децембра 2015.

²³⁰ Вид. Владимир Соловјев, *Изабрана дела*, том II, с руског превео Драго Ћупић, ИЦ Цетиње и ЦИД Подгорица 1995. Русија се враћа на светску сцену у исконском словенском добру. Није потребно да делујемо против других нација него да радимо са њима и за њих – у томе је велики доказ да је та идеја истинска. Јер, истина је само облик добра, а добру је непозната завист.

²³¹ Вид. <http://www.pravo.gov.ru>, 25. новембар 2017. Званични интернет правни портал Зборник закона РФ 27. новембар 2017, бр. 48, чл. 7052, *Руске новине* Н. 269, 28. новембар 2017. Почетак примене – 25. новембар 2017. У складу са чл. 7 закон ступа на снагу на дан његовог објављивања.

Квебек. Тиче се пре свега теме вансудске реализације хипотеке, али и специфичне испреплетености с појединим институтима англосаксонског права као што је траст.

У Румунији је дуго важио, уз доста новела, румунски Грађански законик из 1865. године. Али, 17. јула 2009. усвојен је нови Грађански законик, који је ступио на снагу 1. октобра 2011. године, стављајући ван снаге претходни Грађански законик, Привредни законик из 1887. и Породични закон из 1955. Румунски Грађански законик – РГЗ (*Civil Code of Romania*, то јест *Codul civil al Romanei*, commonly refered to as *Noul Cod Civil*, 2009/287) свеобухватно, односно инклузивно, регулише област (лица, породицу, својину, наслеђивање, облигације, међународно приватно право итд.), и уводи низ сасвим нових института (уговор о трасту).²³² Узор новог РГЗ био је ГЗ Квебека, с нешто одударења.²³³

Кодификација се одразила и на хипотеку, дајући јој нове димензије и карактер (хипотеком се сад назива и она на непокретним и покретним стварима, уведена је вансудска реализација хипотеке итд.).²³⁴

Румунија има Грађански процесни законик од 14. септембра 2000. с новелама (8) до 2004. (*Codul de Procedura Civila*). Ту је озакоњен комплетан судски извршни поступак.²³⁵ Нов РГЗ је у правној доктрини и пракси изазвао расправе, од похвалних до оних да је правни режим у вези с хипотеком мигрирао из области стварних у правни режим дужничких права. Критика подражава те аргументе од регулатива за хипотеку (секција 2), поређења с другим сличним правним институтима (секција 3) и праксе (секција 4).²³⁶

РГЗ има јасан циљ да хипотека постане *аутономно дужничко право*. Пре него дужник изазове обавезу на основу које се успоставља хипотека (чл. 2371 РГЗ),²³⁷ стиче се „дужничко право“. По РГЗ, *хипотека је стварно право над покретном и непокретном имовином* ради испуњења неке обавезе (чл. 2343) и *недељива је* (чл. 2344). Али, пракса је наметнула редефинисање концепта природе стварног права. То није велика новост: у доктрини давно има мишљења о мешаној нарави стварних средстава обезбеђења и теорије залогне потраживања.

РГЗ је објединио регулативе стварних обезбеђења, и то са два аспекта – у терминима: прави се разлика хипотеке покретнине и непокретности (законодавац је уврстио сет заједничких норми хипотеке за покретнине и непокретности, а онда ексклузивно за сваку понаособ).²³⁸ Према том концепту, у вези са мешаном природом, права обезбеђења су негде између стварних и личних права. Хипотека може обезбедити извршење свих обавеза (чл. 2369 РГЗ), и будуће, али од момента кад је регистрована (чл. 2370 РГЗ).

²³² Вид. http://www.dscler.ro/english/coduri_e.htm.

²³³ Вид. https://en.m.wikipedia.org/wiki/Civil_Code_of_Romania.

²³⁴ Вид. <http://www.dscler.ro/coduri/cprciv1.htm>.

²³⁵ Вид. <http://www.dscler.ro/coduri/cprciv1.htm>.

²³⁶ Вид. Silvia Lucia Cristea, Регулативе хипотеке у новом румунском грађанском законуку (практички аспекти), *Perspectives of Business Law Journal*, 2012.

²³⁷ Вид. http://www.businesslawconference.ro/revista/artic_ole/an1nr1/11%20Silvia%20Cristea%20Eng.

²³⁸ *Ibid.*

Према чл. 773 РГЗ, *уговор о трасту* је правни посао у којем једно или више лица преносе стварна, дужничка права, обвезнице, наследна права, садашња или будућа, на једног или више повереника који управљају њима с предвиђеном сврхом у корист једног или више лица.²³⁹

Кратко ћемо упоредити траст и хипотеку јер су и РГЗ и ГЗ Квебека *inter alia* узори нашем законодавцу за Преднацрт грађанског законика, па је и могуће увођење тог транспланта. Кад упоредимо хипотеку и траст с тачке објекта, примећујемо да предмет оба јесу непокретности, али траст може садржавати право које се наслеђује. Форма је иста јер се у изворној форми под санкцијом апсолутне ништавости оверавају код нотара, а онда обавезно региструју у националном регистру/локалном одсеку локалитета непокретности.

У члану 2384 РГЗ задржана је клаузула о неотуђивости (стари РГЗ), тако да се сматра *неписаним правилом* да је власник овлашћен да прода ствари под хипотеком. Наиме, дужничково овлашћење располагања је у члану 2376 РГЗ, као и у старом, задржало „клаузулу о неотуђивости“, али сад располагање под хипотеком више није спорно (иако стичалац зна клаузулу у хипотекарном уговору која забрањује пренос права својине над непокретности) према чл. 2384 и 2433 РГЗ.²⁴⁰

Према члану 2377 РГЗ хипотека на непокретности настаје уписом у земљишну књигу, свеједно да ли је у питању законска или уговорна.

У вези са применом РГЗ, познати румунски правници професори грађанског права на Правном факултету у Букурешту Попа и Виду израдили су Водич вансудског реструктурирања кредита обезбеђеног хипотеком.²⁴¹

Хипотекарно намирење обухвата главницу, камате и трошкове (чл. 2354 РГЗ). Покретање поступка захтева ликвидност и доспелост обезбеђеног потраживања (чл. 2430 РГЗ) и да хипотекар има – извршну исправу. Уговор о хипотеци је извршна исправа (чл. 2431 РГЗ), ако је снабдевен и потврдом извршности (чл. 2445 РГЗ, 6401 ГПР).

Хипотекарна тужба не ускраћује хипотекара да тражбину оствари и личном тужбом (чл. 2432 РГЗ), што је у ствари генерално проширење намирења на комплетну имовину.²⁴²

Извршење хипотеке се разликује према томе да ли се тиче покретне или непокретне ствари. Извршења хипотеке на непокретностима се врше по нормама Законика о грађанском поступку чл. 2479 ЗГП. Извршење по РГЗ има изразит приватни карактер, у центру је хипотекар који врши намирење, преузима одговорност за поступак, а интервенција државних органа је сведена на минимум.

²³⁹ Вид. http://www.dscllex.ro/english/coduri_e.htm

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Вид. *Водич за вансудско реструктурирање кредита обезбеђеног хипотеком*. У интересу је кредитора и корисника кредита да поступају разумно и поштено да би нашли решење за отплаћивање обавеза без предузимања мера за покретање судских поступака. Поступци реструктурирања помажу у налажењу решења за корисника у испуњењу обавезе враћања кредита обезбеђеног хипотеком, пре покретања поступка принудне наплате. У смислу Водича, кредитори су лица и финансијске институције из 2. одељка, IV главе, I поглавља, I дела Хитне уредбе Владе бр. 99/2006 о кредитним институцијама и адекватности капитала, усвојене са изменама и допунама Законом бр. 227/2007. Водич има 12 принципа, чији је циљ избегавање судског спора и уравнотежење односа страна.

²⁴² *Ibid.*

Поступак по ЗГП има наглашен етатистички карактер јер одговорност пада на државне органе. Избор поступка је на хипотекару. Да би покренуо продају, хипотекар мора *тражити од суда клаузулу извршности* на акт уговора о хипотеци (чл. 2445, ст. 1 РГЗ).

Надлежан за клаузулу извршности уговора о хипотеци је суд (чл. 1811 Закона бр. 71/2011).

Противљење извршењу продаје суспендује право на поступак продаје до коначности решења. Одлучивање о основаности противљења решава суд у року од пет дана. Решење суда се може побити жалбом у року од пет дана. Ако суд утврди да хипотекар крши норме продаје, одредиће услове, правила и дати дозволу за валоризацију²⁴³ хипотеке.

Уколико хипотекар прекрши правила одговара за штету (чл. 2474, ст. 1 РГЗ) плаћа пенал, трећину вредности ствари (чл. 2474, ст. 2 РГЗ).

Законодавац је успоставио дуплу накнаду и обавезу реституције.²⁴⁴

1.2. Англосаксонски правни системи

*Енглески правник*²⁴⁵ *који не мари и не зна ништа о другим правним системима сем свог, тешко може разумети идеју права и правне историје.*
Правни историчар Мејтланд (*F. W. Maitland*)

У англосаксонском праву основни извор је судски прецедент, али од кад су обједињени *common law* и *equity law*, све већи значај стиче и закон (*Act*). И у англосаксонском праву постоје разлике. Тренд приближавања и ублажавања разлика траје. Томе нарочито погодује праксом већ проверено искуство нордијских правних система, које садржи карактеристике европског (романско-германског) и англосаксонског права. Предност енглеског приступа су доследност, јасноћа, флексибилност и детаљност, то јест разрађеност. Правна снага енглеског система је у његовој способности да се стално мења с околностима и настаје директно из оног што се у друштву конкретно дешава.²⁴⁶

²⁴³ Валоризација: утврђивање вредности нечег значи извршити валоризацију; именица, валоризатор: процењивач. Вид. Клајн, Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, 246.

²⁴⁴ Вид. Грађански закон 287/2009 *Грађански законик* (Codul Civil, Noul Cod Civil republicat Legea 287/2009), на снази од 1. октобра 2011, Сл. гласник (М. Of. nr) 505/11, 2011.

²⁴⁵ Вид. <https://dokumen.tips/documents/istorija-pravnih-institucija-uvod.html>: Тај аутор сматра да и европски правници морају марити за америчко право и настојати да га разумеју и боље с агледају кад се нека правна установа преузима из америчког права – европски правници би морали перфектно да га упознају, све то, да би га разумели и знали шта заправо преузимају и позајмљују.

²⁴⁶ *Ibid.* Бентам га је описао као „право пса“... „прецедент долази тек после нечег што се десило, као што ударање пса долази после непослушности господару; пре но што је пас погрешно, прекршаја није било. Енглеска теорија права одговара да је у природи друштва да се догађање ствари може спречити једино кад се уочи да је она штетна, а то се увиди тек када је штета настала“.

1.2.1. . Енглеска и Велс

Владавина права као идеал цивилизације XX века, комплексан је у остварењу, па га треба посматрати мултидисциплинирано. Један од њих је и нужно познавање других, а посебно – англо-америчког комплекса система и тамошњег разумевања права. То би требало да буде почетак у сваком покушају, пре преузимања било којег правног института тог правног система и заиста специфичне, не само правне цивилизације. Корени те цивилизације почињу у Енглеској.

Енглеско право²⁴⁷ је неспорно реално апсорбовало један мали део римског права. За разлику од европскоконтиненталног, оно је тзв. прецедентно право. Земље британског Комонвелта су у највећем делу преузеле енглеску правну традицију и формирале англосаксонско право.²⁴⁸

Важно је схватити да су и опште право и право правичности, производ одлука које доносе судови. Обе те врсте су право које ствара судија на основу доследности (*judge – made law*). Тај механизам функционише кад једном виши судови одлуче о неком принципу решавања у ужој материји таква одлука постаје принцип. Доктрина доследности оваплоћена је као *stare decisis*, што значи: судови су у истим чињеничним околностима дужни да се држе раније одлуке.²⁴⁹

Кад се говори о англоамеричком праву *common law* систему указује се на разлике англоамеричког и европског правног система. У средишту европског система је кодификовано право. У средишту англоамеричког правног система је обичајно, неписано право, које су развијали судови. У средишту првог система је законско право; у средишту другог је судско. Битно обележје англоамеричког права од почетака у Енглеској, у 13. веку, јесте да су пресуде постојале прецеденти, то јест основ за пресуде у свим сличним случајевима. Мада је модерни правни развој довео до експанзије законодавства, главно обележје тог система и данас је делатност судова. У овом систему судија не примењује закон као у Европи, већ право прецедената.²⁵⁰

²⁴⁷ Енглеска и Велс су у свој правни систем инкорпорирале обавезујућу регулативу Европске уније.

²⁴⁸ Вид. Ђурица Крстић, *Природа и извори енглеског права, Правни живот* 14/2008, Термин „извори права“ обухвата три категорије: (1) историјске изворе тзв. опште право (*common law*) и право правичности (*equity*); (2) правне изворе, који обухватају судски прецедент, законодавство, право ЕУ и обичај; (3) супсидијерни извори обухватају трговачко право (*law Merchant*), римско право и канонско право. Енглеско право правичности заснива се на максимама правичности као: „онај ко приступи *equity*-ју, мора доћи чистих руку“, што значи да тужилац, ако жели поштено поступање суда, мора и сам да се понаша поштено; „једнакост значи правичност“, право настоји да буде поштено и да успостави равнотежу, па оно што је доступно једном, мора бити доступно и другом. „Ко тражи правичност (правду) мора и сам бити спреман да се понаша праведно“; „*equity* трага за намером, а не за формом“ – што значи да, колико год неко покушава да своју ствар представи у повољној форми, пресудитељ ће настојати да проникне у оно што такав тиме у ствари жели да постигне. *Equity* данас функционише готово по истом поступку по којем и *common law*. Ако може, уместо правила општег права, одлуке доноси и на основу правила правичности, што у највећој мери зависи од става судске праксе оличеног у водећим прецедентима (*leading casses*). 461–469.

²⁴⁹ *Ibid.* Сваки предмет на суду има свој наслов у форми ознаке имена странки у спору (*Johnson v. Smith*), прво име означава тужиоца, друго туженог. Међутим, ако тужени изгуби парницу и уложи жалбу, редослед имена се мења. Судски прецедент се заснива на три елемента: (1) постоје прецизни и веродостојни подаци о ранијим судским одлукама; (2) морају постојати правила помоћу којих се из раније одлуке о конкретном скупу чињеница, може извести правни принцип који се примењује у одлучивању о (новом) скупу чињеница, (3) прецеденти могу бити обавезни (у већини случајева и јесу), а могу служити и тек као аргументација, то јест „убеђујући“ елемент.

²⁵⁰ Вид. www.komunikacija.org.rs>knjiga11: Судаћи на основу прецедената, суд је обавезан да се придржава ранијих пресуда највиших судова. У XIX и XX веку под утицајем рационализма постало је широко прихваћено

У *Коментарима*, Блекстон доследно брани традиционално енглеско схватање да је у средишту правног система судско право – онако како га схватају судови.^{251, 252}

1.2.1.1. Шкотска (хибридни изузетак)

Данас је Шкотска, с Велсом и Републиком Ирском, држава у саставу Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске.²⁵³ У Шкотској је након пада Рима, римско право наставило несметано да се примењује. Пошто у Енглеској није било кодификација које би елиминисале поједине европске правне идеје, оне су се задржале и дуже него у континенталној Европи. У томе је значајну улогу имала и црква која је посредством канонског права делимично сачувала континенталну традицију јер су судови примењивали норме које су биле засноване на римском праву. Супериорност правног резоновања Римљана нашла је пут и пробијала се кроз наизглед непробојне баријере политичких интереса и љубоморног чувања *острвске* традиције.²⁵⁴

Од укупно три институционално призната субординирана региона УК, Шкотска има највећи степен аутономије. Њен правни систем је статутаран, континенталан, заснован на римском праву, за разлику од других конститутивних јединица које користе прецедентни, англосаксонски систем.^{255, 256}

У Шкотској²⁵⁷ се извршење судске пресуде – иначе, по угледу на цивилно право, одвија у поступку познатом под називом *diligence*. Судским налогом се, наиме, обезбеђује приступ

схватање да англоамерички правни систем, у коме су они који примењују право принуђени да ово траже у застарелим, несређеним и тешко доступним збиркама одлука, мора бити инфериоран у односу на један правни систем.

²⁵¹ Вид. Вилијем Блекстон, *Коментари права Енглеске*, Књига I (William Blackstone, *The Commentaries of the Laws of England*, John Murray, London 1876)

²⁵² *Ibid.* Судство обезбеђује непристрасну заштиту слобода, права и својине, запрека је неразборитој употреби парламентарног ауторитета. Судови су „жива пророчишта која морају одлучити у спорним случајевима заклетвом везани да одлуче по праву земље“. На судовима је да терације правде држе непристрасно. Оно што је некад било неизвесно, одлуком суда претвара се у трајно, више није у моћи ниједног судије да од правила одступи. Није задатак судија да оглашавају ново право већ да одрже и прошире старо. Изузетак је кад је старо правило противно разуму. Блекстон вели да ако се покаже да је ранија одлука бесмислена, суд неће закључити да она чини лоше право (*bad law*) већ да се уопште не ради о праву (*not law*), а та одлука није установљен обичај. Бентам је критику изложио у спису (Фрагмент о влади, 1776), нападајући Блекстонове *Коментаре* у четири књиге 1765. и 1769. Значај коментара у енглеском праву личи на утицај мишљења правника у римском праву.

²⁵³ Поразом Француске у револуционарним и Наполеонским ратовима (1792–1815), УК је постала главна империјална сила 19. века. У Шкотској је 18. септембра 2014. одржан референдум о независности. Већином (55,3%) Шкоти су се засад одлучили за останака. Вид. https://sr.wikipedia.org/wiki/Уједињено_Краљевство.

²⁵⁴ Вид. Жика Бујуклић *Римски корени европског комунитарног права*, Библиотека *Зборници*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 152 и даље.

²⁵⁵ Вид. Јелена Марковић, *Шкотски парламент*, истраживачки рад, бр. Z-11/12, Библиотека Народне скупштине Републике Србије, Београд 2012.

²⁵⁶ *Ibid.* Иако сва три региона имају законодавна и извршна тела, Парламент Шкотске једини има назив парламент, док су у С. Ирској и Велсу то скупштине. Шкотска има независно правосуђе и независну Шкотску презвитеријанску цркву. Законом о Шкотској је 2012. промењен назив владе из Шкотска егзекутива (Scottish Executive) у Шкотска влада (Scottish Government).

²⁵⁷ Шкотска је обавезана да своју регулативу усклади са регулативом ЕУ.

имовини или личности дужника, који се може приморати на три начина да обавезу по пресуди изврши. Шкотска је 2001. године донела Закон о хипотеци.²⁵⁸

У Шкотској се посебна пажња обраћа заштити закупаца/станара, па је донет Закон о заштити станара с одредбама којима се стављају у повољнији положај.²⁵⁹ Посебна пажња је посвећена што ефикаснијој и поузданијој евиденцији хипотека, па су извршене земљишнокњижне реформе Законом 2015. године.²⁶⁰

Регулисан је и положај заштите корисника финансијских услуга,²⁶¹ а положај власника непокретности уз хипотекарно обезбеђење Законом 2010. године.²⁶²

Законом о хипотеци из 2001. године установљен је Грађански саветодавни биро (*Citizens Advice Bureau*) за услуге власницима непокретности, односно дужницима, а у том поступку увек мора учествовати и хипотекар. Циљ је прост: налажење компромиса.^{263, 264}

Регулатива предвиђа да је²⁶⁵ за одлуку о испуњењу услова за реализацију хипотеке по неуспеху компромиса надлежан суд и следи поступак реализације хипотеке и депосесије по чл. 2017 Статута кад је образован Шерифов²⁶⁶ апелациони суд (*Sherif appeal court*). Судске реформе су извршене 2014. године.²⁶⁷

Уочљив је уплив *common law*-а. Ипак, хипотека се овде и по називу разликује од моргица Енлеске. *Mortgage* је термин за англоамеричко право, а у Шкотској се назива *right of security*²⁶⁸ – право обезбеђења.²⁶⁹

Не треба испустити из вида да је Шкотска уједињена с В. Британијом од 1707. године, па је обавезност *круни* и те како заступљена и у домену права.²⁷⁰

Иако Шкотска има знатан део „пренетих“ надлежности, настоји да их прошири, али дуга блискост Шкотске уједињене с Енглеском у правном систему Велике Британије оставила је

²⁵⁸ Вид. [http://www.legislation.gov.uk/asp/2001/11: Mortgage Rights \(Scotland\) Act 2001/1](http://www.legislation.gov.uk/asp/2001/11: Mortgage Rights (Scotland) Act 2001/1).

²⁵⁹ Вид. Mortgage Repossessions (Protection of Tenants etc) Act 2010.

²⁶⁰ Вид. <http://www.gillespiemacandrew.co.uk/media/321190/gillespie-macandrew-land-reform-scotland-bill-2015-a-brief-guide.pdf>.

²⁶¹ Вид. <https://www.cml.org.uk/consumers/buying-a-home/guide-to-buying-a-home-in-scotland/>.

²⁶² Вид. <https://andersonstrathern.co.uk/news-insight/home-owner-debtor-protection-scotland-act-2010/>.

²⁶³ Вид. [twelve/civil-jurisdiction-and-shortfall-on-mortgage-debt-after-repossession](http://www.twelve/civil-jurisdiction-and-shortfall-on-mortgage-debt-after-repossession).

²⁶⁴ Вид. Паунд, *Јуриспруденција*, књига 2.

²⁶⁵ Шкотска остала регулатива је регулатива ЕУ.

²⁶⁶ *Hight Court Enforcement Officires* (НСО) постоје од 2004, настали су од шерифа који постоје преко 1.000 година. Вид. Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка*, Београд 2012, 111–112.

²⁶⁷ Вид. http://www.legislation.gov.uk/ssi/2017/153/pdfs/ssi_20170153_en.pdf.

²⁶⁸ *Ibid.* Право обезбеђења (*right of security*) има сличности са америчким чл. 9 УСС. Гилмор о правном послу обезбеђења: „*Secured transactions are an important part of the law and economy of the country. By enabling lendersto take a security interest in collateral (that is, the assets of debtors), the law of secured transactions provides lenders with assurance of legal relief in case of default by the borrower.*“

²⁶⁹ Вид. [http://www.eui.eu/Documents/Department sCentres/Law/ResearchTeaching/Research Themes/European PrivateLaw/RealPropertyProject/Scotland.PDF](http://www.eui.eu/Documents/Department%20Centres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Scotland.PDF).

²⁷⁰ Вид. Кенет Рид, *Стварно право*, Правни факултет Универзитета у Единбургу, 2016. (Kenneth G. C. Reid, *Real properts law*, Law S).

доста правних трагова,²⁷¹ што се може видети у бројним институтима. Упркос свему, она је значајно очувала висок степен самосвојности.

Траст и лебдећа залога је не сврставају у англосаксонско право јер је задржано право европског типа кодификација²⁷² права својине²⁷³ и њених деривата.^{274, 275, 276}

1.2.2. Сједињене Америчке Државе

Сразмерно савременом феномену утицаја САД као узора, биће разрађена слаба упућеност у сложеност разлика свих области права и примене. У САД је све суштински другачије, па је те различитости нужно прегледати и у скупу: правног устројства, правних теорија, правног уређења, нарочито важне улоге суда, допунске сврхе закона спрам прецедента и, најзад, конкретних разликовања правне конструкције својине, и хипотеке и моргица. Ка том циљу ће се сажето размотрити сви слојеви правног система САД за стицање укупне спознаје права *државе донора* из које је преузет тематски трансплант моргица као функционалног еквивалента европске хипотеке.

Захтеви теме налажу настојање „да се разуме“ схватање права и средстава обезбеђења у земљи порекла, из које су наши законодавци преузели *оригиналну* идеју правног пресађивања и увођења у живот вансудске реализације хипотеке. САД су од најранијих дана развиле културу која је радикално другачија од европских корена, па се сваки покушај да се америчко друштво уклопи у европски калуп у крајњем завршава неуспехом.²⁷⁷

Тај велики правни систем дели низ карактеристика с правом Енглеске из којег је и настао, али је развио и бројне разлике. Термин англосаксонско право се употребљава и за старо енглеско обичајно право пре норманског освајања 1066. године, а *common law* може да означава и део тог система, односно једну врсту правних извора, прецедентно право. Али, оно има и низ сопствених својстава која не карактеришу право Енглеске, као што су писани устав и федерално уређење. У САД су реципирани и *common law* и енглески закони који допуњују

²⁷¹ Вид. <http://www.legislation.gov.uk/asp/2016/18/contents>.

²⁷² Вид. <https://conversation.which.co.uk/home-energy/new-land-registration-scotland-act-affects-home-owners-in-scotland/>.

²⁷³ Вид. <http://www.legislation.gov.uk/asp/2016/18/contents>.

²⁷⁴ Вид. <http://www.govanlc.com/mortgage.htm>.

²⁷⁵ Вид. <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Scotland.PDF>.

²⁷⁶ Вид. http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/VPS_predavanja.pdf.

²⁷⁷ Вид. Филип Џенкинс, *Историја САД*, превела Љиљана Николић, Филип Вишњић, Београд 2002, 19 и даље.

или мењају *common law*. Ту чињеницу потврђује и одлука енглеског суда 1608. године Calvin's case.^{278, 279, 280}

Могло би се, можда, рећи да је у овом периоду америчко право имало својства енглеског али да је већ тада почело да стиче низ сопствених. Финансијске институције које одобравају моргиц кредите у САД су: штедионице, моргиц банке, комерцијалне банке, осигуравајуће компаније и пензиони фондови. Постоји примарно и секундарно моргиц тржиште.

Важан је и Једнообразни трговински закон САД из 1952. (*Uniform Commercial Code – UCC*), а посебно одредбе члана 9 UCC. На тим основама је већина *common law* провинција у Канади усвојила ППСА²⁸¹, укључујући притом и провинцију Квебек с *civil law* традицијом. Организација америчких држава предлаже хармонизацију на интерамеричком моделу Закона о обезбеђењу потраживања. Модел је својеврсна комбинација UCC и *civil law* права о обезбеђењу тражбина. UCC су усвојиле све државе САД, пошто је то у надлежности држава. Под утицајем UCC су и закони Црне Горе и Албаније²⁸², а тим путем и под покровитељством је и вансудска реализација хипотеке „узакоњена“ у Црној Гори.

Установа генералног моргица је у данашњем модерном праву напуштена да би уступила место принципу специјалности, чије су користи реално од вишеструке важности. Наиме, генералним моргицом су угрожени интереси дужника, а постоји и опасност од скривених залога. Када се укључи принцип специјалности, имовина као целина не може бити предмет моргица. Ипак, савремена средства обезбеђења обликована банкарском праксом подсећају на оне старе римске узоре (генерална хипотека). Тако нешто би личило на *floating charge*, који је, објективно, вероватно највећи допринос енглеског права обезбеђења.²⁸³

Енглески и амерички систем, као и други *common law* системи, знатно се разликују од система права континента. Разлике су историјске, системске и методолошке. Разлог лежи у томе што америчке и енглеске судије, стварајући *common law* (укључујући *equity*²⁸⁴), нису

²⁷⁸ Вид. Душан Врањанац, Увод у правни систем САД, Правни факултет Универзитета Унион – Институт за упоредно право, Београд 2008, САД су се развиле из Северноамеричке конфедерације, образоване Члановима Конфедерације и вечите уније (*Articles of Confederation and Perpetual Union*), од тринаест енглеских колонија уобличених 1722. Уставом из 1787. године конфедерација је постала федерација. Правни систем има предисторију, а почиње стварањем првих енглеских насеобина почетком XVII века. Најранији досељеници на источној обали САД донели су неке од основних принципа енглеског *common law*-а. 15 и даље.

²⁷⁹ *Ibid.* Мада је у колонијама важило енглеско право, примењивани су и врста традиционалног права које се изводило из Библије, обичаји итд. У XVII веку забележен је и покушај кодификације, која нема много сличности с модерним кодификацијама. До краја XVII века постојала је општа тежња ка кодификованом праву, пре него прихват компликованих и застарелих правила енглеског.

²⁸⁰ *Ibid.* Може се закључити да је у Америци рано јавила потреба изградње новог правног система, уместо да се просто пресади енглески. Све у свему, доста је тешко извући неке опште закључке о америчком праву пре стицања независности. Развоју америчког права битан допринос је дала и правна теорија. Посебно су значајни Блекстонови *Коментари о законима Енглеске (Commentaries on the Laws of England)*.

²⁸¹ Вид. Ненад Тешић, *Регистрована залога*, Правни факултет у Београду, Београд 2007, 35 (ППСА: Personal Property Securities Act: PPSA) 32.

²⁸² *Ibid.* 32 и даље

²⁸³ *Ibid.* 35.

²⁸⁴ *Ibid.* Правично право (*equity*) јесте скуп правила; пре реформе 1873. доносио га је и примењивао Суд лорда канцелара (*Lord Chancellors court, court of equity*). По речима енглеског правника Кристофора Цермана, „понекад је нужно оставити по страни закон и следити оно што разум и правда захтевају, па је зарад тога правичност створена да омекша и ублажи строгост права“. Цицерон: *Summum ius, summa iniuria*. Ерго, то је идеја да стриктна примена правних правила, неублажених правичношћу, временом може произвести неправду. Правила

имале пред собом законску одредбу о минималном обиму сагласности већ су решења налазиле у искуству наталоженом у низу значајних случајева из којих су се искристалисала правила. Образложење *leading cases* у овој области драгоцен је извор аргумената за ово или оно становиште. На тај начин нам *common law* омогућава да непосредно сагледамо срж проблема, неоптерећени унапред задатим законским решењем. Уосталом, *ratio decidendi* прецедентних одлука судова, на неки начин, јесте *ratio legis* општих правила изведених из прецедената.²⁸⁵

У претходним анализама стања лако се увиђа да је вансудска реализација хипотеке код нас, у Украјини и др. директно *преузет неправо* скројен трансплант, који није складан ни с правом САД. Није проблем тек у супротстављености правних система већ и темељних института европских с англоамеричким. Увид у америчко право, без правне мисли, не би дало одговор о суштини прагме концепта права као таквог. Након примера који следе и „хибрида“, тј. „држава мешовитих права“ објаснићемо разлике. Примери како функционише вансудска реализација у одређеним државама САД одабрани су према заступљености начина реализације моргица, од Калифорније где је назаступљенији вансудски пут до Луизијане где је он реткост, док су у Висконсину и Минесота заступљена оба и то поједнако као и траст и моргиц.

1.2.2.1. Калифорнија

У Калифорнији постоје две врсте принудне наплате (намирења, *foreclosure*), судски и вансудски. У судском, зајмодавац покреће грађанску парницу и процес се води на суду. Судски пут је доступан у свим државама. Ипак, многе државе, укључујући Калифорнију, допуштају зајмодавцима да без суда воде процес принудне наплате. Кредитори инкорпорирају клаузулу „овлашћење, моћ продаје“ у уговор о моргицу или трасту, у којем се наводи да је дужник свестан да ако закасни са измиривањем обавеза (дуга), кредитор има право на процес принудне наплате *foreclosure*, али ван суда. У Калифорнији је судска наплата ретка; већина користи вансудски пут. Када се закасни с плаћањем моргица и доцња траје најмање 15 дана, кредитор има законско право да започне процес принудне наплате.²⁸⁶

Аукција се може отказати ако се испуни један од алтернативних услова: 1) откаже је моргиц дужник јер је успео да рефинансира кредит; 2) откаже је моргиц поверилац; 3) откаже се ако треће лице или моргиц компанија купи ствар, пре (мимо) аукције за већу цену од дуга моргиц повериоца; 4) ако моргиц поверилац одлучи да за себе присвоји оптерећену некретнину уместо продаје.²⁸⁷

правичности су данас искључиво технички систем права и није могуће мислити о разлици између *common law* и *equity* на исти начин као о разлици између *ius strictum* и *aequitas* у праву земаља европског континента.

²⁸⁵ Вид. Милош Живковић, *Обим сагласности непоходан за закључење уговора*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд 2006, 66 и даље.

²⁸⁶ Први корак – обавештење о кашњењу – органу округа. Моргиц дужник бира да се у року од 90 дана консолидује или да се процес принудне наплате настави. По закону Калифорније, поверилац моргица мора да спроведе све прописано у вези са обавештењем о продаји најмање 20 дана пре аукције. Вид. <https://www.borowitzclark.com/california-foreclosure-timeline/>

²⁸⁷ Међутим, ако купац стана живи у стану или кући под моргицом, према Уредби председника Обаме, постоји заштита којом се помаже породицама да сачувају домове (*President Obama's Helping Families Save Their Homes Act*). Вид. <http://homeguides.sfgate.com/california-foreclosure-process-9040.html>.

У Калифорнији вансудски процес реализације моргица просечно траје око 111 дана (90 дана плус 21 дан).²⁸⁸ Кад моргиц поверилац покрене вансудску принудну наплату, он од тада више нема право да тражи разлику путем тзв. тужбе за накнаду разлике. Постоје наравно и судска намирења, односно процеси пред судом. Након аукцијске продаје у судском процесу принудне наплате, моргиц дужник има право да откупи непокретност под моргицом у року од годину дана. У судском процесу намирења, моргиц поверилац има право на накнаду разлике између износа дуга и износа добијеног на аукцији.²⁸⁹

Foreclosures су у Калифорнији најчешће вансудски, што значи да се банка не намируја судским путем. Ако се продаја врши вансудском реализацијом моргица, одговорност моргиц дужника се завршава чим се непокретност прода.²⁹⁰

Сем накнаде из продаје, моргиц дужник више не дугује и ако се непокретност прода по мањој цени од дуга. Калифорнија има заступљеност (*foreclosure*) намирења путем судског система у малом обиму.²⁹¹

Судски поступак значи обавезу дужника да накнади и *разлику* између висине дуга и цене постигнуте на аукцији. У судском намирењу моргиц дужник има *право откупа*, то јест може поново купити непокретност у року од три месеца по продаји. Откуп је тежак и кад се дужник за њега квалификује.

Што се тиче трајања процеса судске реализације, могуће је да га моргиц поверилац заврши за 200 дана²⁹² од дужниковог пада у доцњу. У стварности то је минимум, али већина намирења траје нешто дуже.²⁹³

Принудно намирење се обуставља ако моргиц дужник плати довољно да би се кредит „вратио у своју нормалу”, да је уравнотежен и стабилан, или ће у супротном бити проглашен банкрот. Банкрот је моћан инструмент аутоматске обуставе принудног намирења. Банка не сме ни *прићи кући моргиц дужника* све док банкрот траје. Зависно од типа банкрота, моргиц дужник који је прогласио банкрот може вратити дуг динамиком банкротног плана.

1.2.2.2. Минесота

Минесота је препозната као „држава теоријских власништва“, где власништво над имовином постаје „власништво“ моргиц повериоца одмах, све док се потпуно не исплати постојећи кредит. Моргиц је правни посао којим се обезбеђује *формално власништво*. По правилу, исте услове и функцију као моргиц има уговор о трасту. Први метод *foreclosure*-а у Минесоти је *non-judicial foreclosure* (*вансудска реализација*). Тај тип принудне наплате не

²⁸⁸ Вид. Judicial and non-judicial foreclosure in California – Law Firm...

²⁸⁹ Вид. https://www.foreclosure.com/statelaw_CA.html.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² У Калифорнији, где се највише користи вансудски пут моргиц траје 111 дана, а судски 200 дана. Наши законодавци су предвидели 540 дана, а ПГЗ 720 дана. То су фрапантни докази да је законодавац омашио тему.

²⁹³ Вид. Повеља о правима Калифорније из 2013. године штити власнике кућа и фер приступ ублажава губитке код рефинансирања. Банкама онемогућава да наставе намирење док се захтев за репрограм не реши.

укључује суд и захтева тек обавештење – *foreclosure by advertisement* (намирење оглашавањем).²⁹⁴

Кад моргиц садржи клаузулу *power of sale clause* (клаузула овлашћења вансудске продаје), онда она по дужниковој доцњи дозвољава моргиц повериоцу принудну наплату (*foreclosure*). Аукције спроводи шериф. Пошто је ово вансудски поступак, захтеви су строги, а процедура је крајње транспарентна. Моргиц поверилац сâм или преко агенције објављује обавештење о принудној наплати и датуму продаје. Шериф може одгодити продају обавештењем. Процес може бити одгођен ако дужник покрене процес на суду и тражи одгађање продаје или прогласи банкрот. Зависно од времена, обично је потребно 60–90 дана да се заврши вансудска реализација.²⁹⁵

Ако искључимо стандардне уобичајене компликације, овакви поступци су, захваљујући обезбеђеном правном, културном, економском и уопште развијеном амбијенту, веома софистицирано разрађени и транспарентни. Зна се ко има „полугу у својим рукама“ и свако добро зна правна правила која важе, како их и када треба користити, истанчано под каквим условима и са којом одговорношћу и последицама.

1.2.2.3. Висконсин

У Висконсину, зајмодавци могу да спроведу принудно намирење на основу уговора о трасту и моргицу услед доцње, користећи судски или вансудски поступак. Судски процес принудне продаје укључује суд у целом процесу, а користи се кад у уговору о трасту или моргицу не постоји клаузула о овлашћењу за продају. По правилу, након што суд прогласи *foreclosure*, имовина „иде на аукцију“ и биће продата по највишој понуђеној цени. Међутим, у Висконсину се продаја не може догодити годину након пресуде, осим ако се зајмодавац одриче права на тзв. тужбу за накнаду разлике и може бити одгођена шест или два месеца ако је имовина напуштена.²⁹⁶

Уколико уговор о трасту или моргицу садржи овлашћење за продају и време, место, услове, онда се та процедура мора поштовати. У супротном, вансудска принудна продаја се одвија на следећи начин. Обавештење о *foreclosure*-у мора бити забележено у регистру округа пре него што је објављено прво обавештење о *foreclosure*-у. Мора бити достављено дужнику на исти начин као што би то било и у парничном поступку. У случају да дужник не може бити нађен, обавештење се поставља на видном месту објекта под моргицом. Продаја се мора обавити у време и месту из *foreclosure* обавештења. Понуђачу који понуди највише ствар ће бити и продата, о чему ће добити сертификат о куповини. Продаја може бити одложена ако је у процесу *foreclosure* судским налогом и дужник има годину да откупи ствар исплатом највише понуде с каматом.²⁹⁷

²⁹⁴ Вид. https://www.foreclosure.com/statelaw_MN.html.

²⁹⁵ *Ibid.* Акт да се успостави моргиц у Минесоти је уговор о моргицу. Потребно је око 60–90 дана да се заврши неоспоравана вансудска реализација. Пресуде о надокнади разлике су дозвољене. Закон уређује вансудску продају у погл. 580.01. (Моргиц; Статути Foreclosure у Минесоти, 2004).

²⁹⁶ Вид. Power of Sale Foreclosure Guidelines (водич овлашћења за продају).

²⁹⁷ *Ibid.*

Закон у Висконсину предвиђа да се *foreclosure* продаја потврђује актом, то јест судском одлуком. Ако зајмодавац наведе своје намере у захтеву за потврду продаје, може да поднесе тужбу са захтевом за разлику/тужбу за потпуну накнаду, за разлику свог потраживања и цене добијене продајом. У супротном, тзв. дефицитарна тужба није дозвољена.²⁹⁸

Ерго, могу се извести одговарајући закључци о шароликости система обезбеђења, врсти инструмената и поступцима вансудске реализације моргица, као и заједнички именитељи одступања од државе до државе. Не можемо се отети утиску да ма како се звао функционалан еквивалент хипотеци, ни у којем случају то не може бити синоним. Дуга традиција, спектар средстава хипотекара, модалитети установа и поступака, *чудно* схватање својине, те улога суда, шерифа, агенција, брокера, правног режима, води до закључка да то право није подобно за узор већ је требало преузети институт и поступак из неке од развијених земаља европскоконтиненталног правног круга. *Civil law* је заступљено не само у свим другим земљама Европе, него, из историјских и других разлога – у Луизијани (САД), у Шкотској (УК) и Квебеку (Канада).^{299, 300}

Ти изузеци не значе пуну рецепцију европског права, оно је главнина, уз примесе *common law*-а. Можемо закључити да, као последица својеврсних историјских токова, у државама владавине *common law* система „живе“ само као хибридни изузеци права које по својој природи припадају земљама класичне европскоконтиненталне правне породице.

1.2.2.4. Луизијана³⁰¹ (хибридни изузетак)

Законска структура Луизијане има сегменте из доба француске и шпанске владавине. Једна од речи која се и данас користи јесте „жупа“ (од француског *paroisse*) уместо речи „округ“, која се користи у свим другим државама. Законодавство је засновано на француском, немачком и шпанском грађанском праву, које се угледа на римско, а оно је у супротности с енглеским општим правом.³⁰²

Проф. Маркус Пудер са Универзитета у Њу Орлеансу сматра да је кодификација Луизијане, хибрида француског, шпанског и енглеског права из 1825. (новелирана 1870), преузела, након иницијалне шпанске власти и закона, институциони систем, то јест три књиге по узору на француски *Civil code* (СС). Стога је професор Законик Луизијане сликовито описао као „шпанско вино у француској боци“.

Најзначајнија разлика у поређењу с СС јесте друкчији приступ изворима права, јер док СС даје закону прво место, Законик Луизијане даје једнаку снагу закону, обичајима и систему *equity law*, у чему се виде сви обриси англосаксонске традиције. Тај је Законик имао директан

²⁹⁸ Вид. http://www.foreclosurelaw.org/Wisconsin_Foreclosure_Law.htm.

²⁹⁹ Вид. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*, 222.

³⁰⁰ Вид. http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/VPS_predavanja.pdf.

³⁰⁰ Вид. <https://sr.wikipedia.org/wiki/Луизијана>

³⁰² *Ibid.*

утицај на америчко право и политику.³⁰³ У Луизијани^{304, 305} се јавило једино одступање од англосаксонског права које доминантно важи у САД.³⁰⁶

Оно што се данас назива Грађанским закоником Луизијане (*Louisiana Civil Code*) објављено је 1988. под називом *Скуп грађанских закона* који је на снази у Орлеансу прилагођеним садашњем систему власти. Р. Батиза је истраживао извор Законика из 1808. па пише да је од 2160 одредби утврдио порекло 2.081 одредби да потиче из француског *Projet de Code Civil из 1800*. Тако, како се тврди 85% одредби води порекло из Француске, то јест из *Code Civil-a*.³⁰⁷

Остале одредбе, каже се, потичу из шпанског закона, од Блекстона, из римског права, из француских и шпанских одредаба и закона Луизијане. Пола одредаба Законика из 1808. преузето је у ревидирани Законик из 1870. године. Законик из 1808. године су сачинили Луј Моро Лиле и Џејмс Браун.³⁰⁸

Већина правних писаца данас наглашава да је Луизијана хибридни изузетак у САД, упоређујући Шкотску спрам Британије, што истовремено подразумева поређење Шкотске с Луизијаном.³⁰⁹ Истичу и да се процес продаје и депосесије одвија пред судом (*Judicial Proceedings*).^{310, 311, 312}

Концепт хипотеке је једнак нашем уз одлике које прате САД (откуп, траст), али је *ближи концепту хипотеке* него моргицу и то, могло би се оправдано рећи, и у фази обезбеђења, и у фази реализације.³¹³

1.2.3. Канада

Канада се састоји од десет покрајина са високим степеном аутономије, безмало као државе чланице САД. У девет покрајина (провинција) заступљен је правни систем англо-америчког типа, међу којима и Онтарија, док је само у једној од њих, у Квебеку, заступљено право европског типа с примесама права САД.

³⁰³ Вид. Јан Торјанц *Приказ летње школе Европског приватног права*, Салзбург 2016.

³⁰⁴ Пре него што су је САД купиле, Луизијана је била и шпанска и француска. Добила је име по француском краљу Лују XIV (1643–1715). Кад је Рене Робер Кавелије прогласио француском, назвао ју је *La Louisiane*, Лујева земља. САД су је купиле од Наполеона 1803. Вид. <https://sr.m.wikipedia.org/sr/Луизијана>.

³⁰⁵ Луизијана (енгл. *Louisiana*; фр. *Louisiane*; фр. креол. *Lwizyàn*), држава на југу САД.

³⁰⁶ Вид. Милан Петровић, *Велики правни системи (Универзално упоредно право)*, белешке с предавања, приредио Милош Прица, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2009.

³⁰⁷ Вид. *Civil code Louisiana* (Title VIII mortgages art. 3278 до 3337). Моргиц је бездржавински инструмент обезбеђења потраживања и pledge title 20. – А art. 314 до 3181. Искључиво се спроводи у судском поступку. Вансудски пут се превиђа нпр. за возила, што је у ствари комисорно намирење, зато што поверилац предаје дужнику да у своје име а за његов рачун прода возила.

³⁰⁸ Вид. Алан Вотсон, *Правни транспланти*, Библиотека *Светска правна баштина*, Београд 2010, 133.

³⁰⁹ Вид. <https://www.quora.com/How-does-the-Louisiana-legal-system-differ-from-the-rest-of-the-nation>.

³¹⁰ Вид. <http://law.justia.com/codes/louisiana/2016/code-civilcode/>.

³¹¹ Вид. http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2005/09/louisianas_napoleon_com.

³¹² Вид. Louisiana Laws 2006- RS 9:5386— Mortgage including collateral assignment and pledge of cert.

³¹³ Вид. <http://www.keepingyourhome.co.uk/download/advisersguide.pdf>.

Даље, биће кратко обрађена покрајина Онтарио као наставак и примерак свих других провинција Канаде, а и Квебек као изузетак. Тај изузетак је сличан држави Луизијана у САД, најпре због истоветних европских историјских консеквенци, сродних старих колонијалних утицаја, али и правних сударања и размимоилажења *common law* и *civil law*. Налазимо корисним за тему да прикажемо сажето како правно и стварно изгледају прекоокеанска сусретања и спотицања, заплитања, али и разлази два велика правна система, и то у Канади.

1.2.3.1. Онтарио

Моргиц је у Онтарију регулисан слично као у САД, законом из 1990. ³¹⁴ (Mortgages Act R.S.O. ³¹⁵ с више измена до 2015. године ³¹⁶, скраћено МА. ³¹⁷ То је типична *common law* регулатива са специфичностима које проистичу из њеног историјата и близине САД. Онтарио ³¹⁸ је увео електронску регистрацију аката о непокретностима Законом о заштити закупца (*The Tenant Protection Act*), који је побољшан Законом о банкруту (*Bankruptcy Act*), чиме се олакшавају процеси. ³¹⁹

У Онтарију овлашћење на продају произлази или из уговора о моргицу или из одредаба Дела II МА. Ако нема изричитог овлашћења за продају у уговору о моргицу, моргиц поверилац мора да се ослони на одредбе прописане у Делу II МА. Те одредбе дозвољавају продају ако постоји кашњење у плаћању или пропусти у плаћању премија осигурања. Период откупа не сме бити мањи од 45 дана, у односу на 35 дана колико предвиђа Део III МА. За разлику од Дела III, моргиц рата мора бити неплаћена најмање три месеца пре него што се продаја може извршити. Моргиц поверилац не би смео да улази у аранжман продаје, пре него је обавеза плаћања дошла у стање неизвршавања најмање три месеца. ^{320, 321}

Обавештавају се моргиц дужник, његов супружник (има право на искуп) и закупци (интереси закупца имају предност над интересима моргиц повериоца). Интересантна је околност да је значајно уверљивија поузданост достављања. Јер, на пример, српски ЗХ предвиђа *систем експедиције а не уручења/достављања*. Исправка неисправног обавештења се врши по налогу суда. Моргиц поверилац који падне у проблем због уручења, дужан је да се обрати вишем суду да би му издао посебно одобрење, ако разлоге и акта повериоца види као оправдане. Чл. 42 МА забрањује моргиц повериоцу да предузима радње да би спровео моргиц без дозволе суда током периода који је предвиђен за плаћање (*Notice of Sale*). ³²²

³¹⁴ Вид. <http://law.justia.com/codes/louisiana/2006/123/123.html>.

³¹⁵ Вид. <http://law.justia.com/codes/louisiana/2011/cc/>.

³¹⁶ Вид. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5263&context=lalrev>.

³¹⁷ Вид. <https://www.ontario.ca/laws/statute/90m40>.

³¹⁸ Вид. <http://sr.wikipedia.org/sr/Онтарио> ВЕ. Подручја Онтарија и Квебека су у XVI и делу XVII века била под француском управом до британске победе на Абрахамовој заравни 1758. По оснивању конфедерације (1867), утврђена је граница Онтарија и Квебека. Након Другог светског рата, Онтарио је доживео јак економски раст и имиграцију.

³¹⁹ Вид. http://www.gowlings.com/resources/PublicationPDFs/Horodyski_Jackson_April08.pdf.

³²⁰ Вид. чл. 32 МА предвиђа да се не може издати обавештење о продаји све док неизвршавање обавеза не траје најмање 15 дана. То важи за опомене под било којим Делом II или III МА.

³²¹ Вид. чл. 31 МА набраја четири стране којима се мора посебно доставити обавештење о продаји.

³²² *Ibid.*

Чл. 22 МА захтева да моргиц поверилац мора обезбедити изјаву о дугу, с документацијом у вези са моргицом, обавештењу, те да све то положи суду на проверу.³²³

Ако је моргиц поверилац стипулисао одредбу (*power of sale*), судови у Онтарију предвиђају низ обавеза које је кумулативно дужан да спроведе моргиц поверилац. Евентуалан успех продаје значи посебан судски поступак ради исходавања налога за депосирање. Члан 27 МА успоставља редослед како се распоређује износ од продаје. Законом је предвиђено право моргиц дужника на откуп. Може га користити и пре покретања, до момента свршене продаје. Тад моргиц дужник не може тражити прихват износа мањег од пуног. Право на откуп по извршењу уређује чл. 23 МА.³²⁴

О посебном значају дужниковог ексклузивног овлашћења, односно права на откуп, најречитије говори случај *Logozzo V. Toronto-D.Bank*.³²⁵

Онтарио је први законодавни систем на свету који је усвојио систем регистрације земљишта „без папира“ и 1999. је увео онлајн систем регистрације.³²⁶

Права и дужности моргиц повериоца у продаји закупљеног стана уређене су Законом о закупцима и МА. Моргиц поверилац *улази у државину* моргиц непокретности преузимањем управљања, депосијом моргиц дужника. Суд ће размотрити околности о томе како је хипотекар преузео „држање“ (то јест преузео државину).³²⁷

Закуп престаје истеком фиксног периода уколико је фиксан период уговорен, за које време моргиц поверилац нема права на раскид, а ако то и учини, чл. 52 МА закупцу даје право да се обрати вишем суду ради судске заштите.

1.2.3.2. Квебек³²⁸ (хибридни изузетак)

Квебек (фр. *Québec*, енгл. *Quebec*) највећа је од десет покрајина у Канади. *Civil code of Quebec* (Грађански законик Квебека – ГЗК) је кодификација грађанског права канадске провинције Квебек³²⁹. Први законик *Civil code of lawer Canada*^{330, 331} настао је 1866. године. Много доцније, 1994. године, усвојен је *Civil code of Quebec*, да би амандмани уследили 1998. а новеле до 2016. године. Законик из 1994. године садржао је 3168 чланова, као један од најопширнијих законских текстова уопште. То је била његова велика мана па су, консеквентно, уследиле многе доцније измене и допуне. ГЗК се састоји од 10 књига.³³²

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Вид. *Re Mission Construction Ltd. and Seel Investments Ltd.* Одлука судије *Lieff* се често цитира.

³²⁵ Вид. *Logozzo v. Toronto-Dominion Bank.*

³²⁶ *Ibid.* Да би се извршила продаја имовине под моргицом у правосудном систему електронских регистрација, адвокату моргиц повериоца треба *Teraview softer* (укључујући личну безбедносну дискету) и *Teraview* налог. За разлику од праксе продаје у систему „папира“, у електронском, адвокат мора да се усагласи с *Teraview softverom*. Лична безбедносна дискета му је дигитална лична карта.

³²⁷ Вид. http://www.gowlings.com/resources/PublicationPDFs/Horodyski_Jackson_April08.pdf.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*

³³² *Ibid.* Француски освајач *Samuel de Samplejn* је освојио тај део Канаде и прогласио га Новом Француском. Упркос доцнијој превласти Британаца, француско право и уопште француско живље је и данас преовлађујуће.

У Књизи шест уређени су накнада штете и хипотека. Квебек³³³ је уз ГЗК усвојио и Законик о грађанском судском поступку (ЗГСПК).^{334, 335} Њиме су уређени грађанско процесно право,³³⁶ парнични и извршни поступак, медијација, арбитража и начин реализације хипотеке (у делу 4, чл. 800 и даље, у делу 3, чл. 991 и даље, рубрум: „Compulsory execution of judgments“).³³⁷

У вези са ЗГСПК требало би истаћи специфичности улога хипотекара, суда, судског извршитеља или надлежног ресора Владе Квебека. Према члану 800 поглавља 6, хипотекар који не може уручити ваљано обавештење о реализацији (идентитет власника непознат или непоуздан) мора добити овлашћење суда у форми одлуке да он уручи обавештење. Члан 801 каже да се захтев предаје окружном суду где је некретнина и одређује шта захтев мора да садржи. Објава обавештења о реализацији хипотеке путем медија врши се према чл. 802 (судско одобрење), у складу с чл. 139 ГЗСПК.³³⁸

Уколико су учињене повреде процедуре или постоје друге правне мањкавости, према члан 990, моргиц дужник има право да поднесе захтев суду за брисање регистроване хипотеке. Захтев мора бити писмен и дат под заклетвом у суду како би судија, пошто размотри захтев, одлучио о његовој основаности. Суд претходно позива све стране на саслушање. Ако постоје основи брисања хипотеке, суд принудно извршење суспендује.

Чл. 2645 ГЗК предвиђа да свако лице које се задужи може оптеретити сву своју имовину, и покретну и непокретну, и садашњу и будућу, сем оне која је изузета од извршења или имовине која је предмет поделе наслеђа. Дужник може уговорити с повериоцем да предмет хипотеке буде и тачно одређен. Дакле, квебечка хипотека има правну нарав генералне, а клаузулом може остварити и специјалитет. Чланом 2650 је утврђен редослед привилегованих намирења (претходна потраживања), фискалитета и тражбине општина и школских одбора пореза на имовину (чл. 2654, ст. 1). Члан 2660 прописује да хипотека, као стварно право на покретној или непокретној ствари, даје овлашћење хипотекару да је прати у *чије год руке* доспе (следовање); да је преузме ради наплате, да упише својину над њом, да је прода или се постара да се прода и да има приоритет у наплати из добијене цене, по рангу првенства. Према чл. 2661, хипотека је зависно право док обавеза чије испуњење она обезбеђује постоји (акцесорност). Члан 2662 се простира на целу имовину (недељивост). Према чл. 2663, хипотека се публикује (публицитет).³³⁹

Члан 2671 се протеже на вештачке и природне плодове хипотековане непокретности (екстензивност). Привилеговане морају бити регистроване. Хипотекар је реализује (по ЗГСПК-у (поглавље Ц-25.01) кад дужник падне у доцњу а потраживање је ликвидно и тада

Грађанска кодификација је настала под директним утицајем Наполеоновог *Code Civil* из 1804. године, уз примесе традиционалног права Шпаније и *common law*-а, то јест САД.

³³³ *Ibid.* Реч Квебек је преузета од домородаца – Алгокина, а значи место где се река сужава.

³³⁴ Вид. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>.

³³⁵ Вид. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/C-25>.

³³⁶ Вид. <http://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/article/view/6/25>; Р. Марковић, *Деволуција у УК*.

³³⁷ Вид. <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/encyclopedia/CivilCode-QuebecHistory>. W. Stewart Wallace, *Canada II*, након путовања у Квебек пише: „Ова територија је мала, да човек путујући кроз њу може да промени право, али то би значило као да је променио коња.“

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

може: преузети државину оптерећене некретнине да би управљао њом; преузети државину ради продаје под судском контролом (чл. 2748).

Хипотекар се може овластити да сâм прода непокретност само ако је реч о својини предузећа (чл. 2784). Ако сâм реализује такву хипотеку, мора је најавити *prior notice* државној канцеларији и уписати у *Book on Publication of Rights*.³⁴⁰

Ако не уредови враћање кредита, власник хипотековане непокретности може добровољно предати државину хипотекару или ће то бити учињено прунудно (чл. 2763). Тада хипотекар подноси захтев суду да испита валидност потраживања, разлоге одбијања мирне предаје, друге приговоре. Ако нађе да не постоје ваљани разлози одбијања добровољне предаје, суд доноси пресуду и њом одређује рок депосесије, начин, лице које ће је извршити и лице коме ће се хипотекована некретнина предати. Ако се спори поверење у хипотекара или умеће да управља или прода непокретност за коју је захтевао продају, суд му може наложити да достави акт којим јемчи за све оспорено и испуњење свих обавеза (чл. 2765).³⁴¹

Публицитет се остварује забележбом „сваког корака“ у поступцима уписа у јавне регистре. То чува поуздање искључујући позив на необавештеност, што је и разлог устројења књига публицитета *Book on Publication of Rights*.³⁴²

Све у вези са намирењем врши или суд или службеник суда или овлашћено лице из министарства правде.³⁴³ Императив регистрације и учешћа трећих независних лица протече се кроз целу реализацију хипотеке.^{344, 345, 346}

Члан 2791 уређује судску продају и каже: „Лице задужено за продају имовине мора бити независно у односу на све учеснике.“ Судска продаја се обавља по ЗГСП (поглавље Ц-25.01) и нормама *Titles III и IV of Book VIII*. Свака судска одлука о стварном праву, која треба да се региструје и објави у медијима, претходно се региструје³⁴⁷ у Регистру земљишта (*Land Registry Office*).³⁴⁸

Акт сертификације је посебан када нотар издаје тај акт – ограничава или брише права из регистра.³⁴⁹ Закључак о упису има изричну изјаву да се границе некретнина поклапају с границама парцела катастра.³⁵⁰ Ако се захтев за регистрацију предаје у виду писмена, конвертује се у електронски формат и тако шаље Канцеларији регистрације, *Attorney General*-у, а ако је хипотекована непокретност (и претходно потраживање) на име државе, онда се шаље и министарству правде.³⁵¹

³⁴⁰ Регистар, то јест књига објављених права.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Вид. чл. 2778 у вези са хипотеком и начином реализације.

³⁴³ Вид. чл. 2779.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Вид. чл. 2781.

³⁴⁶ Вид. чл. 2782.

³⁴⁷ Вид. чл. 2969.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Вид. чл. 2988 и даље.

³⁵⁰ Вид. чл. 2996 и даље.

³⁵¹ Вид. чл. 1260 и даље: *La Financière agricole du Québec Société d'habitation du Québec*.

Грађанско кодификовано материјално и процесно право мешавина је оба велика правна система с преовлађујућим установама континенталног права. Обазриво се преузимају институти англосаксонског права и приступа „праву из суседства“. Нема проблема у примени јер квебечко друштво веже континуитет „духа“ прошлости, то јест доминације европског типа права. О хибриду француског и енглеског права у Квебеку проф. *Mathieu Devinat* са Универзитета Sherbrooke пише: „Донета је грађанска кодификација налик на француску, уз део о трговачком праву.“ Кодекс Квебека садржи *case law*, дотадашње пресуде уврштене у Законик, па је ту и траст. Англосаксонски концепт је превладао у обликовању судске праксе, па се, за разлику од француског (класичан концепт колективних, једногласних, анонимних одлука), види у учесталости издвојених мишљења. Професор истиче: „Француске пресуде су кратке и утемељене на дедуктивном закључивању и закону, квебечке су дуге, утемељене на дискурзивном закључивању и великом броју извора ауторитета.“³⁵²

Грађански законик Квебека доказује да се могу задржати сопствена правна традиција, правни обичаји и култура а истовремено правилно и спроводљиво пресадити конкретан страни институт, а притом не изазивати конфузије, контроверзе, правне иритације или чак колапсе у правном поретку. Зато је Румунија најбољим делом преузела концепт, институте и интенције управо из – Грађанског законика Квебека.

Релевантност предметне кодификације по конкретно истраживање и рад јесте значајна, али води финалном закључку да ми не треба да тражимо „прекоокеанско решење“ него се треба бавити нашом традицијом, добрим наслеђем, кога несумњиво упркос свему има, уважавати наше менталитетне оквире и културне образце, али и „суседство“, уз акцептирање свих прихватљивих и разумљивих европских вредности, које су препознатљиве као стварне вредности, а не нечији интереси упаковани у ЕУ – *вредности*.

1.3. Комунитарно право

У склопу конкретне теме тек се наглашава да право Европске уније, комунитарно право, постоји и да се њему тежи, иако у сфери грађанског и стварног права њему недостаје оно најважније – унутрашња кохерентност.

Замишљана и креирана еврохипотека је као правна тежња „подбацила“ још 2014. године, те би се све svelo на једноставну константу да „право мешанац“ два велика правна система, са доминантним англо-америчким трансплантима. Уз мноштво парадокса, правних националних подељености унутар ЕУ, није то право имало прилику да упозна *творевину* каква је вансудска реализација хипотеке каква постоји код нас.

Преовлађујуће је становиште да развој права ЕУ почиње од 1950. године Шумановом декларацијом, а доцније ангажманом Жана Монеа.³⁵³

³⁵² Вид. Јан Торјанц, *Приказ летње школе Европског приватног права*, Салзбург 2016.

³⁵³ Вид. Војислав Станимировић, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, треће издање, Библиотека *Приручници*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, Шуманова декларација од 9. маја 1950. представља акт којим је министар спољних послова Француске Шуман предложио стварање заједничког органа који би координисао индустријску производњу Немачке и Француске. Шеф Шумановог кабинета и Жан Моне, који су радили на помирењу вечитих ривала и стварању јединствене заједнице европских народа, најзаслужнији су за ЕУ. 351 и даље.

Током више векова развоја европске интеграционе идеје српски народ се налазио под окупацијом Турске, делом Аустрије. Због политичке осујећености и ирелевантности, нас ова идеја, по природи ствари, није директно дотицала, ни као субјекте, носиоце овог идејног таласа, ни као објекте, планиране учеснике у интеграционом процесу о коме је сањано. У процесу ослобађања и стицања независности, дакле од XIX века, почели смо да се појављујемо у оба поменута својства.³⁵⁴

У европској правној теорији указује се да је од ступања на снагу Уговора о ЕУ (1. новембра 1993) неопходно разликовати и право ЕУ, које има изузетан значај у упоредном праву. Извори права ЕУ су сви правни акти, правне радње и неписани правни принципи који производе правна дејства у правном поретку ЕУ. Могућност судова да стварају право, иако прихваћена у свету *common law*-а, није била донедавно призната у грчко-романској правној традицији. Нема сумње, најважнији принципи права ЕУ не налазе се у међународним оснивачким уговорима, него у *праву случајева Европског суда* (општи правни принципи су примаран извор права).³⁵⁵

Тиме се посредно признаје пракса Европског суда правде за извор права ЕУ.³⁵⁶ Али у пракси се множе све већи и дубљи проблеми преко тзв. европског парадокса, због наума стварања јединственог правног система од 28 (27) битно различитих правних система. Бројне су разлике у националним правима чланица, нарочито *common law* (нпр. не познаје начело савесности и поштења у класичном смислу) и континенталног (нпр. не познаје траст).³⁵⁷ Процес се одвија кроз хармонизацију и унификацију права и води стварању заједничког комунитарног правног система.

Примарно европско право чине норме уговора европских држава којим су креирале регионалну заједницу ЕУ и организационе елементе, које играју улогу уставних норми.³⁵⁸ Секундарно европско право чине норме тела ЕУ: Већа, Комисије, Парламента. У погледу другог и трећег стуба ЕУ (заједничка спољна, безбедносна политика, полицијска, судска сарадња) не постоји секундарно право јер чланице нису пренеле овлашћења на тела ЕУ да правно уређују та питања да би непосредно деловала на грађане ЕУ, већ мора бити преточено у национално. То чине уредбе, смернице, одлуке, ставови (*recommendations*), мишљења (*opinions*) и резолуције тела ЕУ, који начелно нису правно обавезујући.³⁵⁹

³⁵⁴ Вид. Д. Кошуткић, Б. Ракић, Б. Милисављевић, *Европска интеграција и ми, Увод у право европских интеграција*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд 2015, Потпуно је природно то што је, због постојања САД, у терминологију у вези са европском интеграционом идејом, која је безмало два века старија од открића Америке (ако се, како се то најчешће чини, за први пројекат интегрисања народа Европе сматра пројекат из дела П. Дибоа *De Recuperatione Terre Sancte*, 1306), уведен израз Сједињене Европске Државе (СЕД). 75 и даље:

³⁵⁵ Кодификација: јединствено уређење једне правне области на територији државе или њеног дела. Унификација: јединствено уређење једне правне области на територији више земаља. Хармонизација: усклађивање националних права с гранама права или појединих института у ЕУ. *Ibid.*

³⁵⁶ Вид. Будимир Кошуткић, *Увод у велике правне системе данашњице*, друго издање, Библиотека *Уибеници*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 219 и даље.

³⁵⁷ Вид. М. Лазић, И. Симоновић, М. Цветковић, *Основе грађанског права ЕУ*; и Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Увод у грађанско право (Грађанско право ЕУ)*. Ниш 2008.

³⁵⁸ Класична подела грађанског права на општи део, стварно, облигационо, породично и наследно право замењена је функционалном (секторска подела). Унификација/хармонизација је секторска: право потрошача, медицинско право, право осигурања, право средстава обезбеђења... *Ibid.*

³⁵⁹ За хармонизацију права ЕУ значајне су препоруке ЕК у форми Зелених и Белих књига. Акт којим се позива на јавну расправу о одређеној теми је Зелена књига, а Бела има конкретне предлоге. *Ibid.*

Најзначајнији пројекти уједначавања права су: Принципи европског уговорног права³⁶⁰ (PECL), Европски законик о уговорима (Гандолфијев), Авант пројект (*Code européen des contrats*), Европски грађански законик (*European civil code*), Тренто пројекат (*Common Core of European Private law Project – Заједничко језгро приватног права*), EULIS (пројекат јединственог европског регистра), Еврохипотека (пројекат јединственог неакцесорног реалног средства обезбеђења). ЕУ усваја мере за судску сарадњу у грађанским стварима, као услов стварања јединственог судског простора (Уредба бр. 44/2001 од 22. децембра 2000).³⁶¹

Одлуке ЕСЉП у Стразбуру и Суда правде у Луксембургу, иако не могу непосредно применити одредбу закона и укинути националну судску одлуку, у пракси су обавезне, а држава која крши конвенцију или протокол дужна је да обезбеди корективне мере.³⁶² (Будући да је ЕКЉП укључена у наш правни поредак, централни је инструмент за заштиту људских права.) Уставни суд штити људска права, укључујући и прецедентно право створено праксом ЕСЉП. Стога ЕСЉП доприноси развоју заштите људских права и код Уставног суда.^{363, 364}

Уочене су разлике у дефинисању и тумачењу правних појмова, института. Циљ је приближавање европскоконтиненталног правног система англосаксонском јер су Принципи европског уговорног права одраз најбољих решења оба права.^{365, 366, 367} Зато ваља сагледати и право ЕУ у сфери мешања *civil* и *common law*-а и чињеницу да безмало ниједна држава ЕУ³⁶⁸ није прихватила вансудску реализацију хипотеке. Несумњиво постоје озбиљни разлози за такву одлуку ЕУ и њених чланица. У Европи већ постоје, начелно, бар три велика и различита

³⁶⁰ Принципи европског уговорног права су резултат рада Комисије за европско уговорно право (*Commission on European Contract Law*), састављене од истакнутих правних стручњака чланица ЕУ, којом је руководио дански професор права Оле Ландо. Принципи су познати и као Оле-Ландо/Ландо начела. Представљају најнапреднији и интернационално најприхваћенији пројекат хармонизације. *Ibid.*

³⁶¹ Вид. Маја Станивуковић, *Водич кроз право ЕУ*. Уредба о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима (ЕС 2001/44),, ИМПП, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Сл. гласник, Београд 2009, 123 и даље. Непосредна сврха Уредбе је унификација норми међународног приватног права чланица око судске надлежности у грађанским стварима и да се убрза и поједностави узајамно признање и извршење судских одлука чланица.

³⁶² *Ibid.* Европски суд за људска права је међународни суд са седиштем у Стразбуру. Број судија је једнак броју чланица СЕ које су ратификовале ЕК. Судије делују самостално и не представљају ниједну земљу.

³⁶³ Вид. Љубица Ђорђевић, *Утицај пресуда Европског суда за људска права на праксу Уставног суда Србије, Правни живот* 524, 14/2008, 31–47.

³⁶⁴ *Ibid.* Модел-правила, суштински, обављају функцију општих правних норми, која, будући без правне санкције, чине „меко“ право ЕУ – Принципи европског уговорног права. Нацрт Заједничког појмовног оквира (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) из 2008. резултат је рада *Acqui-Group* и Студијске групе за израду Европског грађанског законика којима је ЕК поверила да створи кохерентније европско уговорно право (*Common Frame of Reference*, 2004), да направи општа правна начела и дефиниције појмова права и модел-правила, што садржи Нацрт заједничког појмовног оквира. Принципи европског уговорног права – UNIDROIT изражавају суштинске вредности ЕУ.

³⁶⁵ *Ibid.* Начело *pacta sunt servanda* никад није важило без изузетака; одступа се из оправданих разлога већ у националним правним порецима чланица. На нивоу ЕУ, важење начела се ограничава правом на одустанак од уговора (право покајања). Пандан начелу савесности и поштења је принцип „оправданог очекивања“. Транспарентност је доступност информација, а национално ограничење те доступности неспојиво је са четири основне слободе. Непопштена одредба не обавезује, али остатак уговора важи ако се може одржати без ње (институт делимичне ништавости – *Utile per inutile non vitiatur*, корисно се не квари штетним). Директива спречава професионалне трговце да се користе триковима, предвиђа да се уговорне одредбе у случају сумње тумаче у корист потрошача (*contra proferentem*) право на популарну тужбу против оних који користе *непоштене одредбе*.

³⁶⁷ Истини за вољу, слично еврохипотеци, данас је бар добро упитан и сам опстанак ЕУ као такве.

³⁶⁸ Република Чешка је Грађанским закоником 2014. предвидела вансудску реализацију хипотеке.

система права: романски, германски и скандинавски/нордијски тип и ако се увезу с 28 различитих правних поредака земаља чланица, па са англосаксонским типом, то више није само европски већ *опити* парадокс. *Бентомов осврт* институционалног интегрисања европског континента, из 1789. године, где се објашњава тадашња бит проблема ЕУ: „Ако се пође од тога да ће потпуна сагласност Велике Британије и Француске бити постигнута, главна тешкоћа плана опште, трајне пацификације и интегрисања целе Европе биће отклоњене.“³⁶⁹

А у међувремену се десио и тзв. брегзит (*Brexit*).

У светлу иступања Велике Британије из ЕУ, као земље утемељивача *common law*, која је транспоновала то право, првенствено у САД, онда се заиста поставља елементарно смислено питање: чему увоз англосаксонских института, кад Велика Британија више није део Европске уније³⁷⁰ и чему мешање два битно супротстављена правна система?

Отуд питање, чему одржавање вансудске реализације хипотеке кад није заступљена у праву ЕУ, али у земљама ЕУ, ни у другим англосаксонским земљама ЕУ, сем Републике Ирске. Не можемо негирати чињеницу да ЕУ правно најразличитије делује на наше правне не/прилике, нарочито преко прецедената ЕСЉП и одређених стандарда, што није занемарљиво, док у преосталим сегментима то право по нама све више и слојевитије „бледи“ и нема озбиљнију перспективу.

1.4. Кинеско право

Кинеско право је хиљадама година било мистично и обиловало метафизиком, али је крајем XX и почетком XXI века Кина изградила савремен правни систем путем разних мера. Те мере су Кини омогућиле да крене путем изградње савременог правног система у којем најважнију улогу има модерно писано право. Данас се кинеско право све више доживљава као систем у којем су успешно спојени филозофски холизам и искуство провереног прагматизма, односно традиционални елементи, са најновнијим, светски потврђеним стандардима правног регулисања.^{371, 372, 373}

Јапанска цивилизација је настала после кинеске.³⁷⁴ Јапанци су доносили законике, у ствари преузимали, односно имитирали кинеске законике. Доцније су реципирали западно право, али „одлучност којом су приступили рецепцији западног права и реалан домашај те

³⁶⁹ Вид. Кошутић, Ракић, Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, 47.

³⁷⁰ Забрињава изјава актуелног америчког председника Џозефа Бајдена на самиту Г 7 у јуну 2021, која дословно гласи: „Европска унија представља кичму НАТО-а.“ Без дилеме ово јесте огледало истине и она друга скривана страна медаље *европских вредности*, пошто ЕУ и јесте амерички производ и јесте америчка полуа прекоокеанске моћи, али ово је некако исувише огољено. Како један војни савез може бити кичма ЕУ? То је најискренија изјава једног америчког председника после завршетка Другог светског рата до данас.

³⁷¹ *Ibid.* Кинеска цивилизација и држава потичу из најстаријих времена. Тешко се може спорити да та цивилизација није дуго била напреднија и надмоћнија од других великих светских цивилизација. Штавише, била је равна европској и у времену између предмодерног и модерног доба.

³⁷² Европа тога раздобља, око 1500. године, није имала наглашене предности у односу на Мингову Кину. Вид. Кошутић, *Увод у велике правне системе данашњице*, 256 и даље.

³⁷³ Одређене разлике у поимању права постоје и у савременој Кини и Јапану. Те разлике су више израз идеолошких усмерења него одређења у домену правне технике. *Ibid.*, 257, 272 и даље.

³⁷⁴ Први писани помен о Јапану дат је у кинеској књизи *Хроника прве династије Хан*, која је редигована у I веку наше ере. Кинези су означавали Јапан речју ВА, земља варвара. *Ibid.*, 281.

рецепције нису и данас у пуном складу“. Савремено јапанско право је спој европског, англоамеричког и јапанског права. Треба истаћи да се од европског и америчког разликује у области извршења. У Јапану се тежи решавању спора ван суда у процесима мирења, чија је сврха да се очувају част и достојанство сваког.³⁷⁵

То у Јапану промовише и реализовање моргица, односно хипотеке без суда, али правни и општи амбијент препознаје висок степен дисциплине и изразит осећај одговорности, неупоредив с нашим.

1.5. Индијско-бурманско или хинду право

То право се заснива на учењима Индије, земаља југоисточне Азије и појединих земаља Африке, тако да је и данас област личних и породичних односа утемељена на строгом кастинском систему, према коме припадници сваке касте треба да се владају. За разлику од савременог кинеског правног система, који је показао изразиту способност за прилагођавање, индијско-брамански правни систем још није достигао ону критичну тачку преовлађујуће правне свести која треба да омогући убрзан развој и стварање савременог хиндуистички надахнутог права. Хиндуистичко право, за разлику од јеврејског и исламског, није од Бога објављено право Индусима. Савремено хиндуистичко право је модерно, лаичко право које има много посебности. У савременом хиндуистичком праву се осећа утицај и англоамеричког и европског права, као и традиционалног хиндуистичког права. Могло би се тврдити да савремено индијско право припада породици *common law*, што није неосновано кад се има на уму многострук утицај енглеског и америчког права.³⁷⁶ То ствара антагонизме, али и упућује на заступљеност реализације моргица, односно хипотеке мимо суда.

1.6. Јеврејско и мухамеданско – шеријатско право

Та права су изворно утемељена на иманентним религијским учењима у теорији и пракси. Она су међусобно блиска и сродна права, семитског порекла, јер оба полазе од теистичког, монотеистичког погледа на божанство и свет. У њима се наглашава разлика између бога и човека. У јеврејском и мухамеданском систему су религија, право и морал нераздвојно повезани. И јеврејска и мухамеданска теологија и јуриспруденција до данас су се задржале у готово несмањеној мери. Ипак, и та права у све већој мери усвајају правне институције развијеног Запада, упркос великим отпорима. Након Француске револуције 1789. године почео је процес политичке еманципације Јевреја.^{377, 378}

³⁷⁵ *Ibid.*, 292.

³⁷⁶ Устав је утемељен на филозофији људских права, дарма је филозофија дужности. *Ibid.*, 321.

³⁷⁷ Вид. Симон Дубинов, *Кратка историја јеврејског народа*, (Гамс, А. J. Pressburger, С.), Београд 1982.

³⁷⁸ У јеврејству се јавила дихотомија између верника и световних Јевреја, која је сада изражена у Израелу. Израђено је више зборника решења за сличне случајеве, која могу бити различита, али свако има упориште у Тори, Талмуду или другом зборнику права. *Ibid.*, 334–352.

Израел, као прворазредна америчка државна творевина, махом је преузео америчко, то јест англосаксонско право. То упућује на постојање и могућности вансудског реализовања моргица као – америчког правног института.

■

Треба нагласити да претходно наведени „остали велики правни системи“ нису били предмет детаљнијег истраживања, будући да се не тичу теме, али их је ваљало „евидентирати“ јер је вансудска реализација наше хипотеке преузета као процесни механизам неспорно из англосаксонског права, конкретније америчког, тј. права САД, који механизам је инхерентан установи моргица, опет из тог великог правног система, па се зато та два велика система све време примарно кроз истраживање преиспитују, упоређују и извлаче одговарајући закључци.

2. Основне разлике *Civil Law* и *Common Law* система

Основни проблеми вансудске реализације хипотеке су структурне разлике хипотеке и моргица у битним разликама, с једне стране, англо-америчког и европскоконтиненталног правног система и правних поредака, с друге стране. Те разлике су – мериторне.

2.1. Право својине

Претходно смо увидели значај јасно дефинисаног права својине у које се право хипотеке „укорењује“ и које је најуже везано управо за право својине. Кадгод су настајали историјски вакууми или деформације и нејасноће, права својине хипотека и друга стварноправна средства обезбеђења потраживања губила су упориште. Овде, пак, имамо изокренут случај разумевања и концепта и врста права својине у англо-америчком праву, што се неминовно одражава на стварноправна схватања и концепте инструмената стварног обезбеђења потраживања. Зато је, „идући тим путем“, наш законодавац отишао у беспуће. Дакле, оно што би елементарно морало бити јасно када је о хипотеци реч то је право својине.

Концепт „подељене својине“ у англосаксонском праву погрешно асоцира на сусвојину у европскоконтиненталном праву. Упркос томе што се у оба случаја ради о ситуацији да више лица врше својинска овлашћења, њихов правни положај је различит. Сусвојина у европскоконтиненталном праву подразумева да више лица заједно врше право својине, то јест сваком сувласнику припада целина својинских овлашћења, али у одговарајућој сразмери. Подељена својина англосаксонског права значи поделу својинских овлашћења између више титулара према њиховој садржини, а не према обиму.³⁷⁹

Својина је најспецифичнији део англосаксонског права.³⁸⁰ То се нарочито односи на својину на непокретностима, где не постоји еквивалент континенталне потпуне својине (попут

³⁷⁹ Вид. Атила Дудаш, О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса права својине у праву Србије, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 48, 1/2014, 211.

³⁸⁰ Вид. Аврамовић, Станимировић, *Упоредна правна традиција*, „...погрешно се преводе термини из континенталног права који изгледају као еквивалентни (нпр. *real property* – није потпуни и ваљан еквивалент за нашу својину на непокретностима...“). 227 и даље.

римске *plena in re potestas*) и зато је континенталним правницима веома необичан и тешко схватљив. А, опет, право на земљи и непокретностима чини срж англосаксонског права и оно даје основно обележје њеним свим другим специфичностима. Боље рећи, *Common law* нема превасходно у виду право својине на земљи него компликованији концепт *својине права на земљу* (дакле, реч је о „праву на праву“).³⁸¹

Осим различитих типова држања (*tenure*), врсту својине на непокретностима одређује још један појам, *estate*, којим се такође дефинишу различити својински елементи, а пре свега обим овлашћења и дужина трајања права. Према том критеријуму, разликују се три основна типа својине.³⁸²

Fee simple представља најшире право својине на земљи, временски неограничено, отуђиво и наследно, најближе континенталном појму својине. *Fee tail* је доживотно уживање, неотуђиво *inter vivos* и *mortis causa*, али ипак наследиво. Притом држалац не може утицати тестаментом на промену наследника. *Life estate* је неотуђиво, временски ограничено доживотно право држања, које се везује за трајање живота самог титулара или неког другог лица (нпр. док му је мајка жива). После смрти титулара или лица за које је условљено, то право престаје, а непокретност се враћа ономе ко ју је дао титулару у државину. Зато неки писци то зову повратно „држање“.³⁸³

Заиста нема уочљивије разлике у правним схватањима као и у правним елементарним појмовима него што је то случај са „стварним правом“ у земљама англосаксонског правног круга, а наспрам те гране права у – земљама европскоконтиненталне породице права.

Појам и уопште разумевање „права својине – подељене својине“ и из ње изведених института, скупа са стварноправним инструментима обезбеђења потраживања, јесте експлицитан. Зато се не треба чудити зашто је створена правна хаотичност, када у корену основног стварног права, то јест права својине из којег се *извлаче* сва друга стварна права, постоји таква нејасност и дискрепанца. То је изазвало дезоријентације, конфузије у доктрини, у правној пракси тако „схваћеног“ стварноправног института и изведеног на такав англосаксонски начин у земље континенталног круга. Карактеристика је англоамеричког права у томе што пренос својине наступа или простом предајом ствари или простим уговором.³⁸⁴

У романско-германско-словенској породици права примењује се римско правило *iustus titulus* и *modus acquirendi*. Дакле, није довољно закључење уговора већ и предаја. Штавише, немачко право има правило да је предаја засебан реалан уговор. У англоамеричком праву тога нема.³⁸⁵

Енглески концепт својине формиран је под утицајем феудалног права, по којем је краљ једини законити титулар права својине на земљи (врховни сопственик), док су сви остали држаоци (*tenants*) с различитим обимом и садржајем овлашћења. На истој земљи може бити

³⁸¹ *Ibid.* 227

³⁸² *Ibid.* 228

³⁸³ *Ibid.* 228

³⁸⁴ Вид. М. Петровић, М. Прица, *Увод у велике правне системе*, Ниш 2011, Рецимо, ако се два лица споразумеју о продаји куће, само закључење уговора значи да је пренето право својине. Ако ствари нису одређене, оне се морају издвојити и у трену издвајања долази до преноса својине. 78 и даље.

³⁸⁵ *Ibid.* 79

истовремено више титулара. У *common law* се не говори о власништву земље већ о *власништву права* на њу.³⁸⁶

Дакле, у англосаксонском правном систему својина се схвата као подељено право. Више лица истовремено може имати право својине разних врста и степена на једној истој ствари. (?!) Такви подељени имаоци права својине подељени су у стварности по „снази такве својине“ која је недефинисана њеном врстом – јача. Од „количине интереса“ зависи „колико својине“ имаш. То је европском праву једноставно непојмљиво. Зато практично и нема ограничених стварних права већ се она посматрају као врста својине.

Земље континенталног права, полазећи од римског концепта – *plena in re potestas* (потпуна власт на ствари), схватају својину као најсеобухватније право које може имати једно лице. Титулар права својине има искључиво и безмало апсолутно право коришћења, уживања и располагања. Остала стварна права су само деривати својине и дају титулару само део овлашћења која припадају власнику (стварна права на туђим стварима или *iura in re aliena*).³⁸⁷

Као таква, својина је централни појам стварног права и представља једну недељиву целину, односно немогуће је да две или више особа има одвојено право својине на истој ствари. Наравно, два или више лица могу, неподељено, имати удео у својини на једној ствари. Тада је реч о сусвојини.³⁸⁸

Англосаксонска подељена својина је збуњујућа за правнике континенталног правног типа, подстиче погрешну асоцијацију на сусвојину. У сусвојини сваком сувласнику припада целина овлашћења (коришћење, плодуюживање, располагање...), али у одређеном проценту. Дакле, и у сусвојини постоји подела својинског права, али не према садржини овлашћења, већ према обиму овлашћења.³⁸⁹

Подела овлашћења према њиховој садржини (*употреба, уживање и располагање*), у смислу да више лица има различита својинска права, није у складу са својинским концептом континенталног правног система, који за основу има римски *dominium*, као искључиво право једног лица. У англосаксонском правном систему све је обрнуто. Својинска овлашћења су подељена према њиховој садржини, тако да више лица може имати различита својинска права (нпр. кад једно лице има право уживања оно је власник користи – *beneficiary owner*).³⁹⁰

У енглеском језику *title* у буквалном преводу значи правни основ. Али, због апстрактности енглеске својине (својина не представља конкретно стварно право), *title* у енглеској терминологији значи својинско право. Пошто је право својине „темељ“ стварног права, то је једнако покушају да се „на погрешним темељима проба направити стабилна кућа“, што је немогуће.³⁹¹

Кад се покуша разумети англосаксонско право својине, нема дилеме да се својином назива и што није и што донекле јесте, или што може бити „држање“, неки *sui generis* закуп,

³⁸⁶ *Ibid.* 81

³⁸⁷ *Ibid.* 81

³⁸⁸ *Ibid.* 82

³⁸⁹ Вид. Срђан Владетић, *Основи траста англосаксонског права*, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 2011. <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z58/08z58.pdf>

³⁹⁰ *Ibid.* 114 и даље

³⁹¹ *Ibid.* 115

овлашћење да се нешто користи/држи, економски ужива, али нигде нема еквиваленције појмова права својине, да бисмо бар приближили правна схватања. *Equitable title* означава економску својину (својину уживања), односно својину коју признаје *equity law – equitable (beneficiary) ownership*, а титулар те својине назива се власник користи (економски власник), *beneficiary (equitable) owner*.³⁹²

То је још неразумљивије код *преноса права својине*. Англосаксонско право настоји да избегне везивање практичних ефеката за апстрактне категорије као што је пренос својине и предвиђа решења која су заснована на материјалним радњама и доказима. Међутим, проблем може да настане због тога што термин „својина“ има различита значења, од најширег интереса, који је близак појму права својине континенталног права, до ужих (делимичних) интереса који би одговарали секторским или изведеним правима римске традиције. У вези с тим, може се поставити питање разграничења продаје од других уговора, односно шта продавац заправо преноси – основ, право својине или неке различите интересе?³⁹³

Судска пракса и закони садрже бројна правила о начину преноса својине на појединим стварима. Теорија, законодавство и пракса решавају тај проблем диференцирајући различите врсте уговора, који не одговарају типологији уговора европског права. Начини преноса својине у англосаксонском праву варирају зависно од врсте ствари.³⁹⁴

Тако, стварном преносу земље путем продаје безмало увек претходи не само уговор већ и испитивање правног основа претходника. Када је реч о преносу својине на основу сагласности воља, могуће је уочити неколико принципа.³⁹⁵

Прво, прави се разлика између преноса који делује само између странака и преноса који делује према свима. По правилу, за први пренос довољна је *намера* странака да ће својина прећи; док се за други траже и додатни услови, као што су испорука, потпис докумената или обавештење трећих. *Друго*, пренос који делује између уговорних страна обавезује и повериоце преносиоца, с тим што су некад у могућности да пониште пренос који је учињен са циљем њиховог изигравања. *Треће*, преноси учињени без накнаде обично не делују између уговорних страна, ако нису учињени на начин да могу да делују према трећим лицима.³⁹⁶

Својина на одређеним добрима прелази са следбеника на прибавиоца „својине“ само онда када странке намеравају да је пренесу. Ствари ће врло често постати својина купца, иако су остале у поседу продавца. Међутим, проблем је у томе што се под изразом „својина“ подразумевају различити интереси: од најширег, који се често означава са „ownership“, до ужих и делимичних интереса, који би одговарали континенталном појму секторских или изведених права. У теорији се сматра да је битно да се преноси пун или цео интерес с продавца на купца, без обзира на то шта се под тим подразумева. Некад продавац нема својину и право располагања добрима, а купац ипак стиче својину на тим добрима. У том случају продавац не преноси својину већ добар основ (*good title*).^{397 398}

³⁹² *Ibid.* 116 и даље

³⁹³ *Ibid.* 116

³⁹⁴ *Ibid.* 117 и даље

³⁹⁵ *Ibid.* 118 и даље

³⁹⁶ *Ibid.* 119 и даље

³⁹⁷ *Ibid.* 120

³⁹⁸ *Ibid.* 121 и даље

Тако, се актуелизује проблем шта продавац заправо преноси: основ (*title*), право својине (*ownership*), својину преко различитих интереса (*property*) или можда нешто друго? Поменуће дилеме делимично нестају разграничењем уговора о продаји у односу на друге уговоре. Уговор о продаји се разликује од уговора који преноси државину, где спада изнајмљивање или рентирање добара.³⁹⁹

Такође, треба правити разлику и у односу на уговор о залози, којим се добра преносе у својину као средства обезбеђења. Може се правити разлика и у односу на уговоре у којима ће купац стећи својину ако исплати све рате, а дотле својина припада продавцу. Такве „условне продаје“ регулисане су законодавством. Америчко право разликује „продају“ (*sale*) која сама по себи преноси својину и „будућу продају“ (*contract to sell*), где се својина преноси с продавца на купца у неком тренутку у будућности. Из тога произлази да својина у англосаксонском праву прелази на основу сагласности воља (уговора) уговорача, али се начелно не тражи предаја или испорука ствари. То је свакако супротно класичној римској концепцији, која, осим уговора, тражи и предају ствари за потпун пренос својине.⁴⁰⁰

Али, англосаксонско право познаје продају (*sale*) стварноправног дејства и споразум о продаји („*agreement to sell*“) или „будућој продаји“, као уговор који има искључиво облигационоправна дејства.⁴⁰¹

Ипак „споразум о продаји“ ће постати продаја у правом смислу речи тек када се својина пренесе на купца, а то ће бити протеклом одређеног рока или испуњењем одређеног услова. То разликовање има дубље корене у традицији *common law*-а, које познаје „чист уговор“ (*executory contract of sale*) којим се стичу облигациона права и уговор са стварноправним дејством (*executed contract of sale*) који омогућава пренос својине и других стварних права. С друге стране, продавац који је пренео својину на купца није се лишио права на државину, купац није ушао у посед ствари. Купац стиче право на државину тек исплатом цене. Испорука и плаћање цене су конкурентни услови. Готово идентична решења прихваћена су и у америчком праву.⁴⁰²

Постоји и пример привидне својине (*estoppel*) када власник ствара утисак да је својину пренео на друго лице. Трећа савесна лица ће стећи својину од привидног власника. Право својине у англосаксонском праву се преноси на основу сагласности воља уговорних страна, али да би такав пренос имао дејство према трећим, тражи се и додатни услов: испорука, потпис докумената или обавештавање. Тако, разликујемо пренос својине који има дејства само између уговорних страна и пренос са дејством према трећим лицима.⁴⁰³

Могуће је разликовати „продају“ (*sale*) са стварноправним дејством и „споразум о продаји“ (*agreement to sell*) или будућу продају која има само облигационоправно дејство.⁴⁰⁴

³⁹⁹ *Ibid.* 121

⁴⁰⁰ *Ibid.* 122 и даље

⁴⁰¹ *Ibid.* 123

⁴⁰² *Ibid.* 124 и даље

⁴⁰³ *Ibid.* 125

⁴⁰⁴ Вид. Рајко Јелић, *Пренос права својине у англосаксонском праву*, 2006, <http://www.ius.bg.ac.rs /Naucni/Razvoj%20pravnog%20sistema%202006/17%20-%20Projekat%202006-11.pdf>. 410 и даље

Власник или држалац има тзв. *estate* или *interest* у предмету својине, што би се отприлике могло упоредити са стварним правима. То се дефинише према више парцијалних аспеката, а дефиниције су равноправне, што значи да се могу јављати у комбинацијама.⁴⁰⁵

Разликује се (власништво) по обиму „контроле“ над предметом, трајањем, физичким границама и начину на који се држи власништво (нпр. самостално или делимично власништво). Као власник некретнине, власник је овлашћен на *тихо уживање* (*silent enjoyment*), што обухвата право на посед и на искључење других од прелажења преко поседа.⁴⁰⁶

Англоамеричко право познаје обавезу писмене форме за све трансакције права на земљишту, при чему сад већ и електронски потпис испуњава тај захтев форме. У осталом је продаја закључена кад се преда власнички наслов (*deed*). Та исправа и прелазак власништва региструје се код јавне службе (*register of deeds*), што се најпре може упоредити с француским моделом или системом тапија. Али, тај регистар има само функцију публицитета и нема обавезујући карактер.⁴⁰⁷

У земљама са англосаксонском правном традицијом, разликујемо *title registration* и *deed registration* – системе регистрације у Сједињеним Америчким Државама, Торенсов систем као и *Land Registry* Енглеске и Велса, као специфичну врсту *title registration* инспирисану Торенсовим системом.⁴⁰⁸

У ранијем периоду адвокати су истраживали историју власништва. Тада су закључивани *title insurances*, за које, по природи ствари, осигуравајуће друштво проводи адекватне провере и одговара кад резултати не одговарају чињеницама.⁴⁰⁹

У англоамеричком праву државина нема смисао фактичког односа на ствари као у нашем праву. У време рецепције римског права *common law* је већ деловао 400 година и доследно том се надовезао на институте који су већ били развијени. Битне разлике се базирају на различитом историјском развоју англоамеричких правних уређења у односу на европскоконтинентална и рана раздвајања тих двеју правних школа.⁴¹⁰

Сводимо оно што је минимално потребно за ову тему заокружујући „својину“ конструисану у англоамеричком праву, оно што она јесте, а шта није, какве титуларе има, којих врста, с каквим ограничењима, са колико „дозе интереса“ се својина преноси (колико остаје и коме), да ли је ту „чист уговор“ или не, да ли има облигациона или стварноправна дејства, кад је условна, а кад није условна, те кад је потпуна, односно када је само формално регистрована – тешко је извући апсолутно „чист закључак“.

⁴⁰⁵ *Ibid.* Једнообразни закон о купопродаји из 1906. године заправо је копија његовог енглеског претходника... преношењем својине продавац губи а купац стиче својинске тужбе које имају дејства и у односу на продавца тако уз извесно одступање и према трећим лицима. 411

⁴⁰⁶ *Ibid.* 412 и даље

⁴⁰⁷ *Ibid.* 413 и даље

⁴⁰⁸ Вид. Милош Живковић, *Право регистра непокретности (Општи део)*, Библиотека *Монографије*, Центар за издаваштво Правног факултета у Београду, Београд 2020, 32 и даље.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Вид. Томас Мајер, *Структурне разлике између англосаксонског и европског континенталног права својине* (Томас Меуер, *The spirit of change reflections on civil law reform*), Библиотека *Уџбеници*, Издавачки центар Правног факултета у Београду, Београд 2009, 242.

Приметно „подељена својина“ је тек почетак неразумевања. Јер, кад се сагледају пренос и стицање и систематично, макар мало озбиљније, зађе у „количину интереса и услова“, можемо повући *танку* црту да англоамерички концепт права својине негира наслеђе римског права (*plena in re potestas*), то јест најсвеобухватније право, па ни „у корену“ нема појам права својине европскоконтиненталног типа.

Тиме је потврђена првостављена хипотеза да се код „заложног права“ (шта год значило) преноси „једна дефинитивно нејасна“ својина (формално регистрована као својина моргиц повериоца) под условом да обезбеди враћање зајма, односно кредита. Наликовала би фидуцији, али не би се с њом могла поистоветити јер се код фидуције бар тачно зна шта је право својине.

Из „несхватљиве својине“ изведен је дериват моргица, из „незаложног права“ изведен је његов *modus operandi*, процесноправни механизам како се реализује, *ius distrahendi*, овлашћење моргиц повериоца да с „довољном количином својинског интереса“ може продати „одзаложену ствар“ мимо суда, то јест вансудским путем, у своје име, јер је власник. Пресумира се да је моргиц поверилац „довољан власник“ јер има довољну власт да у *своје име* „ствар“ или прода или пак понајпре „присвоји“ објект моргица.

2.2. Уговорно право

За тему овог рада, у сфери указивања на релевантне разлике два велика правна система, важно место има и уговор јер се њиме најчешће „ствара“ потраживање, као што се понајпре њиме потраживање обезбеђује. Њиме се углавном и стипулише клаузула вансудске реализације хипотеке, односно моргица.

Англоамеричко уговорно право је специфично у поређењу с пандектним системом. Пандектни систем је створен у Немачкој – пирамида појмова која почиње од правног посла. Та пандектна пирамида предвиђа и облигацију као општи правни појам. Наша наука је преузела идеју пандектног права. Пандектни систем у англоамеричком праву не постоји. Англоамеричко право не познаје ни облигацију. У англоамеричком праву важи подела облигација из римског права на контракте, квазиконтракте, квазиделикте и деликте. У Енглеској се деликти означавају као *torts*.⁴¹¹

У енглеском праву понуда не обавезује па је понудилац може опозвати кад год хоће до тренутка прихватања. Понуда обавезује тек од тренутка прихвата. Али, у том тренутку уговор је већ закључен. Оно што уистину обавезује јесте уговор, а не понуда сама за себе. У прилог англосаксонском становишту је правило о опозивости понуде, које онемогућава понуђеном да извлачи предности из стања на тржишту. Ако би се прихватило супротно начело о неопозивости понуде, понуђени би у року док понуда обавезује понудиоце могао да шпекулише. Ако је понуда неопозива, кажу присталице њене опозивости, понудилац и понуђени нису у равноправном положају јер је понудилац везан понудом, а понуђени није.

⁴¹¹ Вид. Петровић, Прица, *Увод у велике правне системе*, 78 и даље.

Стога се једнакост страна код понуде може успоставити само ако се уведе правило о опозивости.⁴¹²

Реч *consideration* (глагол *consider*) значи: 1. разматрање, 2. узимање у обзир, 3. разлог, 4. награда, цена и 5. (ретко) важност. У том следу, као што је видљиво, не обавезује обећање као такво, него обавезу ствара *consideration* као разлог због којег изјавилац даје обећање. Стога је у америчком праву прихваћено опште правило о опозивости понуде. Истина, с малим бројем изузетака.⁴¹³

Promissory estoppel је можда и најзначајније одступање од правила *common law*-а о опозивости понуде и о потреби да се за свако обећање пружи *consideration*. Реч је о начелу да обећавалац не може опозвати своје обећање ако је друга страна, којој је обећање било упућено, *ослањајући се на њега*, предузела неко чињење или трпљење.⁴¹⁴

То је тло за „мућке“. У Енглеској су јавно и приватно право измешана. То је битна разлика између англоамеричког правног система и права других правних породица. Поставља се питање шта ће се десити ако су једне клаузуле уговора дозвољене а друге су недозвољене.⁴¹⁵ Тада се примењује правило „плаве оловке“. Наиме, судија ће недопуштене одредбе избрисати, а допуштене оставити на снази. Кад се ради о јавном поретку, ако би неко закључио уговор с држављанином непријатељске државе, уговор би био стављен ван снаге – тзв. забрана трговинске делатности с непријатељским државама.

Савесност и поштење су једно од најбитнијих начела српског уговорног права. Њега предвиђа и Бечка конвенција. Енглеско право је изузетак. Стране немају дужност да се у међусобним односима опходе савесно и поштено. Уговорници једноставно морају да испуне обавезе онако како гласе. Енглези сматрају да су стране пре закључења уговора (нпр. продаје) „непријатељи“, да не могу да сарађују, како налаже начело савесности и поштења. И после закључења уговорници морају да буду на опрезу, каже се да се уговорници морају држати *на удаљености дужине своје руке (at arm's length)*.⁴¹⁶

Ту је врло важан пример правног поимања уговора, који важи и за хипотеку (уговор о хипотеци) и кредит (уговор о кредиту). Многи правници су у заблуди да је сваки споразум о поштенем послу уговор и да ужива правну заштиту. Споразум који један правни систем признаје за уговор а други не признаје не пружа правну заштиту. То је због уговора као притивчинидбе (*Doctrine of Consideration*), која га битно сужава у односу на српско схватање. Она се међу српским правницима погрешно схвата као кауза на енглески начин.⁴¹⁷

⁴¹² *Ibid.* 79

⁴¹³ *Ibid.* 80

⁴¹⁴ Вид. Миодраг Орлић, *Закључење уговора, Опциони уговор*, ИУП, Београд 1993, Несумњиво да је у америчком праву опција начин да се знатно ублажи захтев о противнакнади за обећање. 187.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ Вид. Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Библиотека *Монографије*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Сл. гласник, Београд 2008. Због тог схватања савесности и поштења у уговорима, енглески правници инсистирају да се детаљно уговоре све радње (обавезе) уговорника. Зато енглески правници с чуђењем и подсмехом посматрају наше правнике у арбитражним споровима, кад истичу да је неко понашање једне стране непоштено. Ако је у том спору меродавно енглеско право, губитак спора за нашу страну је врло изван.

⁴¹⁷ Вид. Небојша Јовановић, *Појам уговора у англосаксонском праву*, *Анали Правног факултета у Београду*, година LVI, 1/2008. Придев „општи“ је добио због настојања краљевских судова (*Royal Courts*) у Енглеској (од XV века) да наметну пресудама опште право једнако примењиво на сва лица... подређена краљу, као централној

Амерички писци дефинишу уговор⁴¹⁸ слично као енглески,⁴¹⁹ али *наглашавају састојак обећања* у уговору јер је наглашен у Другом преуређењу уговора (*Restatement of Contracts, Second*), које је израдио Амерички правни институт (*American Law Institut*) 1932. године, као зборник правила уговорног права, а изменио га 1960. године. Главни извор уговорног права у САД је, осим судске праксе, Јединствени трговински законик (*Uniform Commercial Code*) из 1952. Систем општег права као уговоре признаје и штити само споразуме. То значи да англо-америчка права за уговоре признају само споразуме у којима се свака страна обавезује да изврши чинидбу (пружи накнаду, противчинидбу, узвратну радњу) за корист коју од друге прима.⁴²⁰

Противчинидба у англосаксонском уговорном праву није кауза (разлог) уговора српског права јер англосаксонско не поставља каузу као услов настанка и пуноважности уговора, као што то чини српско, јер у англосаксонском праву није битно. Противчинидба се у пракси најчешће састоји у преласку неке вредности из имовине уговорника у имовину сауговорника као накнада за вредност коју по том уговору добија. Теорија противчинидбе је у узајамности и нема уговора ако у његовој основи не лежи погодба (*bargain*) уговорника. У америчком праву се каже да противчинидба мора бити углављена (*bargained for*) погодбом (*bargain*) да свако очекује (захтева) радњу другог.⁴²¹

Двострани (*bilateral contract*) ствара обавезе на чинидбу за обе стране (продаја, закуп, залога). Једнострани (*unilateral contract*) ствара обвезу само за једну (*promisor*, давалац обећања) да другој учини корист (нпр. плати награду), ако овај сноси неки терет (*promisee*, прималац обећања).⁴²²

власти, те су потискивали постојеће расцепкано право, које су стварали судови (судови племића, цехова, гилди), што је ометало слободу трговине. Названи су судовима општег права (*Common law courts*).^{63–88.}

⁴¹⁸ Алан Фарнсворт, амерички професор права, истиче да право поставља два ограничења којима сужава правни појам уговора у односу на споразум (обећање). *Прво*, уговор се ограничава само на обећање које је по праву пуноважно, то јест мора да има за предмет размену вредности. *Друго*, уговор је ограничен на обећања само на будуће радње уговорника. Готовинска продаја или трампа не садржи обећање будуће радње јер ју је сваки уговорник већ извршио, па зато то и није уговор. Вид. Небојша Јовановић, 29 и даље. Вид. Увод у Common law уговорно право, Правни факултет Универзитета у Београду, библиотека Уцбеници, 2015. 64 и даље

⁴¹⁹ *Ibid.* Главни извор уговорног права је судска пракса и закон: Закон о уговорним правима трећих 1999. (*Contracts/Rights of Third Parties/Act*), Закон о потрошачком кредиту 2006. (*Consumer Credit Act*). 64 и даље

⁴²⁰ *Ibid.* Уговор у енглеском праву постоји и кад уговорник обећа другом 1.000 фунти ако се за Божић окупа на плажи Брајтона, иако објективно нема корист од тог купања, иако нема каузу. 67 и даље.

⁴²¹ *Ibid.* Иако се противчинидба најчешће заснива на размени вредности сауговорника и узајамности обавеза, постоје одступања, чиме се проширује појам уговора. Није нужно да оба уговорника приме корист (*benefit*) као накнаду за оно што дају. Довољно је и да један другом учини корист, а да од њега не прими корист, под условом да сауговорник сноси неки терет (губитак, *detriment*). Уговорник не мора да се обавезе на противчинидбу већ да се обавезе да чинидбу учини у корист трећег лица. 71 и даље.

⁴²² *Ibid.* Да би уговор у англо-америчким правима био пуноважан, није довољно да је противчинидба допуштена, одредива и могућа, већ мора да испуни и четири додатна услова. *Први* је да уговор не сме да се односи на радњу из прошлости, која је извршена пре закључења уговора. Лице које је радњу извршило у корист другог не може накнадним пристанком да добије за њу накнаду. Наше право не поставља сметње за закључење уговора након обављања радње једног лица у корист другог. *Други* услов општег права, који не познаје српско право, гласи: противчинидбу мора да изврши сауговорник, а не треће лице. Отуд, споразум по којем се уговорник обавезује другом да му плати неку накнаду, ако треће лице учини неку радњу, није уговор и не обавезује даваоца обећања јер његов сауговорник не дугује противчинидбу. Али кад уговорник обећа награду сауговорнику, ако он подстакне трећег да учини нешто у корист уговорника, тад је сауговорникова радња подстицања трећег довољна противчинидба да се сматра да је закључио пуноважан уговор. *Трећи* је да противчинидба не сме да буде радња на коју је сауговорник иначе обавезан по закону или уговору према уговорнику јер се само потврђује постојећа

Допуштеност привидних уговора је у континенталним правима редовно забрањена, из пореских разлога и због заштите интереса трећих лица, како ничија права и/или интереси не би могли бити изиграни. Та права занемарују (ниште) привидан уговор, а признају као пуноважан онај који су уговорници у ствари закључили. Зато се и европски правници запањују кад сазнају за допуштеност привидних уговора у општем праву. Разлози због којих су привидни уговори забрањени у континенталним правима, у системима *common law* се решавају без потребе за санкцијом ништавости.⁴²³

Начин правног оснаживања споразума је закључење у посебној писменој форми – *deed*. Ако је споразум закључен као *deed*, сматра се уговором и када не садржи противчинидбу.⁴²⁴

Други начин избегавања теорије противчинидбе и проширивања појма уговора у општем праву је теорија естопела. Може се закључити да постоји доста разлика између нашег и *common law* система, почев од општег уговорног права (појам, закључење, раскид), а разлике има и у уговору о продаји.⁴²⁵

Схватање српских и *common law* правника о ручној залози је слично, оно се у оба система сматра средством обезбеђења потраживања (*secured transaction*). Оно што *common law* правници називају *општом својином* на заложеној ствари српски зову *правом својине*, а *посебна својина* у систему *common law* је право располагања/отуђења ствари у српском. Поверилац у систему *common law* има овлашћење да намири потраживање *продајом* ствари, *коришћењем* док му је ствар у државини (антихреза) и *присвајањем* (*lex commissoria*).⁴²⁶

Уговорна казна је *contractual penalty clause*. Она има: *одштетну и казнену функцију* и у енглеском праву је неутужива. Утужива је клаузула о унапред уговореној одштети (*liquidated damages clause*). Унапред се утврђује апсолутан износ одштете, који је дужник који повреди уговор дужан да плати, без обзира на то колику је и да ли је штету поверилац уопште претрпео.⁴²⁷

2.3. Судски систем

обавеза, што је бесмислено. *Четврти услов* је да саговорникова противчинидба мора да има економску вредност за уговорника. За разлику од нашег права, које води рачуна о еквиваленцији у двостраним теретним уговорима, тамо се о томе не води рачуна. Да би поклон био обавезујући, нужна је форма *deed*-а. 74 и даље.

⁴²³ *Ibid.* Српско право уговором сматра споразум који су стране постигле у намери обавезивања. Намера у систему општег права нема значај за пуноважност уговора. 75 и даље.

⁴²⁴ *Ibid.* Ако је уговор закључен, али странка није сигурна у своју вољу да испуни неку обавезу која јој се намеће неким углавком, у њу се ставља израз „клаузула части“ (*honour close*), чиме јој се одузима правна обавезност. Англо-америчка судска пракса је због тога осмислила низ изузетака од строге противчинидбе и санкционисала уговорнике у споразумима где није било противчинидбе. Стварноправни естопел (*proprietary estoppel*) изазива стварноправне последице кад давалац призна неко стварно право на својој ствари другом или му обећа стицање стварног права. Да би избегли ризик, српским уговорницима се препоручује да сваку измену уговора сачине у облику *deed*-а. 78 и даље.

⁴²⁵ Вид. Мирослав Мишковић, *Уговор о продаји у англосаксонском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 124 и даље.

⁴²⁶ Вид. Небојша Јовановић, *Увод у Common law уговорно право*, Библиотека *Уџбеници*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 269 и даље.

⁴²⁷ Вид. Мишковић, *Уговор о продаји у англосаксонском праву*, 119–120.

Са аспекта и у правцу главног тока теме, суд је незаобилазан фактор који означава независност и непристрасност у фази реализације хипотеке, што треба у одређеној мери размотрити будући да је наш избор управо суд, а не хипотекар или судски супститути. То је још важније када разумемо ефективност и ефикасност, као и стварну неспорну независност судске власти у системима из којих је пресађен механизам вансудске реализације моргица. Утолико је значајније да схватимо да је и у САД судски поступак толико ефикасан да се не може поредити са нашим судским системима.

Упркос свему томе, као и правној структури моргица, будући да он представља целу операцију под називом моргиц и да се такви моргици спроводе/реализују и уз претходно правоваљано прибављање/постојање посебне клаузуле, али и код депосесије, опет се укључују официјелни државни органи, као што је шериф. Ту суд конкретно има проактивну и претходну правно превентивну улогу. То открива површност и неразумевање „пресађивача“ овог правног иританта.

У САД, суштински однос јуриспруденције и судске власти потиче из настојања уставотвораца да реше или ублаже тензије судске независности и одговорности. Општа структура америчког правног система и метод судског права (*Common Law method*) познати су. Постоји једно сложено правило англоамеричког права да нижи судови нису дужни да се држе пресуда виших судова у целини већ само суштине одлука. Та суштина се назива *ratio decidendi*.⁴²⁸

Али, судови обично детаљно предочавају аргументацију о разлозима доношења одлуке. Принципи могу да буду и правни разлози и ти разлози не чине прецедент. Разлози који не чине прецедент називају се *obiter dicta*. Може се само замислити колико је тешко у сваком случају одвојити *obiter dicta* од *ratio decidendi*, а то је разлог покретања многих парница. Овде треба напоменути да енглеско право није много везано логиком већ га одликује један прагматизам који означава решавање практичних ситуација.⁴²⁹

Следећа карактеристика општег права јесте *writ* (лат. *breve*). Дословно значење је писмено/писмо. Наиме, судови општег права (*common law*-а) никад не би могли да покрену поступак ако тужилац од дворске канцеларије не добије *writ*. Нико не би могао да оствари захтев ако не постоји *writ*, па је енглеско право, за разлику од других, добило изразит процесни карактер. Обично се каже да оно што не постоји у процедури не постоји ни у праву.⁴³⁰

⁴²⁸ Вид. Петровић, Прица, *Увод у велике правне системе*, 70 и даље.

⁴²⁹ *Ibid.* Након норманског освајања, није постојало енглеско право већ право енглеских покрајина. Зато и настаје *common law* (опште право) које стварају централни – вестминстерски судови. Назив су добили по месту у Лондону где је стационарирано енглеско правосуђе. Постоји један елеменат који је карактеристичан за енглеско право, а то је установа пороте. У вестминстерским судовима свако је имао право да тражи пороту. Пороту чине грађани који нису стручњаци за право. У средњем веку дошло је до сукоба краља и Парламента баш поводом права судија да стварају право. То је решено тако што су судови добили право да стварају право, а краљу није дато право да их чини зависним од себе, што значи да је једном именовани судија независан. Краљ нема право да се меша у рад судова. Тај принцип важи и данас у Енглеско, и у САД, где судије именује председник. 72.

⁴³⁰ *Ibid.* Рани коментатори енглеског права Гленвил и Де Брактон из XII и XIII века у коментарима су предочили само ритове да би се судови, адвокати и странке могле упознати с енглеским правом. Вид. Милан Петровић, Милош Прица *Увод у велике правне системе* Ниш, 2011. Вид. [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/Veliki _ pravni _ sistemi-knjiga.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/Veliki_%20pravni_%20sistemi-knjiga.pdf),. 62 - 82.

Право правичности (*equity*) било је везано за дворску канцеларију.⁴³¹ Канцелар није имао право да укида и поништава пресуде судова општег права него да донесе само одређена наређења – *injunction*. Може се превести као наредба или забрана којом није мењана донета пресуда, али оном ко је неправично добио спор наређено је да нешто уради. При томе, инакшн се није односио на ствар већ на личност.⁴³²

Поставља се питање *откуда систем правичности у англо-америчком праву*. Он је унеколико сличан преторском праву у старом Риму. Претори су доносили своје *едикте* о томе како решити поједине спорове. Тиме је ублажена строгост римског *ius civile*-а. Створене су и нове тужбе. Разлика у односу на англо-америчко право огледала се у томе што претор своје право никад није сматрао правичним а *ius civile* неправичним већ је тек прилагођавао римско право новим околностима.⁴³³

Интересантна је сличност с франачким правом, које је настало након пропасти Римскога царства и стварања Франачке. Наиме, у франачком праву се правила разлика између народног и краљевског права.⁴³⁴

Овде треба истаћи да *common law* није никакво народно право, ни обичајно право, већ право судова централне власти. *Equity* је карактеристичан за англоамеричко право и представља уношење хришћанског морала у англосаксонско право.⁴³⁵

Организациона разлика између *common law* и *equity* више не постоји. *Statute law* је право које ствара парламент. Парламент је у Енглеској највиша власт – суверен. Некада је и парламентарно право схватано као судско право. Закон је схватан као пресуда. Статутарно право је било врста јудицијума, и то врховног судског права. У САД Конгрес доноси законе, али Врховни суд законе може прогласити неуставним.⁴³⁶

У Енглеској је таква могућност искључена. Никакав суд не може да контролише парламент, бар од револуције 1648. године, када је краљева прерогатива уређена законом, а судови су изгубили право да се мешају у рад парламента. Суд тумачи законе у Енглеској језички и логички, евентуално историјским тумачењем тражећи вољу законодавца. Он се држи слова и текста закона, па иако је нелогично и неправично применити закон, суд ће се држати закона, без права да испитује његову евентуалну неправичност. То овлашћење суд не поседује. Зато у енглеском праву нема широког тумачења закона како суд допуњује закон у правним

⁴³¹ *Ibid.* До XVI века, кад је Англиканска црква постала државна црква Енглеске а римокатолицизам укинут, канцелари као највиши државни службеници били су свештеници, духовници и исповедници краља. *Common law* је био тежак, сажет на ритове и често није пружао довољну правну заштиту.

⁴³² *Ibid.* 62 - 82.

⁴³³ *Ibid.* 62 - 82.

⁴³⁴ *Ibid.* 62 - 82.

⁴³⁵ *Ibid.* Тим пре што су канцелари у почетку били свештеници задужени за то да прибаве важност хришћанском моралу. На основу тога, *equity* представља велико достигнуће хришћанске културе. Једна од значајних историјских карактеристика је обједињавање судова који су пресуђивали по општем праву и дворске канцеларије. У XIX веку канцелар престаје да издаје брев (*writ*) и на тај начин ствара ново право. Друго, под утицајем судске реформе бива укинут суд дворске канцеларије и постаје само једно одељење енглеског судства. То се догодило 1873. кад је донет Закон о судској власти (*Judicature Act*) којим је образован Високи суд правде. У оквиру суда формирана су *Одељење краљичине клупе* (одељење општег права) и *Одељење правичности*.

⁴³⁶ *Ibid.* 62-82

порецима романско-германско-словенске породице права. У Енглеској је то недопустиво. Формалноправно, закон у енглеском праву има јачу снагу од судске пресуде.⁴³⁷

Иако енглески судови стварају право (судске прецеденте), њихово поступање не сме бити *contra legem*. Међутим, надмоћ судске пресуде као извора права обезбеђено је правилом да законско право бива покривено прецедентима, па ће суд кад постоји пресуда о закону, применити пресуду а не закон. Из таквог стања изишла је тенденција да *прецедентно право упије целокупни правни систем*. У САД уставно право је право прецедената Врховног суда. Нижи судови неће гледати Устав него ће гледати како је у том случају пресудио Врховни суд САД. Тако је у Енглеској у погледу закона.

Извор права је и обичајно право – *customary law*.⁴³⁸ Суд не може да укине закон, не може да се појави дерогаторни обичај. Судија ће, рецимо, примењивати закон из XIV века ако тај закон није укинут неким каснијим законом. Такође, дешава се да се примењују прецеденти из доба Вилгема Освајача из XI века.⁴³⁹

То за обичајно право не постоји. Правила која важе за обичајно право важе и за *usage* (узансе) које има одређене разлике у односу на обичајно право.⁴⁴⁰

Постоји и *подзаконско право*: на основу овлашћења парламента делегирају се овлашћења да краљ, општина, професионална скупина доносе прописе. То се назива *делегираним законодавством*. Ако је донет акт ван делегације, онда је ништав. У терминологији енглеских судова та ситуација означава се – *ultra vires*.⁴⁴¹

Постоји и нешто што се назива *краљевом прерогативом*. То је остатак изворне краљевске власти из времена апсолутизма. Та прерогатива је знатно сужена актима Парламента, али неки њени елементи постоје.⁴⁴²

Прерогатива такође има снагу закона. Суд једино сме да испитује да ли је дошло до *ultra vires*. Најзад, постоји и један специфичан извор права Енглеске: *conventions of Constitution* (уставне конвенције). За разлику од земаља које су кренуле стопама Устава САД и Устава Француске из 1789. године, Британија нема писани устав.⁴⁴³

Парламент доноси законе у свим материјама: „Парламент може све, само не може да претвори мушкарца у жену“ (De Lolme). Кад примењују закон, судови га тумаче дословно, најуже. Због таквог тумачења закон нема широку примену. И друго, свемоћ закона релативизиована је и правилом да кад суд донесе пресуду примењујући закон, та пресуда има обавезујући карактер у наредном случају. Устав поставља институционални оквир закона и егзекутиве.⁴⁴⁴

⁴³⁷ *Ibid.* 62-82

⁴³⁸ *Ibid.* Обичајно право је дуже понављање једног понашања након чега је настала свест да је оно нужно и да је правно обавезно, то јест да то није само пука конвенција која може увек да се промени. 62 -82.

⁴³⁹ Како би у нашим приликама изгледало да се примени право (неки прецедент) од пре 50 или 200 година.

⁴⁴⁰ *Ibid.* Употребно право у англосаксонском праву важи за разне професије, рецимо, у трговини. Пример употребног права: рецимо *да се ауто вози левом страном*. То је облик *употребног* права. 62-82.

⁴⁴¹ *Ibid.* 62-82.

⁴⁴² *Ibid.* Рецимо, право краља да обавља дипломатске односе с другим земљама. 62-82.

⁴⁴³ *Ibid.* 62-82.

⁴⁴⁴ *Ibid.* 62-82.

Уставотворци су циљано створили једно снажно и независно правосуђе искусивши арбитрарну и ауторитарну владавину краља Енглеске, која је обухватала политички утицај на колонијално судство. Они су сматрали да је снажно правосуђе суштински битно да се заштити лична слобода од државне власти и створи систем који штити судски поступак од спољашњих утицаја.⁴⁴⁵

Јуриспруденција САД се примењује уз напор да се одговори на дилему снажне улоге правосуђа што је управо тежња да се у судски поступак уведе методологија принципијелности и сачува га од прерастања у *судску превласт*.⁴⁴⁶

Изазов америчке јуриспруденције је да одговори на питање легитимности – покаже да правни исходи могу бити објективно правични, да су основе права непристрасне и да не одражавају арбитрарну вољу појединачних судија. Без моралне основе право је лишено ауторитета.⁴⁴⁷

Један од најпознатијих критичара схватања објективних правних принципа био је судија Врховног суда Холмс, који је писао о субјективним утицајима судија. Судије решавају случајеве балансирајући интересе у потрази „најбољег“ решења. Судије не откривају правне принципе, они стварају право доносећи закључке који у својој бити одражавају судијине личне преференције.⁴⁴⁸

Правни метод се користи да се реализују морално оправдани циљеви. Право није друго до одраз политике, а процес тумачења који судије примењују није могуће неутрално и ненормативно спроводити.⁴⁴⁹

Метод судског права захтева од судија да примењиве правне принципе траже у прецедентима, одлукама других судова САД. Током последњих пола века, закони су добили битну улогу у судском процесу пресуђивања, покривајући широка и разнолика питања. Један од најизазовнијих и најтежих задатака за судију у САД је тумачење често нејасних одредаба закона.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ Вид. Г. Вукадиновић, А. К. Одри, *Америчка јуриспруденција XX века*, Новосадска асоцијација, 2006. Недуго пошто је Устав ратификован, Врховни суд САД у злогласном случају Марбери против Медисона тумачио је Устав у смислу давања судовима овлашћења и обавезе да прогласи ништавим и правно неважећим акт Конгреса који није у складу с Уставом. То тумачење председника Врховног суда Џона Маршала поставило је теорију ревизије, прожело правосуђе контроверзом, истакло потребу за формулисањем кохерентне јуриспруденције. Бит контроверзе је изражена као „антивећинска дилема“ – морална исправност неизабраних службеника (судија) да преиспитују и преиначе поступке демократски изабране законодавне гране.

⁴⁴⁶ Док је у САД давно настао проблем судске превласти, код нас је превладало питање независности суда. И то у оним димензијама да мало ко верује да независно судство постоји. А ни довољно компетентно.

⁴⁴⁷ Вид. Гордана. Вукадиновић, Мира Гур-Арие, *Америчка јуриспруденција*, Новосадска асоцијација за теорију, етику и филозофију права 2006. Вид. <https://pdfslide.tips/documents/americka-jurisprudencija-srp.html>. Покрет „Устав у изгнанству“ је делом реакција на прекорачења Вореновог суда и јуриспруденцију *активиста* а заговарали су је поборници живог Устава“. 9-35.

⁴⁴⁸ Да ли можемо уопште замислити шта би се догодило и шта би задесило наш народ и државу кад би судије одлучивале мимо закона, а само на основу својих личних преференци?

⁴⁴⁹ *Ibid.* Ипак у раним годинама трећег миленијума, промене у јуриспруденцији откривају необично појачану тензију не само поводом судског тумачења већ и поводом легитимности и улоге судског процеса.

⁴⁵⁰ *Ibid.* Књига судије Скалија из 1997. године *A Matter of Interpretation* (Ствар тумачења) укључује радове његових критичара супротстављених Скалијевој јуриспруденцији. Трајб цитира Дворкина: „Сви смо ми оригиналисти“, мислећи да Устав треба да буде основа америчке јуриспруденције.9-35

Америчке судије такође консултују радове из области правне науке, чланке, књиге и правне студије.⁴⁵¹

Метод тумачења текстуализма даје довољно простора субјективности и не успева да створи јасна правила тумачења. Текстуализам, сматра Брејер, није прихватљива јуриспруденција, али он не нуди теорију тумачења *per se* у књизи *Активна слобода*. Напротив, објашњава да ниједна теорија неће погодити право значење Устава. Америчка јуриспруденција у III миленијуму трага за теоријом. Судије треба да траже принципе који оживљавају Устав, „да обрате пажњу на последице и да теже доношењу одлука које ће омогућити боље функционисање државе“.⁴⁵²

Један истакнут пример је пракса америчких судова да наводе судске одлуке међународних и страних судова. Постоје судије, теоретичари и правници практичари који подржавају или су равнодушни пред праксом; ниједан судија Врховног суда није никад изјавио да пресуда страног суда може бити обавезујући прецедент за суд САД.⁴⁵³

Можда тешкоћу формулисања америчке јуриспруденције за XXI век, која је постојала и у XVIII, XIX и XX веку, треба приписати комплексности процеса одлучивања у правним случајевима. Од судија се тражи да расправе сложена правна питања у складу са системом судског права (*common law*), са методолошким инструментаром: обавезујући прецедент (*stare decisis*), закључивање путем аналогије, канони законске, уставне конструкције и институционална способност.⁴⁵⁴

Испитати те инструменте веома је тежак подухват: постоје случајеви без диспозитивних прецедената; кад прецедента има, често је рестриктивно писан, а некад одражава судски компромис који је настао из потребе да се прибави већина.⁴⁵⁵

⁴⁵¹ *Ibid.* Лоренс Трајб, са Универзитета Харвард, један је од најпознатијих познавалаца уставног права САД. Заступао је у преко 30 случајева пред Врховним судом. У најпознатијем случају из 2002. године *Буш против Гора* (*Bush v. Gore*) био је на страни која је изгубила. Изворни текст Трајба, *Америчко уставно право*, представља водећу модерну синтезу америчке уставне доктрине, а од 1978. обавезна је литература за генерације студената права... У тој књизи он каже да се тежи случајеви одлучују гласовима 5:4, с једним судијом који утиче на исход, не тек у том случају већ у читавом јуриспруденцијском приступу. Добити већину за одлуку често је компромис: како осмислити пресуду да убеди друге да се прикључе већини. 9-35

⁴⁵² *Ibid.* Расправа поводом јуриспруденције, као што коментари илуструју, присутна је у САД. Познат је случај пред Врховним судом 22. марта 2006. *Џорџија против Рандолфа* (*Georgia v. Randolph*): Рандолфова остављена супруга дала је полицији дозволу да претраже њихов дом због доказа о употреби дроге. Рандолф, који је био присутан у време претреса, недвосмислено је одбио да да пристанак. Пронађен је *кокаин*. Првостепени суд је одбио Рандолфов захтев да изузме наркотику као доказно средство због незаконитог претреса по IV амандману. Другостепени суд је преиначио одлуку првостепеног, а Врховни суд Џорџије потврдио преиначење, пошто је претрес био незаконит јер је иако присутни власник одбио дати пристанак. Врховни суд САД то је потврдио указом на судску јуриспруденцију Принцип да је човекова кућа његова *терђава*, једно је од основних друштвених претпоставки. Америчка јуриспруденција у трећем миленијуму. 20 и даље

⁴⁵³ *Ibid.* Критика ове праксе је двојака: да све што треба да буде важно у америчком суду јесу право САД и правне вредности. Као што је судија Скалија рекао, он је судија суда САД, а не суда у Европи, а навођење страних судских одлука може се селективно применити да би се оправдала судијина лична настојања. Судија Ричард Поснер 2004. године у *Legal Affairs* каже: „Не, хвала, ми већ имамо америчку јуриспруденцију и наше законе.“ Поснер пише да судски системи других земаља имају своје историјске институције и методе. Судије САД нису упознате са тим и стога је цитирање страних селективно (које им се допадају) и неодговорно. 9-21

⁴⁵⁴ *Ibid.* 22 и даље

⁴⁵⁵ *Ibid.* Иако је недостатак јасноће можда случајан, то може да рефлектује политички компромис. Дуготрајност и интензитет дебате о јуриспруденцији показује да ће покушаји да се постигне кохерентна судска методологија вероватно бити ипак компромис. Најприметнија карактеристика настојања да се утврди америчка

Посебни значај има Врховни суд, једини суд који је установљен непосредно Уставом. У саставу има девет судија које именује председник по сагласности Сената. Испод Врховног суда су апелациони судови с посредном апелационом надлежношћу. Поред надлежности коју има као највиша судска инстанца, у надлежност Врховног суда спада и контрола уставности закона.⁴⁵⁶

Судови имају и улогу у контроли извршне власти.⁴⁵⁷ Надлежност савезне државе утврђена је савезним уставом и релативно је ограничена.^{458, 459} У Америци постоје знатне разлике у законодавној техници у односу на европско право. Амерички закони, што је случај и у Енглеској, с много детаља регулишу материју и садрже прецизне дефиниције појмова који се у тексту употребљавају. Без обзира на значај који закон има као извор права, у Америци се и даље на закон гледа као на неку врсту допуне прецедентног права.⁴⁶⁰ Одлуке судова држава су само „уверљиве“ (*persuasive*) за судове других држава. Доктрина *stare decisis* у америчком праву никад није имала онај значај који има у енглеском. Иако *common law* постоји као посебан систем у свакој од 50 држава, очувано је знатно јединство.⁴⁶¹

У америчком праву не постоји никакав план кодификације као основ класификовања права. Чињеница да је америчко право прецедентно довела је до практичног и емпиријског приступа праву, а не теоријском и апстрактном.⁴⁶²

Својинско право је регулисано локалним прописима, па су разлике између држава знатне. Грађански поступак карактерише првенствено контрадикторан неистражни поступак. Положај правничке професије у САД се у извесној мери разликује од оног који та професија има у Енглеској.⁴⁶³

Велики број америчких универзитета има правне факултете, који нису истог ранга, што је од великог утицаја на каснију каријеру. На правни факултет се ступа по завршеном колеџу, па правничке студије личе на постдипломске. Америка не познаје поделу адвоката на солиситоре (*solicitor*) и баристере (*barrister*) као Енглеска.⁴⁶⁴

јуриспруденција за трећи миленијум можда је управо мера до које је та дебата закупила не само судије, правнике, професоре права и Конгрес, већ и грађане.

⁴⁵⁶ *Ibid.* Устав САД изричито не предвиђа могућност судске ревизије закона, али је ово овлашћење, тумачењем Устава, извео Врховни суд у изреци пресуде судије Маршала почетком XIX века. 22-34

⁴⁵⁷ *Ibid.* 22-34

⁴⁵⁸ *Ibid.* 22-34

⁴⁵⁹ *Ibid.* 22-34

⁴⁶⁰ *Ibid.* 22-34

⁴⁶¹ *Ibid.* 22-34

⁴⁶² *Ibid.* 22-34

⁴⁶³ *Ibid.* У Енглеској су центри правничког образовања професионална правничка удружења, *Inns of Court*, и није обавезан правни факултет, већ често будући правник заврши неки од факултета друштвених наука, да би после наставио правничко школовање у оквиру *Inns of Court*. У Енглеској постоји и низ угледних правних факултета. У САД се правник обавезно образује на универзитету. 22-34

⁴⁶⁴ *Ibid.* Солисители немају право да се појављују пред судом већ контактирају странке, прикупљају материјал за поступак, састављају поднеске итд. Баристери су једини овлашћени да заступају пред судом, али са странком немају непосредан контакт. Те разлике нема у Америци, сви располажу једнаким овлашћењима. Додуше, одавно је и у Енглеској ова разлика, бар формално, укинута, али се одржала у пракси. Поред разлика, постоји једна сличност с Енглеском – у обе земље судије се регрутују готово искључиво из редова адвоката. Да би неко био именован за судију, треба да проведе одређен број година (зависно од тога за судију ког суда се бира) на адвокатским пословима. 22-34

У САД нема младих судија, просек година је – 40 и више. Дакле, судски систем САД укључује за наше прилике непојмљиву *проактивност судија* наспрам адвоката, односно странака, јер је та комуникација константна, брза, јасна и лака, што је одраз тамошње правне културе и менталитета.

Упркос заиста ефикасном, ефективном, дакле, функционалном судском систему и заокупљености друге две гране власти да спречи независност и превласт судске, у том праву је заступљена и вансудска реализација моргица, еквивалента хипотеци. Дакле, иако судски поступци трају кратко (просечно 6 месеци) они су за те прилике скупи, дуги, а вансудски трају краће (просечно 2 до 3 месеца), а и такви поступци потпуно одговарају томе правном амбијенту, али и тамошњој правној структури моргица.

С америчког гледишта профит је сврха и господар. Укрштају се полуге⁴⁶⁵ из којих настају ефекти који се дефинишу као – функционалан и практичан правни поредак. Није баш никаква новост да се разноврсне „полуге“ користе у свим сферама правосуђа на разноврсне начине и иначе у свим спектрима.

Ту, уплитање разних агената, тзв. *инфлуенсера, дил-мејкера и сличних*, у „утробу“ устаљеног и разумљивог правног поретка и правне нарави свачије улоге у њему, посебно улоге независног трећег, тј. суда – ствара фаталне забуне, представља простор за све злоупотребе.

2.4. *Правна традиција, правна култура, правна свест и менталитет*

Правна култура, традиција, правна свест и одлике менталитета једног народа и државе имају одлучујућу важност за процесе правних трансплантација. Правна култура се интензивно изучава на многим универзитетима као посебан предмет на постдипломским студијама јер је њен значај пресудан за прихватање и поштовање постојећег, то јест позитивног права и надоласећих промена, оних у ЕУ интеграцијама и процесу хармонизације, преузимању страних правих института, њиховом разумевању и примени.⁴⁶⁶

У том склопу су основне одреднице: правна култура и правна традиција. Модерно поимање права као релативно аутономног ширег културног окружења уобичено је код неохегелијански усмерених немачких правних историчара друге половине XIX и почетка XX века (Јосеф Кохлер, Едуард Ганс, Алберт Пост), који су, истраживачким техникама, примењујући упоредни и етнолошки приступ у истраживању изумрлих и живих права, развили учење о културним скупинама (*Kulturkreislehre*).⁴⁶⁷

Потпуна превласт позитивистичког поимања права у европској правној науци, образовању и пракси XX века, смер који је уобличен у XIX веку, основни су разлог стављања тих настојања, која нису била довољно методолошки развијена, на маргине научног интереса.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ О систему полуга било је већ иницијално речи приликом превода и објашњења термина *leverage*.

⁴⁶⁶ Вид. Далибор Чепуло, *Предавања из предмета Основе правне културе*, последипломске студије Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Загреб 2011

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*

Међутим, поступни раст интереса за правнокултурни приступ праву који се бележи од седамдесетих година XX века доживљава експанзију од деведесетих година. Међу бројним садржајима који се вежу уз појам правне културе тек су два безизузетно прихваћена. Један је изузетан значај који се придаје правној традицији.⁴⁶⁹

Дуготрајна прихваћеност одређених садржаја у друштву и правном систему (превладавајуће вредности, модели понашања, тип/стил образовања, тип/стил правног размишљања и правне аргументације) стабилизује те садржаје у колективној правној свести (менталитету) правника и шире популације у предвидљивим очекивањима која утичу на аргументацију и понашање правника, правних институција, других судеоника правних поступака и шире популације практичара правног или противправног понашања у свакодневном животу.

На правну свест⁴⁷⁰ и на моделе понашања утицај могу имати и неки спољни утицаји, превладавајућа верска основа.

Једном стабилизирани,⁴⁷¹ такви традиционално условљени садржаји су врло инертни, отпорни на спољне утицаје и у правилу изменљиви на сличан начин, то јест путем заснивања новог традиционалног редоследа, било да се успоставља тихо и поступно или неком радикалнијом променом која се онда поступно стабилизује у околностима ослабљених претходних модела.

Традиција тако битно конституише основна обележја правне културе, што је практично било експлицитно или имплицитно полазиште готово сваког разматрања или истраживања о правној култури. Из тог и других разлога је општеприхваћено још једно одређење правне културе. Упоредном праву се уобичајено приговара нормативистичка усмереност, која је видљива у груписању сродних права у „правне породице“ према нормативним сродностима различитих права уз цену занемаривања стварних одредница правног живота појединих земаља због методолошке немоћи да се достигне тај ниво сазнања. За разлику од тога, темељно обележје правнокултурног усмерења требало би бити интерес за стварно успостављање стварне условљеност правних система и стварни правни живот - *law in action*, не *law in books*.⁴⁷²

Наша „карактерно“ најомиљенија тема је репетиција синтагми *владавине права и правна држава*, од најапстрактнијих *културно условљених одлика*, па наниже, где се може истражити социјална условљеност, (не)склоност тражења правне заштите и (не)склоност „парничењу“.⁴⁷³

Утицају правног образовања придаје се изузетан значај у формирању правне свести, што је тема истраживања од традиционалних корена до савремених одредница, иако неки аутори умањују важност правног образовања и улоге правне професије за правну културу, тврдећи да је то пренаглашено и одраз „егоизма“ правне струке. *L. Friedman* је аутор шире прихваћених појмова *унутрашње правне културе* праксе правних професионалаца, али је склон да већи

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ Вид. Марина Јањић Комар, *Свест и идентитет*, Библиотека *Монографије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.

⁴⁷¹ То „стабиловање“ у нашим правним системима и правним порецима никада није заживело, због чега и нисмо „отпорни“ на најразноврсније правне, али и уопште, сваколике утицаје.

⁴⁷² *Ibid.* Резиме: право мора имати своју стварну ефективну сврху у стварном животу, а не само у *књигама*.

⁴⁷³ Зар није одлика наше традиције и правне свести „парничење“, принцип „ма све ћу да вас тужим“?

значај прида *спољној (или лаичкој) правној култури* (ставови, интереси и други утицаји на право који долазе од друштвених скупина ван правног система).

Менталитет,⁴⁷⁴ ментални склоп, јесте колоквијални термин који значи карактеран корпус начина мишљења, веровања емоционалног реаговања, јединке, колектива, народа, друштва. У психологији му одговарају изрази: карактер, личност, национални, модални карактер. Ментални склоп (лат. *mentis*, ум) у синтакси припада категорији израза, у енглеском језику категорији идиома (енгл. *idiom* – начин изражавања, различит од граматичког и логичког значења; језичка особеност).

Значење израза ментални склоп (енгл. *Frame of Mind* – оквир ума) блиско је појму ћуд, нарав, склоност, ум, памет. *Frame of Mind* није тек тренутно психичко-ментално стање кратког трајања већ релативно константно и, у систему мишљења и осећања, динамично и променљиво. Овај идиом је први пут забележен 1665. године, а у западној култури је постао популаран седамдесетих година XX века, у периоду тражења израза за многа новооткривена и алтерована стања свести.⁴⁷⁵

Слично томе, израз ментални склоп има апстрактно значење и дефинише психолошко-умно-логичко стање или форму која је у основи система размишљања, осећања, реаговања на подражаје и доношења суда. Не означава само психичко стање већ и мисаони ток и став, то јест начин на који неко мисли и понаша се у датом тренутку или током дужег периода. Свако има различите представе реалности. Те представе схвата на одређен начин и приписује им одређена значења, значај и важност. Зависно од параметара који учествују у процесу обликовања менталног склопа, свако реагује, доноси закључке на себи својствен, специфичан начин. Попут психолошког израза референтни оквир, који означава унутрашњу мапу стварности, ментални склоп то чини али су у његов састав, осим психичких, укључени и елементи етике, морала и механизми логике.⁴⁷⁶

О нашем стално историјски нарушаваном менталитету, правној свести и традицији поимања и примени права сведочи трновит пут разумевања и прихватања тзв. *acquis* европских тековина, а нарочито америчких. Нарушавања су била честа, рођени смо у феудализму, потпали под ретроградну петовековну отоманску окупацију,⁴⁷⁷ уздизали се током XIX века,⁴⁷⁸ нарочито у другој половини, а потом, претпели пирове победе у два наша балканска рата.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ Вид. Иво Андрић, *Развој духовног живота у Босни под утицајем турске владавине*, докторска дисертација (Грац 1923), Етхос, 2017, Ово, јер су последице по Србију и Црну Гору биле сличне. Андрић пише: „Сваке пете године из Цариграда су били слати посебни комесари, који су по називу ове порезе, 'телос' носили име 'телосници'. Они би се разишли по целој држави и путовали од места до места, од села, до села. Сваки домаћин морао је да наведе тачан број деце и да их приведе комесару. Притајивање се најстрожије кажњавало. По закону није било прописано да се из сваке куће мора узети одређени број деце, него је само био назначен укупан број деце коју је требало изручити, па је комесару било препуштено да одабере најздравију и најлепшу децу. Разимљиво је да су родитељи хришћани свим могућим средствима настојали да своју децу спасу и задрже за себе. Обично средство беше подмићивање комесара, који је парама био наведен да уместо једног узме друго дете; ово је био разлог што су се султанови дворски службеници отимали о ту мисију. 36.

⁴⁷⁸ Вид. З. Мирковић, *Карађорђево законик*, Библиотека *Монографије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, У чл. 9 и још у три члана Карађорђевог законика говори се о миту; у чл. 37 о подмићивању судија.

Након Првог светског рата, тек што смо почели успостављање уређеног поретка, доживели смо ненадокнадиве губитке у Другом светском рату, па потпали под комунистички режим „с људским ликом“, који је чувеним законом 1946. целокупно наше законодавство, подвео под „правна правила“ која нису могла бити супротна моралу новог квазисоцијалистичког друштва, у ствари, против воље диктатора, који је девестирао и сва правна значења. А након пада Берлинског зида, уместо обнове поретка, запали смо у злу еру грађанских ратова, у озлоглашеност светских размера и агресију НАТО-а. За све то време пролазили смо „фазу транзиције“, *sui generis* „револуција која тече“ постала је „транзиција која тече“ и не види јој се крај. У свим преображавањима, која су обиловала корупцијама⁴⁷⁹ свих врста, постали смо „перфектна друштва и погодна тла“ за сваке експерименте – *inter vivos*.

Наше земље, сем обележја која одликују и друге земље транзиције, оптерећују „тешке хипотеке прошлости“, које се у преуређењима правног поретка просто морају реципирати.

Лош учинак компромитованог процеса глобализације⁴⁸⁰ створио је стање правне свести које нас „тера“ у процес ретрадиционализације.⁴⁸¹

Захваљујући некритичком увођењу вредности англосаксонског/америчког права и правних схватања у наше правне системе, и то не само у домену права, више ни „јадне речи“⁴⁸² не значе оно што су одвајкада значиле. Зашли смо у изједначавање неизједначивог, преко синонимије, хомонимије, полисемије, што за правне изразе, појмове, топике, за само право, оне који га тумаче и оне који га примењују, у значењском, догматском смислу, представља стварну опасност. С друге стране могу се распознати дијаметрално супротни општи и правни,

Осећа се утицај лоших навика из доба османске власти, чији су носиоци управне и судске власти били подложни миту, како би уновчили своје положаје). 25 и даље.

⁴⁷⁹ Вид. Саша Станковић, *Корупција*, Институт за право и финансије. [https://ipf.rs/korupcija/Најобухватнију дефиницију корупције је понудио Вито Танци: корупција постоји ако дође до намерног нарушавања принципа непристрасности при доношењу одлука](https://ipf.rs/korupcija/Најобухватнију_дефиницију_корупције_је_понудио_Вито_Танци:_корупција_постоји_ако_дође_до_намерног_нарушавања_принципа_непристрасности_при_доношењу_одлука). Корупција (лат. *corruptio* – поквареност) представља занемаривање и злоупотребу службених дужности зарад личне користи, поткупљивање, подмићивање службених лица. У ширем значењу, то су злоупотребе службених овлашћења и положаја из користољубља, а у ужем – деликт давања и примања мита. Под корупцијом се подразумева давање новца или других добара с намером да прималац чини или делује по жељи оног који даје.

⁴⁸⁰ Вид. А. Купер, Џ. Купер, *Глобализација, Енциклопедија друштвених наука*, Том 1, Службени гласник, Београд 2009, 430–435.

⁴⁸¹ Вид. *Социолошки речник*, Завод за уџбенике, Београд 2007. Ретрадиционализација (лат. *re* – поновити, *traditio* од *tradere* – пренети), обнављање традиционалних образаца друштвеног живота и вредности захваћени процесима глобализације. Вид. *Социолошки речник*, Завод за уџбенике, Београд 2007.

⁴⁸² Према писању И. Клајна, М. Данојлић: „Маргиналије маргиналаца: ’Јадне речи’“. Јадне речи, каже се на самом почетку чланка, „у шта их све не уваљују и како их не понижавају (...). Као и нас, уосталом: али речима је теже, не могу да се бране. Неки су се појмови офуцали до непризнатљивости. Мондијализам је, некад, означавао уверење да је планета Земља заједнички простор опстанка и напредовања људске врсте. Онда је дошла мондијализација као продукт капиталистичког запоседања земаља и континента претворених у заједничко тржиште, уз утапање постојећих нација у *сиву потрошачку масу*.“ Међу примерима помињу се спиновање, флоскуле, замена теза, олака употреба термина као диктатура, геноцид, хуманитарна катастрофа, неизбежни регион, као и Косовари, албански облик који се такорећи неприметно проширио у медијима место нашег Косовци (заборавили смо да се у народној песми не помиње никаква „Косоварка девојка“). Чланак се завршава молитвом Светог Иларија Пиктавијског, беседника из IV века (*Pictavia* је био латински назив Поатјеа, града где Данојлић борави у Француској): „Подари ми, Госпде, истинско значење речи, светлост ума, отменост језика и правичност истине... Ово програмско начело је истовремено естетичко, етичко, религиозно и политичко. Какви смо са речима, такви смо с бићима и стварима.“

па тим и културни обрасци поимања моралности,⁴⁸³ права и правде у англосаксонском свету.⁴⁸⁴ Наравно, неспорне су и јасне заједничке цивилизацијске вредности, али у склопу правилно преузетих и усклађених правних института у функционално осмишљен правни поредак.

Преузимање неких *прерушених института* којих нема у европскоконтиненталном правном кругу ствара изузетан ризик. Ако правни институти и правни системи нису сродни и/или компатибилни, правни транспланти прерастају у правне иританте који подривају правни систем.

Једно правно правило важи различито од земље до земље и производи другачије закључке. Самим тим што нешто важи и функционише у једној земљи не подразумева функционалност и у другој земљи, правном поретку. То је због низа социолошких, психолошких, економских, политичких спецификаума и својеврсна је инструментализација упоредног права. Зато се могу јављити невоље због некритичког „преписивања“ туђих правних решења, што отежава функционисање читавог правног система.⁴⁸⁵

Ако вам, дакле, неко тврди да је „тако свуда“, мање му треба веровати да је то збиља тако него ономе који се не „залеће“ с таквим „смелим“ констатацијама, јер проблеми у тумачењу и разумевању права нису баш тако једноставни.

Јер, то „што је свуда тако“, још увек не значи да је то и добро, као што, како би то рекао Карл Попер, то „што свакога дана видим само беле лабудове, још увек не значи да црни уопште не постоје“. Понекад се чине неопростиве грешке у тумачењу правних норми, па се тако, истргнуто из контекста, тумаче појединачно узев. Опасности таквог тумачења права могу бити велике. У метафизичком смислу, како је то у својој „Метафизици“ говорио Аристотел, „цело (целина) је увек више од простог збира појединих његових делова“, што значи да један „холистички“ приступ различитим проблемима у различитим научним областима, од историје, социологије, до еволуције, мора имати примат у односу на појединачно сагледавање одређених, појединих делова. „Нико не може схватити један део пре него што прочита целину.“ А ко може схватити и знати целину ако се сав не посвети студирању, проучавању те целине?⁴⁸⁶

Међутим, не ради се само о непознавању језика већ и о томе да у језику постоје хомоними, односно исте речи на различитим језицима које имају различито значење. Тако се, попут језика, и правна решења могу преузимати у законе других земаља, посредством неке треће земље, трећих закона, понекад и уз одговарајуће „кварење“, попут језичког, попут коришћења туђих речи, које су се одомаћиле у нашем језику. То је нарочито карактеристично за тзв. транзицијске земље и за начин на који се тамо решавају питања корупције и људских права. То значи да треба применити и историјски метод у тумачењу, разумевању права, правног језика. То што један правни пропис каже „то и то“, још увек не мора значити много, а пре свега, да ли се и како тај пропис примењује у пракси. Пракса примене или непримене

⁴⁸³ Вид. Л. Фулер, *Моралност права*, ЦИД, Подгорица 1999. *Inter alia*: глобализам права није ништа друго, до маска за свеобухватну тиранију. Вид. Л. Фулер, *Моралност права*, ЦИД, Подгорица 1999.

⁴⁸⁴ Вид. Б. Пекић, *Писма из туђине*, 2015, 97. Лагуна „Дечак Винслоу (Wimslow), Право и Правда“: Рекао сам да је победила Правда. Нисам рекао – Право. Јер између Права и Правде постоји разлика од које често зависи и људски живот. Она није у томе што Право често није у праву, а Правда је то увек, већ можда у томе што је Право увек само људско, а Правда у себи има и нечег више него људског. У сваком случају, дечак Винслоу је до своје правде дошао, а с њим и ми до своје теме.“

⁴⁸⁵ Вид. Јован Тирић, *Невоље са упоредним правом*, *Страни правни живот* 1/2008, 7–32.

⁴⁸⁶ *Ibid.* 8–32.

прописа каткада је далеко речитија од оног што пише на папиру. Компаративна истраживања се не спроводе толико због тога да би се заиста открило како то „други раде“ већ више да би се домаћи законодавац натерао да уради то онако како сам истраживач мисли да би требало да уради. С тим у вези, веома је битно у компаративним истраживањима проучити и менталитет људи из тог „великог света“. Све у свему, пракса је најбољи судија сваком закону, најбољи критеријум успешности и функционисања правног система и решења. Зато приликом упоредноправних истраживања, осим превођења законских текстова, треба учинити додатни напор, па истражити и то како та и таква решења функционишу у пракси, какве резултате дају и да ли и колико људи – грађани у дотичним земљама успевају да пронађу „рупе у закону“ и изиграју дотични пропис. Без сагледавања праксе и животне реалности упоредноправна истраживања не дају праве резултате, а закони који се доносе по узору на туђе остају „мртво слово на папиру“, „самоприхватањем“ туђих моралних и правних стандарда. Оно што је некад радио Рим, данас ради Америка и језиком (латинским – енглеским) и правом.⁴⁸⁷

Другим речима, често се догађа да политичари донесу кључну, базичну одлуку, па да онда позову правнике (из области упоредног права) да позивањем на одговарајућа страна решења оправдају и образложе већ донете одлуке.⁴⁸⁸ С друге стране, поставља се и питање може ли се живот унифицирати и, следствено, правни систем хармонизовати. Разноликост, која је по себи супротност глобализацији, инсистира на посебности, која *de facto* поштује човека и његова људска права. Ако би све било једнообразно, на чему инсистирају савремени процеси глобализације, онда би се у глобализацији и једнообразности изгубила људска индивидуалност, а нови видови тоталитарне свести и идеологије дошли би до пуног изражаја.⁴⁸⁹

Зарад брзине и ефикасности у економском смислу није адекватна ни једнообразност. Не треба користити ни мање једнообразно копирање и „чисти“ економизам, који иначе често намеће англосаксонско прагматично поједностављивање. Али, да ли ће то наша јавност прихватити и да ли се може догодити да „споразум о признању кривице“ у нашим условима добије елементе и извесних политичких злоупотреба, од којих иначе нисмо имуни. Ово нарочито кад су у питању Американци склони да све виде економским, материјалистичким, меркантилистичким очима, спремни да својој економији, извозу капитала, омогућавају што простије правне форме путем извоза свог права.⁴⁹⁰

Додатни проблем могу представљати тзв. транзиционе земље, или земље у окружењу бивше СФРЈ. Обично се сматра да оне јесу „идеалне“ за (наша) упоредноправна истраживања јер имају исто или слично историјско, политичко, културолошко наслеђе, а унапредовале су у процесима транзиције и прилагођавања свог правног система европском (и светском)

⁴⁸⁷ *Ibid.*, 21. Посебно питање је тзв. болоњска конвенција о образовању. имајући у виду да се ћути о томе да ту реформу нису прихватили најугледнији универзитети Оксфорд, Кембриџ, Сорбона, Хајделберг. *Ibid.*, 21.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, 24. Могли бисмо закључити да правници можда заиста и јесу техничари који треба да спроведу у дело замисли политичара, али, ако је дело већ унапред, до у танчине „пројектовано“, онда је улога правника уопште, а посебно оних који се баве упоредним правом, готово излишна.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, 24 и 25. Норме понашања биле би истоветне и у психолошком и у етичком и у правном смислу, а то је опасност за људска права, слободу и демократију и нормално функционисање друштва, пошто сваки облик тоталитаризма, пре или касније одводи у сопствену ентропију. Глобализација поједностављује ствари, нарочито у сфери економије, па самим тим и када је реч о праву и правним односима, али оно што је брзо, једноставно и ефикасно, веома често није ни пожељно ни демократски.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, 28. У земљи као Србији, која је прошла тензије, ратове, избеглиштво, санкције, блокаде УН, лутања и експерименте, мала је спремност да се мало сачекају нека „боља времена“, док је спремност да се уђе у ризике прихватања туђих, контроверзних, правних реформи врло висока.

правном систему. Потребно би било, осим само формалног изучавања, приступити и сагледавању позитивних, а нарочито негативних ефеката које та правна решења дају у пракси. У истраживањима се пренебрегавају негативни ефекти неких законских решења, па се уопште и не узимају у обзир, и често се изриче констатација „тако мора, и друге транзиционе земље су прошле исти пут“.

Зар не бисмо могли користити туђа искуства? И то би вероватно био прави пут упоредноправних истраживања, али се наручиоци и спроводиоци упоредноправних истраживања могу уплашити да, кад се сагледају негативна искуства других, више неће постојати ни поверење у нова законска решења ни спремност да им се приступи.⁴⁹¹

Зато *наручиоци*, спроводиоци упоредноправних истраживања не иду ка реалном виђењу друштвених проблема већ тврде да је у „тим и тим земљама“ нешто регулисано на „такав и такав начин“.

Заговорници антиамериканизма често пореде положај САД с растом римског империјализма током последњих векова Републике и првих столећа Царства. Ова аналогија има негативан контекст и треба да укаже на опасност од глобализације. А и присталице веће америчке улоге у свету позивају се на исту аналогију: као што је Рим, ујединивши Средоземље, ојачао античку цивилизацију и продужио јој живот за више векова, и америчка превласт – само ако буде мудро употребљена, може користити осталом делу човечанства. Без обзира на то да ли поређење Америке и Рима носи страх или наду, треба испитати у којој мери такво поређење има упориште у историјској стварности.⁴⁹²

Иако интегрални део англосаксонског и опште европског културног амбијента, САД су временом развијале особен облик културе, тако да се у XX веку говори о америчком начину живота (и сну) и о посебној америчкој цивилизацији.⁴⁹³

Све правне и политичке институције које су обликовале амерички живот имају корен у енглеској правној традицији. Зато је утицај римског права био не само занемарљив него и посредан: долазио је само путем рецепције неких института енглеске јуриспруденције. Овде

⁴⁹¹ *Ibid.*, 29, 30. У ствари, оно што смо ми овде желели да кажемо, да саопштимо у овим редовима, није ни на који начин уперено против упоредноправних истраживања као таквих. Напротив, она јесу и могу бити и те како и корисна и пожељна, нарочито уколико обухватају и сва позитивна и негативна искуства других земаља, али, ако и када се ствари поједноставе, онда и упоредноправна истраживања губе своју основну сврху и своде се на то да постану само једно оправдање за нешто што је унапред већ планирано и замишљено. Овде се суштински ради о „злоупотреби упоредног права“ у сврху промовисања сопствених, или туђих идеја и идеологија. Истраживач у области упоредног права, тога се наравно мора чувати, али опасности те врсте, као и неке друге о којима смо овде говорили, вребају увек, чак и онда када је истраживач иначе свестан свих тих могућих опасности. Од погрешног разумевања туђег права, до поједностављивања и пренебрегавања неких очигледних чињеница, или пак службе за и у корист одређених политичких и интересних структура моћи.

⁴⁹² Вид. Предраг Вукасовић, *Америка и Рим – има ли основа за аналогију*, *Страни правни живот* 1/2008, 32–62. Постоје три могућа подручја поређења САД и Рима. Културна позадина римске, односно америчке цивилизације, садржај и обим веза које их спајају са старијим које су их створиле, грчком, тј. западноевропском; облици државног уређења, утицаји на уставотворце; спољна политика. 34. од 32–62.

⁴⁹³ *Ibid.* Рим беше страна култура која се постепено приближавала надмоћном грчком културном обрасцу; америчка култура беше саставни део енглеске, односно европске културе раног доба, која стицајем историјских околности није могла преузети највише домете европског културног развоја. Становништво САД водило је порекло махом од житеља Енглеске који су припадали званично непризнатим протестантским сектама. Пошто су се у Америку иселавали углавном нижи и средњи слојеви, америчка колонијална култура била је лишена аристократске префињености највиших уметничких и научних достигнућа европских постренесанских раздобља.

се суштински ради о злоупотреби упоредног права ради промоције сопствених, и туђих идеја, идеологија. Не смеју се потценити геостратешки циљеви јер смо сведоци, већ четврт века, екстремне агресије америчких института у европске, најпре, транзиционе поретке, кроз легислативу и међународне судове, у којим су англоамерички правни институти, материјалног и процесног права преовлађујући. То није никаква случајност јер је свакоме јасно да постоји одговарајући геополитички циљ.⁴⁹⁴

Најопасније је то што се ови геополитички циљеви обистињују и што њихово остварење не носи опште вредности, него најчешће интересе супротстављене нашим интересима а притом они и не представљају никакве цредности. Зато је недавно основан правни часопис управо за очување европско-континенталног права.⁴⁹⁵ Погрешно схватање туђег права, пренебрегавање очигледних чињеница, у служби неких политичких или интересних структура моћи који нису инхерентни империјалним тежњама других држава, него јасно супремативним корпоративним центрима моћи које су покорице савремен свет где суверенизам опада а глобализам надира.⁴⁹⁶

Правна традиција је незаобилазна станица у разумевању права.^{497, 498} Једна од одредница правне културе је правна традиција, улога историјског наслеђа у стварању образаца размишљања, понашања, институција. Право је у запањујућој мери укоренено у прошлости и треба освестити његове дубоке историјске корене.⁴⁹⁹

За тему овог рада, јасно је да су правна свест, менталитет, правна традиција и култура од прворазредне важности у прихватању вансудске реализације хипотеке која нема утемељење у нашој правној свести. која је дијаметралног „пола“ од англоамеричке правне свести. Посебна нарација о суштинском разликовању два менталитета, овоме нашем и ономе њиховом, била би

⁴⁹⁴ Вид. <http://www.novinar.de/2008/03/15/vili-vimer-pismo-kancelaru-gerhardu-srederu.html>. Требало би издвојити неколико закључака са седнице НАТО у Братислави 2000. године, на пример, тачку 3: „Европски правни поредак представља озбиљну сметњу за спровођење планова НАТО-а. У том смислу знатно је погоднији амерички правни поредак за примену и у Европи. И закључак дојена дипломатије: Америчка страна, изгледа, свесна је и спремна да у глобалном оквиру, ради својих циљева, поткопа и укине међународни правни поредак, који је настао као резултат Другог светског рата. „Сила има да стоји изнад права. Тамо где међународно право стоји на путу, треба га уклонити.“

⁴⁹⁵ Вид. <http://kontinentalno-pravo.info/sr/KOPRA/Journal/Index/c6df5216-bc16-4fac-b62b-4e54372d9290>. У два броја, значајни правни стручњаци су указали на предметне девијације и реалне опасности.

⁴⁹⁶ Сад се модификује Монроова доктрина, коју је 2. децембра 1823. пред Конгресом изнео председник САД Џејмс Монро. Ако нека европска сила угрози независност било које америчке државе, САД ће то сматрати непријатељским чином, интервенисаће у одбрани независности нападнуте државе. Монро истиче нужност поштовања три начела: 1) забрана колонизације Америке од европских држава; 2) забрана мешања европских држава у унутрашње ствари САД; 3) САД неће интервенисати и мешати се у европске послове и спорове. Од три, задржана су два, трећи је окренут у супротном правцу.

⁴⁹⁷ Вид. Д. Чепуло, *Еуропска правна традиција*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб 2011.

⁴⁹⁸ Вид. *Гласник права (Herald of Law)*, Правни факултет у Крагујевцу, 2010, ISSN 1821-4630. Џозеф Раз пише: „Не треба мешати то с демократијом, правдом, једнакошћу, људским правима било које врсте и респектом за личности или дигнитет човека (...) владавина права нема нужно морални значај, независна је од демократије и није дистинктна црта демократије.“ Ђорђе Тасић сматра „да је правна држава демократска држава заснована на начелу народног суверенитета, у којој сви органи, али и грађани имају више или мање прецизно одређену надлежност и права која су судски загарантована. Једном речју, то је држава која почива на начелу законитости. Треба закључити да законитост не сме бити садржана у борби против елементарних начела владавине права, јер онда је законитост појам који је супротност правној држави. Дакле законитост елементарно мора бити у паралели с начелима природног права као једино непролазног и вечног права, тог угаоног камена правне државе.“

⁴⁹⁹ Вид. Милена Полојац, *Аквилејев закон и правна култура*, Библиотека *Монографије*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2015.

непријатна, а културни обрасци уопште, а поготово они правни, тешко да би било шта могли упоредити а да не изазове општи једнакозначан исход да је реч о *два света*.

2.5. Разумевање и законитост

Термини закон и право означавају феномене који се с одређеним специфичностима појављују у различитим историјским епохама (...). У Риму су термини закон и право означавани *ius* и *lex*.⁵⁰⁰ Писцима који су се формирали на традицији англосаксонског система права заједничка је тежња ка унификавању западњачког типа законитости, што је до 1961. године и учињено. Англосаксонским писцима је исто тако заједничко оштро критиковање ставова правних писаца који припадају континенталној правној традицији и пракси.⁵⁰¹

По њима, европскоконтинентални правници, то јест „позитивисти“, своде законитост или на „питање чињеница“ или на „процену обавезности закона“, коју стављају у потпуно другачију раван од равни у којој би законитост требало да се посматра.⁵⁰²

Англосаксонски правници истичу да закон у европском континенталном праву „представља првенствен израз смишљеног стварања закона“ максимумом: *Lex est quod populus iubet atque constituit*, и да је формални третман законитости главни узрок разлика у одређивању појма законитости. У Њу Делхију и Лагосу оштро је нападнута Келзенова „чиста теорија права“, нарочито део који се односи на учење о логичкој затворености правног система. По критичарима те теорије, законитост није тек захтев за формалном сагласношћу и тачношћу с односним законом већ у исто време „захтев за сагласношћу закона и одлука са вредностима које се постављају као нужне за постојање слободног друштва“.⁵⁰³

Тим ставовима и расправама постављени су темељи заједничког појма начела законитости. Њихов значај ни данас није усахнуо, све време утичући на правна схватања и праксу. Али ипак треба разликовати владавину права „под правом“ (*sub lege*) од владавине права „путем права“ (*per leges*). У првом случају забрањује се, односно спречава злоупотреба власти, у другом се обезбеђује примена општих и апстрактних правних норми уместо индивидуалних и конкретних заповести. Два захтева не противрече један другом и нису надређени један другом, независно од тога да ли је реч о раду законодавца или судије.⁵⁰⁴

За пуније разумевање процеса унификације законитости интересантно је и најновије учење о постојању две врсте међународне владавине права у смислу *thin* (танке, ретке) и *thick* (дебеле, густе) *rule of law*. Тиме се додатно прави разлика између држава где већ постоји владавина права. Овим другима свакако припадају земље чланице садашње ЕУ, која се сматра специфичном политичком заједницом или „заметком федералне државе“, будућом светском државом, чије је стварање у току. Међутим, најновија ноторно позната дешавања пре иду у

⁵⁰⁰ Вид. Жика Бујуклић, *Вишезначност термина ius и lex и њихов међусобни однос*, 2013, Анали Правног факултета Универзитета у Београду, бр. 2. 21 – 42.

⁵⁰¹ Вид. Коста Митровић, *Учења два велика светска система права о законитости и њихово приближавање*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Журнал за криминалистику и право број 2, <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0354-8872/2014/0354-88721402137M.pdf>, 2014. 137-151

⁵⁰² *Ibid.* 149.

⁵⁰³ *Ibid.* 149.

⁵⁰⁴ *Ibid.* 149-150

прилог распадању те ЕУ. Реч „законитост“ је изведена од речи „закон“. Али, док закон обично означава највиши правни акт када нема писаног устава, или правни акт који је формално подређен само писаном уставу, законитост означава динамичко правно начело којим се најчешће одређује степен ефикасности правног поретка или стање и квалитет датог права.⁵⁰⁵

Осим српске речи „законитост“, користи се и реч „легалност“, изведена из латинске речи *lex* (закон), која означава исто што и законитост (с разним варијантама: „легислатор“, „легишлатура“ итд.). Истог су језичког порекла и друге сродне речи („законодавац“, „законодавство“).⁵⁰⁶

У правној литератури сусрећу се и користе други страни језички изрази: у француском језику *legalite*; у енглеском *legality*, *rule of law*, *government under law* и *due process* (карактеристичан за правну терминологију и праксу САД); немачком *Legalitat*, *Rechtsstaat* и *Gesetzmassigkeit*; у шпанском *Legalidad*; у италијанском *legalita*; руском *законност* итд. Сви ти изрази немају увек исто значење, нису „уходани“, већ имају посебна значења или веома fine нијансе које их практично чине различитим.⁵⁰⁷

На тој основи могу да се разликују изрази за општи нормативни појам (*законитост*, *legalite*, *Legality*, *Legalitat*, *Gesetzmassigkeit*, *Legalidad*, *legalita*, *zakonnost*) од посебних израза за неко од више изведених значења (*Rule of Law*, *Government under Law*, *due process*, *Rechtsstaat*).⁵⁰⁸

Начело законитости се у англосаксонском систему права означава тешко преводивим изразом *rule of law*, који у „ужем смислу означава, ’владавину закона’, а у ширем ’владавину права’“.⁵⁰⁹

Користе се и изрази *government under law*, који уже означава „владу ограничену законом (правом)“, а шире „администрацију ограничену законом (правом)“, или *due process (procedural regularity)*, „поступак заштите људских права и слобода“.⁵¹⁰

У савременој теорији два су главна значења појма законитости. Оба одговарају идејама главних савремених система права: европском и англосаксонском. Европски систем има дугу историју и традицију. Његов одлучујући утицај сачуван је до данас захваљујући рецепцији римског права која се одвијала упоредо с образовањем правника у европским универзитетским центрима, од Болоње (1088) па надаље.⁵¹¹

Такође, утицај доктрине природног права, посебно оснажене великим кодификацијама, учинио је нужним коришћење апстрактних појмова. То је захтевало логичко уобличавање и стварање кохерентног правног система, што се види у потреби за хијерархијом извора права.⁵¹²

⁵⁰⁵ *Ibid.* 137.

⁵⁰⁶ *Ibid.* 138.

⁵⁰⁷ *Ibid.* 139 -151.

⁵⁰⁸ *Ibid.* 140-151.

⁵⁰⁹ *Ibid.* 141-151.

⁵¹⁰ *Ibid.* 142-151.

⁵¹¹ *Ibid.* 143-151.

⁵¹² *Ibid.* 144-151

Најизраженија карактеристика тог система је постојање развијеног писаног и кодификованог система правила, која је лако открити и разумети пошто су одмах доступна. И англосаксонски систем права има дугу историју, од локалног правног система је постао други велики систем који је изнедрила европска култура.⁵¹³

Посматрано из угла европског правног система, односно највећег броја правника, израз *rule of law* означава законитост у материјалном смислу, то јест политички појам.⁵¹⁴

Из угла англосаксонског права и правника, *rule of law* је право значење начела законитости док је законитост коју јој дају правници континента уско схваћена оптерећена „позитивизмом, формализмом и догматизмом“.⁵¹⁵

Разумевања проблема законитости и закона и разумевање појма сукоба закона се одражава и код међународног приватног права.

Термин *conflict of laws* (сукоб законодаобио) је шире право грађанства уз међународно приватно право. Користи се у англосаксонским земљама (...) и не изучава се одвојено већ с међународним приватним правом.⁵¹⁶

Не треба да чуди то што је међу правницима, чикашког колоквијума Међународног удружења за правне науке (*Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*) 1957. године сагласност постигнута само да англосаксонском појму владавине права (*rule of law*) одговара европски појам правне државе (*Rechtsstaat*), који и у немачкој правној теорији има посебно, а не опште значење.⁵¹⁷

Ерго, ово сагледавање свих пет општих несумњиво темељних разлика (могло се извести и више), само је генерални увод у конкретно поређење моргица и хипотеке и њихових механизма правне реализације са јасно структуралним, а и кардинално дисфункционалним дискрепанцама.

⁵¹³ *Ibid.* 144-151

⁵¹⁴ *Ibid.* 1445-151

⁵¹⁵ Вид. <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0354-8872/2014/0354-88721402137M.pdf>.

⁵¹⁶ Вид. Т. Варади, Д. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, Израз „сукоб закона“ потиче с европског континента – сматра се да га је први користио холандски правник Хубер, а „међународно приватно право“ одомаћен у Европи увео је судија Врховног суда САД Стори (Story). 45 и даље.

⁵¹⁷ *Ibid.* 46

Трећи део

СТВАРНОПРАВНА СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

1. Нетематска средства стварног обезбеђења потраживања

Из традиционалног европскоконтиненталног корпуса стварноправних средстава обезбеђења, у најчешће законима уређена и у пракси заступљена спадају: хипотека која се заснива на непокретностима, државинска, ручна и бездржавинска, то јест регистрована залога (обе на покретнинама), право задржавања, то јест ретенције (на покретним стварима) и фидуција.⁵¹⁸ У европском праву је одавно су уређени земљишни дуг, односно реални дуг и његове деривације.⁵¹⁹

Осим њих у последње време (уплив англосаксонског права) све се чешће јавља установа траста. А моргиц (класични уплив англосаксонског права), еквивалент по обезбеђујућој функцији (не – и синоним хипотеке), заслужује централно место јер је управо из тога стварноправног средства обезбеђења изведена – вансудска реализација хипотеке.

Сва друга стварноправна средства обезбеђења потраживања нису строго тематска, али свако од њих има поједину или пак читав низ заједничких црта, начела а и специфичности (облик, врста, модел), у тој мери да без њиховог приказа није могуће свеобухватно сагледати моргиц и хипотеку, па тиме ни вансудску реализацију хипотеке. Без њих би разумевање проблема којим је тема заокупљена остало оскудно, уз низ недостатака. Тема је зависна, тј. веома „акцесорна“ од тих нетематских установа средстава обезбеђења. Приказ најзначајнијих реалних средстава обезбеђења потраживања у служби је теме.

Сучељавање хипотеке и моргица, уз објашњење основних узрочника (разлике два правна система), показале вишеслојне инкомпатибилности, али и контроверзност правног механизма вансудске реализације хипотеке. Поређења ради, увид у сличности и разлике нетематских средстава стварноправног обезбеђења, и њих самих међусобно, и с моргицом и спрам хипотеке, како су и где прописана и заступљена у стварном правном животу, и код нас и другде, објасниће *ratio legis* увођења механизма вансудске реализације и код *наше* хипотеке.

Јер, тај механизам је већ озакоњен и у пракси функционише код неких нетематских средстава обезбеђења (код нас, у земљама бивше СФРЈ и неким земљама два велика правна система). Штавише, процесни институт вансудске реализације хипотеке има низ додирних тачака са следственим инструментима стварног обезбеђења потраживања, што ће дати свеобухватнију материјалну и процесну подлогу за аргументовање конкретног проблема. Зато

⁵¹⁸ Ту је капара, кауција, финансијски лизинг итд., па „трећа генерација“, факторинг, фортфетинг...

⁵¹⁹ Изворно конципирани у Немачкој, земљи оригинатора неакцесорних средстава обезбеђења.

ћемо почети од фидуције да бисмо стигли до траста. А уз то и *de lege lata*, и по Нацрту законика о својини и другим стварним правима из 2012. и по Преднацрту грађанског законика Србије из 2015. године, без обзира на то што су ова два велика пројекта у застоју, не престаје да буде актуелна али и објективно потребна кодификација грађанског права. У томе видимо и искључење свих оних иританата и реметилачких правних института у циљу стварања кохерентног унутрашњег правног поретка.

1.1. Фидуција

Фидуција као средство обезбеђења потраживања има правну структуру која је налик моргици, а не хипотеци. Наиме, свуда где се примењује и постоји назива се барем колоквијално: условни пренос права својине. Тај пренос права својине на повериоца из неке облигације траје све док повериоцу не буду испуњене обавезе из ње. Дотад је титулар права својине. Дотадашњи ималац права својине је дужник из неке облигације, који преносом права својине на облигационог повериоца, на пример, зајмодавца, обезбеђује да ће зајам о року и то уредно вратити. Уколико се то не догоди, дотадашњи условни титулар права својине то постаје и „дефинитивно“ кроз одговарајући управни поступак. У Црној Гори је то „покушано“ и то са „великим жаром“, па након деценију напуштено, јер законодавац једноставно није прописао правни механизам депосесије, а уз то ни ваљан правни механизам уновчења покретне или пак непокретне фидуковане ствари. У Србији је одмах, ставовима највиших инстанци, оглашен за недозвољен правни посао због „комисорне правне нарави“, па никад није уопште заживео.

Иначе га има у неким земљама, па би га ваљало размотрити из два разлога: прво, ради потребне компарације у пракси и легислативи с моргицом и због његовог механизма реализације (структура и процедура); друго, како би се сагледавањем мана овог средства и начина обезбеђења компарирала вансудска реализација хипотеке, будући да она у пракси често завршава, заглављује, у истом дугом парничном депосесионом поступку.

Фидуцијарни уговор (лат. *fiducia* – веровање, поуздање, јемство, залога; *fiduciarus* – бити поверен) – уговор којим се једна страна (фидуцијант) обавезује да ће неко имовинско право (својину или потраживање) пренети на друго лице (фидуцијара), за ког настаје обавеза да то право, после протеча одређеног рока или испуњења предвиђених претпоставки, врати фидуцијанту или трећем.⁵²⁰

Европска правна култура познаје институт фидуције. Имајући у виду да је рецепција римског права у Европи вршена постепено, углавном на основу Јустинијанове кодификације,⁵²¹ фидуција није имала пажњу правне науке до XIX века. Она је поново откривена тек у XIX веку када се правна наука у рецепцији римског права окренула и другим изворима римског права, између осталог, Гајевим Институцијама, у којима је тај институт детаљно описан.⁵²²

⁵²⁰ Вид. Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, ЛП Сл. гласник, Београд 2008, Фидуцијарни правни посао потиче из римског права и по мишљењу романиста то је најстарији начин обезбеђења. 83.

⁵²¹ Атила Дудаш, *О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2014, „У Јустинијановој кодификацији се фидуција више ни не спомиње као правни институт.“ 209–220.

⁵²² *Ibid.* Траст у оном смислу, у којем постоји у англосаксонском праву, пре свега због различитог поимања својине у овим двома правним културама. Док се англосаксонско право заснива на подељеној својини, у смислу да на истој ствари може постојати више, по квалитету различитих облика својине, у континенталном, својина је

Фидуција је најпре продрла у судску праксу *Немачке* и *Швајцарске* и служила је углавном истим функцијама као у римском праву: управљању туђом имовином (*Treuhand*) или обезбеђењу потраживања преносом права својине (*Sicherungsübereignung*). У аустријском праву фидуцијарни правни послови такође нису уређени, а судска пракса и правна наука имају подељен став о допуштености и дејству. У *Чешкој* се фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања толерише аналогно институту фидуцијарне цесије, док се у *Бугарској* и *Мађарској* не толерише ни у том облику. Фидуцијарни пренос својине није законски уређен у *Пољској*, али га допушта Врховни суд.⁵²³

Због битног разлике правне форме и економске садржине код фидуцијарног преноса својине, врло је мали број европских држава које га изричито уређују јер се европско приватно право одликује настојањем да се сачува (или успостави нарушени) склад правне форме и економске садржине одређеног правног института. Прва земља која је у Европи законски уредила савремени облик фидуцијарног посла је *Лихтенштајн*, Закон о личним привредним друштвима (*Gesetz über Personen – Gesellschaftrecht*) 1926. Донедавно ниједан од класичних европских грађанских законика (немачки, француски, италијански и швајцарски) није уређивао фидуцију.⁵²⁴

Француска је после тродеценијских напора и више законодавних неуспеха коначно законски уредила фидуцију 2007. године изменама Грађанског законика.

У групу земаља где је уређен фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења спадају *Црна Гора*, у којој је 1996. донет Закон о фидуцијарном преносу својине, и *Хрватска*, у којој овај институт уређује Закон о власништву и другим стварним правима из 1996. а делом Овршни закон из 1996. То је Хрватској створило многе невоље и правне проблеме.⁵²⁵ У *Македонији* је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења уређен у Закону о извршном поступку (чл. 252а–252ђ), при чему су нормативна решења углавном преузета из хрватског права. У ту групу држава спада и *Грчка* која је 2000. Законом бр. 2844 уредила фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења. Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења уређен је и у словеначком праву у Стварноправном закону 2002. Али, Законик га детаљно не уређује, већ прописује сходну примену одредаба регистроване залог.⁵²⁶

Упркос ретким примерима нормативног уређења фидуције, односно неке друге врсте правног посла која остварује сличне функције као траст, интересовање за трастом постаје све израженије и у европској цивилистици. Сматра се да ће у поступку израде европског грађанског законика установа траста бити једно од централних питања јер је готово једини институт у вези са којим земље англосаксонског права могу да дају оригинални допринос у хармонизацији европског имовинског права.⁵²⁷

стварно право које у себи има најширу власт на ствари, уз које друго својинско право са сличним обимом овлашћења не постоји (*пандан фидуцији*).

⁵²³ *Ibid.* 209–220.

⁵²⁴ *Ibid.* 209–220.

⁵²⁵ Вид. Ханс Ернст, Романа Матановац Вучковић, *Пријенос права ради осигурања – недоречености и недовршености*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Зборник Правног факултета у Ријеци 2012, 145-186

⁵²⁶ Вид. Атила Дудаш, *О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Зборник радова Правног факултета Нови Сад, 2014, 209-227

⁵²⁷ *Ibid.* 209–220.

Ако се жели створити европски грађански законик да би био компромис англосаксонског (траст) и европскоконтиненталног права (фидуције), траст је најбољи кандидат да буде предмет уређивања, јер је најочигледнији компромис⁵²⁸ између ове две правне културе.⁵²⁹ У савременом праву сада се актуелизује фидуција у „модерном руху“.⁵³⁰

Истакли бисмо неслагање са претходном тенденцијом прихватања траста као компромиса две велике правне културе, да би он у Европи одменио фидуцију, јер су, како ћемо и доцније видети, модели траста и његове сврхе далеко „забачене“ изван поља права обезбеђења поражавања, понајвише се то може констатовати када се извиде различити бенефицијари који ничу или им је дата могућност да израсту из подељене својине ангоамеричког права из кога модела „својине“ избијају и ничу разни трастови. Уосталом, због чега уопште компромиси. Даље, ваља видети још дефинисања и разумевања установе фидуције као средства обезбеђења.

Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања постоји када дужник – фидуцијант пренесе право својине на одређеној ствари на повериоца фидуцијара, с циљем обезбеђења потраживања које фидуцијар има ка фидуцијанту. Фидуцијарни пренос својине врши се на основу фидуцијарног правног посла, где се фидуцијант обавезује да пренесе својину на фидуцијара, а фидуцијар се обавезује да право својине врши у интересу фидуцијанта и да по намирењу потраживања пренесе право својине фидуцијанту. Ако дужник фидуцијант не испуни о доспелости обезбеђено потраживање, фидуцијар ће га намирити из вредности ствари коју има у фидуцијарној својини.⁵³¹

Начин стицања (*modus acquirendi*) фидуцијарне својине је предаја покретне ствари, односно упис у одговарајући јавни регистар непокретности.⁵³² У модерном праву, пренос фидуцијарне својине на покретним стварима врши се фиктивном предајом ствари, путем *constitutum possessorium*. На тај начин се постиже бездржавинско залагање покретних ствари. Фидуцијарни правни посао је сложен правни посао. Обухвата два уговора: стварноправни уговор о преносу права својине и облигациони уговор о ограничењу пренетог права којим се фидуцијар обавезује да врши својину у интересу фидуцијанта и да му је по исплати обезбеђеног потраживања пренесе натраг.⁵³³

⁵²⁸ Не видимо разлоге зашто и с ким правити компромисе „две правне културе“ након тзв. брегзита.

⁵²⁹ Вид. Атила Дудаш, *О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије*. Интересовање за траст у контексту европског права порасло је након усвајања Хашке конвенције о меродавном праву за траст и признавању 1985. Протеклих двадесетак година више нормативних пројеката било је посвећено институту траста у европском правном окружењу. Први су *Начела европског права о трасту* из 1999. године. Пројекат Међународне групе за европско право траста „Ка директиви ЕУ о заштићеним фондовима 2009“. О правом продору траста у европску правну науку најубедљивије говори Нацрт заједничких оквирних правила (*Draft Common Frame of Reference*) из 2009. и поглавље посвећено трасту (Књига десета), с врло детаљном регулативом. 209–220.

⁵³⁰ *Ibid.* 209–220.

⁵³¹ *Ibid.* 209–220.

⁵³² Вид. Милица Вучковић, *Фидуцијарни пренос права својине ради обезбеђења у савременом праву*, Правни факултет Универзитета у Нишу, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору LXII*, пројекат бр. 179046, финансиран од Министарства просвете и науке Републике Србије, 2012.

⁵³³ *Ibid.*

Фидуција је апстрактна – кауза није видљива трећим лицима. Њена битна карактеристика је непотпуност правних овлашћења: фидуцијар је формалноправно власник ствари, али он има само овлашћење располагања стварју ограничено облигационим уговором (*pactum fiduciae*). Фидуцијант, код фидуције, као бездржавинског средства обезбеђења, задржава овлашћење држања, употребе и убирања плодова. Ствар на коју се односи фидуцијарно обезбеђење је у имовинској маси фидуцијанта а својина код фидуцијара.⁵³⁴

Фидуцијант је економски власник, а фидуцијар правни власник. У француском и другим правима романског правног круга, фидуцијарни уговори се сматрају недопуштеним, јер се практично ради о комисорној клаузули која је забрањена.⁵³⁵

Нацрт ЗСДСП из 2012. године предлаже увођење „поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине“, налик фидуцијарном обезбеђењу потраживања.⁵³⁶

У *Црној Гори* фидуцијарно обезбеђење потраживања регулисано је Законом о својинскоправним односима којим су преузете одредбе ранијег Закона о фидуцијарном преносу права својине. Црногорски законодавац дефинише фидуцијарну својину као условно стечено право својине на покретној или непокретној ствари које овлашћује повериоца да пре осталих поверилаца наплати његово доспело потраживање, без обзира на то код кога се ствар налази.⁵³⁷

У *Словенији* је фидуција уређена Стварноправним закоником. „Фидуцијарни пренос власничког права“ је бездржавинско средство обезбеђења потраживања, које се може конституисати као акцесорно право обезбеђења – фидуцијарни пренос својине под раскидним условом (испуњење обезбеђеног потраживања) и као неакцесорно право – безусловни фидуцијарни пренос својине. Када је конституисано као неакцесорно право, фидуцијарно обезбеђење може послужити обезбеђењу већег броја потраживања фидуцијара према фидуцијанту, а може имати и функцију тзв. мирујућег осигурања, које ће произвести правно дејство с настанком потраживања, чијем обезбеђењу треба да служи. Немачка судска пракса признаје важност споразуму о преносу својине на покретнинама уз фиктивну предају путем *constitutum possessorium*. Тај институт води порекло из обичајног трговачког права и није законом регулисан.⁵³⁸

У *Аустрији* фидуцијарно обезбеђење није регулисано законом. Примењује се у пракси, али није бездржавинско реално средство обезбеђења. Аустријска правна теорија је била подељена по питању допуштености фидуцијарног уговора. Спорна је била кауза правног посла или подобност да буде правни основ преноса права својине, веома важно питање за правни

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ Вид. Вучковић, *Фидуцијарни пренос права својине ради обезбеђења у савременом праву*. У праву Србије фидуцијарно обезбеђење потраживања није регулисано. Судска пракса је подељена по питању допуштености. Виши судови су склони да фидуцијарне уговоре третирају као подврсту заложног уговора и одричу им пуноважност, позивањем на забрану комисорне клаузуле, или их сматрају делимично ништавим због ове клаузуле. Нижи судови указују на једну од предности фидуцијарног обезбеђења: *ефикаснија реализација вансудском наплатом потраживања*. Већина теоретичара сматра да овај институт треба допустити у нашем праву и законом га уредити. Од судова треба очекивати еластичнији приступ фидуцијарним правним пословима, имајући у виду позитивне примере немачке и швајцарске судске праксе.

⁵³⁶ Вид. чл. 648 и чл. 651.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid.*

систем који, као и наш, припада систему каузалне традиције (да би пренос својине био пуноважан предаја ствари у државину мора следити пуноважан правни посао управљен на пренос својине). По једнима је фидуција недопуштена, јер нема за циљ коначни пренос својине, други казу виде у њој самој: својина се преноси с циљем обезбеђења потраживања, да би била пренета натраг, ако се обезбеђено потраживање уредно испуни.⁵³⁹

У Немачкој су у пословном промету чести случајеви конституисања фидуцијарног обезбеђења на робном лагеру и другим скуповима ствари с променљивим саставом.⁵⁴⁰

У праву Србије не постоје законска решења о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења. У судској пракси фидуцијарно обезбеђење потраживања изазива подељена мишљења. Део судске праксе фидуцијарне уговоре сматра подврстом заложних уговора и ништавим због повреде забране уговарања комисорне клаузуле. Већински став правне теорије је да нису ништави и да их треба правно регулисати или у судској пракси признати њихово постојање и допуштено. Сматрамо да фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења треба уредити у нашем праву. Анализом једне пресуде закључено је да уговор о фидуцијарном преносу власништва од 24. октобра 1994. није уговор о залози и да не стоји тврдња да је противан правилу о забрани *lex commissoria*.⁵⁴¹

Пошто је фидуција 1996, исте године када и у Црној Гори, уведена у право Хрватске, створиле су се многе теоријске и практичне компликације. Наравно да се то тиче процесног правног пута како да установа реципирана из римског права добије делотворност и легитимитет, правичност и функционалност. Видне су законске интервенције у Хрватској.⁵⁴²

У Црној Гори су се од 1996. почели одвијати процеси за стварање ефективнијих и ефикаснијих средстава стварноправног обезбеђења, прво Законом о фидуцији 1996.⁵⁴³ и Законом о хипотеци 2004. године,⁵⁴⁴ а 2009. су оба закона *ad litteram* „стопљена“ у ЗСПО.⁵⁴⁵

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења је сигурно и ефикасно средство обезбеђења потраживања. Код непокретности, сигурност се постиже уписом преноса у регистар непокретности уз забележбу фидуцијарног преноса својине. Брзи и једноставни начини реализације фидуцијарног обезбеђења без спорог и скупог механизма судске реализације чине фидуцију ефикасним средством.

⁵⁴¹ Вид. Ненад Тешић, *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, *Правни живот* 10/2002, 107–116.

⁵⁴² Вид. Јожица. Матко Руждјак, *Намирење фидуцијарног вјеровника на некретнини – примјена Овршног закона јавна бележница у Загребу*. Зборник број 6 Правног факултет у Загребу, 2016. Измјенама ОЗ/12, које су ступиле на снагу 1. јануара 2015, омогућена је продаја и новим обликом јавне дражбе *електроничком јавном дражбом* и јавни бележник може саму продају некретнине поверити Агенцији. Уговор о купопродаји мора бити склопљен у форми јавнобележничког акта и јавни бележник уговор склапа с купцем у име веровника (ОЗ – предлагатеља осигурања). За споразуме склопљене за време ОЗ/03, од 8. новембра 2003. до 27. јула 2005. (чл. 277), јавнобележничка дражба прописана је као начин намирења (веровник не може преузети пуноправно власништво). Он је на снази од 15. октобра 2012, а за фидуцијарно осигурање тражбине најважније су измене (НН 93/14), које су на снази од 1. јануара 2015. По ОЗ/12, који је био на снази до 1. јануара 2015, у поступку намирења фидуцијарног веровника није било разлика у односу на ОЗ/05. (на снази од 15. октобра 2012) а у односу на фидуцијарно осигурање тражбине најважније су измене (НН 93/14) на снази од 1. јануара 2015. године. Догодило се само пренумерирање одредаба о фидуцијарном осигурању. Код судске оврхе на некретнини је новина да се у оврси више не продају путем судске јавне дражбе већ искључиво путем *електроничке јавне дражбе* коју проводи Финанцијска агенција. При томе је цео поступак и даље у судској надлежности, а продаја законом је поверена Агенцији (чл. 95, 95 и 97 ОЗ/12).

⁵⁴³ Вид. Закон о фидуцијарном преносу права својине, *Сл. лист ЦГ* 23/96.

⁵⁴⁴ Вид. Закон о хипотеци, *Сл. лист ЦГ* 71/04.

⁵⁴⁵ Вид. Закон о својинско-правним односима, *Сл. лист ЦГ* 19/09 од 13. марта 2009.

Фидуција је трајала у пракси до пресуде Управног суда⁵⁴⁶ а спровођена кроз административно извршење по чл. 46 Закона о етажној својини. Кад су ефекти по том ослоњу отпали 2006. године, фидуција је као нефункционално обезбеђење потраживања отпала.

Нов ЗИО⁵⁴⁷ је посредно уговор о фидуцији уврстио у извршне исправе,⁵⁴⁸ због форсирања вансудске реализације хипотеке. Фидуција је, истина неизричито, „нашла извршност као нотарски акт“⁵⁴⁹ почеком примене Закона о нотарима.⁵⁵⁰

Изузев депосесије сад обезбеђене нотарским записом,⁵⁵¹ нерешен проблем је управни поступак, па управни спор, који у правилу траје дуго, да би коначна одлука о дефинитивном власнику стекла правни квалитет правноснажности. Није спорно да се коначна одлука може извршити, односно да је као појединачни управни акт, уз то што је коначна и извршна, али је превелик ризик упустити се у извршење, а управна пресуда све врати на почетак.

То је било баш тако и са вансудском реализацијом у Србији, по одлуци Уставног суда. И иначе *ex lege* сваки коначни појединачи управни акт подлеже преиспитивању путем управне тужбе (ЗУС).^{552, 553, 554}

Поново ћемо нагласити да је, према дефиницији о условном преносу права својине (условном и регистровано формализованом), ова установа врло блиска класичном америчком моргицу. Наиме, и код класичног америчког моргица право својине се одмах преноси на повериоца и то истозначењски, под раскидним условом, у зависности од тога да ли се услов оствари или не оствари, наступају, као код фидуције и код моргица, исте правне последице. Само је разлика у „функционалној разради примене ова два средства обезбеђења“, једно, како је то уређено и организовано у САД, друго, како је то организовано у Црној Гори. Нема дилеме да фидуција, као и класични амерички моргиц, по дефиницији ствари – не спада у корпус заложних права већ у инструменте обезбеђења потраживања. Амерички моргиц има сопствену историјску дугу раван, за разлику од фидуције данас, која истина потиче из римског права, али није и реципирана у већини европских земаља. Предност је дата хипотеци. Могуће је да је то зато што је изворно и у римском праву хипотека потиснула фидуцију као првобитно средство обезбеђења. Могуће је да концепт моргица није изворни англосаксонски производ већ

⁵⁴⁶ Вид. Прилоге – пресуде Управног суда ЦГ, посл. бр. У – 919/2006. од 28. децембра 2006, али и из 2005.

⁵⁴⁷ Вид. ЗИО Црне Горе (22/17, 76/17, 25/19 од 30.04.2019) где преко члана 18 става 1 тачка 4 упућује на извршни нотарски запис као извршну исправу.

⁵⁴⁸ Чл. 18, ст. 1, тач. 4 (нотарски акт) ЗИО, *Сл. лист ЦГ* 36/11, 28/14, 20/15, 22/17, 76/17, 25/19.

⁵⁴⁹ Пракса је створила појам „дефинитивни“ (хтело се рећи да више није условни) власник, али је настао други непремостив нов проблем у депосесији путем административног извршења. Након 12 година проблем депосесије је решен нотарским записом који је озакоњен као извршна исправа.

⁵⁵⁰ Вид. Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС* 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15.

⁵⁵¹ Вид. Закон о нотарима, *Сл. лист Црне Горе* 68/05, бр. 49/08, 55/16, 84/18, чл. 52. У форми нотарског записа сачињавају се: правни послови чији је предмет пренос или стицање својине или других стварних права на непокретностима (ст. 6). Нотарски запис је извршна исправа; на основу нотарског записа, на основу којег је у катастру непокретности уписана хипотека на одређеној непокретности (...). Наравно да би се сем хипотеке требала навести и фидуција, па се јасно закључује да се заобилази и своди на извршност самог нотарског записа, што могуће може изазвати додатне и грубе конфузије (чл. 54).

⁵⁵² Вид. Закон о управном спору, *Сл. гласник РС* 111/09).

⁵⁵³ Вид. Закон о управном спору, *Сл. лист Црне Горе* 54/16).

⁵⁵⁴ Вид. чл. 353 до 383 ЗСПО ЦГ (није било измена иницијалног текста закона ЗФ из 1996).

преформулисана фидуција, коју су Енглези реципирани из римског права, а енглеску правну доктрину и обичаје консеквентна пракса је преобличавала до данашњих модалитета. Сматрамо да је проблем то што су остале норме црногорске легислативе о фидуцији „заложног карактера већином с начелима заложног права“ (бездржавинске залог), што је супротстављено не само теоријским схватањима већ недоследно пракси. То је евидентно на основу увида у норму ЗСПО о фидуцији.⁵⁵⁵

Ту је и зачета идеја вансудске реализације хипотеке, то јест приватне реализације фидуције, као импровизација из „нужде“, јер у Немачкој фидуција има потпуно разрађену структуру.⁵⁵⁶

Треба указати на сличности и разлике фидуције, траста, лизинга са заложним правом и са бездржавинском залогом, на подударана и разилажења. Уговором о финансијском лизингу давалац лизинга се обавезује да преда неку ствар на коришћење примаоцу лизинга, на одређено време, а прималац се обавезује да плати у ратама одређену накнаду и да по истеку уговореног рока врати ствар даваоцу лизинга, да продужи коришћење или ствар откупи. Предност лизинга је у могућности да се сопствена средства растерете и употребе у друге сврхе. Прималац, у складу с начелом „*pay as you earn*“, плаћа лизинг накнаду од прихода које оствари употребом предмета лизинга.⁵⁵⁷

Сличности су врло приметне. Лизинг и регистрована залога спадају у бездржавинска средства обезбеђења, а поверилац није у поседу оптерећеног добра.

Разлике си: код финансијског лизинга право својине је у „служби“ обезбеђења потраживања, а код регистроване залог уговорне стране уписом у регистар конституишу ново стварно право уже од права својине. Дакле, оба стварна права, право својине и заложно право као *ius in re aliena* служе отклањању неизвесности својствене облигационим правима.⁵⁵⁸ Институт фидуцијарног преноса права има вишеструке изворе у Хрватској.^{559, 560, 561}

⁵⁵⁵ Вид. чл. 375.

⁵⁵⁶ Вид. Ненад Теших, *Регистрована залога*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007.

⁵⁵⁷ Уговори о лизингу се у пракси избегавају јер су и камате, као и разни трошкови, исувише високи.

⁵⁵⁸ Регистрована залога је наравно у корпусу заложних права, фидуција то није, она је средство обезбеђења потраживања и зато нема правну природу, као ни већину начела заложног права. Ималац права својине је лизинг компанија, која купује ствар од испоручиоца по избору корисника лизинга, па је све време лизинг поверилац искључив својински титулар, али услован, што зависи од тога да ли ће корисник лизинга испуњавати обавезе плаћања лизинг ануитета, који су, понављамо, енормни. Основна предност лизинг повериоца је то што је судски поступак депосесије корисника изузетно брз.

⁵⁵⁹ Вид. Овршни закон (прочишћени текст), *НН* 112/12, 25/13 – измене и допуне 93/14, 55/16, 73/17, 131/20.

⁵⁶⁰ Вид. Х. Ернст, Р. Матановац Вучковић, *Пријенос права осигурања – недоречености и недовршености*, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Загребу*, Ријека 2012. Хрватско право је прошло сложен процес уређења фидуције, и због неразумевања и због неадекватног усвајања савремених облика финансирања. Генеа је условљавана транзицијом и активирањем умртвљеног капитала у непокретностима. Уведена је ОЗ 1996. као апсолутна новина у циљу да потисне заложно право. Мотив бољег учинка и механизма ефикасне реализације је и данас најизраженији проблем.

⁵⁶¹ *Ibid.* Михаило Дика: „Увођењем посебног судског и јавнобилежничког осигурања хтјело се... омогућити вјеровнику стјецање у материјалноправном смислу вишег ступња осигурања од онога што га пружа заложноправно осигурање – стјецање власништва на ствари односно права, умјесто заложног права на тим предметима осигурања. Затим створити правозаштитни инструментариј који би омогућавао да се у споразуму... с правном снагом судске нагодбе утврди тражбина фидуцијара према фидуцијанту и сугласност фидуцијанта (и трећега, ако би њему припадао предмет осигурања) да се ради осигурања те тражбине (безувјетно) пренесе на фидуцијара власништво на одређеној ствари односно које право фидуцијанта (или трећега) (*clausula assicurandi*),

Хрватско право предвиђа комплексан модус стицања заложног права на праву утолико што предвиђа два конститутивна елемента: цесију и нотификацију из више извора: пренос права по ЗОО (уређује цесију),⁵⁶² а не прихвата основно разликовање фидуцијарне цесије и заложног права на праву већ да ли је регистровано или нерегистровано обезбеђење. Фидуцијарна цесија је утемељена и на правилима ЗОО и правилима извршног права (судском /јавнобележничком) обезбеђењу потраживања, али само код судске и јавнобележничке фидуцијарне цесије постоји конститутиван упис у уписник. У односу на заложно право, фидуцијарно обезбеђење је агресивније и ексклузивније, али неприлагођено самој обезбеђујућој функцији. Развој тог обезбеђења је последица тековине ЕУ и тренда зближавања заложноправног и фидуцијарног осигурања.⁵⁶³

Ако хрватска доктрина и легислатива имају полисемичне и, рекли бисмо, амбивалентне и крајње неконзистентне ставове, то уопште није сличај у судској пракси.⁵⁶⁴

Тиме закључујемо са модификацијама и варијантама, са креацијама и формама фидуције, као и са предностима и особеностима које евентуално треба размотрити у склопу ове теме: колико је и на који начин фидуцијарна реализација слична а колико различита од вансудске реализације хипотеке, које механизме фидуција може имати и чему све служи.

У једном се можемо свакако сви сложити: као и вансудска реализација хипотеке, и правна установа фидуција била је заступљена у стварном промету, онда је нагло обустављена, па затим катапултирана, али сада као нека нова извршна исправа, што омогућава реализацију путем суда или јавних извршитеља који јесу под значајном контролом суда. За разлику од вансудске реализације, код фидуције није никад заживело оно најпогубније, као код моргицоване хипотеке: фидуција није у фази реализације никада постала, поједностављено

да се на темељу тога споразума изворно... али и извансудско остварење тражбине у случају закашњења фидуцијанта.” (Западноевропске земље су фидуцијарне преносе развиле раније, као немачко и енглеско право, али из других разлога. Енглеско право је од почетака у *common law* развијало моргиц.)

⁵⁶² Вид. Ернст, Матановац Вучковић, *Пријенос права осигурања – недоречености и недокончености*, 2012. Данашњи ЗОО уређује цесију ради обезбеђења са идејом о цесији права на заложног повериоца по аналогији која се вуче између заложног права на покретнинама и заложног права на правима, при чему је архетип потоњег заложно право на потраживању. Аналогија је у предаји ствари у државину, која је немогућа код права, па је фидуцијарни пренос некакав еквивалент традиције. Све то је праћено нотификацијом како би се спречило да дужников дужник заложено потраживање испуни дужнику и тиме отежа повериочево намерење. Међутим, ако се и код заложног права тражи повратна цесија, то би било супротно правилу о акцесорности. Практично, разлика није толико значајна јер се у оба случаја мора провести додатни акт, у виду нотификације. Кад се ради о регистарском заложном праву, остаје упис, па свакако треба посебно доказати престанак. Па ипак, након испуњења, код заложног права долази до реалне суброгације у заложно право, а не у фидуцијарну својину на предмету испуњења јер је залога основни облик обезбеђења потраживања. У односу судског и јавнобележничког фидуцијарног обезбеђења заснованог по ЗОО, главна је карика да у правилу нема извршне исправе. Стога, да би се уопће могло приступити реализацији из фидуцијарно пренетог права ваља најпре исходovati извршну исправу, тј. покренути парницу. Тек кад се добије извршна исправа, могуће је приступити принудном извршењу.. Вид. <https://hrcak.srce.hr/file/130438>.

⁵⁶³ Код *финанцијског осигурања* то је најочигледније јер се уистину ради о хибридном институту. Оно и код заложноправног типа показује сличности с фидуцијарним, зато је финансијско осигурање преферирано у поредбеној и међународној пракси. Код осталих је објеката осигурања то мање изражено, тим више ако се ради о мање ликвидним правима. Узевши у обзир примену „на одговарајући начин”, која отвара опцију озбиљних интерпретативних двојби *de lege ferenda* било би добро размислити о мање суставном, али издвојеном уређењу. Претходно треба размотрити положај фидуцијарног осигурања у правном систему уопште и напети однос према заложном праву. *Ibid.*

⁵⁶⁴ Вид. Уставни суд Републике Хрватске, одлука број: У-III-3356/2009, Загреб, 20. март 2014.

речено, приватно извршење фидуцијарног повериоца. У промету роба и код предузетника понекад уз одговарајуће услове и јесте, али код непокретности то се није десило.

1.2. Ручна залога

Ручну или државинску залогу овде излажемо у најкраћем, најпре зато што она јесте средство обезбеђења потраживања, па онда зато што свој публицитет, за разлику од недржавинске/регистроване залоге, манифестује државином, па је свакако треба у најсажетом облику размотрити из тако најсведенијег угла инструмента обезбеђења потраживања на покретним стварима. Такође, по нама, државинска залога, за разлику од бездржавинске залоге (регистроване залоге), уз све нијансе и манифестације транспарентности и најперфектнијих јавних регистара, не може ефективније заменити државину, то јест као заложни поверилац кад имате предмет залоге „у својим рукама“: са аспекта залогопримца идеално, а са аспекта залогодавца најнеадекватније због немогућности „израбљивања“ предмета залоге ако му је то сврха. Али ако се не може „израбљивати и од њега убирати профит“, чега може бити у стварности, онда је такав предмет залогe најприближнији државинској/ручној залози повериоца из облигације јер се баш на такав начин најнефективније обезбеђује – непосредном државином.

Заложно право је стварно право на туђој ствари на основу кога поверилац може наплатити своје потраживање из вредности заложене ствари (ако дужник не изврши своју обавезу о доспелости), пре осталих поверилаца. Заложно право на покретним стварима назива се ручна залога или једноставно залога. Залогодавац у правилу предаје покретну ствар у руке заложном повериоцу за обезбеђење потраживања, а овај се може наплатити из вредности заложене ствари ако дужник не испуни дуг о доспелости. Али, за постојање ручне залогe није нужно да је покретна ствар предата залогопримцу, довољно је да се она не налази у рукама залогодавца. Отуда је могуће да постоји ручна залога и у случају када је ствар већ некоме заложена. Заложно право настаје тада у тренутку када залогодавац обавести повериоца код кога је ствар, да је закључен уговор о залози с другим повериоцем и наложи му да по наплати свог потраживања ствар преда другом повериоцу. Заложно право на покретној ствари најчешће се заснива уговором, мада може настати и на основу судске одлуке и самог закона. У нашем праву уговор о залози је консензуалан уговор.⁵⁶⁵ Ручна, то јест државинска залога уређена је у склопу ЗОО, чл. 966 до 996. Наиме, заложно право је једна врста обезбеђења облигације и то једно од стварних обезбеђења. За разлику од личних обезбеђења, ово обезбеђење пружа велику сигурност повериоцу, већу него што је јемство или неки други облици обезбеђења.^{566, 567}

Ручна залога је право чији титулар има државину на ствари, право задржавања и који ужива петиторну заштиту (негаторну и виндикациону) с дејством *erga omnes*, а има и право следовања и право првенства. Сви ти моменти говоре о стварноправној природи овога права. Међутим, не треба занемарити ни друге елементе овог феномена (процесуалне и облигационе),

⁵⁶⁵ Вид. М. Орлић, О. Станковић, *Стварно право*, Номос, Београд 1999, ЗОО СФРЈ је прихватио ручну залогу као консенсуалан, а не реалан уговор, по Скици М. Константиновића. 229, 246.

⁵⁶⁶ Вид. Слободан Перовић, *Коментар закона о облигационим односима*, СА, Београд 1995, 1575 и даље

⁵⁶⁷ Plus cautionis in re est, quam in persona. (Pomponius, D. 50, 17, 25) Вид. Д. Стојчевић, А. Ромац, *Dicta et regulae iuris*, СА, Београд 1989, 386.

што све чини да је ручна залога сложен правни однос у чијој се сржи конституише стварно право.⁵⁶⁸ Овлашћење залогопримца је непосредно повезано са самим предметом залогa и зато му даје карактер стварног права.⁵⁶⁹

Ручна залога (*pignus*) јесте заложно право на покретној ствари које настаје предајом заложене ствари у државину заложног повериоца. Она је, дакле, државинско заложно право на покретности и то је њена битна карактеристика, па се лица у заложноправном односу називају залогодавац и залогопримац (а не власник предмета залогa и заложни поверилац, што је уобичајено за бездржавинске залогe, код којих нема „давања” залогe па следствено ни „примања”). Битно обележје ручне залогe уистину није непосредна државина залогопримца јер, као што ћемо видети, залогопримци другог и нижег ранга немају непосредну државину иако имају заложно право. Битно обележје ручне залогe је немање искључиве државине залогодавца јер би његовом искључивом државином ручна залога изгубила свој публицитет (па, сходно томе, она престаје кад залогодавац заснује искључиву државину).⁵⁷⁰

У нашем праву, ручна залога је уређена још увек у закону којим се уређују облигације (ЗОО).⁵⁷¹ То не значи да заложно право није стварно право, али има утицаја на номотехнику јер се ручна залога уређује и на њу се гледа пре свега као на посебан уговор, па се она уређује с тачке гледишта уређења односа страна у уговору о (ручној) залози. Основна овлашћења имаоца ручне залогe, као стварног права, треба да уређује (стварноправни) закон, сходно начелу уређења битне садржине стварних права законом и ограничења аутономије воље начелом органиченог броја типова стварних права. ЗОО не регулише посебно које потраживање се може обезбедити ручном залогом.⁵⁷²

Њоме се, то несумњиво произлази из природе ствари, може обезбедити свако новчано потраживање, а ако је новчано потраживање изражено у страниој валути, сматра се да је уговорена валутна клаузула.⁵⁷³ Ручна залога се дефинише у чл. 966 ЗОО РС: „Уговором о залози обавезује се дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу.“^{574, 575}

У упоредној пракси, ручна залога је значајна за ломбардни кредит и пословање залагаоница.⁵⁷⁶ Ручна залога се стиче на основу пуноважног уговора о залози, који је *iustus titulus*, закљученог с лицем које је власник ствари која се даје у залогу, односно које је

⁵⁶⁸ Вид. *Лексикон грађанског права*, Номос, Београд 1996, 642.

⁵⁶⁹ Вид. *Правна енциклопедија*, СА, Београд 1979, 1238 (даље: ПЕ).

⁵⁷⁰ О ручној залози вид. Д. Хибер, М. Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Књига прва, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, 138 и даље.

⁵⁷¹ Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО РС, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одл. УСЈ. 57/89, *Сл. лист СРЈ* 31/93, *Сл. лист СЦГ* 1/03 – Уставна повеља, чл. 966 до 996.

⁵⁷² Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, 140 и даље.

⁵⁷³ *Ibid.* (чл. 983 ЗОО РС).

⁵⁷⁴ Вид. Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ* 31/93 и *Сл. лист СЦГ* 1/03 – Уставна повеља, чл. 966 до 996, 18/2020.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ *Ibid.* Ручни залог (*pledge*) био је осигурање тражбине узимањем у посед дужникове имовине као осигурање да ће дуг бити плаћен, а *pawn* залагаоница.

овлашћено (закон каже „способно”) да њоме располаже, што је по ЗОО уједно и услов пуноважности уговора о ручној залози, и предајом ствари која се залаже у државину залогопримца, што је *modus acquirendi*. Предаја се може извршити и трећем споразумно утврђеном лицу, које ствар држи за залогопримца, било као притежалац било као непосредни држалац. Уговор о залози постављен је, дакле, као консензуалан и напуштена је римска традиција уређења уговора о залози као реалног уговора. Притом у обзир долазе све врсте предаје (физичка, симболичка, предаја исправа које омогућавају располагање) које подразумевају да залогодавац не остане у искључивој државини заложене ствари (односно исправе путем које њоме може да располаже).⁵⁷⁷

Осим основног овлашћења типичног за сва заложна права, следовањем снабдевног права *уновчавања* предмета залог ради првенственог намирења обезбеђеног потраживања, ручну залогу, као државинску, карактеришу још нека овлашћења залогопримца и неке његове обавезе. Пре свега, хронолошки први захтев на располагању залогопримцу је онај који проистиче из уговора о ручној залози, а то је захтев за предају заложене ствари у складу са тим уговором. То, међутим, још није овлашћење залогопримца у строгом смислу те речи јер ће поверилац тек реализацијом овог захтева постати залогопримац пошто, као што смо видели, ручна залог настаје предајом. Самим тим залогопримац има овлашћење да заложену ствар држи (право на државину). Државина може да буде непосредна (ако се ствар налази код залогопримца или његовог притежаоца) или посредна (ако се ствар налази код непосредног држаоца а он изводи своју државину од залогопримца као посредног држаоца).⁵⁷⁸

Као и други заложни поверилац, ни залогопримац, због начела акцесорности у припадању, не може располагати правом ручне залог самостално већ то може тако што ће располагати обезбеђеним потраживањем. Имајући то у виду, можемо разликовати две врсте располагања: уступање потраживања обезбеђеног заложним правом и залагање тог потраживања, које се још зове и подзаложно право (подзалога, неретко поготово у старијој доктрини и пазалога). Уступањем (цесијом) обезбеђеног потраживања на пријемника прелази, по сили закона и право ручне залог којом је уступљено потраживање обезбеђено (акцесорност у припадању). Сагласност дужника није неопходна за пуноважност цесије, али до тренутка кад је обавештен о цесији (или иначе сазна за њу) дужник може пуноважно испунити обезбеђено потраживање уступиоцу. Уступилац не сме без сагласности залогодавца предати пријемнику заложену ствар у државину.^{579, 580}

Фаза намирења наступа (...) када доспе обезбеђено потраживање, а ако оно тада не буде намирено, обухвата поступак уновчења предмета ручне залог и намирење обезбеђеног потраживања из тако добијеног износа. Циљ залогопримца у тој фази је да се заложена ствар без обзира на околности што пре прода, а интерес залогодавца је да се постигне најбоља могућа

⁵⁷⁷ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, 140 и даље.

⁵⁷⁸ Вид. ЗОО РС, чл. 976 и 977.

⁵⁷⁹ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Разлог за потоње правило лежи у чињеници да је залогопримац, дужник неких обавеза према залогодавцу, па залогодавцу као повериоцу тих обавеза није свеједно ко му је дужник.

⁵⁸⁰ Вид. ЗОО, чл. 989. Подзалога представља залагање потраживања обезбеђеног ручном залогом, а у том случају, опет као последица акцесорности, на залогопримца потраживања прелази и (под)заложно право. Довољно је истаћи да залогопримац потраживања обезбеђеног ручном залогом, самим стицањем залог тог потраживања, стиче и подзаложно право и да му за то сагласност залогодавца није потребна. Из разлога који су слични ралозима због којих уступилац у случају цесије не сме без сагласности залогодавца предати заложену ствар пријемнику, залогопримац не сме без сагласности залогодавца да да заложену ствар у подзалогу.

цена, односно да се због брзине предаје ствари ствар не прода „испод цене”. У нашем праву, ти супротстављени интереси помирују се применом начела официјелности, препуштањем суду да контролише поступак продаје. Упоредноправно је у случају ручне залогe неретко шире допуштено и намирење вансудском продајом коју обавља сам залогопримац, али наше право вансудску продају у ручној залози допушта сасвим изузетно – ако ствар има прописану цену, а уговором о залози је предвиђена могућност залогопримца да може да прода заложену ствар по тој цени или, ако је реч о ручној залози датој за обезбеђење потраживања, из уговора у привреди (чл. 981 (1) ЗОО РС).⁵⁸¹

Иако коментатори у коментарима ЗОО одредбу члана 980 разумеју тако да је заправо реч о судској продаји, чини се да ништа не стоји на путу тумачењу да залогопримац може тражити од парничног, односно извршног суда да дозволи вансудску јавну продају, то јест продају из слободне руке по текућој цени (кад ствар има тржишну или берзанску цену) или по цени коју процени стручњак (кад би трошкови јавне продаје били несразмерно велики). Заиста, било би крајње необично да један материјалноправни пропис, какав је ЗОО, уређује материју судског извршног поступка уводећи, осим правила ЗИО за покретности, могућност продаје по другачије организованој судској јавној продаји или судску продају непосредном погодбом, по текућој цени, или цени у складу с проценом стручњака. Према нашем мишљењу, залогопримац може спровести намирење било тако што ће, пошто исходује извршну исправу, предмет залогe продати по правилима извршног поступка о намирењу новчаних потраживања продајом покретних ствари извршног дужника, било тако што ће исходовати дозволу суда да ствар прода вансудски, на јавној продаји или непосредном погодбом, по текућој цени, ако ствар има тржишну/берзанску цену или по цени у складу с проценом стручњака ако је организовање јавне продаје несразмерно скупо.⁵⁸² ЗОО предвиђа само један случај престанка ручне залогe, независно од престанка обезбеђеног потраживања – губитак државине залогопримца.⁵⁸³

Залогопримац, као непосредни држалац, ужива државинску заштиту према трећим лицима и залогодавцу као посредном држаоцу, због одузимања или узнемиравања државине. Државинску заштиту залогопримац ужива и кад је посредни држалац. Државинска заштита обухвата и судску заштиту државине и дозвољену самопомоћ. Залогопримац има и петоторну заштиту (*action pignoratitia*, *action hypothecaria*, *vindication pignoris* јесу разни називи једне те исте петиторне тужбе за заштиту заложног права), пошто је ручна залогa стварно право снабдевено правом следовања. Та тужба може да се поднесе против сваког код ког се ствар налази а тужилац захтева предају (повраћај) ствари.⁵⁸⁴

Треба још поменути да и код ручне залогe постоји право екстензивности, то јест протезања, сходно чл. 972 ЗОО РС, те да су сходно члану 973 ЗОО забрањене и тим ништаве

⁵⁸¹ *Ibid.* Залогопримац може сам да прода заложену ствар на јавној продаји, уз обавезу да о томе осам дана унапред упозори дужника и залогодавца, кад није исто лице, и обавести их о времену и месту продаје, а може и да прода заложену ствар по текућој цени, ако она има тржишну или берзанску цену, опет уз обавезу да осам дана унапред упозори дужника и залогодавца. Разлог за одступање од начела судске реализације је потреба брзине одвијања привредноправног промета мања потреба за заштитом учесника у привредном промету, који су по правилу професионалци. Ван тих изузетака, намирење се врши посредством суда. То значи да залогопримац прво мора да исходује извршну исправу, осим ако уговор о ручној залози није сачинио у облику извршног јавнобележничког записа или ивршне јавнобележнички солемнизоване приватне исправе (што су могућности уведене у наше право 1. септембра 2014. кад је почела примена ЗЈБ, у којој се залогодавац подвргао непосредном извршењу).

⁵⁸² *Ibid.* Судска дозвола може се тражити у когницијском/парничном поступку, где би се тражило да се залогодавац обавезе да трпи намирење обезбеђеног потраживања из вредности заложене ствари продајом ради уновчења, те да се залогопримац овлашћује да ствар прода на јавној продаји.

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Ibid.*

клаузуле уговора о залози да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, као и одредба да ће у том случају поверилац моћи по унапред одређеној цени продати заложеноу ствар или је задржати за себе. Постоји само једна правна ограда: ако је у залогу дата ствар чија је цена прописана, уговарачи се могу споразумети да ће поверилац моћи продати заложеноу ствар по прописаној цени или је по тој задржати за себе (став 2 члана 973) и право првенствене наплате по члану 984, према редоследу по члану 985 ЗОО РС. Чл. 439 НЗСДСП из 2012. даје *numerus clausus* заложних права, начела, врсте, начине настанка и дефиницију својинске залогe.

Према чл. 440 НЗСДСП, залогe су: ручна,⁵⁸⁵ регистрована залогa, право задржања, залогa права и хипотека. Заложно право, сем права ручне залогe и задржања, може се имати на сопственој ствари. Код државинске залогe узакоњено је залагање потрошних ствари. Ни ПГЗ из 2015. нема разлика. Као у НЗСДСП, раздвојено је право намирења из уговора у привреди од оног према физичким лицима.⁵⁸⁶ Из угла теме може се закључити да код ручне залогe, истина на покретнинама, реализација залогe није посебно упитна.

1.3.Регистрована залогa⁵⁸⁷

Регистрована, то јест, бездржавинска залогa, самим називом каже да „поверилац из облигације“ нема државину, него је само у јавном „регистрајуе“. Самим тим што она је у том погледу *mutatis mutandis* – једнака хипотеци отвара се централна тема: како на прикладан начин доћи до државине на регистрованој ствари и продати је и уновчити како би намирили потраживање из облигације кад доспе на наплату. Прастаро али и круцијално питање за сваког законодавца: који је најефектнији и најефикаснији правни механизам да залогодавац (поверилац из облигације) дође до државине на ствар, уновчи их, а да не поремети елементарне параметре правичне равнотеже у реализацији, односно да залогодавац не буде обесправљен а заложена ствар буде багателно уновчена.

Нема спора да је одсуство државине а доспелост тражбине на заложеној ствари, односно ствари којом се обезбеђује доспело потраживање на којој поверилац „државину“ тачка прелома у сваком односу сваког тог залогодавца (дужног повериоцу а с државином на заложеној ствари) и таквог залогопримца (с доспелим потраживањем а без државине на ствари према којој има овлашћење да је прода, да је уновчи и тако намири своје потраживање).

⁵⁸⁵ Вид. Нацрт законика о својини и другим стварним правима из 2012. (даље: НЗСДСП) чл. 450. Право залогe је право повериоца (залогопримца) да своје одређено или одредиво доспело потраживање (обезбеђено потраживање) намири из вредности одређене ствари, односно права пре осталих поверилаца и доцнијих залогопримаца те ствари, односно права, без обзира на промену власника те ствари, односно имаоца (залогодавца). Залогодавац може дати залогу за свој или туђи дуг. Залогa може постојати на покретностима, на непокретностима (хипотека) и на правима, настаје на основу једностраног правног посла/уговора (једнострана, односно уговорна залогa), уговора пред судом (уговорно-судска залогa), судске одлуке (судска) или на основу закона (законска).

⁵⁸⁶ Вид. ПГЗ из 2015. Чл. 1518: „Уговором о залози обавезује се дужник или трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар да би се пре осталих могао наплатити из њене вредности, ако му његово потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по намирењу потраживања врати неоштећену залогодавцу.“ Чл. 1519: „Залогопримац стиче заложно право кад му ствар која је предмет уговора буде предата.“

⁵⁸⁷ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Књига прва, О регистрованој залози и залози потраживања, 173, 209 и даље.

Укрштеност права и интереса овде увек долази до највишег конфликтног стадијума, који лавира због разних злоупотреба, и то најчешће с обе стране.

Регистрована залога је продукт новијег времена настала под утицајем (уз свесрдну помоћ коју би могли назвати и притиском) међународног фактора. У наше право уведена је нормативно 2003. године Законом о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар (даље: ЗОЗП), а практично 2005. његовим изменама у вези са Регистром залогe, које су омогућиле његову практичну примену.^{588, 589}

Анализом решења ЗОЗП, поређењем с решењима садржаним у НЗСДСП Србије из 2012. и ПГЗ Србије из 2015. може се извући закључак да бар у битном дају блиска решења. Добра је нормативистика која дели правне положаје физичких лица од привредних субјеката. Наиме, једна је позиција субјекта, овде пре свега мислимо на физичка лица, у моменту кад залажу своју покретнину или потраживање (нема дилеме да је то уговор по приступу, то јест уговор код којег физичко лице из често егзистенцијалних разлога прихвата услове које „диктира“ поверилац, најчешће банка, а сасвим друга по доцњи и немогућност испуњења уговора). Зато су и ЗОЗП и ПГЗ, разумели ту реалност и раздвојили физичка лица од субјеката привреднога пословања. Законски текстови су издвојили физичка лица, тако да су предвидели да могу с повериоцем, то јест залогопримцем, али тек о доспелости, закључити уговор по ком би по одређеној цени поверилац купио заложену ствар, потраживање или ствар или потраживање „присвојити“ за себе.

Није спорно да и привредни субјекти подлежу адхезионим,⁵⁹⁰ то јест уговорима по приступу⁵⁹¹ и диктату повериоца, али су сасвим друга „категирија“ јер потпадају под пословне ризике тржишта, стално су изложени ризицима, где и губе и добијају.

Друга проблематика је залагање потраживања, где недостаје кохеренција закона који уређују облигационе односе и који уређују право својине и друга стварна права, конкретно залогу. Трећа покрива оно што заправо јесте „отворен простор“ за манипулације, а то је утврђивање и доказивање приоритета титулара државинске/бездржавинске залогe. Сматрамо да нису спорне одредбе које уређују супрематију законских залогa, складиштара, превозника, и др., барем због принципа уписа, то јест *prior tempore potior iure*, права првенства и следовања. За ЗОЗП се најсажетије може рећи да је продукт уједначености, иначе стандардних

⁵⁸⁸ *Ibid.* Срећна околност у вези с увођењем ЗОЗП у српски правни систем је то да је радом руководио врстан познавалац домаћег грађанског права проф. М. Орлић, па је текст у значајној мери термилошки усаглашен са остатком домаћег грађанског права, пре свега ЗОО о ручној залози, сем неколико места где је дошло до директнијег утицаја међународних консултаната Модел-закона EBRD.

⁵⁸⁹ Вид. Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар – ЗОЗП, *Сл. гласник РС* 57/03, 61/05, 64/06, испр. 99/11 – др. закони и 31/19.

⁵⁹⁰ Уговорни однос између неједнаких (једна нпр. банка, несразмерно је економски надмоћнија). Друга, има опцију – прихвати или одбиј. Они су слични, али не исти с формуларним који имају састојак „општи услови“ као интерни кодекс. Вид. *Лексикон грађанског права*, 772.

⁵⁹¹ Битно обележје адхезионих уговора је то што је њихове клаузуле унапред одредила једна страна, тако да друга страна није у стању да у предложеним условима било шта мења; она може једино у целости да их прихвати или да се одрекне закључења уговора. (За физичко лице које кредитом решава егзистенцијални проблем, најчешће *кров над главом*, оно је у стању нужде, а не у *бизнис-потреби*). Вид. Јаков Радишић, *Облигационо право*, ЦП Правног факултета Универзитета у Нишу, 2016, 105.

норми заложних појмова, одредница које прате залогу. Чл. 1 ЗОЗП предвиђа домен примене уговора о регистрованој /бездржавинској залози^{592, 593}.

СТИЦАЊЕ се своди на упис у регистар, под условом да је уговор пуноважан. Упис могу тражити оба уговорника, али је природна повериочева потреба за што бржи упис далеко већа. Поверилац то неће моћи спровести ако му дужник/залогодавац не да писану изричну сагласност. Ниједан поверилац неће пре сигурног уписа или истовремено, уплатити зајам и ту не постоји реалан проблем. Стари принцип *нема залог, нема пара* у пракси се чак подразумева.⁵⁹⁴

Предмет залог се могао и предвидети и проширити по концепту *лебдећег обезбеђења, floating charge*,⁵⁹⁵ јер се то средство обезбеђења „простире“ и на досадашњу и на будућу имовину дужника. Дужник као залогодавац задржава могућност да у редовном пословању располаже оптерећеним добром, све до „кристализације“ кад „*floating charge* мења своју природу и прераста у *fixed charge*). Од кристализације поверилац преузима контролу над добрима компаније дужника и одлучује о начину намирења. Посреди је бездржавинско средство обезбеђења. Предмет *floating charge*-а је збир ствари и права (*universitas iuris*).⁵⁹⁶

Хрватска је, као и остале земље транзиције, изабрала плуралитет средстава осигурања.⁵⁹⁷

Нова генерација средстава обезбеђења потраживања су: *leasing, закуп-продаја, цесија, факторинг* и др. То су средства обезбеђења тзв. треће генерације, код којих је појам обезбеђења проширен. Није кључна *правна форма* већ ефекат обезбеђења потраживања.^{598, 599}

У погледу „независног трећег“ залазимо у домен онога што одликује правну нарав таквих уговора. Наиме, тај трећи се кроз уговорна акта у пракси намеће наравно по вољи повериоца, дакле и неспорно, понајмање независан и понајмање по вољи или по пристанку дужника. А независна улога трећих у тзв. вансудским реализацијама је кључна за реализацију свих залогa.

Пошто зајмодавац, у правилу банка, диктира уговор, издиктираће име и све податке свог „независног трећег“. Зајмопримац и уједно залогодавац, на такво нешто, све и да хоће, не може и не жели утицати, јер је у неједнакој позицији. Њему треба новац и прихватиће било кога.

⁵⁹² На правне односе који нису уређени овим законом примењују се прописи којима се уређују облигациони и својинскоправни односи и др. функционална „сродност“ са уговором о цесији. *Ibid.*

⁵⁹³ Правна атрибуција „бездржавинско“ је најрањивија атрибуција бездржавинске залогe.

⁵⁹⁴ Вид. ЗОЗП, чл. 4, 5 и 6.

⁵⁹⁵ Вид. Ненад Тешић, О предмету заложног права, *Правни живот* 10/03, Посреди је залогa генеричких ствари, али је тај случај предвиђен тим законом и за будуће ствари. 122, 123, 124 и даље.

⁵⁹⁶ Вид. Ненад Тешић, *Регистрована залогa*, Библиографија *Монографије*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд 2007, Значајно је то што ово обезбеђење има намену искључиво за привредно пословање код друштава капитала (нпр. а.д., д.о.о.). 107 и даље.

⁵⁹⁷ Вид. Зинка Радић, *Узроци хетерогених беспосредовних осигурања тражбина на покретницима и правима*,. Зборник радова Правног факултета у Сплиту, За разлику од осталих где је извршен директан уплив америчког права, Хрватска је по њиховој доктрини остала у оквиру континенталног правног система. Развој правних института обезбеђења потраживања истина није завршен, јер потребе нових видова тржишта стално траже и нове облике обезбеђења потраживања. 2015. стр. 1009–1035.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, 1031. Данас се институти обезбеђења потраживања деле на институте обезбеђења по природи (средства – *stricto sensu*), изведена на бази својине, те она која по својој изворној намени не служе обезбеђењу повериоца али дају ефект гаранције, па су еквивалент обезбеђења потраживања. Широка је лепеза бездржавинских средстава обезбеђења потраживања. *Ibid.*, 1031.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, 1032.

Наравно то „име“ независног трећег биће још и официјелно уписано у регистар залога. Извесно је да ће се у пракси чл. 21 ЗОЗП често практиковати јер ако је „плод“ издашан, та норма ће, иако гранична са недозвољеним клаузулама,⁶⁰⁰ заживети.⁶⁰¹

У отуђењу предмета залоге (чл. 23) није упитно да ће залогопримац припремити адхезиони уговор увек укључивши чл. 24 ЗОЗП, који искључује клаузулу о рестрикцији права и начин употребљавања предмета залоге. У пракси су детаљно разрађени обрасци зависно од каквоће предмета залоге. Номотехника чл. 27 ЗОЗП о субјективном диспаритету (издвајању физичких лица, иницијално наглашено) у фази намирења је оптимално оправдана.⁶⁰²

По истоветном резонувању, оправдана је и одредба за физичка лица и његову одлуку, не у уговору о зајму/кредиту, „кад се не пита ни сам са собом“, већ о доспелости. Пошто је извод из регистра извршна исправа по чл. 41, ст. 3 ЗОЗП мада, *sui generis*, има друштвено оправдање, јер у супротном би институт залоге био обесмишљен дугим парницама. Поступак депосесије је ригидан, уз кратке рокове и несуспензиван приговор као код финансијског лизинга,⁶⁰³ онако како уређују норме у законима о финансијском лизингу.⁶⁰⁴

Сматрамо да код таквог поступка депосесије не треба ићи у другу крајност реглументирањем и вансудском продајом. Судска реализација по чл. 43 ЗОЗП је оправдана, а вансудска по чл. 44 ЗОЗП није јер ће створити простор повериоцу да с тим трећим независним (а својим), прибави *вишак*, па би вансудски пут као код хипотеке био на штету залогодавца. Залогодавчева тужба суду, у РС и у ЦГ, и код државинске и бездржавинске залоге, као и хипотеке, неделотворно је средство већ „на први поглед“, а у свим законима једнако *преисписивана*. Та тужба нема суспензивно дејство и не може довести до прекида реализације залоге, те је на ивици немогућег исходovati одгађање кроз привремену меру.⁶⁰⁵

Савесност купца, то јест стицаоца права својине на аукцијама ниједан закон о вансудској реализацији није довео у питање, па ни овај. А могао би бар оставити „мало простора“ јер је посреди својеврсно модерно приватно извршење, па зато нико разуман не би смео

⁶⁰⁰ Вид. Јелена Бркић, *Недозвољене одредбе код уговора о залози у нашем праву*, Правни факултет, Нови Сад 2011. Забране треба размотрити и у склопу других норми које се њих тичу у ЗРЗ, али су одступања у данашњем времену оправдана: *lex commissoria* – комисорна клаузула (овлашћење повериоца да присвоји заложену ствар ако залогодавац падне у доцњу); *pactum Martiano*, тј. марцијанска клаузула, да поверилац присвоји или прода заложену ствар по унапред одређеној цени, *pactum antichreticum* (антихреза – грч. *anti* – користити уместо неког, *hresis* – нужда); антихретичка клаузула, која даје повериоцу право да убире плодове. Не и да ствар употребљава и њоме се служи.

⁶⁰¹ Вид. ЗОЗП, чл. 21.

⁶⁰² Дакле, дозвољива је и у доброј мери, иначе забрањена, „блага“ марцијанска и комисорна клаузула, што је на тржишту и привредном пословању схватљиво. Притом, овде је уведен и Константиновићев стандард „разумног и пажљивог човека“, што би у недостатку тржишне цене требало бити довољно.

⁶⁰³ Вид. Закон о финансијском лизингу, *Сл. лист Црне Горе* 81/05, бр. 73/10, 40/11. чл. 17.

⁶⁰⁴ Вид. Закон о финансијском лизингу, *Сл. гласник РС* 55/03, 61/05, 31/11, 99/11 – др., чл. 20.

⁶⁰⁵ „Подношење тужбе не спречава намирење, изузев ако залогодавац поднесе јавну исправу или приватну исправу оверену на законом прописан начин која садржи доказ да повериочево потраживање или заложно право не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен.“ Ту је и почетак и крај. Да је залогодавац имао неку од тих таксација поступка не би било.

„зацементирати“ савесност учесника из тих процеса. У Регистар се уписује највиши износ, који, према *ставу* Регистра залогe обухвата камату и трошкове.^{606, 607, 608, 609}

Основна слабост која се истиче у погледу регистроване залогe је недостатак фактичке контроле над предметом залогe, који, пошто је у државини залогодавца, овај може да уништи, оштети, изгуби.⁶¹⁰

Сада ћемо осветлити залогу потраживања. Од друге половине XX века све се више развија могућност залагања потраживања и других права. Такав развој је био резултат потребе кредитног активирања тих делова имовине правних субјеката јер залагање ствари није више одговарало нараслим потребама за кредитом. Залагање потраживања отворило је жесток доктринарни сукоб о правној природи таквог залагања, којој је одрицан не само стварноправни карактер већ и карактер залогe. Тако, развијена су схватања о залагању потраживања као својеврсној цесији или „праву на право“ или као конститутивном преносу потраживања, зависно од тога да ли је конкретан аутор стављао превагу на елементе цесије или елементе залогe у обради залогe потраживања. Данас преовлађујуће становиште полази од залогe потраживања као (стварног) права на праву, али нико не пориче ни извесну сродност ни примену неких правила цесије на залогу потраживања.⁶¹¹

Оптерећење облигационог права залогом не чини од тог права стварно право, каже логика тог става. С друге стране, и залогa потраживања даје залогопримцу приоритет у наплати из тог потраживања у односу на све друге повериоце залогодавца, даје му различно

⁶⁰⁶ Наиме, иако одредба ЗРЗ јасно говори да је могућност уписивања максималног износа ограничена на максимални износ главнице, и то само када се обезбеђује условно или будуће потраживање, Регистар уписује максимални износ и сматра да тај износ укључује и све обезбеђене камате и трошкове. Такав став Регистра залогe, који није потврђен у судској пракси, има своје извориште у Модел-закону EBRD, који такође предвиђа да се у Регистар увек уписује максималан износ, иако нема сумње да је у односу на ЗОЗП *contra legem*. Занимљиво је да Регистар залогe омогућава и да се накнадно, после настанка регистроване залогe, на основу споразума странака постојећој регистрованој залози додају нова обезбеђена потраживања, али без мењања регистрованог максималног износа. Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*.

⁶⁰⁷ Модел-закон EBRD такође предвиђа залагање будуће ствари, при чему разликује ствари које још не постоје и ствари које постоје, али у моменту закључења уговора о залози не припадају залогодавцу (додуше, не прави разлику у правном режиму за те две ситуације). И UNCITRAL-ов законодавни водич посебно истиче залагање будућих ствари (и права). *Ibid.*

⁶⁰⁸ С позивом на компанијско правне прописе, није могуће да се конституише регистрована залогa на потраживању учешћа у добити (пошто је регистар залогe, с позивом на чл. 177, ст. 1 и чл. 152 ЗПД, закључио да је то право неодвојиво од удела и не може се самостално залагати), нити је могуће заложити будуће дивиденде као условно/будуће потраживање јер је инкорпорирано у акцијама. *Ibid.*

⁶⁰⁹ Ништа не стоји на путу могућности да се залогa потраживања обезбеђеног хипотеком упише и као регистрована залогa на потраживању у Регистру и као надхипотека у Катастру. Регистар залогe је заузео став да у регистар није могуће уписати заложно право на потраживању које је обезбеђено хипотеком, с позивом на правила о надхипотеци садржана у ЗХ. Нама се чини да је таква пракса Регистра залогe мимо законских одредаба јер ништа у ЗРЗ не спречава упис залогe потраживања које је обезбеђено хипотеком, то не чини ни чл. 21 ЗХ о надхипотеци. *Ibid.*

⁶¹⁰ Заправо, надхипотека омогућава залогопримцу потраживања обезбеђеног хипотеком да се намири из вредности непокретности ако му дужник заложеног потраживања не намири потраживање о року и да то право супротстави свим трећим. Оно што надхипотекарног повериоца овлашћује да се намири од дужника (хипотеком обезбеђеног) заложеног потраживања јесте залогa на потраживању и надхипотекарни поверилац има интерес да, осим надхипотеке, упише заложно право на потраживању и у Регистар залогe). Рецимо, зато што је извод из Регистра извршна исправа, што ће му олакшати намирење и што би престанком хипотеке којом је обезбеђено заложено потраживање независно од престанка тог потраживања, надхипотекарни поверилац остао необезбеђен. *Ibid.*

⁶¹¹ *Ibid.*

право ако залогодавац оде у стечај, а снабдевена је и правом следовања јер ако залогодавац по заснивању залогe отуђи (цедира) заложено потраживање (на шта је овлашћен јер упркос залози потраживања остаје његов титулар), стицалац потраживања мораће да трпи заложно право залогопримца.⁶¹²

Дакле, иако је заложно право без сумње облигационо, залогопримчево право и даље има обележја типична за стварна права. Због тога смо, уз све уважавање специфичности института, ипак склонији да залогу потраживања сматрамо стварним него облигационим правом. Она је да се изразимо фигуративно, стварно право које за предмет има облигацију, што јој даје извесну посебност.⁶¹³

Стилизација ЗОЗП је таква да искључује могућност да се залога потраживања стекне на било који начин сем уписом у регистар. Сматрамо да је ЗОЗП, као доцнији специјалан закон, дерогирао одредбе ЗОО у вези са залагањем потраживања. Следствено томе, сматрамо да се у важећем српском праву залога потраживања може стећи само уписом у регистар залогe, а не писменим обавештењем дужника о закључењу уговора о залози. У сваком случају, ваља напоменути да практични значај залогe потраживања у савременом праву многих развијених земаља није велики јер је она *потиснута могућношћу цесије ради обезбеђења*, као по повериоца једноставнијег а подједнако квалитетног средства обезбеђења. „Чињеница да је извод из регистра залогe проглашен извршном исправом остаје без значаја, јер иако је извод из регистра извршна исправа, он то није у погледу заложеног, већ у погледу обезбеђеног потраживања, па се на основу њега не може тражити извршење заложеног потраживања.“^{614, 615, 616}

У америчком праву, обезбеђење *security interest* настаје самим споразумом о успостављању обезбеђења (*security agreement*). Осим тога, захтева се да споразум који садржи опис оптерећеног добра буде верификован (*authenticate*) или да је извршена предаја повериоцу. Сврха уписа је у успостављању и одржавању приоритета. Када је залога уписана у јавну књигу, нико се не може позвати на околност да му такав податак није био познат. Бездржавинска залога *крије у себи опасност стварања привидне вредности у имовини дужника*. Циљ уписа је да ту опасност уклони и упозори потенцијалне кредиторе на то да је неко дужничково добро под залогом, што ће по правилу утицати и на њихову одлуку о зајму и на услове под којима ће зајам бити одобрен. Регистрација заложног права пружа трећим лицима прилику да се претраживањем регистра упознају са чињеницом постојања залогe на оптерећеном добру и да прилагоде своје поступке. На основу тих карактеристика може се

⁶¹² Залога потраживања, дакле, представља овлашћење повериоца да своје доспело обезбеђено потраживање намири из вредности заложеног потраживања. Заложено потраживање, разуме се, може припадати дужнику обезбеђеног потраживања (залога потраживања за свој дуг), а може припадати и трећем који се сагласи да га заложити ради обезбеђења туђег туга. *Ibid.*

⁶¹³ Цесиони елемент. *Ibid.*

⁶¹⁴ Вид. ЗОПС.

⁶¹⁵ Према трећим лицима, која су предмет залогe прибавила, право титулара регистроване залогe производи правно дејство, то јест трећа лица као прибавиоци не могу се „ослободити“ ове залогe јер је утемељена у регистрованој ствари, по принципу поуздања у регистре и начела публицитета и следовања. Вид. Ненад Тешић, *Регистрована залога*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд 2007, 66 и даље.

⁶¹⁶ Новелама ЗОЗП из 2019. у члану 31 инкорпорисана је норма да: *ако заложно право које настаје предајом у државину није уписано у Регистар залогa, оно не ужива првенство у односу на заложно право уписано у регистар*. Уговор о залози настаје сагласношћу воља, а ако дође до спора у погледу првенства у намирењу, постојање уговора о ручној залози може се доказивати само нотаријалном формом. Поверилац тренутком уписа стиче право приоритета у намирењу и право следовања. *Ibid.*

закључити да је регистрована залога субјективно грађанско право, по својој природи имовинско и апсолутно, те спада у групу стварних права на туђој ствари (*Iura in re aliena*).⁶¹⁷

Чини се да је исправно поступање нашег законодавца да се одлука о тренутку уписа препусти уговорницима.⁶¹⁸ НЗСДСП уводи новине, на квалитативном нивоу и у плуралитету средстава обезбеђења потраживања.⁶¹⁹

Право бездржавинске, регистроване залогe је уређено у Глави V, у одељку 1, рубрум, „Регистрована залога“, чл. 487–542.⁶²⁰ Ништаве клаузуле су садржане у чл. 503.⁶²¹ Треба нагласити одредбу која меко садржи неке елементе комисорне клаузуле и марцијанског пакта, али искључује њихову примену, и то у апсолутном значењу, када су посредни физичка лица.⁶²²

У вези с поступком намирења и депосесије нема новина спрам ЗОЗП. Нама су спорне одредбе и о одређивању трећег независног „лица“ и о поступку вансудске реализације. Ово нарочито зато што је судски поступак депосесирања заиста ефикасан и ефектан. У адвокатском сталежу важи максима „да се имовина у ствари не чува папирима већ поседом“. Ту је предност и правна сигурност залогопримца. Он посесијом предмета регистроване залогe стиче ненадмашиву предност, а још је прописан судски процес посесије ефектан. Због тога је вансудски поступак беспредметан. Залогодавац, без поседа, брзо ће се „свићи“ да је добровољно, легално, легитимно, изгубио заложену ствар, па нека тече поступак судске продаје. Поверилац има супериорну позицију јер је у поседу ствари, а постоје реални изгледи да се вишак/мањак који проистекне из судског поступка продаје и поравна.⁶²³ ПГЗ из 2015, има велики број алтернативних решења (чак 480). Ту су и одредбе о бездржавинској залози.⁶²⁴

⁶¹⁷ У праву САД упис врши поверилац, уз претходно одобрење дужника. У праву Новог Зеланда је прописана и обавеза повериоца да у року од 15 радних дана од пријема потврде о упису (*verification statement*) обавести дужника да је упис извршен. По француском праву је предвиђен рок у коме треба извршити упис. У енглеском упис се мора извршити у року од 21 дана од заснивања обезбеђења. МЗОП предвиђа рок од 30 дана од настанка уговора (*charging instrument*) у коме треба извршити упис. У праву САД није прописан рок у којем уговорници треба да објаве уговор о залози. *Ibid.*

⁶¹⁸ Постоје две врсте уписа у јавну књигу регистроване залогe, прва је да се у њу уписује садржина правног посла (*transaction filing*), а друга *notice filing*, то јест да се уписује само забелешка о залагању. Забелешка о залагању се темељи на захтеву за упис (*financing statement*). Суштина регистра је да обавести о постојању права трећих на неком добру дужника, а не да конкуренте и медије упозна са детаљима уговора. Регистар не даје целовиту слику о кредитној способности и ликвидности дужника већ упозорава на постојање заложног права. Регистар пружа информацију да је нешто од имовине дужнику оптерећено залогом, али не и колики је износ обезбеђеног потраживања. Сматрамо да би усвајање принципа *notice filing*, о садржини захтева за упис, било значајно из угла ширења могућности регистрације и на остала средства обезбеђења. *Ibid.*

⁶¹⁹ Вид. НЗСДСП 2012, чл. 487: „Право регистроване залогe је право повериоца чије је право залогe покретности уписано у јавном регистру, да своје одређено или одредиво доспело потраживање намири из вредности те ствари, без обзира на промену власника и без обзира на то код кога је ствар.“

⁶²⁰ Вид. НЗСДСП, чл. 490.

⁶²¹ Ништава је одредба уговора о регистрованој залози: да залогопримац стиче својину заложене ствари ако се потраживање не намири о доспелости; да залогопримац може продати заложену ствар залогодавца – физичког лица које закључује уговор о регистрованој залози ван оквира привредне делатности, супротно одредбама о вансудској продаји; да залогопримац може, по унапред одређеној цени присвојити ствар залогодавца – физичког лица које закључује уговор о регистрованој залози ван оквира привредне делатности, ако се потраживање не намири о доспелости. *Ibid.*

⁶²² Уговором о регистрованој залози може се предвидети право залогопримца да по унапред одређеној цени прода или по тој цени присвоји ствар залогодавца који није физичко лице. *Ibid.*

⁶²³ Вид. НЗСДСП, чл. 528–536.

⁶²⁴ Вид. ПГЗ, чл. 2043.

Тако и треба јер је потребно време за „кристализацију“. Алтернативе могу бити и јесу одраз демократичности и отворености. Србија дуго чека кодификацију грађанског права, па оволики број алтернатива и продужења јавне расправе ствара утисак да се желе најбоља могућа решења. Задржавање вансудских намирења, на основу досад бројних негативних искустава, није алтернатива. Довољно је видети решења других земаља ЕУ, па и суседства, нпр. Хрватске, и одустати.

У једној или двама земљама које пролазе период транзиције од тридесет година не могу се уводити институти из земаља које немају ни додирне тачке, поготову с транзицијом преображеном правном свешћу и менталитетом. Опет, и ПГЗ у чл. 2069, рубрум „Посебно правило за физичка лица“, садржи дистинкцију спрам физичких лица.⁶²⁵

Намирење залогопримчеве тражбине из заложене ствари или права ПГЗ је, по нашем виђењу, требало да остане у Глави VI о судској продаји. Чл. 2084: „После извршеног уписа почетка намирења у регистар залог, заложни поверилац може захтевати од суда одлуку да се предмет заложног права прода на јавној продаји или по текућој цени кад ствар има тржишну или берзанску цену. Ако би трошкови јавне продаје били несразмерно велики према вредности предмета заложног права, суд може одлучити да га заложни поверилац прода по цени утврђеној проценом стручњака, или да га, ако хоће, задржи за себе по тој цени. Овај „италиком означени текст“, вишеструко се и стално *препонавља* у свим законима, свим нацртима/преднацртима, а има само једну једину „ману“.

По којем критеријуму су судски трошкови већи од оних које би платили „независном трећем експерту“ или колико би „коштао“ труд повериоца да сам продаје или ствар задржи за себе, то јест присвоји по утврђеној цени? Ако заиста јесу (мада су у пракси трошкови експерата и независних трећих далеко већи од судских трошкова),⁶²⁶ логика ствари налаже да ће стране, ако и дође до такве ситуације, постићи споразум јер је „цена коштања“, опет логично, спрам вредности предмета залог ниска, а не кључни разлог опредељења за вансудску реализацију. Новина је одредба да заложни поверилац може поверити лицу које се бави давањем зајмова уз залогу као занимањем или лицу које се бави продајом таквих ствари као занимањем, да у његово име и за његов рачун прода предмет заложног права. По нашем схватању, нужно је корпус норми које регулишу вансудску продају ставити као крајњу алтернативу.

У *Црној Гори* су ручна/државинска и регистрована/бездржавинска залога *необично* уређене посебним Законом о залози као средству обезбјеђења потраживања (ЗЗСОП).⁶²⁷ То је учињено пошто су чл. 421 ЗСПО 2009.⁶²⁸ аброгирани чл. 966 до 996 ЗОО СФРЈ,⁶²⁹ који закон и данас с изменама важи у Србији, а које су уређивале и ручну залогу.

Интригира питање зашто су онда у ЗСПО опет инкорпориране опште норме о залози као стварном праву, чак као цела Глава 10, где се уређује *заложно право* или зашто те дерогиране норме ЗОО СФРЈ нису увршћене у јединствен ЗСПО. А у чл. 269, ст. 3 ЗСПО пише: „Право залог на покретним стварима може се установити предајом заложене ствари у државину

⁶²⁵ Вид. ПГЗ, чл. 2069 и даље.

⁶²⁶ Узмимо за пример раније судске трошкове овере, пре увођења јавних бележника, и бележничке или цене ангажмана независних процењивача или експерата у односу на цене које одређује суд јер суд по неписаном правилу у судском поступку по дискреционом овлашћењу снижава вештаку накнаду за рад.

⁶²⁷ Вид. Закон о залози као средству обезбјеђења потраживања, *Сл. лист ЦГ* 38/02, 1/14, 14/14.

⁶²⁸ Вид. Закон о својинско-правним односима – ЗСПО, *Сл. лист ЦГ* 19/09 од 13. марта 2009.

⁶²⁹ Вид. чл. 966 до 996 ЗОО, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, ..., 1/03.

залогопримца или регистрањем без предаје ствари (регистрована залога) у складу са законом.“ А чл. 270–309 ЗСПО, рубрум „Залога на покретним стварима“, делом⁶³⁰ понавља ЗЗСОП. Чл. 1 ЗЗСОП: „Овим законом уређује се јединствен систем уговорног заложног права на покретној имовини (стварима) у Црној Гори.“ Чл. 20 и 21 ЗЗСОП предвиђају искључиву судску, а чл. 284 ЗСПО вансудску продају. Дакле, изостала је „јединственост примене ЗЗСОП на покретној имовини (стварима) на територији ЦГ“.

То изазива ширу и дубљу некохерентност, испретураност норми, како материјалног тако и процесног права. У тексту закона се, после понављања одредби о залози из ЗОО,⁶³¹ уз тек мала проширења, у чл. 15 уређује регистрована залога: „Да би залога била перфектуирана⁶³² мора бити регистрована пријава залогe ако није другачије прописано.

Регистрање се сматра обављеним достављањем регистру пријаве која садржи податке из чл. 16, ст. 1 ЗЗСОП. Временом регистрације сматра се време достављања пријаве залогe регистру.⁶³³

Члан 9 ЗЗСОП даје право првенства перфектуираним и неперфектуираним залагама потраживања. Није уопште јасно зашто црногорски законодавац није цео корпус заложних права регламентирао као што су учинили у Хрватској, Законом о власништву и другим стварним правима (НН 91/1996), а у Црној Гори 2009. године Законом о својинско-правним односима.

1.4. Ретенција

Ретенција, то јест право задржавања, већ у свом називу као и државинска „ручна“ залога ставља у први план прворазредну важност државине на стварима, за случај наступања неке тражбине према власнику „задржане“ ствари по основу зајма, штете или било којег другог правног основа јер се поверилац те облигације намирају без компликације из просте чињенице да ствар из које се намирају он већ има у својој државини.

Пред сваким другим повериоцем је најтежи задатак како да доспе до дужникове ствари коју би продао, то јест уновчио. Ретенција по примарној основи и није заложно право, али по законској конструкцији има и остварује класичне елементе супстанционе државинске залогe.

Због тога би ваљало изложити ову установу у најкраћем, чиме желимо постићи да се истакне важност државине у контексту заложних права, односно права обезбеђења, јер је основни проблем сваког облигационог повериоца да дође до државине ствари која се налази

⁶³⁰ Дакле у 30 чланова уређује залогу на покретним стварима, потраживањима, од стицања, преко права и обавеза залогодавца и залогопримца, забране..., али сада детаљно, вансудске продаје. Није спорно да је посреди непотребно дуплирање и преплитање норми, а тиме и различита тумачења и позивање на један или други или на оба закона, што објективно ствара конфузију и несигурност. *Ibid.*

⁶³¹ Чл. 269–283 ЗСПО су дословно идентични с чл. 966–981 ЗОО СФРЈ, а истоветан је и случај с чл. 293 –307 ЗСПО, који су идентични с чл. 982–996 ЗОО СФРЈ.

⁶³² Под „перфектуирањем“ законодавац подразумева код ручне залогe – предају заложене покретне ствари, код регистроване залогe – упис у регистар покретних ствари.

⁶³³ Вид. чл. 16: „Сврха пријаве залогe и система регистрања је обавјештавање трећих лица о постојању или могућем постојању заложног права на имовини залогодавца.“

код бездржавинског, регистрованог залогодавца, до државине на непокретности титулара хипотековане ствари или државине код фидуковане свари.

То се онда решава на потпуно неадекватне и волшебне начине, како законом, тако и успостављањем ставова у пракси, па се позајмљују наоко брзи правни механизми, овде – вансудска реализација моргица.

Право задржавања је *de lege lata* у Србији регулисано у четири члана ЗОО. Предвиђено је да поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право да је задржи док му не буде исплаћено потраживање, а у случају да је дужник постао неспособан за плаћање, поверилац може вршити право задржавања иако његово потраживање није доспело.⁶³⁴

Поверилац нема право задржавања кад дужник захтева да му се врати ствар која је изишла из његове државине против његове воље или кад дужник захтева да му се врати ствар која је предата повериоцу на чување, послугу, а не може задржати ни пуномоћје добијено од дужника, ни друге дужникове исправе, легитимације, преписку и сличне ствари, ни ствари које се не могу изложити продаји. Поверилац је дужан да врати ствар ако му дужник пружи одговарајуће обезбеђење његовог потраживања. Поверилац који држи дужникову ствар по основу права задржавања има право да се наплати из њене вредности на исти начин као заложни поверилац, али је дужан да о својој намери, пре него што приступи остварењу наплате, благовремено обавести дужника.⁶³⁵

У НЗСДСП из 2012. године (уместо у ЗОО) право задржавања је у корпусу стварних средстава обезбеђења.⁶³⁶

Право задржања је законом одређено право повериоца (задржаоца) да дужникову ствар, односно хартију од вредности која је у његовој државини задржи док му се одређено/одредиво доспело потраживање не намири и да, осим ако је ствар непокретна, потраживање намири из њене вредности пошто о намери намирења благовремено обавести дужника. Поверилац не стиче право задржања ако је дужникова ствар, односно хартија од вредности, код њега против воље дужника, ако му је предата на чување, послугу или из прости услужности и ако ју је прибавио као дужников пуномоћник. Поверилац не стиче право задржања пуномоћја добијеног од дужника, друге дужникове приватне или јавне исправе, личних записа ни ствари које се не могу, то јест не смеју продати. Задржалац има право задржања дужникове ствари, односно хартије од вредности, без обзира на то да ли је она повезана с правним односом из којег је настало потраживање, ако није друкчије уговорено. Право задржања одређене ствари, ради намирења одређеног потраживања, може се искључити уговором. Ако је очигледно да дужник о доспелости неће бити способан за намирење, задржалац може вршити право задржања и пре доспелости потраживања и ако она није дужникова, ако није знао ни могао знати да ствар није дужникова, односно да не постоји овлашћење располагања. Поверилац који као савесни држалац задржава ствар три године стиче право задржања. На стицање права задржања одржајем сходно се примењују одредбе о стицању својине одржајем. Задржалац има

⁶³⁴ Вид. ЗОО РС, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ* 31/93 и *Сл. лист СЦГ* 1/03 – Уставна повеља, чл. 286–289.

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ Вид. НЗСДСП 2012, Глава Г, „Право задржавања“, чл. 522–527.

право само на заштиту државине. На задржање се сходно примењују одредбе о ручној залози.⁶³⁷

У ПГЗ РС из 2015. године право задржавања је враћено у Облигације, Књигу 2, и тај стварноправни инструмент обезбеђења решен је у одељку 3 исто као у ЗОО РС.⁶³⁸

Право задржавања је у *Црној Гори* „решено“ преносом четири члана из ЗОО у ЗОО ЦГ.⁶³⁹

Отпочетка је право задржавања, то јест ретенција, у теорији и судској пракси подразумевало да се „ретентирати“ може искључиво покретна ствар. Исте одредбе садрже и садашњи закони и они који су у нацртним и другим ступњевима. Од тога је одступила Хрватска јер је право задржавања протегла и на непокретности. То је учињено у ЗОО РХ⁶⁴⁰ и Одлуком Врховног суда РХ: „Право задржања може се проводити не тек кад се држи дужникова покретнина, већ и кад се држи дужникова некретнина.“⁶⁴¹

Тиме је отклоњен главни недостатак права задржања (да ли?) јер су непокретности уписане у хрватским земљишним књигама⁶⁴² поуздане као и публицитет. У тој одлуци највише судске инстанце РХ постоје најмање два проблема (кад би се могла решити на правноваљан начин, „ствар“ би била корисна). Наиме, хипотека је бездржавинско заложно право, а овлашћење употребе је још од Рима било искључено те треба наћи *modus operandi* да ретинент може конституисати хипотеку јер ње, као најкњижнијег стварног права, без укњижбе не може бити. У нашем важећем праву, право задржавања то право приближава залози јер, осим могућности *притиска* на дужника да исплати доспело потраживање задржавањем његове ствари (универзални смисао ретенције), ретинент има и право да потраживање намири уновчењем ствари, попут залогопримца. Право законске ретенције у римском праву постојало је спорадично посредством *exceptio doli*, у складу с казуистичким методом регулисања који је типичан за то старо право.⁶⁴³

У погледу квалификације, стара доктрина је расправљала о питању да ли је посреди субјективно право, процесни или материјалноправни приговор, будући да се право ретенције врши истицањем приговора против захтева за предају ствари. У савременом праву није спорно да је реч о посебном субјективном праву које даје могућност за истицање приговора. На ретенцију се такође гледа и као на специфичан вид дозвољене самопомоћи, али имајући у виду да је посреди субјективно право, она је више од тога, а заштита коју ужива може бити и

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ Вид. ПГЗ 2015, чл. 477–480.

⁶³⁹ Вид. ЗОО, *Сл. лист ЦГ* 47/08, 4/11, 22/17, чл. 293–296.

⁶⁴⁰ Вид. Закон о обвезним односима, *НН* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.

⁶⁴¹ Вид. <http://novi-informator.net/pravo-zadrzanja-na-nekretninama>, Правни информатор, Одлука ВС Хрватске, бр. Рев–933/00 од 29. јануара 2002. по чл. 286, ст. 1 ЗОО, *НН* 53/91, 73/91, 3/94, 7/ 96, 112/99. Како законском одредбом право задржања није ограничено само на држање покретнина, ваља закључити да се право задржања може проводити и уз држање некретнине. Тај став и важи.

⁶⁴² Вид. Закон о земљишним књигама Р. Хрватске, *НН* 63/2019.

⁶⁴³ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Одредбе ЗОО којима је данас уређена ретенција инспирисане су одредбама Скице проф. Константиновића, а оне су биле под претежним утицајем швајцарског права, али и постојеће домаће судске праксе у време писања Скице. Уређење ретенције одликује недостатак захтева за конекситетом задржане ствари и потраживања зарад чије исплате се ствар задржава, кад је реч о општим правилима (посебни случајеви ретенције подразумевају конекситет). 159 и даље.

судска.⁶⁴⁴ Према нашем мишљењу, ретенција свакако по својој садржини није облигација јер није реч о праву тражења већ о праву власти.^{645, 646}

Да би постојало право ретенције, неопходно је да постоји потраживање ретинента према власнику задржане ствари које је доспело. Изузетно, потраживање не мора да буде доспело ако је дужник постао неспособан за плаћање. То правило је саморазумљиво јер ако поверилац зна да дужник неће исплатити потраживање о доспелости, онда би било бесмислено ускратити му право задржавања и пре доспелости. Такво право задржавања назива се *нужним* правом ретенције, превасходно да би се истакло да га поверилац врши у нужди, због тога што је наступила неспособност плаћања дужника. Предмет ретенције у нашем праву може бити свака ствар која је подобна за уновчење, што је типично за привредну, не и грађанску ретенцију у упоредном праву. Дакле, с једне стране, искључено је задржање неке дуговане чинидбе (што је могуће у немачком праву), док су, с друге стране, искључене ствари које се не могу изложити продаји. Потоње искључење последица је опредељења нашег законодавца да ретенцију у намирењу уподоби ручној залози. Разлика између покретности и непокретности не односи се на саму могућност заснивања већ на садржину права ретенције.⁶⁴⁷

Спорна је могућност да се поверилац наплати „као заложни поверилац“ ако је реч о непокретности јер, да би постао ималац хипотеке, као залог непокретности, ретинент мора да упише своје право у регистар, а то није могуће. Због тога се, кад је реч о непокретностима, према нашем мишљењу, ретенција ограничава на право да се задржи дужникова непокретност, без овлашћења да се из њене вредности намири као хипотекарни поверилац. Ретенција се по самом закону стиче у часу доспелости повериоцевог потраживања ако се дужникова ствар налази у његовим рукама. Споран је тренутак у којем се стиче нужна ретенција (ретенција пре доспелости потраживања) јер моменат од којег се дужникова ствар може задржати није тако одсечно постављен као дан доспелости или дан предаје ствари у руке повериоца. Због тога мислимо да би било умесно сматрати да ретенција настаје у моменту кад је дужник манифестовао презадуженост (отварање стечаја...) ако је ствар у том тренутку код повериоца.

⁶⁴⁴ Иначе, осим истицањем приговора, ретенција се може вршити и подношењем противтужбе захтевом да се утврди постојање права задржавања и ретинент власти да ствар прода као залогопримац, а и засновати привременом мером (судска одлука је декларативна, јер ретенција постоји по самом закону). Осим тога, ретинент има положај различног повериоца у случају стечаја власника ствари. У судској пракси постоји и став да је вршење ретенције основ за одбијање права на накнаду штете узроковане задржавањем, што је још један показатељ да је ретенција субјективно право. *Ibid.*

⁶⁴⁵ *Ibid.*, 214. *О праву власти* вид. Владимир Водинелић, *Грађанско право*, Правни факултет Универзитета Унион и ЈП Сл. гласник, Београд 2014. Кад је реч о квалификацији ретенције као облигационом или као стварном праву, не чуди то што постоје различита схватања, што се рефлектује и на различита места у кодификацијама у којима је уређено опште право ретенције – некад у облигационом, а некад у стварно правном делу кодификације. Одговор, разуме се, зависи од тога који критеријум се узима за квалификацију неког субјективног грађанског права као стварног, па одговор на питање правне природе „граничних института“ попут ретенције која садржи елементе обе врсте права, очекивано варира. И ручна залога је у нас уређена у ЗОО, а њена стварноправна природа је готово неспорна.

⁶⁴⁶ С друге стране, ретинент (осим у случају посебних права задржавања) има право које се може засновати само према власнику ствари, односно лицу за које савесни поверилац сматра да је власник (у случају стицања од неовлашћеног и одржајем), што индицира релативан однос. Ипак, једном заснована ретенција делује *erga omnes* све док ретинент ствар држи у рукама, па власник не може да се „ослободи“ ретенције тако што би пренео својину на трећег (према којем ретинент не би имао право ретенције). Најозбиљније одступање од стварноправне природе права задржавања јесте чињеница да није снабдевано правом следовања, па ретинент, ако му ствар буде одузета, може да се користи само државинским тужбама да би вратио државину. Уважавајући ту значајну специфичност, сматрамо да је право задржавања ипак по преовлађујућим карактеристикама стварно право, и то једна подврста залогe врло слична ручној залози, па га због тога изучавамо на овом месту. *Ibid.*

⁶⁴⁷ *Ibid.*

Пошто настаје тек по доспелости обезбеђеног потраживања, заправо не познаје „праву“ фазу обезбеђења – а ретенција настаје у фази намирења. Разуме се, то не значи да је сваки ретинент дужан да се намирује из задржаног предмета као залогопримац, па отуд фаза обезбеђења у случају ретенције траје све док се ретинент не одлучи да покрене поступак за намирење. За разлику од других залога, ретинент није овлашћен да располаже својим правом ретенције у смислу преноса тог права на другог, самостално или заједно с потраживањем које обезбеђује.⁶⁴⁸

Дакле то „дејство заложног права“ даје тој установи стварноправну нарав. Користећи право задржавања поверилац осигурава своје потраживање од дужника. Он се може намирити из вредности задржане ствари на исти начин као и из ствари које има у залози. Пре него што приступи наплати, дужан је да о својој намери благовремено обавести дужника. Циљ тог обавештења је да се дужнику пружи прилика да своју обавезу испуни и тако спречи продају ствари.⁶⁴⁹

Задржавање права својине (*pactum reservati dominii*, *Eigentumvorbehalt*, *retention of title*) обично се дефинише као углавак уговора о продаји, којим продавац одређене покретне ствари задржава право својине и после предаје ствари купцу, све док купац не исплати цену у потпуности. Продавац за време пенденције услове има само *nuda proprietas*. Купац стиче последњи атрибут права својине *ius abutendi* тек кад услов наступи. То би требало да буде сличност. А разлика? Код продаје са задржавањем својине по правилу нема уписа. Обавеза уписа у јавни регистар постоји у швајцарском праву, али без претпоставке о знању трећих за задржавање, тако да је, и поред извршеног уписа, предмет задржавања могуће стећи од невласника.

Занимљиво је да *pactum reservati dominii* у немачком праву у потпуности делује према трећим лицима, а да ни на који начин није остварен његов публицитет. Једноставно се сматра да је реч о толико уобичајеном институту да треће лице – купац с великим степеном извесности може претпоставити његово постојање.

У нашем праву сходно општим одредбама ЗОО задржавање права својине производи дејство према купчевим повериоцима само ако је учињено у облику јавно оверене исправе пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари. Међутим, одредбама из ставова 2 и 3 члана 56 ЗОЗП предвиђено је да задржавање права својине има правно дејство *и за случај ако је регистровано у регистру залога пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари*. Задржавање права својине се користи искључиво за обезбеђење потраживања на основу уговора о продаји. То је природно средство обезбеђења оних који робу продају на кредит. Насупрот томе, регистрованим залогом се могу обезбедити све врсте потраживања, без обзира на уговорни однос из кога потичу.⁶⁵⁰

Поједини аутори ретенцију упоређују с правом земљишног дуга. То јесте врло могуће па ваља размотрити и – такву компарацију. О праву ретенције се у страној, а нарочито у домаћој правној литератури мало писало, упркос великом значају тог института, што га чини подобним предметом поређења са земљишним дугом. Поређењем функција и својстава земљишног дуга и ретенције могу да се утврде њихове сличности и разлике. Сличности између та два института постоје првенствено у функцији коју врше – као права реалног обезбеђења. На основу

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ Вид. Ј. Радишић *Облигационо право*, ЦП Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш 2016, 399.

⁶⁵⁰ Вид. Тешић, *Регистрована залога*, 89 и даље.

дефиниција ретенције и земљишног дуга, сличност им је у томе што припадају заједничком вишем родном појму – *праву обезбеђења потраживања*.⁶⁵¹

Смисао ретенције је специфичан начин повраћаја нарушене равнотеже у правни однос у виду изузетка од забране самовлашћа и легитимизовањем примитивне правде. Она је допуштен: под прецизно утврђеним условима, непосредно *ex lege*, независно од воље противника ретенције, легализовањем захвата у туђу имовинску сферу. Мањи број правних система не познаје општи институт ретенције већ је предвиђа само у појединим нормама, у одређеним уговорним односима. Та ситуација постоји у француском праву. ЗОО на јединствен начин уређује грађанску и трговачку ретенцију, која штити повериоца и на суду и ван њега. У пракси она најчешће има функцију одбрамбеног средства, а могуће ју је вршити и противтужбом.⁶⁵²

Ретенција⁶⁵³ је институт на који се често примењује аналогија са залогом као најсличнијим правом обезбеђења. Ретенција као стварно право обезбеђења потраживања најсличнија је ручној залози, које је строго акцесорно (споредно) право, за које важе заложноправна начела, али у суженом обиму. Губитком непосредне државине, ретинент губи и могућност даљег вршења права задржавања, што је највећа мана овог права обезбеђења.^{654, 655}

1.5. Земљишни > Реални дуг

Земљишни дуг, према *BGB*, постоји када се непокретност тако оптерети да постоји обавеза плаћања повериоцу одређене суме новца из вредности оптерећене непокретности. Земљишни дуг се може јавити у виду јавне исправе (*Grundschuldbrief*), чијим преносом се врши и пренос земљишног дуга. Конституисање земљишног дуга не захтева ни означавање тражбине ни њену индивидуализацију. Земљишни дуг, за разлику од хипотеке, третира се „као право на уновчење одвојено од сваке повезаности с тражбином приликом настанка, али та повезаност постоји приликом коришћења земљишног дуга“. При томе имамо у виду да земљишни дуг није акцесорно право и да може постојати независно од постојања тражбине. Евентуална наплата земљишног дуга, само ако је он обезбеђујући, без постојања тражбине била би неосновано богаћење. Кад дужник исплати земљишни дуг, он се трансформише у својинску залогу, односно прелази на власника земљишта. Рентни дуг је врста земљишног дуга. Рентни дуг постоји када се земљишни дуг тако регулише да се у одређеним правним терминима понавља плаћање одређене новчане суме из земљишта. Рентни дуг обавезује свагдашњег власника земљишта на одређено плаћање. Приликом заснивања рентног дуга мора

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ Вид. Александра Павићевић, *Појам ретенције у домаћем и упоредном праву*, *Правни живот* 3, 10/2015, Ретенција као особено право завређује да буде на општи начин нормирана. 505–522.

⁶⁵⁴ Вид. Александра Павићевић, *Осврт на сличности и разлике између земљишног дуга и права ретенције*, 32, 7–9/2015, 25–36.

⁶⁵⁵ Вид. Зоран Рашовић, *Хипотека*, Нотарска комора Црне Горе, 2015, 39.

бити тачно одређен износ чијим плаћањем непокретност бива ослобођена и та сума мора бити означена у земљишној књизи.^{656, 657}

Закон о ограничавању ризика донет је 2008. године како би се побољшао положај дужника из уговора о кредиту. Тим законом је изричито предвиђено да се приговори из уговора о обезбеђењу могу супротставити сваком накнадном повериоцу земљишног дуга, без могућности савесног стицања. На тај начин је земљишни дуг потпуно приближен обезбеђујућој хипотеци, код које нема могућности савесног стицања, док код прометне хипотеке постоји могућност да се неки приговори, који се тичу обезбеђеног потраживања, не могу истицати савесном стицаоцу. Еволуција обезбеђујућег земљишног дуга, чија се квазиакцесорност сада остварује као „облигација апсолутног дејства“, показала је да је кључ успеха тог института у томе што је омогућио флексибилност у уређењу правила која су последица обезбеђујуће сврхе стварног права уновчења.⁶⁵⁸

Земљишни дуг је, како то немачки правници воле да кажу, „хипотека без потраживања“. Реч је, дакле, о овлашћењу да се прода оптерећена непокретност и да се из вредности добијене продајом задржи одређен износ. Како код земљишног дуга нема обезбеђеног потраживања (односно и кад га има, нема акцесорности земљишног дуга према обезбеђеном потраживању), ималац земљишног дуга (немачка доктрина га назива повериоцем земљишног дуга – *Grundschnuldgläubiger*) овлашћен је да у случају продаје предмета земљишног дуга ради наплате задржи онај износ који је регистрован. Ималац земљишног дуга не може тај износ да наплати из остале имовине власника оптерећене непокретности нити да захтева од суда да га обавезе да му тај износ исплати, пошто га земљишни дуг на то не овлашћује – земљишни дуг га овлашћује само да захтева продају оптерећене непокретности ради наплате износа земљишног дуга. Наравно, власник непокретности може исплатити имаоцу земљишног дуга регистровани износ да би спречио продају непокретности, а у том случају земљишни дуг постаје својински.⁶⁵⁹

Постоје обезбеђујући и необезбеђујући (изолован) земљишни дуг, при чему обезбеђујући (*Sicherungsgrundschuld*) привлачи много већу пажњу пошто је убедљиво најчешћи у пракси.⁶⁶⁰ Обезбеђујући земљишни дуг је, пак, онај који се даје повериоцу ради обезбеђења, који има обезбеђујућу сврху (*Sicherungszweck*). Ваља истаћи да је земљишни дуг апстрактан.⁶⁶¹

⁶⁵⁶ Вид. Јадранка Савић, *Право обезбеђења потраживања примена и ефикасност спровођења у Р. Србији*, докторска дисертација, Правни факултет за привреду и правосуђе у Новом Саду, Нови Сад 2016.

⁶⁵⁷ Вид. Мирјана Глинтић, *Максимална хипотека и њен однос са обезбеђујућим земљишним дугом у немачком праву*, Увод у право Немачке, ИУП, Правни факултет у Београду, Београд 2011, 410–424.

⁶⁵⁸ Аутор се позива на научне радове проф. М. Живковића: „О увођењу тзв. неакцесорних заложних права на непокретностима у право Србије“ и „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ“. 2008. Зборник радова, Центар за публикације, Ниш, 195-212

⁶⁵⁹ Вид. Милош Живковић, *О увођењу тзв. неакцесорних заложних права на непокретностима у право Србије, Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ, Зборник Правног факултета у Нишу*, 2008, 195–212.

⁶⁶⁰ Изоловани, необезбеђујући земљишни дуг помиње се као пука могућност, пошто се њиме може чинити поклон, или извршити улагање у привредно друштво или постићи какав други циљ. *Ibid.*

⁶⁶¹ Притом ваља напоменути да није реч о апстрактности у стицању земљишног дуга (апстрактности као једном од принципа немачког стварног права), већ о апстрактности у смислу у којем је апстрактна на пример меница-земљишни дуг, а може се употребити за различите сврхе, односно кауза заснивања земљишног дуга може да буде различита, и не види се из самог земљишног дуга. *Ibid.*

Земљишни дуг постаје обезбеђујући кад између повериоца земљишног дуга и власника оптерећене непокретности буде закључен уговор о обезбеђењу (*Sicherungsvertrag*) којим се утврђује да земљишни дуг, заправо, треба да служи за обезбеђење неког повериоцевог потраживања. Поверилац се тим уговором, између осталог, обавезује да неће користити овлашћења из земљишног дуга у мери већој него што је потребно за обезбеђење потраживања.^{662, 663, 664}

У немачкој се доктрини обично повлачи паралела с фидуцијарним преносом својине ради обезбеђења и уступањем потраживања ради обезбеђења, који су врло развијени у немачком праву, а код којих се јавља исти феномен – обезбеђени поверилац добија више правне власти него што му је неопходно да оствари обезбеђујућу сврху.⁶⁶⁵ Обележје фидуцијарности, међутим, озбиљно је доведено у питање законским изменама из августа 2008. године, према којима је, *de facto*, споразуму о обезбеђењу дато апсолутно дејство, чиме су ограничења из „унутрашњег“ односа добила дејство и „према споља“.⁶⁶⁶

Управо чињеница да се код обезбеђујућег земљишног дуга однос између стварноправног овлашћења које садржи земљишни дуг и обезбеђеног потраживања регулише једним неформалним уговором какав је уговор о обезбеђењу, даје обезбеђујућем земљишном дугу велику флексибилност. То је, с тачке гледишта зајмодаваца, али и зајмопримаца, његова основна и пресудна предност у односу на хипотеку, захваљујући којој данас у Немачкој банке своја потраживања готово искључиво обезбеђују земљишним дугом, а не хипотеком.

Одредбе ЗСДСП из 2007. године о реалном дугу представљају добру основу за уношење института сличног земљишном дугу у српско право.⁶⁶⁷ Од свих функционално различитих стварних права група обезбеђујућих права доживела је у претходном веку најинтензивнији развој који код нас није био праћен ни издалека (ни у законодавству, ни у пракси, ни у теорији), тако да је у погледу те групе стварних права Законик као кодификација најдаље од инкорпорације. ЗСДСП је понудио практично комплетну палету обезбеђујућих стварних права, развијених у европскоконтиненталном правном кругу.⁶⁶⁸

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ Вид Милош Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретностима*, Библиотека *Монографије*, Правни факултет у Београду, Београд 2010, Од 19. августа 2008. BGB познаје термин „обезбеђујући земљишни дуг“ (*Sicherungsgrundschuld*) јер је у § 1192 унет став 1а, који га изричито помиње. Данас је постојање изолованог земљишног дуга сведено на „статистичку грешку“.221.

⁶⁶⁴ *Ibid.* Живковић, *О увођењу неакцесорних заложних права*, 2008.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ Вид. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретностима*, 235 и даље.

⁶⁶⁷). Вид. Владимир Водинелић, *Основно о нацрту Стварноправног законика Србије*, 2006. Постићи правну сигурност и то не само у погледу нових стварноправних института, који никад раније код нас нису постојали, као право реалног дуга, поверене обезбеђујуће својине и очекиване својине, него и у погледу права која су у правним изворима била, а и сад су непотпуно, недоречено, противречно уређена или тек споменута остављајући нерешеним питања која могу бити решена, пре свега државину, право грађења, плодоуживања, становања, реалног терета, задржане обезбеђујуће и очекиване својине. Оно што та сва права чини целином је супротстављивост (*opposabilité, Entgegensetzbarkeit, Drittwirksamkeit*) – следовање (*droit de suite, Verfolgungsrecht, Sukzessionsschutz*). Вид. Владимир Водинелић, *Основно о нацрту Стварноправног законика Србије*, 2006.

⁶⁶⁸ Званична историја садашњег нацрта стварноправног законика, Нацрта законика о својини и другим стварним правима (Нацрт ЗСДСП), започела је 27. октобра 2003. уз подршку немачке Организације за техничку сарадњу (GTZ) – Канцеларија за правну реформу и др. Текст је заокружен јула 2006. у 682 члана. Неколико одредаба је касније прецизирано или измењено, на трагу сугестија из експертизе о Нацрту ЗСДСП, коју су крајем 2006. сачинили проф. др Ulrich Drobnig и др Christa Jessel-Holst. *Ibid.*

У чл. 584 НЗСДСП из 2012. реални дуг је дефинисан овако: „(1) Право реалног дуга је право лица (прималац дуга) да наплати одређени новчани износ из вредности оптерећене непокретности (износ реалног дуга), без обзира на промену њеног власника (давалац дуга) и без обзира на то код кога је та непокретност. (2) Право реалног дуга заснива се у корист лица уписаног у јавном регистру на основу правног посла о реалном дугу (регистровани реални дуг), односно законитог имаоца писма реалног дуга (право писма реалног дуга).“⁶⁶⁹

НЗСДСП уређује и *обезбеђујући реални дуг* и *накнадни реални дуг*, при чему се први заснива уговором којим би се предвидело да реални дуг служи обезбеђењу потраживања (уговор о обезбеђењу), односно да настанак, постојање, висина и пренос реалног дуга зависи од настанка, постојања, висине, то јест преноса потраживања обезбеђеног реалним дугом (обезбеђујући реални дуг), што се може уписати у јавном регистру, али не и у писму реалног дуга. Притом, и да се упише његово постојање у јавном регистру да би се приговори из тог уговора могли супротставити сваком примаоцу дуга. Уређено је да ако не настане, односно ако престане потраживање обезбеђено реалним дугом, давалац дуга може да захтева, по свом избору, да му прималац дуга назад пренесе реални дуг или да се одрекне реалног дуга. Између осталог, регулисано је да се прималац обезбеђујућег реалног дуга којем давалац дуга може истицати приговоре из обезбеђеног потраживања може наплатити из вредности оптерећене непокретности само до висине обезбеђеног потраживања. А за случај да није друкчије уговорено, прималац дуга не може захтевати исплату износа реалног дуга од даваоца дуга и наплатити га из његове остале имовине, ни ако је реални дуг обезбеђујући. Реглементирано је и право првенства, као и ред наплате, те екстензивност итд.⁶⁷⁰

Чланом 595 регулисан је и реални дуг на праву: реални дуг се може засновати на службености грађења, плодуживању непокретности, повереној и очекиваној својини непокретности и на задржаној и очекиваној својини непокретности. Такође је предвиђено и да је давалац дуга овлашћен да употребљава оптерећену непокретност према уобичајеној намени и да прибира плодове непокретности.

Предвиђен је и пренос и залагање реалног дуга, тако да се може самостално пренети и заложити, те да се преносом, односно залагањем реалног дуга као обезбеђујућег, преноси, односно залаже обезбеђено потраживање, осим ако је друкчије уговорено са даваоцем дуга. Могуће је и да давалац дуга отуђи оптерећену непокретност, али прибавилац је стиче оптерећену реалним дугом⁶⁷¹

Изузев овако конципираног реалног дуга, предвиђено је и његово претварање у писмо реалног дуга⁶⁷² на темељу уговора даваоца и примаоца дуга, док је обрнуто искључено, као и

⁶⁶⁹ Вид. НЗСДСП 2012, чл. 585. (1) Износ реалног дуга може бити сваки новчани износ изражен у домаћој или страниј валути. (2) Износ реалног дуга обухвата и камату, ако је правним послом тако одређено и уписано у регистру, а иначе се назначује висина камате (чл. 586). Реални дуг може се засновати у корист власника непокретности као примаоца дуга (чл. 588). За настанак и постојање није неопходан настанак, односно постојање потраживања, а за пренос реалног дуга – пренос потраживања.

⁶⁷⁰ Вид. чл. 593.

⁶⁷¹ Вид. чл. 604. На треће лице чије би право на оптерећеној непокретности престало њеном продајом ради наплате реалног дуга, право реалног дуга прелази када га оно исплати, а то лице може да захтева да се промена имаоца упише у јавном регистру, односно да му се пренесе писмо реалног дуга.

⁶⁷² Ова одредба би несумњиво допринела прометљивости, без уплива и чекања „наших катастар“.

могућност претварања реалног дуга у својински реални дуг. Предвиђено је и претварање хипотеке у реални дуг.⁶⁷³

Чланом 607 утврђује се да реални дуг постаје својински ако давалац дуга исплати износ реалног дуга, или ако прималац дуга назад пренесе реални дуг даваоцу код обезбеђујућег реалног дуга, или ако се прималац дуга одрекне реалног дуга, а давалац дуга може захтевати да то упише у јавном регистру, односно да му се пренесе писмо реалног дуга. Претварање реалног дуга у „писмо о реалном дугу“ детаљно је разрађено у чл. 608–610, док је „регистровани реални дуг“ уређен чл. 611, с тим што упис реалног дуга у јавном регистру, на основу кога се издаје писмо реалног дуга, може тражити само давалац дуга, те ако се разликују садржина писма реалног дуга и јавног регистра, важи уписано у писму. Исплатом обезбеђујућег реалног дуга престаје обезбеђено потраживање у висини исплаћеног, те ако исплату обезбеђујућег реалног дуга изврши лице које није давалац дуга, у сумњи се сматра да је исплаћено обезбеђено потраживање а не реални дуг.⁶⁷⁴

Нормама чл. 614 превиђене су стандардно ништаве одредбе, али, осим тога, и могућност да прималац дуга наплати дуг мимо суда, али у случају кад то искључује физичка лица као даваоце реалног дуга. Дакле, то би важило само за привреднике, и то под условом да постоји тржишна цена, а у недостатку тржишне, онда разумна цена.⁶⁷⁵ Од чл. 617 па даље разрађена је наплата реалног дуга у судској и вансудској продаји, с модалитетима онако како су регулисани продаја ствари бездржавинске залоге и начини престанка реалног дуга.⁶⁷⁶ Посебно је правно интригантна норма „прерастања“, то јест претварања поверене обезбеђујуће својине у својину на начин да поверениково право поверене обезбеђујуће својине прераста у својину ако поверавач о доспелости не испуни обавезу, а ако је уговорено, повереник поверавачу дугује онолико колико вредност ствари надилази вредност ненамиреног дела његовог обезбеђеног потраживања. Регулисана је, између осталог, и промена имаоца и пренос и залагање, у одељку 6 стицање не/регистроване поверене обезбеђујуће својине, право очекиване својине, а одељку 7 престанак те својине.⁶⁷⁷

Само на први поглед законско одређење земљишног дуга подсећа на одређење хипотеке, чијом се реализацијом такође исплаћује износ новца „из некретнине“, али искључиво „ради намирења потраживања које повериоцу припада“.⁶⁷⁸

Начело официјелности (...) подразумева реализацију заложног права „на строго формалан начин“, то јест искључиво путем суда: вођењем најпре парничног поступка са циљем добијања извршне исправе, на основу које се потом покреће други по реду – извршни поступак. Од тог начела је у ЗХ Србије, као једна од највећих новина, уведено одступање: а) могућност заснивања извршне вансудске хипотеке (титулус хипотеке има својство извршне исправе); б) могућност вансудске продаје хипотековане непокретности на основу такве извршне хипотеке, са циљем убрзања поступка намирења. Немачки аутори истичу као могуће његово заснивање пред јавним бележником, као непосредно извршног, што је велика предност

⁶⁷³ Вид. чл. 606.

⁶⁷⁴ Вид. чл. 610, 611 и 612.

⁶⁷⁵ *Ibid.* Реални дуг се не стиче ако је искључење стицања накнадног дуга уписано у регистру.

⁶⁷⁶ Вид. чл. 636.

⁶⁷⁷ Вид. чл. 646.

⁶⁷⁸ Вид. Александра Павићевић, *Начела земљишног дуга као реалног средства обезбеђења*, *Зборник радова Правног факултету у Новом Саду* 2/2014, 459–475.

у односу на максималну хипотеку. Сматрамо да је и код земљишног дуга и код хипотеке, у реализацији права намирења, задржано начело официјелности као правило.⁶⁷⁹

У домаћем праву су одувек била предвиђена само акцесорна средства обезбеђења на непокретностима, искључиво хипотека. То стање сматрамо последицом немогућности афирмисања и теоријскоправног уклапања неакцесорног средства обезбеђења у групу заложних права као строго акцесорних. Домаће право припада групи правних система у којима је акцесорност схваћена као „судбинска карактеристика хипотеке“, за разлику од немачког, које заложна права на непокретности степенује по акцесорности. Неакцесорност је суштинска разлика земљишног дуга спрам хипотеке, због чега је правни писци означавају као *differentia specifica*. Изменама немачког законодавства отклоњен је финални аргумент против земљишног дуга као опасан по потрошаче проширењем круга лица којима се приговори из уговора о сврси обезбеђења могу супротставити. До 2008. године сауговарачу се могло приговорити несновано обогаћење у случају двоструке наплате, али ризик је остајао за случај преноса земљишног дуга на савесног стицаоца по плаћању.⁶⁸⁰

Најкраће речено, реални (у немачком изворнику земљишни) дуг је право уновчења непокретности и наплате одређеног износа из суме добијене уновчењем.⁶⁸¹ Реални дуг⁶⁸² није заложно право јер нема законом прописану обезбеђујућу сврху, па због тога није по природи акцесорно право. У најновије време, због светске економске кризе која је почела 2007. године, обезбеђујући земљишни дуг је од квазиакцесорног права постао „степеновано акцесорно“ право, што значи да је у погледу одређених видова акцесорности строго, дакле законски акцесоран (код могућности истицања приговора из споразума о обезбеђењу, према томе, акцесоран у реализацији), а у погледу неких других видова уговорно акцесоран.⁶⁸³

Нема дилеме да, по положају у којем се налазе, Србија и Црна Гора треба да се одреде за плуралитет средстава обезбеђења и трећу генерацију инструмента обезбеђења оличених у уговорима о лизингу, факторингу, цесији итд. Следи „генерација привилегија“, где се *рачуна* искључиво „економски ефекат“.

Према нашем мишљењу, треба се свакако окренути ка европеизацији, без обзира на формалитете „заступљености у поглављима“, али с обзиром на каквоћу стања у нашим животима. Европски институт у свим деривацијама бољи је од американизованих странпутица, уз проверен, пре свега, нама инхерентан европски процесноправни механизам.

1.6. Траст

Траст као најаутентичнији правни институт англоамеричког права, којим се, између осталог, даје и обезбеђујућа улога, без сумње завређује, понајвише због своје опште

⁶⁷⁹ Не слажемо се са тврђењем да је вансудска реализација хипотеке изузетак и да је задржано начело официјелности као правило, нарочито не у фази намирења хипотеке, јер је баш ту настала пометња.

⁶⁸⁰ Вид. Павићевић, *Начела земљишног дуга као реалног средства обезбеђења*, 459–475.

⁶⁸¹ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, 272 и 273.

⁶⁸² Сматрамо да је термин „реални“, уместо „земљишни“ дуг прикладнији, будући да, семантички, „земљишни“ може изазвати конфузије, дословним значењем „земљишта“.

⁶⁸³ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. 2015.

популарности у свету, да се изложи у низу најзначајнијих инструмената, то јест права обезбеђења. Када се размотре сва потенцијална правна својства, функције и врсте траста, оно што га потпуно раздваја од осталих средстава обезбеђења јесте његова подређеност англоамеричком концепту права својине као подељене својине, јер баш на овом институту долази до изражаја.

Дакле, са аспекта теме, ово кратко излагање има задатак да, сем представе ове установе која се жели у праву ЕУ наметнути уместо фидуције као највећи компромис два велика система, покаже да она у својој суштини представља најилустративнији стварни одраз конструкта „*подељене својине*“, која је у европскоконтиненталном праву, али и правништву неприхватљива. Ову установу излажемо и као упозорење, да се наш законодавац не би након вансудске реализације моргица сада одлучио за траст јер и он веома добро звучи због јаке распострањености у англосаксонском свету. Ту је значајно и као правна чињеница и као „упоредник“ да се и на трастија, као и на моргиц повериоца преноси право својине, мада на овог првог стварно и потпуно, а на другог формалноправно .

Траст (*trust*) је можда најоригиналнији институт енглеског права („земље оригинатора“). Развио се из средњовековног *use*-а, прилагођаван формализмима тадашњег права. Није настао из теоријских конструкција већ из практичних потреба земаља англосаксонског правног круга. Његова суштина је у концепцији по којој је трасти номинални власник који управља и располаже предметом траста у корист бенефицијара као стварног власника или уживаоца. Конципиран је на англосаксонској *подељеној својини*. Управо траст илуструје сву контрадикторност различитих концепата права својине. Траст постоји када једно лице – *сетлор*, пренесе својину другом – *трастију*, с тим што је *трасти* не ужива већ има обавезу да њома управља у интересу корисника траста међу којима се може наћи и сам сетлор (...).⁶⁸⁴

Траст чине лице које преноси својину на имовини (он је оснивач траста и за њега Енглези користе назив *settlor*), лице на које се својина преноси (*trustee*), које има обавезу да управља имовином у интересу корисника траста или *бенефицијара* (*beneficiary* или *cestui que trust*) и имовина која се преноси у својину трастија (*trust property*).^{685 686}

Дакле, суштину траста представља концепција према којој је трасти номинални власник а бенефицијар стварни власник или уживалац, па се срећу појмови: *trust property*, *legal title*, *legal ownership*, *legal owner*, *equitable title*, *equitable ownership*, *equitable (beneficiary) owner*, *legal proprietary interests*, *equitable proprietary interests*. *Trust property* је ствар која се трастију преноси у својину. У правнотехничком смислу *trust property* је имовина над којом трасти има *legal title*, а бенефицијар *equitable title*. *Legal title* би означавао законску својину, односно својину коју признаје *common law – legal ownership*, а титулар такве својине назива се законски власник – *legal owner*. Трасти има *legal ownership* и зато је *legal owner*. Као такав, трасти има својину у формалном смислу. Корисник траста (бенефицијар) има *beneficiary (equitable) ownership – beneficiary (equitable) owner*, дакле има економску својину. *Proprietary interests* је општи појам који означава све облике стварноправних овлашћења. Пошто трасти има *legal*

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ Вид. Срђан Владетић, *Основи траста англосаксонског права*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2011, УДК: 347.462(41). Реч је о институту енглеског средњовековног права који се и даље развија у многе сврхе. Концепт траста је непознат и тешко разумљив правнику континенталног правног система, пре свега због економске сарадње са земљама англосаксонског правног система.

⁶⁸⁶ Већ сама овако објашњена конструкција траста са сетлором (власником) и трастијем (власником) одаје утисак да је есенцијална срж траста стран и правни и логички појам за европског правника.

ownership, односно својину коју признаје *common law*, онда се и његова овлашћења (нпр. право да управља и располаже имовином) морају кретати у оквиру тог права. Зато се трастијева овлашћења називају *legal proprietary interests*. Бенефицијарово овлашћење да ужива имовину која је поверена трастију признаје *equity law*, а његова овлашћења називају се *proprietary equitable interests*.⁶⁸⁷

Статутом мртве руке (Statut of Mortmain), донетим 1279. године, забрањен је пренос земље цркви без дозволе круне. Ова забрана је, такође, избегавана путем института *use*. Земља је преношена некој трећој особи – *феофију*, да је држи у корист цркве (*cestui que use*). Из института *use* произлази да је *феофи власник земље коју му је пренео феофор*, као и да је имао обавезу да земљу држи у корист бенефицијара (*cestui que use*), али је та обавеза лежала на савести феофија. Како је према *common law* феофи имао *legal title*, корисник није имао начина да спречи феофија да располаже приходима супротно од феофорових упутстава. Да би спречио злоупотребе и заштитио бенефицијара, током XV века краљев канцелар је доделио правну заштиту бенефицијару према праву правичности (*equity law*). На тај начин феофи има *legal title*, односно право својине према *common law* – *legal ownership* (законску својину, својину у формалноправном смислу). Феофи, као титулар права својине, назива се законски власник, формално правни власник – *legal owner*, и он наравно има *legal proprietary interests*. Омогућавањем заштите од несавесног феофија и трећих, канцелар је кориснику обезбедио економску својину (својину уживања), односно својину коју признаје *equity law* – *equitable (beneficiary) ownership*. Бенефицијар као титулар те својине назива се власник користи (економски власник) – *beneficiary (equitable) owner* и има *equitable proprietary interests*.^{688, 689}

Што се тиче права бенефицијара, на првом месту је његово право на *beneficial interest*. Уколико трасти не испуни своју обавезу, бенефицијар може против њега подићи тужбу. У случају повреде траста (*breach of trust*), бенефицијар може захтевати накнаду штете, а код

⁶⁸⁷ *Ibid.* Траст се развио из установе *use* која је у средњовековној Енглеској коришћена за држање земље. Као и код траста, и овде једно лице (*feoffor*) формално преноси својину другом (*feoffee to uses*) да је држи у његову корист или у корист трећег (*cestui que use*). Пошто се начин преноса земље звао *feoffment* (церемонијални пренос), онда су и називи учесника *use* изведени из те речи. Порекло *use* је нејасно. Мејтленд сматра да *use* не би требало тражити у латинској речи *usus*, већ у речи *opus* јер је израз *ad opus* у вулгарном латинском добио значење „у корист“. Израз *ad opus* је еволуирао (у *ad oeps* – *ad eops*, касније у француском облику *a son eos*) док се није јавио енглески облик *to the use of*. Шира употреба *use* почела је у Енглеској 1244. Најважнији разлог употребе *use* лежао је у феудалним ограничењима која су наметана власницима земље. Излаз је нађен у *use*. *Use* су користили ходочасници пре поласка у Свету Земљу плашећи се да ће имање, у случају њихове смрти, а у недостатку пунолетног наследника, припасти господару. *Use* се користио и ради заобилажења примогенитуре.

⁶⁸⁸ Ова заштита бенефицијара довела је до масовне употребе установе *use* у циљу избегавања пореза, те је Хенри VIII тврдио да је његова каса нападнута установом *use*. Зато је, под притиском Хенрија VIII, 1535. донет *Statute of Use* којим *common law* признаје својину која настаје из установе *use* односно бенефицијар је поред *equitable title*, добио и *legal title*, па је *use* изгубио фидуцијарни карактер преноса права на феофија. Енглези су ову забрану избегавали путем „*use* на *use*“ (*use upon use*). Ако лице А пренесе земљу на лице Б у корист лица В, коју ово лице прослеђује лицу Г, онда се по закону први *use* укида, а други и даље важи. Крајем XVI века судови су уместо речи *use*, почели употребљавати реч *trust*. Подела права својине на *legal* и *equitable title* учинила је да траст пређе пут од средства са ограниченом применом до еластичног које се користи у многим областима. *Ibid.*

⁶⁸⁹ Имајући у виду да га стварно знање о трасту чини несавесним и спречава у стицању имовине ослобођене од траста, купац често ни не жели да истражи да ли је та имовина под трастом. Тада он има посредно знање о трасту (*constructive notice of the trust*). У том случају код купца не постоји *dolus*, али је он показао непажњу једнаку *culpa lata*. Зато је *equity law* развило принцип да купац, уз то што мора бити поштен, мора бити и пажљив да би стекао ствар ослобођену од траста. *Ibid.*

грубих повреда замену трастија, чак и да захтева од трастија да расформира траст и пренесе му *legal title*. Права бенефицијара су осигурана и принципом суброгације.⁶⁹⁰

С формалноправне тачке гледишта, пренос путем поклона је правно ваљан јер трасти има *legal title*. Али, како се *equity law* базира на савести, оно не може да штити поклонопримца. С обзиром на то да бенефицијар има овако широка овлашћења, могло би се поставити питање природе његовог права, односно да ли је његово право *in rem* или *in personam*. Бенефицијар има *equitable obligation* према трастију, односно бенефицијар има право да од трастија захтева повраћај предмета траста и испуњење обавеза које је одредио оснивач траста. Кад се томе дода чињеница да је трасти, по обичајном праву, власник предмета траста, онда се мора рећи да је бенефицијарево право *in personam*. Али, ако погледамо круг лица према којим бенефицијар може истицати своје право, морамо констатовати да је бенефицијарево право истовремено *in rem* и делује *erga omnes*.⁶⁹¹

Према начину оснивања трастови се могу поделити на: *express, constructive, resulting u statutory trusts*. По сврси коришћења: *privatни (private trusts)* и *добротворни трастови (charitable trusts)*. *Constructive, resulting и statutory trusts* су приватни трастови. *Constructive trust* је траст наметнут од суда. Суд то чини у супротности с намерама странака да би се спречило неосновано обогаћење или превара.⁶⁹²

Resulting trust настаје као еквивалент изјављеној вољи за оснивање траста односно суд, на основу понашања странака, претпоставља да су оне желеле траст и сматра да је он установљен. *Statutory trusts* настају на основу закона (по закону суд може наметнути траст лицу које није способно да врши послове због душевног обољења). Најчешћа врста приватног траста је породични траст (*family trust*). Он се користи када лице не може да одлучи коме да додели имовину.⁶⁹³

Траст може да се користи као замена за предузеће. У ту сврху је *business trust* (пословни траст). Овде су наведене само оне важније, а Фречер (*Fratcher*) наводи чак 26 сврха траста. Зато Мејтленд (*Maitland*) за траст каже: „То је институт велике еластичности и општости; еластичан и општи као уговор. Ово можда представља најважније достигнуће енглеских правника.“⁶⁹⁴

Трасти може имати овлашћење да из једне групе лица одабере бенефицијара и да одабере време када ће му исплатити приходе (као у случају *discretionary trust* – дискрециони траст).

⁶⁹⁰ Ако трасти од имовине траста купи Рембрантову слику, она је сурогат траста и бенефицијар полаже право на њу. Ако је трасти прода и купи стан, изнајмљује га и од станарине купи ауто, бенефицијар има право на њих, а ако их трасти поклони, бенефицијар их захтева по *equitable tracing*. *Ibid.*

⁶⁹¹ Дакле, сада постоје три титулара права својине на једној ствари, која није ни заједничка, ни у идеалним деловима, процентима, ни искључива, него – подељена својина.

⁶⁹² На пример, ако трасти прода предмет траста трећем несавесном лицу – *actual notice of trust*, суд ће установити *constructive trust* где ће то треће лице бити трасти у корист бенефицијара. *Ibid.*

⁶⁹³ Тада је оснивач преноси у траст да буде чувана док је он жив, а по његовој смрти је добијају они које је одредио. Може се основати породични траст заштита породичне имовине од стечаја због дугова њених чланова (*protective family trust*). Основна функција породичног траста тиче се смањења пореза. Имовина која доноси велик приход даје се у траст ђаку или жени домаћици јер је њихов порез најмањи. Данас се траст најчешће користи у комерцијалне сврхе: *Pension fond trusts, Unit trusts*. *Ibid.*

⁶⁹⁴ То показују примери земаља које су прихватиле траст: Шкотска, Квебек, Луизијана, Шри Ланка, Јужноафричка Република, земље Латинске Америке, Румунија, Лихтенштајн и Француска су, ради сарадње са англосаксонским земљама, озакониле фидуцију која умногоме подсећа на траст. *Ibid.*

Али, трастијева овлашћења оснивач траста може и ограничити. С обзиром на то шта све може бити предмет траста, можда је најбоље рећи: све што може имати новчану вредност може бити предмет траста, уз једно важно ограничење.⁶⁹⁵

Имовина која се преноси у траст мора бити одређена. Писана форма тражи се у случајевима када је предмет траста земља и кад се траст оснива путем тестаментa.⁶⁹⁶

Траст је настао из *equity*-ја као корекције *common law*-а и, као такав, карактеристичан је искључиво за енглеско, односно англоамеричко право, иако по својој правној природи има сличности са фидуцијом римског права.⁶⁹⁷ Имајући у виду наведене правне положаје траст-ја, односно трећег, Обрад Станојевић прави положај трастија, односно његово право својине дефинише као *common law ownership*, док треће лице ужива право својине по праву *equity*-ја. *Philip James*, је у ширем смислу, траст поделио на приватни траст (*private trust*) и јавни траст (траст у хуманитарне сврхе *charitable public trust*. у оквиру приватног траста разликује се изричит (*express private trust*) и прећутни (*implied trust*).^{698, 699}

За разлику од римске фидуције из формалног правног посла, енглески траст могао се извести из пресумиране воље страна или одлуке суда по правичности.⁷⁰⁰

Данас је функција траста (уговора о поверењу) да обезбеди потраживање. За разлику од моргица, њиме се својина ствари преноси за обезбеђење дуга не само формалноправно него и потпуно и стварно.

Да сумирамо: преовлађујуће је мишљење о сродности фидуције и траста, па ако се већ мора одредити за плуралитет средстава стварноправног обезбеђења, природније је узаконити фидуцију него траст (као Франсуска) и/или реални дуг јер су из примеренијег европскоконтиненталног круга. Комплексност и неразумљивост англоамеричке подељене својине дерогира легитимност тенденције за усвајање таквог института у наше право. Траст је унет у Грађански законик Румуније, по узору на Грађански законик Квебека, где је стигао преко америчког права заступљеног у девет од десет канадских држава. Траст се шири Европом, али уз одређена дистанцирања. Најпогодније су му управо земље у развоју, земље транзиције, односно такозване земље „младе демократије“. Ту се трансплантира аутоматски.

Њихови правни пореци су опустушени ретроградном комунистичком идеологијом, али и тешким бременима прошлости. Наши правни пореци немају потребу за трастом. Кад је

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁷ Вид. Вељко Ковачевић, *Нека питања о природи и структури појединих грана и правних института енглеског права, Правни записи*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2013, 514–528.

⁶⁹⁸ Вид. Зинка Радић, *Узроци хетерогености беспосједовних осигурања тражбина на покретнинама и правима, Зборник Правног факултета у Сплиту* 4/2015, 1009–1035, УДК: 368. 811. Тај институт користили су витезови који су одлазили у ратове и нису знали хоће ли се вратити, па су осигуравали породице. Римска фидуција у *common law* систему добила је следбеника у институту *trust*. *Ibid.*, 52.

⁶⁹⁹ *Ibid.*

⁷⁰⁰ *Ibid.*

посреди улога траста *mortis causa*, ту је уговор о доживотном издржавању, а кад је сврха траста општа корист,⁷⁰¹ у Србији и ЦГ⁷⁰² постоје задужбинарства⁷⁰³ и фондације.⁷⁰⁴

Што се тиче ЕУ, траст се већ трансплантирао у то право као и све друге англоамеричке установе. То и није оправдање за прихватање јако специфичне правне установе.

Примери *земљишног дуга* и *траста*, иако не постоје у нашим порецима, служе томе да укажу на то да у трансплантацији туђих правних органа у наше правне системе будемо далеко пажљивији јер смо направили озбиљне грешке. Пример је *фидуција* коју је *позајмила* Црна Гора (не и Србија), која је остала *мртво слово на папиру* и тако траје деценију.

Наиме, у последњих неколико година, фидуција се практикује у крајње мутним пословима, следећи свој формалитет, јер се у листу непокретности уписује наводни поверилац из наводне облигације, најчешће зајма, и то одмах као титулар права својине (нигде у закону ни у листу непокретности не пише да је посредник „условни ималац права својине“, изузев што у „Г“ листу пише који се зајам обезбеђује и с роком доспећа. Ту са доспећем су могућа лака фингирања.)

То су безмало редовно тзв. контроверзни бизнисмени или најближи и разни сродници високих званичника вишедеценијског старог режима. Због тога закључујемо да кадгод је законодавчева сврха увођења одређеног правног транспланта изневерена и тај трансплант се покаже као дисфункционалан, у том случају треба га безизузетно аброгирати, будући да је маштовитост на балканским меандрима незамисливо отпорна на све забране и законске претње. Дакле, није довољно констатовати да одређени правни трансплант нема стварну употребу и да се више не практикује већ га треба законским новелама искључити из легислативе јер, као што јасно видимо за фидуцију, изванредно служи једино – злоупотребама.

2. Тематска средства обезбеђења потраживања

2.1. Хипотека

У очима јавног мњења, хипотека је хладна и окрутна установа. Ономе ко има хипотеку на кући чини се да му стално виси претња да изгуби кров над главом. Отуд је хипотека на злу гласу и о њој, као правној институцији, влада рђаво мишљење.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ Вид. Димитрије Паповић, *Примјери филантропије у Црној Гори*, Фонд за активно грађанство, 2009.

⁷⁰² Вид. Закон о удружењима, *Сл. гласник РС* 51/09, 99/11 – др. закони. Удружење је добровољна и невладина недобитна организација заснована на слободи удруживања више физичких или правних лица, основана ради остваривања и унапређења одређеног заједничког или општег циља и интереса.

⁷⁰³ Вид. Закон о задужбинама, *Сл. гласник РС* 88/10, 99/11 – др. закони. Задужбина је правно лице ком је оснивач наменио имовину за остварење добротинског општекорисног циља или приватног интереса. Фондација је правно лице основано ради добротинског остваривања општекорисног циља.

⁷⁰⁴ Фондација је добровољна непрофитна организација коју оснивају домаћа и/или страна лица ради остваривања општих циљева. Вид. Закон о невладиним организацијама, *Сл. лист ЦГ* 39/11, 37/17.

⁷⁰⁵ Вид. Станковић, Орлић, *Стварно право*, 229, 2007.

2.1.1. Хипотека у правној теорији, легислативи и пракси *civil law*

2.1.1.1. Појам

Хипотека⁷⁰⁶ је једна од оних правних установа за коју постоји безброј правних дефиниција, како одраније, тако данас, у нашем праву и компаративи. Више-мање, све је о њеној правној конструкцији изречено и написано на најразличитије начине, од уџбеника, преко разних научних радова, до правних речника, лексикона и енциклопедија.

Према нашем мишљењу, најпотпунија је, најозбиљније правно инклузивна и сасвим доречена следећа дефиниција: „Хипотека је, дакле, право хипотекарног повериоца (користи се и термин „хипотекар“⁷⁰⁷) да приоритетно наплати доспело обезбеђено потраживање из вредности оптерећене непокретности, тако што ће уновчити оптерећену непокретност продајом. Хипотека је стварно право, односно недељива, и снабдевена је правом следовања, што значи да хипотекар своје овлашћење може да врши без обзира на то ко је власник хипотековане непокретности и ко је њен држалац.“⁷⁰⁷

2.1.1.2. Хипотекарна начела

Хипотека је стварно, дакле апсолутно, свима супротстављиво право. Хипотекар је правни субјект, најчешће банка која *продаје* неке новце у виду кредита с каматом (ценом коштања новца) на одређени временски период, а тај неко је *купио* новац, најчешће да би платио и прибавио себи неку непокретност, стамбени или пословни објект, а да би то успео, мора банци да обезбеди уредно и целовито враћање новца с каматама, па залаже или ту исту, или неку другу, или неког другог лица непокретност у корист банке као – хипотекара. Ту су кумулирана начела акцесорности, то јест несамосталности хипотеке, јер *њен правни живот* зависи од потраживања, у конкретном примеру, кредита банци. Исплати ли се кредит, хипотека престаје, али све док постоји иједан динар потраживања тога кредита обезбеђеног хипотеком, хипотека не престаје нити може престати, због још једног начела, начела недељивости.

Хипотека уз то прати конкретну непокретност, без обзира на то колико и какве све титуларе права својине да промени и без обзира на то колико је и каквих лица има у државини, што говори о још једном начелу којим је наоружана хипотека, начелу следовања, које делује тако што се хипотека „усидри“ у дату непокретност и остаје у њој и с њом све док поменути кредит не буде исплаћен. Ту је важно, а најчешће и пресудно, ко се први упише у јавне регистре и тиме фаворизује, то јест рангира⁷⁰⁸ свој статус, па то иде тако и до тог да ли је хипотекар првог или неког доцнијег реда. То иде клизно, па први истискује све доцније уписане, што говори о начелу првенства (*prior tempore potior iure*). Хипотекар се тим начелом служи да

⁷⁰⁶ Вид. Б. Срдић, М. Унчанин, Р. Јовановић, М. Аничич, Р. Ђорђевић, Д. Мрдовић, *Пословни лексикон*, Библиотека *Речници*, Веларта, Београд 2009, 271.

⁷⁰⁷ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, 225.

⁷⁰⁸ Куриозитет је својинска хипотека. Својинска хипотека је могућа само ако у случају исплате хипотекарног повериоца с ранијим рангом хипотекарни дужник може задржати постојећи ранг хипотеке (фиксни ранг).

елиминише све хипотекаре уписане касније од њега и обичне повериоце, док се не намири у целини, па онда други на исти начин, док од те непокретности ишта преостане да се може уновчити за намирење хипотекарних и хирограферних поверилаца.

Хипотекарево право се ствара закључењем уговора у одговарајућој форми (уз нужан упис у регистар), одлуком државног органа или по закону, протеже се на сва побољшања (начело екстензивности) и цела ствар је константно под притиском хипотекара, док то његово облигационо потраживање траје, односно док не буде потпуно наплаћено. Јавне књиге су од прворазредне важности да би настала хипотека (*modus acquirendi*: начин стицања), као и зато што је њихова сваковремена истинитост – предоснова свакога поуздања.

Хипотекаров прворазредни циљ је да врати сав исплаћен новац са свим каматама и са свим трошковима којима се током тога посла изложио, тако што ће уновчити хипотековану непокретност брзом продајом. Ту хипотекару није од значаја сама непокретност као таква и ту није циљ да је хипотекар тим путем присвоји, ни тако што би је на аукцији могао купити својим потраживањем, јер банка као најчешћи хипотекар тежи превасходно да „обрће новац“ и све је у тој банкарској равни примерено томе циљу, дакле: *брз обрт, чешћи обрт, сигуран обрт*, што резултира добрим банкарским учинком.

Дакле, мора се увек водити рачуна да је хипотекаров циљ, кад је посреди банка или слична финансијска институција, да врати свој новац, да на њему заради, да зарада буде што већа, што бржа и што сигурнија. Ту сигурност хипотекару пружа хипотекована непокретност, њена добро процењена вредност, како би се на тржишту лако уновчила, те да тај поступак буде што ефектнији и што ефикаснији.

2.1.1.3. Законска решења и тежње регулисања хипотеке данас и раније

Позитивна легислатива Србије и Црне Горе регулише хипотеку јасно и правно уобичајено. Према члану 2 Закона о хипотеци Србије: „Хипотека је заложно право на непокретности које овлашћује повериоца да ако дужник не исплати дуг о доспелости захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој својини се непокретност налази.“⁷⁰⁹ Према члану 308 Закона о својинско-правним односима Црне Горе: „Ради обезбјеђења одређеног потраживања непокретна ствар може бити оптерећена правом залоге у корист повјериоца који је овлашћен, на начин прописан законом да тражи намирење свог потраживања из вриједности те непокретности прије повјерилаца који на њој немају хипотеку, као и прије повјерилаца који су хипотеку на њој стекли послије њега, без обзира на промјену власника оптерећене непокретности.“⁷¹⁰

Сличне или безмало идентичне се номотехнике могу врло лако запазити и упоредно, па и у нацртима, преднацртима и другим пројекцијама будућих, нужно потребних кодификација грађанског права у једном јединственом крајње складном и кохерентном грађанском законнику који ће делотворно постулирати целу материју, како ону из области грађанског материјалног

⁷⁰⁹ Вид. Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС* 115/05, 60/15, 63/15 – одлука УС и 83/15.

⁷¹⁰ Вид. ЗСПО ЦГ, *Сл. лист ЦГ* 19/09, чл. 308.

права, тако и ону из области грађанског процесног права, у две свесажимајуће грађанске кодификације. Уверени смо да су ти захвати неопходни.

У Нацрту и Преднацрту законика Србије дефиниције су стандардне: и могло би се рећи језгровито конципиране, У члану 543 НЗДСП РС из 2012. године наводи се: „Право хипотеке је право повериоца (хипотекара), чије је право залог на непокретности уписано у јавном регистру, да своје одређено или одредиво доспело потраживање намири из вредности те ствари, без обзира на промену њеног власника, и без обзира на то код ког је та ствар.“⁷¹¹ Такође и у члану 2105 ПГЗ⁷¹² из 2015. године: „Хипотека је заложно право које овлашћује повериоца да на начин прописан законом, ако дужник не исплати дуг о доспелости, захтева продају хипотековане непокретности ради наплате обезбеђеног потраживања из добијене вредности, пре обичних поверилаца као и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира на то у чијој је својини и код ког се непокретност налази. Хипотека може настати на основу правног посла (уговорна), закона и судске одлуке. Ако друго није одређено законом, правила о уговорној хипотеци примењују се на одговарајући начин на законску и хипотеку засновану судском одлуком“.

Када се осврнемо на дефиниције српског законодавца у прошлости, наићи ћемо на сродне дефиниције. Тако, пре „југославизације“, у СГЗ из 1844.⁷¹³ и у ОИЗ из 1888. године⁷¹⁴ хипотека се овако дефинише, најпре у СГЗ: „Хипотека је терет на непокретном добру у том смислу, да, уместо личне одговорности за извесан дуг долази реална одговорност, где је тако рећи ствар одговорна за исплату дуга. Ову реалну одговорност ваља схватити, да онај, ко има ствар хипотековану, одговара за тражбину, али одговара само са том ствари, на којој лежи хипотека.“

Кад хипотекарни поверилац не може на основу хипотеке да тражи продају док не издејствује извршну судску одлуку, разумљиво је да о праву хипотекарног повериоца да добро прода приватно не може бити ни речи. Јавном продајом сви терети престају (§ 489, ст. II Закона о судском поступку).⁷¹⁵

На првом месту хипотека је једно стварно право. Хипотековано право је, као и свако заложно право, акцесорно право. Једном прибављена хипотека постоји само дотле докле и главно право. Поверилац може тражити намирење једино путем принудног извршења, тако да је ништав сваки уговор о намирењу на други начин, закључен пре него што је рок о тражбини дошао (§ 43, ст. II). Поверилац није овлашћен да се користи плодовима ствари, да ужива ствар, што је већ поменуто.⁷¹⁶

При томе се претпоставља да се добро продаје јавним путем по правилима за извршење судских одлука. Поверилац који има хипотеку дужан је да путем спора утврди обавезу сопственика добра, да плати суму гарантовану хипотеком. Кад судска пресуда постане извршна, извршује се продавањем добра на јавној лицитацији.⁷¹⁷

⁷¹¹ Вид. НЗДСП РС из 2012, чл. 543.

⁷¹² Вид. ПГЗ РС из 2015, чл. 2105.

⁷¹³ Дефиницију из СГЗ уподобљујемо са пратећим изменама, уредбама и другим законима.

⁷¹⁴ Вид. ОИЗ за КЦГ 1888.

⁷¹⁵ Вид. Лазар Марковић, *Грађанско право*, прва књига, *Општи део и Стварно право*, друго издање, „Народна самоуправа“ А. Д., Београд 1927, 496–548.

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ *Ibid.*

У ОИЗ из 1888. је уређено: „На непокретна добра која остају при дужнику, право се *заставе* стјече само кад је дуг у истину уписан у јавне заставне књиге (856–868), које се за тај посао код судова налазе. При којим ће се судовима те књиге налазити како ће бити састављене, како ће се њима руковати, како ли ће се надгледати: изложено је у особитоме закону о устројству и уређивању заставних књига“ (чл. 193). „Застава се уписује у књиге онога суда, у чијем се заставном подручју налази непокретно добро које се потписује у заставу“ (чл. 194). „И ако је право заставе стечено тек пошто се у истину запише у заставне књиге (193), и опет, што се првенства тиче, застава се броји да је уписана оног истог дана у који је молба ради уписа са исправама била у суд предата“ (чл. 203). „Застава, које је упис правилно извршен, обузимље свецијело добро које је у заставу потписано, тј. њој су подложене и земља у свему простору своје и сва здања која су на земљи, у колико су влаштина власника земље“ (чл. 205). „Дужитељ не може заложити своју заставу, а да не заложити уједно и дужење за које је застава постављена“ (чл. 210).

„Продаја потписаног у заставу добра, ради намире неплаћеног на рок дуга бива јавна, обичним судским путем. Кад би у уговору била погодба да дужитељ постаје власник тога добра, чим дужник на рок не плати, така погодба неће вриједити, него ће се сматрати као да је и није“ (чл. 214)⁷¹⁸

Закључићемо да се хипотека реализовала по СГЗ уз односне уредбе, као и по ОИЗ, искључиво судским путем.

Хипотека је заложно право на непокретним стварима које се стиче уписом повериочевог права у јавне књиге, а оптерећена непокретност остаје и даље у државини дужника. Трећа лица која желе да сазнају да је непокретност оптерећена хипотеком могу се обавестити увидом у садржину јавних књига. Стога је њихово уредно вођење од пресудног значаја за формално функционисање заложног права на непокретним стварима.⁷¹⁹

Право регистра непокретности експликовано је таксативно у девет функција и дванаест начела катастра непокретности на начин који искључује сваку дилему.⁷²⁰

2.1.1.4. Супротстављивост хипотекаревог права

Хипотека⁷²¹ је апсолутно, супротстављиво стварно право. Апсолутност дејства права не треба бркати са супротстављивошћу (*opposabilité, Entgegensetzbarkeit, Drittwirksamkeit, Drittschutz, Durchsetzbarkeiteines Rechts gegen jedermann*) или с његовом снабдевеношћу правом следовања (*droit de suite, Verfolgungsrecht, Sukzessionsschutz*). Реч је о два различита својства субјективног права. Апсолутност дејства означава и то чија и каква обавеза стоји

⁷¹⁸ Вид. *О застави, Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Обод, Цетиње 1888. (Нови дани, Београд 1998), фототипско издање.

⁷¹⁹ Вид. Станковић, Орлић, *Стварно право*, 269.

⁷²⁰ Вид. Милош Живковић, *Право регистра непокретности* (општи део), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020, 125–219.

⁷²¹ . Вид. Душко Медић, *Хипотека према Закону о стварним правима Републике Српске, Правни живот* 540, 10/2010, Веома је значајно да је дошло до извесних одступања од начела акцесорности (а и специјалности и недељивости) и због тога ће хипотека постати флексибилнија и боље прилагођена условима модерне кредитне привреде. 637–676.

насупротив субјективном праву: да је то обавеза сваког трећег лица, негативна и свеобухватна (нико да ништа не чини што би омело титулара у праву).⁷²²

Супротстављивост једног права уопште се не тиче тога у каквом су међусобном односу овлашћење и обавеза, то јест ко и какву обавезу има кад титулар има апсолутно право, него супротстављивост права означава то да на опстанак права које постоји на неком објекту не утиче коме објекат припада, не утиче промена имаоца објекта, сукцесија (прелазак права припадања објекта с једног имаоца на другог). Право опстаје упркос промени имаоца објекта на којем супротстављиво право постоји.⁷²³

Супротстављиво право може да се оствари према сваком новом стицаоцу објекта на којем право постоји. Ако је право супротстављиво, оно је неосетљиво, имуно на сукцесију, промену титулара права припадања објекта на коме постоји супротстављиво право. Свеједно је да ли је посредни универзална или сингуларна сукцесија. Отпорно је на располагање објектом на којем оно постоји. Супротстављено право не престаје зато што се променио имаоца тог објекта на којем право постоји него објект прати, следи и управо се то догађа несупротстављивом праву, праву неопремљеном овлашћењем следовања.⁷²⁴

Несупротстављиво је, то јест неопремљено овлашћењем следовања, дакле, свако оно право које не преживљава акт сукцесије, јер не може да се супротстави новом имаоцу објекта, које, дакле, код промене припадности објекта више не прати, не следи објект.⁷²⁵

2.1.1.5. Супериорност хипотеке као стварног права

У конкуренцији с другим правима на истим објектима, стварна права су преча, врше се пре осталих. Њихово постојање, стицање и пренос правним послом, као и престанак, означају се у јавним регистрима (публицитет) кад им је објект непокретна ствар (стан, земљиште и др.) или неке вредније покретне ствари (бродови, авиони), а у новије време код неких стварних права (залоге) и на другим покретним стварима. У историји и упоредном праву постоје разни јавни регистри. За разлику од својине и права у погледу државине сва остала стварна права постоје или само или првенствено на туђој ствари (зову се и ограничена, секторска, ужа стварна права). Док право реалног терета тек подредно служи томе да обезбеди титулара од ризика ако свагдашњи власник не учини оно што је дужан, дотле је та обезбеђујућа функција једина коју имају разна права обезбеђења разне врсте заложног права. Титулар тих права је поверилац (ималоца облигационог права), а права обезбеђења му пружају сигурност да ће се намирити из објекта на којем постоји право залог, а који служи као јемство за случај да дужник не изврши своју обавезу кад она доспе.⁷²⁶

2.1.1.6. Хипотекар и држалац хипотековане непокретности

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ Вид. Водинелић, *Грађанско право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП Сл. гласник, Београд 2014, О супротстављивим и несупротстављивим правима и о стварним правима вид. 210, 211 и 241–245.

Лице које има државину, фактичку (стварну) власт, практичну контролу над ствари (држалац) има право да друге искључи од додира са ствари, то јест други не смеју самовласно да успоставе тај однос са ствари (да је узму, употребљавају, да њему сметају итд.). Ако прекрше ту обавезу, држалац има право да сам и путем суда штити своју фактичку власт на ствари. Право да искључи трећа лица и штити државину има како онај држалац који се према ствари понаша као да је његова (власник, лопов, узурпатор), тако и онај ко се према ствари понаша као према туђој (као послугопримац, закупац и др.).⁷²⁷

Држалац има та права без обзира на то да ли има и право на државину. Та права служе да се очува постојеће стање и да се мења само мирним путем, уз држаочеву сагласност, а не самовласно. Немали број аутора говори о два правна односа код стварних права: унутрашњи однос је између титулара и ствари, а спољни између титулара и других лица. Није сврсисходно обе релације подвести под исту категорију (правни однос) кад међу њима постоје толике и такве структурне разлике.⁷²⁸

Друга релација (спољни однос) садржи увек и један од основних правних појмова – обавезу, док у првој релацији (унутрашњи однос) уопште нема јер ствар не може да има обавезу. С друге стране, релација с другим лицима поводом чега год да титулар има право, шта год да му је објект, не може без обавезе других лица; право је увек праћено обавезом других лица. Дакле, у случају било ког права, не само стварног, ради се о правним односима титулара с другим лицима поводом нечега, а не о правном односу с нечим.⁷²⁹

2.1.1.7. Дефиниције хипотеке у енциклопедистици и лексикографији

Према правној енциклопедији и лексикону грађанског права дефиниције хипотеке су веома блиске, односно једно те исто само на другачији начин интерпретовано:

1. Хипотека – заложно право на непокретностима на основу кога њен титулар – хипотекарни поверилац може тражити намирење свога потраживања из хипотековане ствари, ако то потраживање не буде исплаћено о року, а притом ствар која је предмет хипотеке остаје у државини дужника. Хипотека је, дакле, акцесорно (додатно, несамостално) право везано за тражбину за чије обезбеђење служи. Хипотекарни поверилац, дужан је да се приликом реализовања хипотеке обрати суду, који ће по утврђеном поступку извршити продају хипотекованог добра (јавна дражба).⁷³⁰
2. Хипотека – заложно право на непокретној ствари на основу кога хипотекарни поверилац може наплатити своје потраживање из вредности хипотековане непокретности (ако дужник обавезу не

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ Вид. *Правна енциклопедија*, СА, Београд 1979, 394.

испуни о доспелости) пре доцнијих хипотекарних поверилаца и свих обичних хирограферних поверилаца. На основу извршне исправе хипотекарни поверилац подноси молбу суду да се изврши јавна продаја хипотековане непокретности.⁷³¹

2.1.1.8. Материјалне претпоставке у фокусу реализације хипотеке

Приликом интерпретирања појмовног значења хипотеке, ставили смо циљано посебан акценат на атрибутирање „реализације“ хипотекара из енциклопедистике, где дословно пише реализација хипотеке путем судске јавне дражбе, а не намирење хипотеке, које је данас заступљеније, будући да наслов теме садржи ту лингвистичку атрибуцију.

Према томе, да би се овде фокус усмерио на реализацију хипотеке, неопходно је образложити најпре хипотеци сличне заложне или квазизаложне институте, правне системе у којима су разни инструменти обезбеђења заступљени, а онда и хипотеку на што је могуће сведенији начин јер је градиво хипотеке општеприсутно у разним форматима и за најразличитије потребе, од примарног уџбеничког учења, преко свих научних разрада, па до позитивних прописа који обезбеђују њену реализацију, односно дају одговоре у коју сврху она практично треба заиста и конкретно да служи, како и на који начин треба да служи.

Потребе повериоца из неке облигације да осигура своје потраживање у прагми је у синергији увек са личним средствима обезбеђења потраживања. Упркос томе што се за стварним средствима обезбеђења потраживања посегло због мана, односно недостатака личних средстава обезбеђења, *сигурнија је ствар него човек*, лична обезбеђења (најчешће менице, посебни уговори о јемству и томе слично) код нас углавном прате и успостављање хипотеке. Глад повериоца за што више разноврсних средстава обезбеђења није никада била упитна.

Није спорно да је глад повериоца из облигације заиста, могло би се рећи, правно неутажива, иако је понекад и оправдана, а пречесто бива и претерана. Поверилац из облигације је уз то и хипотекарни поверилац, па и менични поверилац, а уз све то и лице коме јемче друга лица по његовом тражењу, често има и административну забрану на месечној заради и тако редом.

Слабост личних јемстава није новост и није уопште спорна, али кад се успостави јасно својство повериоца из облигације као хипотекара, он самим тим постаје привилегован поверилац. Прави се резантна дистинкција од обичних/хирограферних поверилаца,^{732, 733, 734} и надаље се кумулира читав додатни сет личних јемстава, што по нашем суду има предзнак претеривања и гурање у озбиљну инфериорност дужника облигације, односно, што не рећи, у једноставно бирократско малтретирање.

⁷³¹ Вид. *Лексикон грађанског права*, 821, 823.

⁷³² Лат. *cheirographos* – рукопис, запис; *iur*, писмени уговор. *Латинско-српски речник*, 57.

⁷³³ Грч. *heir* – рука и *grafein* – акт са својеручним потписом, *grapho* – пишем, признаница; *chirographum* – хирограферни из *chirographa*, писмен контракт коришћен у грчком и хеленистичком праву. Вид И. Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд 2008, 99.

⁷³⁴ Вид. *Лексикон грађанског права*, 825.

Дакле, када поверилац из облигације прибави *довољно* стварно средство обезбеђења, то јест конституише свој статус као и хипотекар, кад стекне уредно првоуписану, „чисту“ и ефективну хипотеку, гомилање личних средстава обезбеђења је неодмерено и правно несувисло. Међутим, банкарски шаблон је такав „банкарски шаблон“ и једино га виши правни пропис може примерити на одговарајући степен – „задовољности“. У пракси се среће, и то у свакодневной равни, да банке, чим дужник падне у доцњу, потежу одједном низ „меких и чврстих колатерала“, па се на непокретности покреће, на пример, и меница и хипотека.

Помињана глад поверилаца, тј. хипотекара, најчешће банака је исходувала да судска пракса узме у заштиту хипотекарног дужника, и то и не само у вези општепознатих и законом предвиђених забрањених клаузула, да се потисну и друге неправичне клаузуле. Проф. Лазих наглашава: „У хипотекарном праву карактеристична је забрана клаузула којима се ремети равнотежа интереса субјеката у моменту настанка заложног односа.“ Али и наводи: „Законом је забрањено уговарање одређених клаузула у заложном односу, али је правна пракса показала да побројане забране нису довољне (...).⁷³⁵

Дакле, иако није строго, непосредно повезано са претходним, ако изостане остварење примарног интереса повериоца, на пример, банке, да му корисник кредита врати кредитна средства са свим каматама и трошковима о року, или пак уредно све утврђено не плаћа по плану отплате кредита у форматираним ануитетима, активирају се сва претходно прибављена – овлашћења.

Када се тако нађемо на терену хипотеке и њене реализације, онда је ту мериторно питање правично уравнотежење положаја хипотекара и власника хипотековане ствари. Узаконење поштених и јасних механизма реализације хипотеке и отелотворење тог механизма реализације хипотеке, коју познају европскоконтинентално право и правни системи (а не моргиц), у пракси је суштина којом се легислатор треба темељно и одговорно забавити.

Поверилац из облигације не може све и да хоће чак и уз неоспорно сагласност дужника облигације, кад изиђе из дате облигационе сфере и западне у свет стварног права, то јест у сферу хипотеке, има законски граничник, јер залази у аксиом да су стварна права *numerus clausus*,^{736, 737} па према томе не могу стране приватном аутономијом своје воље креирати неко друго прагматично а непрописано стварно право, ни другачију хипотеку од те постојеће.

Супрематија стварних права наспрам релативних, као и ефективни квалитет супрематије стварног овлашћења, оптеприхваћена је као апсолутан и неупитан постулат, рекли бисмо аксиом, уз све атрибуције.

⁷³⁵ Вид. Мирослав Лазих, *Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула*, Правни факултет, Универзитета у Нишу, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2015. <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadržaj/zbornici/z70/31z70.pdf>, 563.

⁷³⁶ Док у облигационом праву субјекти нису везани врстама односа у законима, већ општим границама одређеним јавним поретком и моралом, могу установљавати нове типове и модалитете односа (аутономија воље), у стварном важи *numerus clausus*; врсте стварних права и њихова садржина одређени су императивним прописима и странке не могу уговором установљавати нове типове стварних права. Вид. Станковић, Орлић, *Стварно право*.

⁷³⁷ Вид. *Лексикон грађанског права*, Ограничен, затворен број могућности које је дао сам законодавац, искључујући у неком подручју аутономију воље адресата норми (*затворен број стварних права*). 416.

Због тога што ималац хипотеке нема овлашћење да врши материјална акта на ствари, нема државину, фактичку власт (не може је користити и узимати плодове), у правној књижевности се често назива *неправим или ограниченим* стварним правом, али без озбиљнијег утицаја у стварности. Хипотека је у доба технолошких развоја видно у виралном свету паметних уређаја и алата, а мане су јој нефлексибилност и строга акцесорност.^{738, 739}

Када се хипотека посматра кроз призму савремених технолошких развоја у виралном добу у коме се одвијају екстремно брзи економски процеси ни налик пређашњим добу и ненормално виолентним турнусима у привредној сфери и финансијским процесима, то несумњиво захтева проналажење томе прилагођених процесних механизма у реализацији хипотеке који ће конверирати савременим потребама друштва и то у свим његовим сегментима.

Заостајање у економском развоју једнако јача потребу за снажнијим и одлучнијим искорацима и баш ту лежи велика опасност да се не посеже за „корпорирањем“ и „препаковањем“ средстава обезбеђења, а овде хипотеке, у оне материјалне и процесне формате који не одговарају нашем правном систему, традицији, менталитету нити служе очувању правног поретка, суштински не доприносе економској експанзији, новим инвестицијама, изградњи, перманентним потребама за страним директним инвестицијама и побољшавању пословног амбијента, чинећи га привлачним да атакује стране инвеститоре и водећи рачуна о томе да унесе нове вредности из „умртвљених вредности“ непокретности у промет и на тржиште.

Ближу свеобухватну објекцију у вези са тиме у битноме представљају наши професори Хибер и Живковић: „Значај хипотеке за развој сваке економије неспоран је, не само због тога што је хипотека једна од главних полуга грађевинске делатности, која значајно доприноси економском развоју сваке државе, већ и због њеног значаја за дугорочно кредитирање уопште и за тржиште капитала, пошто су хартије од вредности с покрићем у кредитима обезбеђеним хипотеком, један од важнијих инструмената тржишта (...) због тога је одговарајуће уређење хипотеке првокласан правнополитички циљ сваке државе поготово у данашњим околностима јаке конкуренције између држава и правних поредака у борби за привлачење инвестиција (...)“.⁷⁴⁰

2.1.1.9. Структура права и ограничења хипотеке из угла реализације

2.1.1.9.1. Права

Како се не би изгубила нит овог одељка које је фокусирано на материјални аспект хипотеке, у овом делу треба свести све најнужније битности хипотеке из њене материјалноправне равни, које се сежето уз то таксативно ради прегледности огледају у томе:

Табела 1: структура хипотекарног права

1. да је хипотека стварно право;

⁷³⁸ Вид. Милош Живковић, *Акцесорност*, Правни факултет Београд и ЈП Сл. гласник, Београд 2010.

⁷³⁹ Вид. Александра Павићевић, *Осврт на сличности и разлике између земљишног дуга и права ретенције*, 2015, 25–36.

⁷⁴⁰ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, 226.

2. да конзумира овлашћење хипотекара на уновчење непокретности које је у туђој својини;
3. да се овлашћењем за уновчењем служи да реализује потраживање из облигације;
4. да је овлашћење за уновчење хипотекара обезбеђујуће правне нарави,
5. да хипотека нема своју вредност налик тражбини већ је „зајми“ из облигације којој служи;
6. да је хипотека егзистенцијалноправно неодвојива од уредне укњижбе у јавне регистре;
7. да је хипотека најкњижније стварно право јер јој нема настанка без адекватне укњижбе;
8. да хипотеку конципирају: акцесорност, специјалност, недељивост, официјелност, као и стварнокњижна начела уписа, и то: следовања, поуздања, првенства и екстензивности.

Наравно, сви ови фундаменти хипотеке функционишу уз изузетке из различитих правних и економских разлога и мотива са интензитетима одступања у већини фаза.

Ако дефинишемо хипотекара, то је неко ко је то у стварности а и по закону увек поверилац из облигационог потраживања чије се извршење обезбеђује хипотеком (дакле, у једном правном субјекту су сједињена два: хипотекарни и облигациони поверилац).

Ако треба да дефинишемо дужника по хипотеци, онда је то увек оно лице које је власник непокретности која се хипотекује или лице које је овлашћено да може хипотековати непокретности, иако је у пракси то најчешће дужник облигационог потраживања који у стварности има сијасет одступања. За први случај говоримо о личном дужнику по хипотеци, а за други случај говоримо о реалном дужнику по хипотеци.

Већ смо говорили о реалном прегомилању личних обезбеђења уз хипотеку, пошто је то постао стандард рада свих банака, са оправдањем да наплата са аспекта облигационог повериоца – није никада довољно сигурна.

То се правно ослања на то да потраживање правно фактографски и појмовно неспорно – јесте субјективно право повериоца из облигације којим он стиче право да тражи испуњење од дужника из облигације (из угла дужника, потраживање је дуговање, што је за једног право, за другог је обавеза: давања, чињења, нечињења или трпљења (*dare, facere, non facere et pati* под генусним сублиматором: престација).^{741, 742, 743}

⁷⁴¹ Престација или чинидба је свака позитивна или негативна људска радња коју је дужник на основу облигационог односа дужан извршити повериоцу. Назив јој је и предмет обавезе. И она је објекат облигационих односа. Да би се нека радња или пропуштање сматрало чинидбом, мора бити људска радња, имати имовинску нарав, бити могућа, правно допуштена, одређена или одредива. Престације се могу односити на: давање (*dare*) или чинидбу давања ствари. Кад је садржај чинидбе *dare*, то значи да је дужник дужан повериоцу прибавити својину или неко друго стварно право на ствари чињење (*facere*). Престација којој је садржај означен као „чињење“ значи чинидбу рада, која се испуњава трошењем снаге уз или без помоћи. Пропуштање (*non facere*) је неизвршавање неке радње обвезника које би он иначе могао обављати да се није противно обавезао. Трпљење (*pati*) је неспречавање туђе радње коју бисмо били овлашћени спречити да се нисмо обавезали да је трпимо. Код релативних субјективних облигационих права објекат чине престације јер оне немају објект, то јест правно добро, као што имају стварна права код којих је власт на објекту/добрима (код интелектуалних, личних добара и људских радњи објект је у њима самима). *Ibid.*

⁷⁴² Вид. *Грађански лексикон*, 1996.

⁷⁴³ Некада се сматрало субјективно облигационо право титулара није на ствари, *in re*, него на тежњи прибављања ствари *ad rem*, а облигационо право, за разлику од стварног, звало се *ius ad rem*. *Ibid.*

2.1.1.9.2. Ограничења

Осим права, односно овлашћења, за хипотекара постоје јасна и одређена ограничења у сфери уновчења продајом хипотековане непокретности за купца на лицитацији, као и условљене законске датости, али и правни механизми који искључују самопомоћ, и то:

Табела 2: Ограничења хипотекара

1. до предаје (кад постаје власник на аукцији) купац није овлашћен да самовласно одузме ствар без продавчевог пристанка, само од продавца захтева испуњење обавезе;
2. обим хипотеке једнак је висини обезбеђеног потраживања;
3. хипотека се принудно реализује ако постоје законски услови за принудну реализацију;
4. хипотека престаје престанком потраживања које обезбеђује.

2.1.1.10. Правнотеоретске дилеме и преовлађујућа схватања

Није уопште наодмет размотрити неке познате правне теоретске дилеме. Премда је назив „хипотека“ општеприхваћен, у упоредном праву постоје схватања и да је предмет хипотеке – право својине⁷⁴⁴ и оно да је предмет хипотеке непокретна ствар. Право је изванредан однос међу субјектима; објект је оно на шта је однос управљен, поводом чега он постоји. Право, дакле, као однос међу људима, претпоставља субјекте. Па како онда субјекти, плус однос обавезе и овлашћења међу њима, могу да буду истовремено и објект?⁷⁴⁵

Однос субјективитета и објективитета је основни логички однос; ако их помешамо, игноришемо основни закон логике.⁷⁴⁶

Схватање залоге супротно од Гамса има Леградић, који тврди да је залога или заложно право стварно право по ком заложни поверилац може тражити намирење потраживања из заложне ствари ако заложни дужник потраживање не плати о року. За разлику од других стварних права управљених на употребну вредност ствари, залога је управљена на вредност ствари, не њихову употребну вредност. У томе је суштина залоге. Поверилац је овлашћен да своје пуноважно и доспело потраживање намири из имовине дужника. Да ли ће се поверилац намирити, зависи од стања имовине дужника. Да би се поверилац од тога осигурао, он тражи залог, то јест једну дужникову ствар која ће својом вредношћу осигурати намирење повериочевог потраживања без обзира на то да ли ју је дужник после тога отуђио.⁷⁴⁷

Кључно овлашћење сједињеног повериоца из облигације у хипотекарног повериоца је да реализује своје круцијално овлашћење уновчењем и продајом хипотекарног добра, и то пре свега поштовањем официјелности у реализацији хипотеке. Зато ћемо то круцијално овлашћење хипотекара размотрити из дате теоретске равни и то више аутора. Важно је истаћи и правна гледишта истакнутих српских писаца о праву својине у којем се и где корени

⁷⁴⁴ По тој првој, хипотека је заложно право на непокретностима конституисано на праву својине јер се успоставља на праву, а не на објекту вршења тог права. *Ibid.*

⁷⁴⁵ Вид. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Општи део, Научна књига, Београд 1967, 129.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ Вид. Рудолф Леградић, *Теорија стварног права*, ФНРЈ, 1957.

хипотека и о установи о којој је раније било речи као о англоамеричком институту, то јест подељеној својини.

Повериочево главно правно овлашћење је да реализује своје хипотекарно право, да се намири из вредности хипотекованог добра. Ту начело официјелности јавне продаје путем суда долази још строже у обзир у свим правима него код покретности.⁷⁴⁸

Ваља истаћи Гамсову познату, добро дефинисану разлику својине од власти: власт и својина су две кардиналне друштвене појаве, два базична фактора друштва. Најједноставније речено, *власт је – потчињавање себи других људи, а – својина потчињавање себи материјалних добара*. Другим речима, *власт је моћ над људима, својина моћ (апрехензија) над стварима*.⁷⁴⁹

Истина је да су *права уновчења* донекле специфична стварна права јер се односе на суму новца, то јест вредност коју морају однекуд „позајмити“, али неспорно је и да су посредни права укорењена у ствари и непосредно усмерена на ствар (другим речима имају право следовања), која се могу супротставити свима.⁷⁵⁰

Права власника у погледу својине на ствари су неограничена, тако да власник на својом ствари може слободно и неограничено да располаже, да је има у државини, да је употребљава и користи, наравно, уз ограничења која су утврђена законом и правним послом. Међутим, једна ствар може да припада и већем броју лица, тако да се ствар појављује као право својине са више субјеката, на истој ствари, не могу постојати две својине, јер се искључују – *duorum in solidum dominium esse non posse*.⁷⁵¹

У римском праву важило је правило: да више лица не може поседовати исту ствар у целини – *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. По римском праву, дакле, двоје не могу имати својину или државину нити може постојати својина на неком делу ствари већ се може имати својина у једном одређеном делу на целој неподељеној ствари. Данас важи правило да на једној ствари не може истовремено постојати право својине два или више лица, да свако од њих буде власник целе ствари – *Condominium plurium in solidum existere nequit*. Сматра се да је подељено право својине на самој ствари, а не и сама ствар.⁷⁵²

2.1.1.11. Предмет хипотеке

Овде треба размотрити у најкраћем за тему и предмет хипотеке.

Члан 4, став 2 ЗКН из 2009. године предвиђа да се, у смислу закона којим се уређује регистрација непокретности, њима сматрају земљиште, зграде и посебни делови зграда, као да су то независне и самосталне непокретности, односно предмети права, што значи макар за

⁷⁴⁸ Вид. А. Гамс, у сарадњи с М. Петровићем, *Основи стварног права*, осмо издање, Научна књига и Универзитет у Београду, Београд 1980, 134 и даље (о хипотеци), 147 и даље.

⁷⁴⁹ Вид. А. Гамс, *Својина*, Центар за филозофију и друштвену теорију, Београд 1987.

⁷⁵⁰ Вид. Живковић, *Акцесорност*, 52.

⁷⁵¹ Вид. Драгољуб Лазаревић, *Сусвојина, заједничка својина и заштита права својине*, Пословни биро, Београд 2011, Ово наглашавамо због англосаксонског концепта – подељене својине. 7 и даље.

⁷⁵² *Ibid.*

потребе регистрације. ЗКН не познаје јединство непокретности, па земљиште и на њему изграђене зграде сматра различитим предметима права својине и других стварних права. Због непостојања јединства непокретности у Србији уведени су неки специфични предмети хипотеке, попут хипотеке на објекту у изградњи и његовом посебном делу. На њено функционисање, осим материјалноправних правила, велики утицај имају и правила о регистрацији непокретности и својинском режиму непокретности. Хипотека се може дати за обезбеђење условног и будућег потраживања. Акцесорност у настанку значи да у моменту настанка хипотеке обезбеђено потраживање мора да буде одређено, тако што ће се одредити поверилац, дужник, основ потраживања, износ или максималан износ. Максимална хипотека, као хронолошки најранији вид максималне залог, упоредноправно постоји у два вида: класичном, који обезбеђује потраживања из једног правног односа (основа) чија висина може да флукуира, и либералном, који обезбеђује било која потраживања између једног повериоца и дужника до максимално регистрованог износа. Пракса, међутим, и даље познаје максималну хипотеку.⁷⁵³

Принцип јединства непокретности није општеусвојен и доследно спроведен у нашем законодавству о правном режиму непокретних ствари. То ствара проблем у намирењу из хипотеке у ситуацијама кад је земљиште оптерећено на различит начин од објекта, пошто се земљиште не може продати независно од објекта и обратно. Требало би истаћи да објекат у изградњи није ствар и да, у складу с тим, не постоје сувласници објекта у изградњи ни идеални делови објекта у изградњи. Напречац је омогућио свим иоле легалним објектима (који имају какву-такву грађевинску дозволу) да буду хипотековани и пре него што су уписани у регистар непокретности.⁷⁵⁴

Грађење на туђем земљишту га овлашћује, а предмет хипотеке, у формалном смислу, неће бити право својине на објекту већ право грађења, које се може хипотековати и унапред, пре изградње објекта и опет није неопходно да постоји посебна хипотека „на објекту у изградњи“.⁷⁵⁵

Нема власника док нема објекта, па не може да буде ни промене власника. Истини за вољу, ЗХ је, користећи правну и лингвистичку акробатику, покушао да избегне отворено признање да је реч о преносу грађевинске дозволе јер је говорио и преносу „права грађења утврђеног одобрењем за градњу“, али то је суштински био пренос грађевинске дозволе. Грађевинска дозвола као управни акт, и тад и сад, била је и остала непреносива.

Када је реч о посебном делу објекта у изградњи, он само номинално може да буде предмет хипотеке јер у том случају нити постоји ствар на којој би могла постојати хипотека нити постоји начин да се хипотекар намири пре окончања изградње и претварања те хипотеке у хипотеку на посебном делу зграде. Законодавац није уочио потенцијални конфликт тих хипотека ни у правном ни у економском смислу. Наше је мишљење да је могућност хипотековања објекта у изградњи и посебног дела објекта у изградњи, како је предвиђено у ЗХ, у основи *аномалија* хипотекарног права, проузрокована неким другим аномалијама нашег

⁷⁵³ *Ibid.* Ако камата није уписана у регистар непокретности, хипотека обухвата законску камату од тренутка доцње, одређену у складу са прописима којима се уређују облигациони односи и затезна камата, али не и у случају када се уговорена каматна стопа примењује као затезна и после падања у доцњу. Текуће камате и трогодишње заостале камате, од решења о извршењу, односно од правоснажности решења о забележби продаје код вансудског намирења, имају исти ред првенства као главница.

⁷⁵⁴ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

стварног права, и да је зато треба разумети као привремено решење. Сматрамо да у нашем праву треба прихватити став да није дозвољено да једна ствар истовремено буде оптерећена и хипотеком и залогом покретности, што је иначе могуће јер су непокретности, по намени, по природи, покретности.⁷⁵⁶

Објекат хипотекарних овлашћења су непокретности/ствари материјалне природе, а садржај овлашћења је унапред дат императивним нормама. Предмет хипотеке је непокретна ствар. Истини за вољу, у романским земљама је распрострањено схватање које свако бездржавинско заложно право назива хипотеком.⁷⁵⁷ Имајући у виду да је хипотека код нас уређена изоловано, у посебном закону, није необично то што су у правила о хипотеци ушли и неки елементи који нису типични за уређење тог института у континенталним правним системима. Тако је у нашем данашњем праву хипотека, као институт, изграђена на основи традиционалној за европскоконтинентално права, има и низ елемената који су оригинални или се дугују англосаксонској правној традицији. Специфичан проблем у вези с хипотеком у нашем праву односи се на појам непокретности, прецизније на непостојање јединства непокретности. Начело јединства непокретности значи да земљишна парцела и све оно што је с њом трајно спојено (потпуно инкорпорирано) представља јединствен предмет права својине и других стварних права. Јединство права својине на земљишту и на објектима изграђеним на том земљишту обезбеђује максимум уживања апсолутних права својине уз минималну зависност од других. То начело је значајно за стварноправни режим непокретности уопште, а нарочито за режим хипотеке. У савременој Европи готово све земље темеље правни режим непокретности на том начелу (последња га је реуспоставила Чешка, доношењем Грађанског законика који је ступио на снагу 1. јануара 2014), а изузетак су само неке земље бивше Југославије.⁷⁵⁸

Предмет хипотеке не може бити право на непокретности које нема новчани еквивалент, личне (непреносива од лица) и стварне службености (неодвојива од повласног добра), право прече куповине (неотуђива правна моћ без реалне вредности). У упоредном праву САД и Канади, али и у праву ЕУ, све већи значај се даје *закупу* у смислу атрибутирања апсолутним правним дејствима. Много су чешћи и карактеристичнији случајеви да се облигациона права апсолутизирају, то јест показују тенденцију да се по дејству изједначе са стварним. Ту могућност није створила само пракса, већ и законодавац. Тако, у ЗОО се прописује да

⁷⁵⁶ *Ibid.* Смисао те забране је да се спречи да постоје два конкурентска система намирења из вредности исте ствари (припатка). Због тога сматрамо да није дозвољено залагање по правилима о ручној или регистрованој залози ни пленидба покретних ствари које су, као припаци, већ обухваћене хипотеком (јер се извршење на њима може спроводити само заједно с главном, непокретном ствари, по правилима о извршењу на непокретности). Такође, не би било дозвољено протезање хипотеке на оне припатке непокретности који су већ обухваћени залогом на покретним стварима. Имајући у виду да се протезање хипотеке на припатке остварује изричитим уговарањем, а не аутоматски, чини се логичнијим да власник непокретности, по заснивању хипотеке која обухвата одређене припатке, нема овлашћења да располагањем припацима одвоји покретну ствар од непокретности.

⁷⁵⁷ Има схватања о подели на ручну залогу и хипотеку не по природи предмета залоге већ по томе да ли заложни поверилац има притежање на предмету залоге или не. Ако има, реч је о ручној залози, а ако га нема, реч је о хипотеци. Хипотекар може преносити стварноправна овлашћења уступањем тражбине чијем хипотека као обезбеђење служи, с тим да писмено извести хипотекарног дужника. *Ibid.*

⁷⁵⁸ Ситуација у којој је могуће да су земљиште и на њему сазидана зграда у својини различитих лица омогућава да на земљишту постоји једна хипотека а на згради друга, што у ситуацији у којој се својина на земљишту не може пренети без својине на њему подигнуте зграде и обратно доводи до правно немогућих ситуација и компликује поступак намирења. То се додатно компликује у случају етажне својине јер ни етажна својина није детаљније уређена важећим прописима у Србији, те могућношћу да градилац зграде може да има и право дугорочног закупа, не својину на земљишту на којем гради (а да се закуп начелно може претворити у својину). *Ibid.*

закуподавац може ради наплате својих потраживања од закупца захтевати непосредно од подзакупца исплату износа које дугује закупцу по основу подзакупа (чл. 589).⁷⁵⁹

Кад се има у виду и могућност уговарања закупа на дуже време, по неким правима и деценијама, онда се закључује да се закуп јавља као правна могућност дуготрајне употребе и уживања туђе ствари која често прераста облигационоправне односе улазећи у домен стварноправних овлашћења.⁷⁶⁰

2.1.1.12. Хипотекарни ранг

За тематске потребе размотрићемо и ранг, то јест првенство хипотека. Првенство у намирењу чини економску суштину хипотеке, која баш због тога представља поуздано средство обезбеђења. Отуд је првенствени ред (ранг) конкретне хипотеке и те како важан за процену степена сигурности коју она као обезбеђење нуди.⁷⁶¹

А квалитативна предност осигурава положај хипотекарног повериоца јер више није од важности то што дужник нема довољно средстава и имовину да плаћа дугове. Начелно постоје два система ранга хипотека: *клизни* и *фиксни*. По систему клизног ранга, престанком хипотеке вишег реда првенства аутоматски се унапред у рангу померају хипотеке које следују. Систем фиксног ранга заснива се на томе да нема померања унапред, да хипотека начелно оптерећује вредности оптерећене непокретности који је оптерећивала приликом настанка.⁷⁶²

Будући да се хипотека састоји од скупа овлашћења и ограничења, да та ограничења према трећим лицима морају бити уписана у јавне књиге/регистре, али и да се титулар хипотеке не омета у вршењу стварноправног овлашћења да се моментом испуњења датих правних чињеница намири *уновчењем* непокретности помоћу тих законских овлашћења, према језичкој интерпретацији, карактеристични за стварноправне односе који су нераскидиви са јавним књигама, то јест јавним регистрима, па ћемо о важности јавних регистара писати у посебном даљем делу рада.

Упис у катастар непокретности је каузалан, као и упис других права на основу правног посла, јер његово дејство – стицање хипотеке – зависи од пуноважности правног посла који је основ стицања. Три су услова за стицање: да се стиче од лица овлашћеног за заснивање хипотеке, да је правни посао о заснивању пуноважан и да се хипотека упише у регистар. Комисорна клаузула и Марцијанов пакт нису дозвољени у уговору о хипотеци, а ништава је и одредба о антихрези, могућности хипотекарног повериоца да употребљава хипотековану непокретност и прибира од ње плодове. Такође је забрањена одредба којом би се власник непокретности обавезао да не може отуђити или оптеретити непокретност доцнијом хипотеком, а супротна је и пракси, која често, упркос забрани, садржи уговарање тзв. негативне *pledge clause*. Хипотекар може да располаже обезбеђеним потраживањем уступањем (цесије) или залагањем заснивањем надхипотеке (...) уговором о цесији

⁷⁵⁹ Вид. Радишић, *Облигационо право*, 52.

⁷⁶⁰ Вид. Перовић, *Облигационо право*, 656.

⁷⁶¹ Вид. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретностима*.

⁷⁶² Вид. Мирослав Лазић, *Ранг стварних права, Правни живот* 10/2002, 77 и даље.

потраживања обезбеђеног хипотеком (...) и уговором о преузимању дуга обезбеђеног хипотеком ЗХ.^{763, 764}

2.1.1.13. Престанак хипотеке

У коначном, размотрићемо престанак хипотеке, како то закон предвиђа. Хипотека престаје на две групе начина, престанком обезбеђеног потраживања, због акцесорности и престанком независно од престанка обезбеђеног потраживања. Специфичност престанка хипотеке у односу на друге залогне огледа се и у околности да хипотека може, под одређеним условима, да „преживи“ престанак обезбеђеног потраживања (могуће је користити њен ранг за обезбеђење другог потраживања). То је институт тзв. својинске хипотеке без потраживања. Слично је и ако потраживање никад не настане, а било је обезбеђено хипотеком као условно/будуће (потребно је да се услов дефинитивно не оствари, односно да се настанак будућег потраживања дефинитивно изјави).⁷⁶⁵

По правилима извршног поступка, хипотека престаје даном предаје непокретности купцу (осим ако изузетно остане на основу споразума). Следећи је случај консолидације: хипотекар постаје искључиви власник оптерећене непокретности. Реч је о својинској хипотеци с потраживањем јер консолидацијом не престаје нужно обезбеђено потраживање већ може престати само хипотека. Тада је брисање хипотеке заиста неопходно да би престала јер ако не буде брисана, а својство хипотекара и власника оптерећене непокретности се опет „разиђе“ (хипотекар и власник поново постану различита лица), хипотека ће се аутоматски реактивирати. Ту је још и случај одрицања од хипотеке јер стварна права, за разлику од потраживања, начелно могу престати једностраном изјавом воље (одрицањем).⁷⁶⁶

У претходном излагању смо изнели сиже материјалноправне структуре и функције хипотеке. Пошто смо апсолвирали материјалноправну страну, нужно је сагледати и процесну.

2.1.2. Процесноправни механизми реализације хипотеке

⁷⁶³ По ЗОО, ако се заједно с преносом својине на оптерећеној непокретности преузима и дуг обезбеђен хипотеком на њој, за разлику од општих правила о преузимању дуга, сагласност повериоца на преузимање се претпоставља, ако је не ускрати у року од три месеца од пријема писменог позива отуђиоца да да сагласност у којем је упозорен на ту последицу (тзв. квалификовано ћутање). *Ibid.*

⁷⁶⁴ Исто дејство као цесија имају и случајеви законске или уговорне персоналне суброгације, с тим што ЗХ проширује поље примене законске суброгације на све случајеве исплате обезбеђеног потраживања које учини лице које није дужник, а не само на случајеве кад исплатилац има за то правни интерес што предвиђа ЗОО. Мислимо да то одступање од општег режима ЗОО није умесно. *Ibid.*

⁷⁶⁵ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Због могућности одрицања од располагања првенственим редом неисписане хипотеке, треба очекивати да ће сви доцнији хипотекари инсистирати на одрицању од заснивања својинске. Други институт ЗХ погрешно назива забележба првенственог реда, јер се ради о забележби задржавања првенственог реда. И трећи ЗХ погрешно назива „предбележба нове хипотеке“, јер се нова хипотека не предбележује већ књижи (врши упис права), само што је укњижба (упис) услован. Исправно је „услован упис нове хипотеке“.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

Повериочево главно овлашћење је да реализује своје хипотекарно право, да се намири из вредности хипотекованог добра. Ту начело официјелности – јавне продаје путем суда – долази још строже у обзир у свим правима него код покретности (*ceterum censeo*).⁷⁶⁷

Без реализације правни субјекти не могу остварити своја права.⁷⁶⁸ Ту, као ни другде, нема критичког осврта на вансудски механизам реализације хипотеке. Јер све добром и делотворном реализацијом добија свој прави ефекат, а у супротном, постаје фарса.

Први пут се јавност експлицитно упознала са критичким научним освртом у чланку „Ново хипотекарно право у Републици Србији“.⁷⁶⁹

То је учињено и другим чланком те године, истог аутора, где *inter alia* наводи: „Посматрано с другачије тачке гледишта, пропис који је системски усаглашен има системске предиспозиције да буде *добро право*, а системски неусаглашен пропис самим тим постаје *лоше право*. Закон о хипотеци јесте, усуђујем се да напишем, један од најгоре написаних грађанскоправних прописа у Србији.“⁷⁷⁰

Професор Константиновић је овако предавао на Правном факултету: „Хипотекар, кад дужник из облигације падне у доцњу било посебним актом првом опомене или у опомену изјављује, једнострано раскид уговора. То је *окидач* активације хипотеке, али и овлашћења хипотекара да употреби остала лична средства обезбеђења која му стоје на располагању (уговори о јемству, менице, административне забране итд.) према свим 'јемцима', па и ка генералној имовини коју облигациони дужник има. Дакле, једностраним раскидом уговора о кредиту, ступају на снагу сва правна средства усмерена ка повраћају датог, тј. ка реституцији. Уговор није само правни основ обавезивања већ и основ задржавања. Отуда престанком постојања уговора као правне чињенице нестаје и правни основ задржавања свега стеченог по основу уговора. Стога, као последица раскида, настаје право на реституцију, а њоме се поништавају сва дејства која је уговор произвео.“⁷⁷¹

Реституција је неопходна „да би почистила све што је уговор пролио“. Иако дословни повраћај некад није могућ, оно чему би требало тежити у том случају јесте повраћај уговорника у онај материјални положај у којем су се налазили пре закључења уговора. На крају, право и почива на одређеним законима економије и често се служи економском логиком. Раскидом настаје нов правни однос бивших уговорника (*restitutionary relationship of obligation*). Обавеза извршења уговорних обавеза претвара се у обавезу реституције, а право да се захтева од другог уговорника извршење обавезе бива замењено правом да се захтева повраћај датог.⁷⁷² Раскид уговора делује ретроактивно, те се сматра да уговора није ни било.

⁷⁶⁷ Вид. Ж. Ђорђевић, В. Бакић, *Основи имовинског и породичног права*, СА Београд 1959, 195.

⁷⁶⁸ Вид. Данило Бабић, *Заложно право на непокретним и покретним стварима и правима и евиденција залогне и тражбине*, Право, законодавство и судска пракса, Сл. гласник, Београд 2008, 191 и даље.

⁷⁶⁹ Вид. Милош Живковић, *Ново хипотекарно право у Републици Србији*, 2010. Све спорности су у том чланку испливале на површину и временом се потврђивале и проширивале, што траје и дан-данас.

⁷⁷⁰ Вид. Милош Живковић, *О квалитету новијих грађанскоправних прописа у Србији*, Правни записи, Правни факултет Универзитета Унион у Београду – Правне актуелности, 2010.

⁷⁷¹ Вид. *Облигационо право (према белешкама с предавања професора М. Константиновића*, 1969), Савез студената Правног факултета у Београду, 73.

⁷⁷² Вид. Катарина Доловић Бојић, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 134 и 135.

Он престаје сасвим не тек у будућности, већ и за прошлост. Све што је једна страна дала другој на основу уговора може се тражити натраг.⁷⁷³

Ако на тренутак оставимо по страни психолошки ефекат који обезбеђење потраживања има по дужника, онда се може рећи да обезбеђење постаје актуелно управо у ситуацији када дужник престане са плаћањем. Тад се на страни повериоца активира овлашћење које је до тада било *притајено* – право на принудно намирење (*ius distrahendi*).⁷⁷⁴

Одлучан моменат за активацију је доцња дужника *доцња је тај окидач*.

У правној књижевности се истиче да је могућност повериочевог приоритетног намирења из оптерећеног добра суштинска одлика обезбеђења. Међутим, за банке, као најчешће повериоце, то је „последњи корак“, који треба избегавати. Чини се да разлог томе лежи, с једне стране, у околности да су банке у послу „продаје новца“, а не, на пример, робе на којој је установљено обезбеђење. Доцња дужника (*Debtor's default*) и наступа по правилу, па поверилац стиче право на уновчење оптерећеног добра када дужник задоцни. Међутим, у неким правима околност да дужник касни с плаћањем није довољна.⁷⁷⁵

Тако је у српском праву обезбеђени поверилац чије је потраживање доспело дужан да препоручним писмом обавести дужника и залогодавца (кад то није исто лице) о намери да потраживање намири из вредности предмета заложног права и затражи да се у Регистар упише да је започео поступак намирења. *Намирење присвајањем* се назива *enforcement by appropriation*. У модерном праву обезбеђени поверилац се, по правилу, намирује продајом оптерећеног добра. Вишак се по продаји *superfluum (hyperocha)* враћа креатору обезбеђења. С друге стране, ако износ добијен продајом оптерећеног добра није довољан за покривање целог потраживања, поверилац може захтевати од дужника остатак *reliquum*, али тужбом *actio in personam*. Споразум по којем би залогопримац могао присвојити оптерећено добро уместо исплате дуга углавном се сматра допуштеним ако је закључен по доспелости потраживања.⁷⁷⁶

У римском праву прихватањем начела *pacta sunt servanda* сматрано је да се уговор мора безусловно поштовати и продавац није могао да (ако је предао ствар у извршење у своје обавезе) одустане од уговора и тражи повраћај датог. Једино му је стајала на располагању тужба за извршење уговора исплатом цене, изузев ако је у уговор унета клаузула која га је овлашћивала на раскид уговора ако купац не плати цену у року (*lex commissoria*). Тако је право на раскид било уговорне природе. Знатно касније је прихваћен став да се у двостранообавезним – узајамним уговорима право на раскид подразумева и тај став је први пут унет у *Code civil*, и то под утицајем канонског права, према којем узајамност међусобних обавеза у двострано обавезном уговору треба да уговорној страни, која не може да добије чинидбу друге, да право не само да одбије да изврши обавезу него и право да уговор раскине (јер своје давању не може да обезбеди каузу – основ, кроз обавезу друге стране).⁷⁷⁷

Уз одређена лутања праксе, у Југославији је после Другог светског рата, због непостојања позитивних прописа, тек Општим узансама за промет робе (1953) установљено

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ Вид. Ненад Тешић, *Доцња заложног дужника као окидач за принудно намирење*, 2012, 258–277.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ *Ibid.*

право на једностранни раскид уговора због тога што друга страна није извршила обавезу. То правило је усвојио и разрадио услове за његову примену ЗОО. Последица једностраног раскида уговора је гашење уговора.⁷⁷⁸

Уговор више не обавезује учеснике, а страна која је обавезу извршила (делимично или потпуно) има право, ако последице раскида делују од момента закључења уговора, на повраћај датог по правилима о стицању без основа (с обзиром на то да је основ отпао). Дакле, да закључимо, због доцње дужника (неизвршење уговорне обавезе у року) поверилац има право да захтева испуњење обавезе, право да раскине уговор и право на накнаду штете.⁷⁷⁹

Како тачно тај окидач, то јест моменат покретања вансудске реализације хипотеке, прописују законодавци у Србији и Црној Гори, видећемо у редовима који следе.

Према чл. 29, ст. 1 ЗХ РС, вансудски поступак намирења се *ex lege* „покреће“ ако дужник не исплати дуг о доспелости, хипотекарни поверилац шаље писмену опомену (тзв. прву опомену), истовремено дужнику и власнику предмета хипотеке (ако су различита лица).

У чл. 336 ст. 2 ЗСПО ЦГ прописује се *покретање* поступка вансудског намирења исто *ex lege*: „уписом обавештења о продаји код катастра хипотекар може приступити продаји по истеку рока од 15 дана од обавештења о почетку намирења хипотекарном дужнику“.

Под појмом *реализације* у раду није обухваћен само официјелан законски моменат од када се рачуна да је поступак уновчења, односно намирења покренут, то јест започео, већ и све радње које се у тим размацима предузимају, од момента кад дужник западне у доцњу. Јер, по природи саме ствари, у тим *размацима* и мимо њих (кад хипотекар „добије сигнал“ да с отплатама кредита нешто није у реду), некада то бива и пре, стране су већ ступиле у контакт управо за превазилажење проблема. Тада најчешће дужник и/или власник хипотековане непокретности, свестан (свесни) стања у које извесно запада (западају) или очекује (очекују) да ће запасти, те предузима (предузимају) извесне правне кораке, који хипотекара упућују на то да закључи да ће плаћање престати.

Некад је то (готово увек симулована тужба) парница између супружника поводом својине на хипотеком оптерећеној непокретности и „незнању једног од њих да је овај други хипотековао заједничку имовину, некад је то исконструисана кривична пријава, често против овлашћених лица банке као хипотекара, да је дужник „наговорен“ да „узме кредит“ уз фингиране оптужбе да му је тражена противуслуга или да је преварен, или пак симулованом тужбом против, на пример, банке са захтевом за поништај уговора о хипотеци због наводних мана воље, често напореда и тражење поништаја уговора о кредиту.

Некад то хипотекарни дужник чини јер просто нема пара ни извор да плати дуг и тим индиректно тражи репрограм и слично. Због разноврсности случаја и домашаја који сама доцња као окидач објективно има, у раду су сагледани сви аспекти оног што је реалност и што се у стварности дешава.

⁷⁷⁸ Вид. Л. Карамарковић, З. Ивошевић, *Облигационо право*, предавања, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2010, 40–41.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

Дакле, прво, разлог употребе термина „реализације“ уместо „намирења“ налази се тек у етимолошкој равни; друго, у равни свеобухватности догађања која претходе или се консеквентно надовезују на моменат доспелости или у вези са свим радњама око тога.

Вансудски поступак намирења хипотекарног повериоца уведен је новим ЗХ како би се повећала ефикасност реализације хипотеке и избегла *дуга* процедура судске продаје хипотековане ствари.⁷⁸⁰ (Од 2011. године то више није тачно.)

Цео поступак намирења по одредбама ЗХ проводи се мимо судске контроле, што отвара могућност злоупотреба, због привилегованог положаја који хипотекар има по закону и због тога што су то у правилу банке, које су неупоредиво јаче од хипотекарног дужника. Хипотекар једнострано утврђује постојање, висину и доспелост потраживања.⁷⁸¹

Отуда је централно место дисертације теза да вансудска реализација хипотеке има *суштински* све елементе који детерминишу то и такво извршење као закономерно – приватно извршење. Не постоји ни „независни трећи чинилац“ који би непристрасно⁷⁸² и независно утврдио постојање потраживања, висину, доспеће али и контролисао поступак.

Вансудском реализацијом хипотеке, како то „неприкладно“ дефинишу закони Србије и Црне Горе, није се само одступило од наше јасне правне традиције и од реализације хипотеке у европским земљама већ је посреди хибридна творевина изведена из англоамеричког права, која грубо руши основне принципе наших правних система.

Осим тога што је вансудска реализација хипотеке у теорији и пракси изазвала „енигме, конфузије и разнолике спекулације“ – у стварном животу то се мултипликује сваком новом одлуком суда или органа и има све несагледивије негативне последице.

У претходном излагању увидели смо основе разумевања појма и структуре европске хипотеке, установили да она није синоним моргицу и објаснили непремостиве разлике појма својине, уговора, накнаде штете, правне доктрине, судског система, правне традиције, културе, правне свести, готово свих елемената – правног поретка.

Саме те разлике *per se* довољне су за закључак да је вансудска реализација хипотеке, онаква каква је *de lege lata* неодржива, *елементарна грешка*. Међутим, сада ћемо се одредити и наспрам структуралне и функционалне разлике хипотеке и моргица у свим њеним фазама реализације, и то процесноправног механизма, како су га извели – и наши законодавци.

Реинтерпретираћемо чувену Гамсову реченицу која је свим заговорницима ефикасног приватног извршења била први правни изговор: *По судској пракси поверилац мора пре тражења продаје утужити своје потраживање (дакле није довољно да ванпарничним путем установи постојање хипотеке).*⁷⁸³ То Гамсово тврђење наводимо тек као повод јер се увек као најважније наводи да је основни проблем нашег хипотекарног права то што је *не* нужна хипотекарна тужба (кад је посреди хипотека за туђи дуг), односно опет дуга, спора, скупа парница против личног дужника за исходовање извршне судске исправе и потом поступка

⁷⁸⁰ Вид. Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Стварно право*, Свен, Ниш 2006, 373.

⁷⁸¹ Вид. Слободан Стошић, *Реализација заложног права на непокретности*, *Megatrend revija*, 2015.

⁷⁸² Пре смо навели познату и признату Танџијеву дефиницију корупције: *пристрасност*.

⁷⁸³ Вид. А. Гамс, *Основи стварног права*, 1968, 195.

вишефазног судског извршења. („Изговора за парницу и извршни поступак нема“ иако некада и оправдани и тачни, дакле били су, јер су одраније већ, законима отклоњени.).

Други *ratio legis* је измештање послова из судске надлежности због јефтиноће, уштеде буџета, што је неспорна и легитимна потреба, како судства, тако и друштва. И тај процес дејудисијализације је неспорно био легитиман, али се „вансудском продајом хипотековане непокретности у томе и претерало и онда постепено ушло у потпуни парадокс.

Трећи повод је „била“ потреба ефикасности и ефективности хипотеке за атракцију иностраних инвестиција зарад правне сигурности страних улагача, али су и та очекивања изостала, па је и тај повод – изгубио смисао.

Резултат, оличен у регулама о вансудском извршењу као приватном извршењу, темељно је поколебан. Изостале су ефективност, ефикасност и правна сигурност.

Један од основних најстрожих принципа је принцип официјелности у фази реализације хипотекарових овлашћења на уновчење из хипотековане ствари. Хипотеке се тако сада могу поделити – по начину заснивања и начину реализације, од потпуне и јасне официјализације до делимичне или потпуне и конфузне деофицијализације на:

Табела 3: Подела хипотека по начину заснивања

1. хипотеке које заснива и спроводи суд;
2. хипотеке које заснива нотар и/или суд, а спроводе специјализоване агенције под надзором суда и по прописима које доноси надлежно министарство, делимична деофицијализација;
3. хипотеке коју одређују и спроводе јавни извршитељи под надзором и контролом суда (вансудска реализација хипотеке у ширем смислу), делимична деофицијализација;
4. хипотеке које покреће хипотекар а спроводе лица (професионалци) које хипотекар ангажује и одреди у уговору о хипотеци (вансудска реализација хипотеке у ужем смислу, то јест приватно извршење), што јесте потпуна деофицијализација, односно сасвим прецизно изречено – потпуно приватно извршење.

О купцу из вансудске продаје законодавац није имао дилему, па му није ни дао било какву шансу да буде несавестан. Савесно лице које купи предмет заложног права на судској или вансудској јавној продаји стиче право својине без терета. Право својине које је савесни купац стекао не може се оспоравати због евентуалних пропуста у поступку продаје. Наведена правила примењују се и на продаје у поступку намирења, ако је лице купило предмет заложног права по тржишној или берзанској цени или по цени по којој би га продао разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца.⁷⁸⁴

Забрањено је свако ометање вансудског поступка од хипотекарног дужника или другог лица. У току вансудског поступка намирења повериочевог потраживања, надлежни орган за унутрашње послове дужан је да, без одлагања, хипотекарном повериоцу, односно његовом заступнику, пружи помоћ неопходну за спровођење поступка намирења. У случају да се продајом хипотекарне непокретности не може намирити повериочево потраживање,

⁷⁸⁴ Вид. З. Петровић, В. Козар, *Уговорна одговорност и накнада штете, Стварноправна средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди*, Глосаријум, Београд 2009, 73.

заложни/хипотекарни поверилац стиче право да тражи намирење из остале дужникове непокретности.⁷⁸⁵

Уговор којим се заснива извршна вансудска хипотека представља уједно и извршну исправу за покретање судског извршног поступка. Исто својство има и споразум о уговорно-судској хипотеци (судска извршна хипотека) и он има снагу извршне исправе. То је сада у обема земљама уређено или самим законима о извршењу и обезбеђењу, директно или преко тих закона, законима о нотарима, то јест јавним бележницима.

Иначе, вансудска продаја ради намирења потраживања обезбеђеног хипотеком у Европи је чешће изузетак него правило, а правило је судска реализација хипотеке. Изузеци су украјинско право, које је служило за узор нашем законодавцу, и право Црне Горе.⁷⁸⁶

Другостепено решење *по жалби* је коначно и извршно и против њега није дозвољена тужба или правни лек.⁷⁸⁷

Три наглашена места у парафрази ове одредбе Закона о хипотеци благо је рећи веома су проблематична.

Прво, продаја хипотековане непокретности у *име* хипотекара проблематична је на неколико нивоа. С једне стране, *ако се хипотекар јавља као продавац у своје име, купцу би требало да буде немогуће да упише право својине стечено на основу куповине у катастар непокретности јер нема књижну исправу против књижног претходника: регистровани власник непокретности је залогодавац, а купац има уговор закључен с хипотекаром*. Тако је, уз жртвовање темељног начела регистра непокретности, начела књижног претходника, дозвољено да се, у случају вансудске продаје ради реализације хипотеке купац уписује у катастар, иако нема исправу против књижног претходника, већ против хипотекара. Мада је рушење темељног регистарског начела књижног претходника већ огромна штета, тако постављена одредба проузроковала је, као што ће се видети, још већу штету у српском грађанском праву, пошто је *пољубила* и сам *појам уговора у нашем праву*.⁷⁸⁸

Одредба је као таква *логична* у оквиру правила англосаксонског права о моргицу одакле је и преузета у ЗХ јер је моргиц правнотехнички заправо пренос *Европи неразумљиве подељене својине*, а не ограничено стварно право, па је моргиц после *foreclosure*-а, дотад, и формални и

⁷⁸⁵ Вид. Д. Бабић, *Заложно право на непокретним и покретним стварима и правима и евиденција залогe и тражбине*, ЈП Службени гласник, Београд 2008, 190.

⁷⁸⁶ Такође, у извесном смислу се вансудским намирењем може сматрати и намирење посредством накнадног уговора, односно уговарања комисорне клаузуле у моменту доспелости обезбеђеног потраживања. Поступак вансудског намирења почиње кад хипотекар, по доспелости обезбеђеног потраживања, пошаље дужнику и залогодавцу, кад то није исто лице, писмену опомену (прва опомена). Ако се ни после 30 дана од пријема прве ништа не промени, односно ако дуг остане неплаћен, поверилац шаље дужнику и залогодавцу кад то није исто лице, опомену о продаји. Истовремено са слањем друге опомене, хипотекар захтева да се у регистру непокретности упише забележба хипотекарне продаје. Решење о дозвољавању забележбе је заправо пандан решења о извршењу у судском извршном поступку. Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Ibid.*

регистрован, сад још *потпуни*⁷⁸⁹ правни власник на ствари под моргицом, те је *логично да је продаје у своје име*. Хипотека, међутим, није по конструкцији пренос својине ради обезбеђења већ је у континенталним правима ограничено (секторско) стварно право на ствари, па је сасвим нелогично да имацац једног таквог права може да продаје оптерећену непокретност у *своје име*.

Друго наглашено место тиче се захтева да се доставе „писмени неспорни докази“ о некој околности која отклања захтев за наплату хипотеке од дужника. На страну чињеница да, у *пракси не постоји доказ који би могао да буде неспоран јер се све може оспорити*, из чега би произлазило да дужник не може никад успети са жалбом само ако поверилац, једноставно, оспори сваки његов доказ. Та одредба је у очигледној противречности с чињеницом да је хипотекару за доказ висине дуга и чињенице да није плаћен довољна његова сопствена изјава и ништа више (зато се говори) да је *реч о намирењу на часну реч*.⁷⁹⁰

Напоследку, још једно правило које се обично везује за англосаксонско право, тзв. *mailbox rule*, у складу с којим се пошиљке сматрају достављеним када су отпослане на адресу примаоца, важи за слање писмена у поступку вансудског намирења. Хипотекар прво треба да утврди оријентациону тржишну вредност непокретности ангажовањем овлашћеног судског вештака. Када од правоснажности решења о забележби хипотекарне продаје прође 30 дана а дужник не плати обезбеђени дуг, поверилац може да приступи продаји оптерећене непокретности. Постоје два начина продаје, аукција и продаја непосредном погодбом.

Поверилац може сам организовати аукцијску продају непокретности или је може поверити лицу које се тиме *професионално бави*.⁷⁹¹

Најпосле, али не мање битно, поверилац може дати сопствену понуду на аукцији. У вези с том последњом могућношћу, ако се она укрсти с одредбом која предвиђа да хипотекар продаје оптерећену непокретност у своје име, долазимо до могућности да настане *уговор са самим собом*, и то не у варијанти која се обично представља под тим насловом у литератури облигационог права, где једна страна наступа у своје име и као пуномоћник друге стране, већ у најизворнијем смислу, где *једна страна наступа у своје име и као продавац и као купац*. То, разуме се, руши сам појам уговора као изјаве воље две стране, односно уговора као двостраног правног посла, и то је проблем који је озбиљнији од нарушавања начела правног претходника у праву регистара непокретности.⁷⁹²

Доктрини је лако да објасни да је та ситуација последица неуког и неспретног преузимања англосаксонских института у наше право и да је заправо реч о грешци, те да би уговорне стране требало да буду власник непокретности, којег заступа хипотекар, као продавац, и хипотекар, у своје име, као купац. Судови, нажалост, немају луксуз да могу да се

⁷⁸⁹ Термин „потпуни“ је наглашен зато што је по европском праву формални и регистровани имацац права својине, „потпуно потпун“, али, из угла америчког права, где се својина мери на ваги „количине интереса“ који титулар има на предмету права, неразумљиве „подељене својине“, акценат је нужан.

⁷⁹⁰ Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*: „Нама се чини да ће бити веома тешко доказати да њоме није повређена гаранција права на жалбу из чл. 36, ни право на правично суђење из члана 32 Устава Р Србије 2006.“

⁷⁹¹ Вид. ЗХ РС.

⁷⁹² Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*.

задовоље критиком или исмевањем очигледно недораслог законодавца већ морају да примењују право онако како гласи и толико неразумно.⁷⁹³

ЗХ још садржи одредбу о *асистенцији полиције* у поступку вансудског намирења, која је засад остала практично непримењива, пошто полицајци нису научени да раде на основу решења надлежних органа грађанскоправног карактера.⁷⁹⁴ Тачније, асистенцију полиција не може пружити било ком субјекту који нема јавна законом прописана овлашћења и прерогатив да тражи асистенцију.

На основу свега тога, пракса у Србији је реализацију хипотеке претежно стихијски превела у надлежност јавних извршитеља, као и у Црној Гори, али постоје и живе у пракси реализације путем комисије, адвоката или разних профила „професионалаца“, агената.

Треба истаћи да се у пракси ретко користи *ius offerendi*, а разлог за то видимо јер сваки другорангирани хипотекар види своју посебну шансу да захваљујући проценитељима и узастопним аукцијама сведе цену хипотековане непокретности на „своју меру“, уместо да откупи потраживање од хипотекара испред њега за фер цену и тако задобије бољи ранг у наплати. Установа *ius offerendi* је у теорији и пракси позната као флексибилна и потребна.⁷⁹⁵

Наше право не предвиђа изричито овлашћење хипотекарног повериоца и реалног дужника на *ius offerendi*. Право на исплату потраживања других хипотекарних поверилаца се изводи из општих правила о праву повериоца на испуњење са суброгацијом, што је регулисано чл. 299–311 ЗОО. Суброгација по чл. 299 ЗОО може бити вољна и законска (чл. 300 ЗОО). Законска постоји кад обавезу према повериоцу, уместо дужника, испуни лице које има неки правни интерес. Код законске суброгације на испуниоце прелази по самом закону. Хипотекар и реални дужник би се могли позвати на законску суброгацију. *Ius offerendi*, у суштини, омогућава хипотекару да спречи продају предмета хипотеке у време које за њега није повољно и истовремено свој правни положај побољша. То право потврђује да је хипотека у основи имовинско право и уско повезана с потраживањем, без ког се не може преносити ни утврђивати њена вредност.⁷⁹⁶

Дакле, фаза намирења наступа доспелосту обезбеђеног потраживања. Ако га дужник не исплати, хипотекар, зависно од тога да ли су испуњени услови, може да покрене поступак

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ Право хипотекара на *ius offerendi* је овлашћење хипотекарног повериоца да исплати тражбину другом хипотекарном повериоцу због чијег се потраживања захтева принудна продаја предмета хипотеке и ступа на његово место. Хипотекарни поверилац који користи *ius offerendi* ступа (суброгира) на место повериоца чије је потраживање исплатио, у облигационом односу преузимајући потраживање и у хипотекарном односу преузимајући хипотеку. Коришћењем права преузимања потраживања хипотекарни поверилац стиче још једну хипотеку, а притом не губи досадашњу. Интерес повериоца са каснијим рангом хипотеке да исплати повериоца с ранијим рангом остаје, будући да ће он ступити на његово место и имаће обе хипотеке (и у погледу потраживања, и у погледу хипотеке). Претпоставка је да ће хипотекарни поверилац каснијег ранга ово своје право искористити у случају пада вредности хипотеке. Право на *ius offerendi* припада и реалном дужнику, који исплатом хипотекарном повериоцу потраживања ради којег је тражена продаја ствари, стиче право регреса, односно потраживања према личном дужнику. *Ius offerendi* се може вршити од момента кад је затражена продаја до момента продаје предмета хипотеке.

⁷⁹⁶ Вид. Јадранка Савић, *Право обезбеђења потраживања промена и ефикасности спровођења у Републици Србији*, докторска дисертација, Правни факултет за привреду и правосудје, 2016. У римском праву је првобитно само први поверилац имао право да заложену ствар прода (*ius distrahendi*), а други да исплати првог и заузме то место (*ius offerendi et succedendi*). Касније *ius offerendi* добијају и остали.

судског извршења ЗИО, административног извршења у складу с ЗПППА или поступак вансудског намирења који уређује ЗХ.

Могућност намирења вансудском продајом је велика новост коју је у наше хипотекарно право унео ЗХ. Инспирација за та правила био је начин намирења за моргиц англосаксонских права, пошто је, правнотехнички, моргиц заправо условни пренос права својине на повериоца, па је логично да поверилац, који у првом делу фазе намирења остварује своје право својине на оптерећеној непокретности (*foreclosure*), у другом делу те фазе може сам, у своје име, да прода непокретност ради намирења обезбеђеног потраживања (уз обавезу да евентуални вишак преко износа који му се дугује врати залогодавцу).⁷⁹⁷

Таква пракса нема будућност, и то не само кад су у питању физичка лица.

Уколико код српског законодавца постоји воља да уреди правни поредак налик европском, мора прихватити и *правне факте*. Они нису усмерени противу хипотекара нити ка *одвлачењу* инвестиција него ка бризи за „физичка лица“, па је у том правцу стамбени кредит подведен под „потрошачка права“ Директивом ЕУ из 2014. То је учинио НЗСДСП Србије из 2012. године, што ће та европска Директива „рећи“ две године касније. Ипак, Нацрт се не примењује већ ЗХ, који овакве разлике и ту социјалну емпатију не познаје. Да се само подсетимо Динсбурга, али и наших раније поменутих професора, који су објаснили да се, сем економског развоја, при уређењу хипотеке мора остварити и *социјална димензија*.⁷⁹⁸

Тако, законодавац је могао одговорније размислити о становништву старијег животног доба (пензије ниске, потребе скувих лечења и голог опстанка за ту доб живота). Зато је уместо овога „приватног извршења“ могао увести нпр. „обрнуту хипотеку“.⁷⁹⁹

Све што доприноси бржем одвијању правног промета некретнина који додатно омогућује и мобилизовање дужникове непокретне имовине у служби обезбеђења потраживања последично у разумним оквирима значајно доприноси бржем привредном развоју.⁸⁰⁰

Овим је размотрен и процесноправни механизам у реализацији хипотеке.

⁷⁹⁷ Продаја непокретности у поступку вансудског намирења нема додирне тачке с комисионом, то јест не стоји да хипотекар ствар продаје за рачун власника јер хипотекар ради за свој рачун (да би намирио своје потраживање). Вид. Хибер, Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*.

⁷⁹⁸ Вид. Милица Пејановић, Ен Кочан, *Значај Директиве ЕУ о уговорима о стамбеном кредитирању у светлу активности Универзитетског ФОНДУНС*, Универзитет Нови Сад 2016. Циљ Директиве 2014/17/ ЕУ ЕП и Већа од 4. фебруара 2014. је висок степен заштите кредита осигураних некретнином без обзира на сврху, уговоре о рефинансирању и друге кредите да власнику помогну да задржи права на некретнину.

⁷⁹⁹ Вид. Ивана Балић, *Компаративна анализа модела обрнуте хипотеке у изабраним земљама*, Економски факултет Свеучилишта у Сплиту, Сплит 2016. „Дефинира проблеме демографског кретања у свијету, старења становништва и смањење квалитете живота старије популације. Обрнута хипотека се показала као привлачна старијој популацији да смање издатке, социјално и здравствено осигурање и смањи штетне уговоре о уздржавању и скрби. Многи старији грађани нерадо узимају кредит и ако се одлуче на тај потез суочавају се са строгим критеријима. Времена се мијењају и у западним еуропским земљама је одавно нормално да дјеца не живе с родитељима. Обрнута хипотека отуђује/смањује вриједност некретнине што ствара незадовољство насљедника и то ствара запреку.“

⁸⁰⁰ Вид. Габријела Михелчић, *Правни положај купца/власника некретнине у хипотекарном режиму*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека 2009, УДК: 347.27.

2.2. Моргиц

2.2.1. Моргиц у правној теорији и легислативи и пракси *common law*

Велики енглески правник сер Едвард Кокс (1552–1634) објаснио је да термин *mortgage* потиче из старих француских речи *mort*, „мртав”, и *gage*, „заложни”. Чинило се да то има везе с тим да ли ће *mortgagor* (дужник) платити дуг или неће, али се испоставило да нема. Наиме, ако дужник не плати, онда му се непокретност узима заувек, па је за њега (дужника) она мртва, али и ако дужник плати цео дуг, *mortgage* је мртав за повериоца (*mortgagee*). Извлачење етимологије, како је адвокат схвата у XVII веку, из старог француског термина може бити тачно. Термин је иначе у енглеском праву познат дуже од XVII века. Први пут је забележен у форми *mortgage* у фигуративном смислу, залог, у раду написаном пре 1393. године.⁸⁰¹

Установу моргица круцијално обележава то што се путем тог правног посла преноси формално право својине са моргиц дужника на моргиц повериоца и то што се комплетна трансакција, почев од апликације за кредит до окончања успостављања моргица, са свим својим инферентним акцесорним активностима и радњама, назива јединствено и то једним јединим изразом који све то означава – моргиц.

У праву САД, у најреномиранијем правном речнику *Black's Law Dictionary*, *mortgage* се јасно дефинише и то на следећи начин: право својине на туђој непокретности које се конституише писменом исправом ради правног обезбеђења испуњења одређене обавезе или исплате дуга.⁸⁰²

То је, дакле, стварно право успостављено формалним преносом својине на хипотекара, али са сврхом обезбеђења испуњења неке радње, као што је исплата новчане обавезе и слично, од даваоца обезбеђења или неког трећег лица, а пренос престаје да важи када се та обавеза испуни сагласно условима који су уговорени у време преноса својине.⁸⁰³

Mortgage функционише тако што се право својине преноси на хипотекарног повериоца (*mortgagee*), али под раскидним условом који наступа исплатом дуга или другим испуњењем обавезе дужника, односно, даваоца хипотеке (*mortgagor*).⁸⁰⁴

Проф. Констатиновић је ту стварноправну установу дефинисао овако: „Наиме, *mortgage* је условни пренос права својине с *mortgager* дужника на *mortgagee* повериоца, али *под раскидним (резолутивним) условом*. Тај услов се остварује тим што се то условно и формално право својине *mortgage* повериоца гаси кад му (*mortgagee*-у), буде плаћено потраживање. Та се залога конституише путем уговора о продаји (*bill of sale*) и састоји у овоме: једном јавном исправом *deed*, и без икакве предаје ствари, *својина заложене ствари преноси се на повериоца (mortgagee)*, но, под раскидним условом, тако да *ако дуг буде плаћен на време својина се враћа*

⁸⁰¹ Вид. *Речник енглеског језика*, Амерички баштина, четврто издање, Copyright © 2007, 2000 by Houghton Mifflin Company. Ажурирано 2009. године.

⁸⁰² Вид. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Tenth Edition, 2014.

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ *Ibid.*

залагачу (*mortgagor*-у); до истека рока за исплату државина остаје залагачу. Mortgage, слична америчкој, у Енглеској датира од 1925.⁸⁰⁵

Према томе, овде је посреди јасан пренос права својине, под раскидним условом. Зато треба разјаснити о каквом се правном институту ради јер заправо, са или без услова, право својине на повериоца моргица се преноси као што се формално и само његово име посебно регистарски књижи у рубрици имаоца права својине Моргиц, иако јесте средство обезбеђења, по свој конструкцији и правном форматирању није синоним за хипотеку.

У претходним излагањима указали смо на то да моргиц има *сличност са фидуцијом*, али смо такође навели реметилачки фактор у установи *подељене својине*, коју баштини америчка правна баштина, због чега она није спојива ни с римским концептом својине ни с структуром појма својине у европским земљама, па тиме ни фидуције. Незамислива је установа својине скопчана с *количном интереса* (говорећи англосаксонском наративом). А то је *количина својине* која је довољна повериоцу моргица да може присвојити или у *своје име* продати предмет моргица јер је „својина“ неспорно његова – *и формална, и регистрована*.

Дакле моргиц је правна установа чије је везивно ткиво право својине и раскидни услов. Моргиц поверилац има право својине, а губи га ако му моргиц дужник плати потраживање из облигације. Та својина је условна, што понајвише наликује фидуцији.

Европскоконтинентално право познаје модификацију правних послова, па и правног посла, уговора о преносу права својине. А пошто је раскидни услов посреди, онда нема никаквих недоумица да је за све време трајања моргица, банка, као најчешћи моргиц поверилац – власник. Ако наступи раскидни услов, из његовог угла нема дилеме да има овлашћење власника да прода објект на којем има власничка права или да присвоји ствар под моргицом. Његовом таквом структурираном власничком праву не може бити замерке, али угао хипотеке открива да су посреди различите правне установе, да свака служи обезбеђењу потраживања, „само“ код моргица не можемо говорити о елементарним начелима заложног права, овде хипотеке.

Пошто дужник моргица нема власништво (уписано је у јавним књигама на повериоца) већ само државину, неумесно би било и уопште расправљати, на пример, о томе да моргиц „прати ствар, а не лице“. Свака дефиниција – хипотеке и начела хипотеке отпадају и – не могу се разматрати. Уз разлике које смо навели овом се диференцијацијом доказује откуда се у дефиницијама у нашим законима наводи да хипотекар сâм или преко овлашћеног лица „у име“ власника непокретности спроводи поступак вансудски. Модификација правних послова у

⁸⁰⁵ Вид. Михаило Константиновић, *Хипотека на стоци*, Споменица 4. конгреса правника Краљевине Југославије (Скопље, Косово, Битољ, Охрид и Пећ), Конгрес правника, 1931, 237–254.

нашем праву уређена је ЗОО, и раскидним условом, па треба представити закон и праксу раскидног услова⁸⁰⁶ (и сам раскидни рок⁸⁰⁷).

Југословенска правна доктрина о модификацијама правних послова путем услова и рокова има дугу традицију. Услов⁸⁰⁸ је будућа неизвесна околност од које зависи настанак или престанак дејства уговора. Испуњењем услова престаје дејство уговора, права и обавезе се гасе. Ако је услов немогућ, онда је ништава облигација уколико је реч о позитивном услову, сматра се да не постоји ако је негативан.⁸⁰⁹ За разлику од одложеног (суспензивног) услова, раскидни (резолутивни) услов према ЗОО делује *ex tunc* па ако је уговор закључен под раскидним условом, он престаје да важи кад се услов испуни.⁸¹⁰

Раскидни услов има смисла само ако је облигациони однос већ био заснован. Раскидним условом се засновани облигациони однос завршава настанком будућег неизвесног догађаја. Код моргица имамо случај да се облигациона установа раскидног услова уплела у сам конструкт те стварноправне установе. То би најпластичније могло бити приказано као право својине које се као на ластиш преноси моргици повериоцу, па уколико моргици дужник плати обавезу из облигације, најчешће кредита, тада му се претходно пренето право својине враћа. У супротном се моргици поверилац „преображава“ (падом дужника у доцњу). Па он као „дефинитивни“ ималац права својине ту непокретност која је била предмет моргица присваја за себе, за другог или пак продаје у своје име и за свој рачун.

Кад наступи услов, трансформише се правна позиција ишчекивања у пуно право, по нашем Закону ретроактивно, *ex tunc*. И код правног посла с раскидним условом, иако правни посао производи дејство до наступања услова, између страна у правном послу постоји стање ишчекивања/лебдења. Дејство правног посла престаје наступањем услова.⁸¹¹

Ако је наступање услова спречила страна која из таквог правног посла треба да има обавезу, узима се да је услов наступио и да је обавеза настала. Том фикцијом се спречавају несавесна и скривљена понашања противна савесности и поштењу. Сматра се да је услов наступио у моменту који би иначе настао по редовном понашању обавезног лица. У судској пракси и теорији се „право очекивања“ третира као субјективно право посебне врсте. Указује се на то да се овде ради о „првом ступњу“ очекиваног права или о праву очекивања, на пример

⁸⁰⁶ Услов може бити *одложен* и *раскидан*. За разлику од рока, овде се сматра да облигација не само што није утужива него и не постоји док се услов не испуни. Та разлика је оправдана јер код рока постоји извесност, а код услова извесности нема. Можда услов неће никад бити испуњен. Једино је поверилац дужан да „поштује уговор“ и не сме учинити ништа што би угрозило испуњење његове обавезе. У чл. 74, ст. 2 и 3 ЗОО СФРЈ разликују се одложне и раскидне услове. Док се у претежном делу теорије и законодавства (чл. 154 НГЗ; чл. 151, ст. 2, чл. 154, ст. 2 и чл. 152 швајцарског ЗОО; чл. 201 грчког ГЗ; чл. 696 АГЗ) под одложним (суспензивним) условом сматра будућа неизвесна околност од чијег наступања зависи настанак правног посла, где дејство правног посла почиње тек испуњењем услова (па се одложни услов назива почетним), наш ЗОО полази од обрнуте претпоставке, да код одложеног уговор делује кад се услов испуни од момента закључења, одложен услов делује ретроактивно, осим ако из закона, природе посла и воље странака не проистиче друго (то решење предвиђа ИГЗ чл. 1360, ст. 1 и *Code civil*, чл. 1179). Вид. С. Перовић, *Коментар ЗОО*, 1995, 165 и даље.

⁸⁰⁷ Римско право се опирало модалитетима, али је прихватило и резолутивни рок. *Ibid.*

⁸⁰⁸ Вид. *Лексикон грађанског права*, 789–792.

⁸⁰⁹ Вид. Станојевић, *Римско право*, 278–279.

⁸¹⁰ *Ibid.* Сматрамо да је било боље досадашње решење које је постојало у нашем праву, да одложни услов по сили закона не делује ретроактивно а, да се странкама даје могућност, кад то одговара њиховој вољи или произлази из природе посла да уговоре ретроактивно деловање одложеног услова, али онда тај споразум има само облигационо дејство. С. Перовић, *Коментар ЗОО*, 165 и даље

⁸¹¹ *Ibid.*

купца, коме је продавац задржао право својине до коначне исплате куповне цене (*pactum reservati dominii*), које се означава као стварно право које се изједначава са својином и према њој оно није никакав *aliud* већ једно минус. Право очекивања купца којем је продавац задржао право својине начелно се преноси у истој форми као потпуно право својине. Стицалац права очекивања стиче исти положај као и ранији ималац права очекивања. Право очекивања се може заложити. Признање посебне институције „права очекивања“ врло је блиско схватању појма субјективног права као збира заштићених интереса. Купац који је купио ствар на отплату, због чега је продавац задржао право својине, који исплаћује доспеле рате и код кога се купљени предмет налази у државини има фактички правну ситуацију која је слична власниковој. С правом се у теорији указује на то да се правни положај купца на кредит може добро описати и без правне конструкције „права очекивања“: стварноправна заштита купца, коме је продавац задржао право својине до коначне исплате, произлази из продаје повезане с државином купљене ствари. Купац коме је задржано право својине може своја права из продајног уговора да пренесе на другог. То важи и за „условну својину“. Не противуречи да се призна пуноважно дејство уговора о преносу „права очекивања“, у коме се купац коме је право својине задржано у корист продавца саглашава са новим стицаоцем права очекивања, да својина директно пређе на њега кад наступи услов стицања својине за „условно пренети“ предмет својине. Дакле, није неопходна правна конструкција посебног права очекивања да би се решили стварни проблеми које намеће условно располагање. Сасвим је исправно схватање да се право својине, уз потпуну исплату куповне цене, директно преноси на стицаоца „без логичне секунде“ (тзв. међустицања) и то се не може оправдати само аргументом да је први купац ком је задржано право својине од продавца, пренео другом право очекивања као посебно субјективно право. Треба навести само стварне аргументе за то да је исправно што је купљени предмет обећан другом стицаоцу, а не својим повериоцима, који, ако би својина са коначном исплатом прешла прво на њега а не на новог стицаоца, могли из тог предмета да наплате своја потраживања. Такво решење са међустицањем није добро. За пренос и обезбеђење условног права (права очекивања) важе иста правила као за пренос и обезбеђење коначно стеченог права.⁸¹²

Према томе, као правни институт, наша теорија и пракса нема посебних неразумевања за *inter alia* раскидни услов, али итекако има за такав „појам заложног права на непокретности“. Тај услов не смета уговорима ни да се образују ни да се изврше и док год се услов не оствари, обавезност остаје проста и безусловна. Али, кад се тај услов испуни или догоди, онда обавезности није било. То су дејства кад се раскидајући услов испуни. Какво ће дејство произвести раскидни услов на стварна права која је прибављач (моргиц поверилац, прим. наша) имао на добру, пре закључења уговора? Ако исти услов има дејство да поврати ствари у пређашње стање (моргиц дужник постаје безусловни титулар права својине, прим. наша), то

⁸¹² Један од начина модификације правног посла је уговарање услова, чиме се редовна правна дејства правног посла везују за неку будућу и неизвесну чињеницу или околност. Услов се у правној теорији дефинише као будућа неизвесна чињеница од чијег наступања (позитиван) или ненаступања (негативан) зависи настанак (одложни) или престанак (раскидни) редовних правних дејстава правног посла. Према начину на који настају, деле се на казуалне, потестативне и мешовите. У погледу правног дејства правног посла разликују се три случаја. Први, правно дејство правног посла пре наступања услова, када постоји неизвесност у погледу његовог остварења (*conditio pendent*), други, правно дејство правног посла по наступању услова (*conditio existit*) и случај неостваривања или осујећења услова. У фази ишчекивања да услов наступи или не наступи различито је правно дејство у случају одложног и раскидног услова. Док се не оствари одложни услов, правно дејство посла уопште не настаје, а код раскидног правни посао производи дејство као да услов није уговорен. Кад се услов оствари, правне последице нису исте код одложног и раскидног услова. По ЗОО одложни услов делује ретроактивно, а раскидни делује од тренутка наступања услова – *pro futuro*. *Ibid.*

ће поменути стварна права оживети јер се има узети да су била само привремено услед конфузије угашена (без потраживања која су условила настанак безусловног права својине, сад моргиц поверилац враћа привремено пренето право својине на моргиц дужника, кад је отплатио кредит.⁸¹³

Из угла наше хипотеке, овлашћење дато хипотекару није принцип независне оцене да да ли је наступио раскидни услов. У англоамеричком праву постоји разгранатост врста моргица⁸¹⁴ сродних установа, појмова и варијација моргица, за функције моргица, па их треба бар напоменути.⁸¹⁵

Нобеловац Томас Херцог у књизи *Историјат хипотекарног задуживања с акцентом на гаранције* из 2009. године пише: „Залагачу се треба створити одржива адекватност и довољно поуздани услови да искористи кредитни потенцијал ствари које залаже, то је и начелан интерес кредитора за што шире инволвирање и мотивацију за кредите из којих убире интерес, али и за

⁸¹³ Вид. Ђорђе Павловић, *О обвезностима и уговорима уопште*, Правни факултет Универзитета у Београду (прво издање 1869. на Правном факултету Велике школе у Београду, први професор Грађанског права и грађанског судског поступка париски лиценцијант), Београд 2014, 87.

⁸¹⁴ Навешћемо као пример варијација моргица: *Consolidated mortgage* – моргиц дат да замени или споји више моргица. *Construction draw mortgage* – моргиц за финансирање у грађевинарству. *Conventional mortgage* – уговорни моргиц. То је уговор којим лице преноси сву имовину, или део, у корист друге, да би осигурало извршење неког ангажмана, али без одрицања права на држање то јест поседовање. *First mortgage bonds* – обвезнице првог моргица, обвезнице које су осигуране првом моргицу. *Fixed-rate mortgage* – моргиц с фиксном стопом, који карактерише фиксна камата, иста током трајања, независно од тржишних услова. *Future advances mortgage* – будући моргиц. *General mortgage* – општи моргиц. Моргици се деле на опште и посебне. Посебни су моргици који су ограничени на одређену имовину. *Second mortgage* – други моргиц. Моргиц који даје предност одмах након првог на истој имовини, без права уплитања задржавања. Моргиц из пресуде може се *уmeshати* између првог и другог моргица и тад други би био трећи, што се назива моргиц „јуниор“. *Senior mortgage* – старији моргиц. *Shared appreciation mortgage*, моргиц заједничке вредности, даје зајмодавцу право да добије натраг договорен проценат вредности имовине, мереној у тренутку продаје или будућем фиксном датуму. *Shared-equity mortgage (SEM)* – моргиц заједничког капитала, подразумева да купац-станар и друго лице (обично рођак) постају сувласници и суморгицори дужници те имовине. *Straight mortgage* – моргиц без одлагања, у којем је дужник дужан да плати камату током трајања моргица и завршну исплату главнице на крају, за разлику од амортизационог моргица. *VA mortgage* – стамбени моргиц кредит, намењен ветеранима и њиховим супружницима које осигурава *VA*. *Variable rate mortgage* – моргиц с променљивом стопом је дугорочни моргиц уговор, који дозвољава моргицору да прилагоди, навише или наниже, камате у уговору у односу на промене стопа монетарног тржишта и услове потражње моргица. *Adjustable rate mortgage (ARM)* – моргиц са подесивом стопом, у којој камата није фиксна али је везана за индекс и периодично прилагодљива у складу са повећањем или смањењем индекса. *Amortized mortgage* – амортизован моргиц, у којој моргиц дужник плаћа тренутну камату и део главнице у периодичном плаћању. *Balloon-payment mortgage* – моргиц где се тражи исплата камате за одређени период и пуна главница (*balloon payment*) на крају периода. *Blanket mortgage* – моргиц с покрићем, у којем се преноси право на сву имовину дужника или на њен знатни део пре неголи на одређену имовину. *Chattel mortgage* – моргиц осигуран личном имовином. *Closed-end mortgage* – затворен моргиц у којем се оптерећена имовина и кредит не могу мењати током трајања моргица. Вид. *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary (among the best-selling books in American history) Inc.*, Springfield 1964.

⁸¹⁵ *Mortgage banker* – моргиц банкар. Субјект који се бави моргицом укључујући улагање, рефинансирање и препродају другим инвеститорима. Такав банкар користи своје фондове за разлику од комерцијалних или штедних банака који користе фондове депозитора. Неки моргиц банкари обезбеђују дугорочно финансирање, а већина се ограничава на привремено финансирање. *Mortgage bond* – моргиц обвезнице, за које су некретнина заложене као гаранција да ће обвезница бити плаћена као у уговору. *Mortgage broker* – субјект као посредник зајмодавца и дужника у осигуравању зајма. *Mort civil* – у француском закону, цивилна смрт, као осуда због кривичног дела. Званично је укинута 1854. године, али нешто слично томе још постоји. Тако, имовина осуђеног, коју је поседовао у трену осуде, прелази у руке, у „држање“ наследника, а његова будућа имовина иде држави, по праву првенства. Ипак држава може, из милости, дати ту имовину у целости или део удовици и деци. *Ibid.*

закономеран интерес државе.⁸¹⁶ Према Merriam-Webster речнику и Concise (Encyclopedii *mortgage*), у англо-америчком праву је поступак у ком дужник (енг. *debtor/mortgagor*) преноси право на држање имовине (мисли се право својине) повериоцу (енгл. *creditor/mortgagee* као *залог* за плаћање дуга у новцу.

Моргиц подразумева комплетну трансакцију почев од задуживања, дакле уговарања, али и од уговора о кредиту, па све до самог уговора о моргици, то јест обезбеђењу потраживања са свим пратећим акцесорним и колатералним правним актима и административним радњама.

Модерни моргиц има корене у средњовековној Европи. Првобитно, у она времена, дужник је давао повериоцу власништво над земљом као залог под условом да му поверилац врати ту земљу (власништво над неком некретнином, што је обично била земља) када се тај дуг отплати. Касније развојем, била је пракса да дужнику остане у „власништву“ (мисли се очекујућем) и на коришћење земља, али је остало овлашћење повериоца да „држи право и власништво над земљом“ (под раскидним условом) ако се дуг не отплати или на било који начин прекине плаћање. У већини држава моргиц ствара *заложно право* на непокретности оптерећеној моргицом. Гашење тог права, ослобађање од моргица, најчешће захтева судски поступак и одлуку суда да се прода моргиц имовина. Многи моргици садрже и клаузулу која омогућава продају, познату као „неправно“ ослобађање од моргица, што их своди на уговор о поверењу (*deed of trust*).

Моргиц је интерес (корист) у имању (земљишту, имовини) заснован на писаном инструменту који пружа сигурност испуњења дуга. За предмет има непокретну и покретну (*shattel mortgage*) имовину. Моргиц уговором, моргиц дужник уз упис у јавни регистар врши пренос права својине на непокретности у корист моргиц повериоца; код моргица се врши инклузија моргица у промет и продукује ефективност моргиц тржишта. Код моргица постоји опција да дужник откупи имовину обично у року једне године *right to redeem*. Моргиц ствара иновативан процес *секјуритизације* који трансформише неликвидне „залежене“ банкарске кредите у првокласне и ликвидне моргиц хартије од вредности које се емитују на њиховој основи. Провера пре обијања кредита преко кредитних бироа код хипотеке није тако ригорозна као код моргица јер неплаћање по моргицу води до потпуног губитка кредитне способности да убудуће аплицира за ма који кредит и *de facto* и *de iure* се проглашава за *unworthy* личност, недостојну кредита. Да би се схватио моргиц, треба указати на разноликост врста те стварноправне установе у САД, размере и дисперзије финансијских инструмената, економског и пословноправног амбијента навести, сада и по другом извору.⁸¹⁷

⁸¹⁶ Вид. Томас Херцог, *Историјат моргиц задуживања с акцентом на гаранције*, 2009. Удружење Актуара САД (Т. Herzog, *History of Mortgage Finance With an Emphasis on Mortgage Insurance*). Херцог је шеф актуара, аутор и коаутор књига: *Introduction to Credibility Theory* (Увод у теорију кредибилитета), *Applications of Monte Carlo Methods to Finance and Insurance* (Метод Монте Карла за финансије и обезбеђење), *Models for Quantifying Risk* (Модели квантификације ризика). Добитник је награде 1990. Фондације истраживања моргиц обезбеђења за књигу *History of mortgage finance with an emphasis on mortgage Insurance*.

⁸¹⁷ *Mortgage certificate* – акт о својини по основу моргица. *Mortgage clause* – обезбеђујућа одредба да штити повериоца на објекту моргица. *Mortgagee clause* – клаузула моргиц повериоца. *Open mortgage clause* – моргиц клаузула која не штити повериоца ако дужник радњама анулира (превара) – замењена *mortgage-loss* клаузулом. *Standard mortgage clause* – моргиц клаузула која штити интересе моргиц повериоца и у случају кад дужник настоји да је анулира, она се утврђује посебним уговором (*union mortgage clause*). *Mortgage commitment* – моргиц обавеза, писани споразум кредитора и корисника са условима под којим се даје кредит за ствари, с временским ограничењем. *Mortgage company* – компанија која даје моргиц кредите, продаје их или дели инвеститорима. *Mortgage contingency clause* – клаузула о непредвиђеном, одреба у продаји непокретности која условљава активности купца да би могао добити моргиц кредит. *Mortgage discount* – разлика главнице и износа за који је моргиц продат, иако ту разлику плаћа купац, *discount*

Као што је речено, функционални еквивалент европскоконтиненталне хипотеке у англосаксонским правним системима је установа моргиц. Моргиц се у енглеском праву кроз историју развијао тако да је, иако је изворно био залога, односно пренос државине а не и (својинског) права на непокретности (или другом предмету моргица), врло брзо био конструисан као услован пренос (својинског) права (*conditional conveyance*).

Данашњи моргиц развијао се прво као установа *common law*, да би био модификован правилима *equity*-ја и законским интервенцијама. Данас се под појмом моргица обично схвата целокупна трансакција, дакле и зајам и његово обезбеђење, тако да се за наглашавање да се под термином моргиц мисли само на обезбеђујуће право користи термин *mortgage collateral*.

Нespoјивост предметног правног транспланта се огледа готово *на сваком кораку* од дијаметрално различитих правних традиција, система права, уређења, развоја правне мисли, крупних појмовних разлика о праву, разлика у конструкцијама и правним представама улоге суда, прецедентног права, преко уговора и тако редом, до права својине, државине/поседа, депосесиарања, процесног права те до структуре моргица.

Неопходно је истаћи карактеристичност деложације моргиц дужника, кад се сучели са „светим“ третманом права приватне својине, то јест права на приватну имовину, које је опште место, првенствено у САД, ма како и колико, и то потпуно концепцијски другачије да се тамо схвата право својине. О нашем третману права приватне својине најилустративнија је наша правна историја и бар да узмемо револуционарно доба комунизма „с људским ликом“ до данас компромитованог транзиционог права.

Секјуритизација је мобилисање кредитних тражбина банке путем хартија од вредности и продаја на тржишту. Институција која одобрава моргиц кредите продаје на секундарном тржишту те кредите институцији специјализованој за секјуритизацију и емисију хартија од вредности на бази пула моргиц кредита. Пул моргиц кредита усклађен је с роковима отплате, каматним стопама и вредностима *колатерала* у односу на амортизационе планове емитента хартија. Те вредноснице су обезбеђене кредитима па се могу продавати на секундарном тржишту. Процес трансформације иначе неликвидних финансијских средстава (моргиц на куће) чине основну зараду банака које тргују на тржишту капитала.⁸¹⁸

некад плаћа и продавац, кад то закон предвиђа. *Mortgagee* – моргиц поверилац, лице ком је ствар пренета у својину; кредитор, моргици (*mortgage holder*). *Mortgagee in possession* – моргиц поверилац с државином, који преузима посед над моргиц земљиштем уговором с дужником, након кашњења исплате кредита. *Mortgagee policy* – осигурање које покрива ризик повериоца. *Mortgage guarantee insurance* – моргиц осигурање обезбеђено од *Mortgage Guarantee Insurance*, кредитори који дају моргиц с мање од 20% учешћа; цена осигурања је у завршним/трошковима затварања. *Mortgage-loss clause* – клаузула о моргиц губитку, предвиђа да *Title Insurance* штити власнике непокретности од губитка или оштећења које могу настати због квара и слично, не може бити оспорен од дужника, чак иако анулира обавезу, клаузула остаје на снази, у корист моргиција (*New York standard clause, union-loss clause*). *Mortgage market* – моргиц тржиште, тражња нових моргиц кредита и препродају кредита на секундарном моргиц тржишту. *Chattel* моргиц су замене уговорима о обезбеђењу, које регулише чл. 9 UUC. *Closed-end mortgage* – моргиц на покретнинама који не дозвољава плаћање унапред (превремену отплату ни додатни кредит. *Closed mortgage* – затворен моргиц. *Collateral mortgage* – моргиц као писмено обећање у форми *deed* да ће се дуг платити кроз колатерал за испуњење обавезе. *Consolidated mortgage* – који настаје комбиновањем више моргица. *Construction mortgage* – моргиц за финансирање грађевинских пројеката. *Contingent interest mortgage* – моргиц чија је камата везана с економским вредностима заплењене ствари. *Contribution mortgage* – моргицом обезбеђено земљиште развијено новцем више инвеститора а новац одвојено дало више кредитора. *Contributory mortgage* – моргиц с више кредитора/participation mortgage *Conventional mortgage*: конвенционалан моргиц. Вид. *Black's Law Dictionary*.

⁸¹⁸ Bodie, Kane, Marcus, 2006.

За моргиц се *inter alia* веже и секјуритизација⁸¹⁹ која у САД постаје најбрже растуће тржиште капитала. Кључни учесници су: Државна моргиц корпорација (*Government National Mortgage Association, Ginnie Mae*), Федерална национална моргиц корпорација (*Federal National Mortgage Association, Fannie Mae*) и Федерална корпорација за моргиц кредите (*Federal Home Loan Mortgage Corporation, односно Freddie Mac*).⁸²⁰

Секјутаризација је корисна операција када се изводи из „сигурних“ кредита у смислу отплате. Међутим у трци за клијентима средства су пласирана у субпрајм кредите (кредити са неизвесним покрићем), за које је скоро извесно да се неће вратити. Овај превелик ризик довео је до краха система заснованог на овој операцији, посебно на највећем, америчком тржишту. Слоган „1% непристојно богатих на рачун 99% непристојно сиромашних“ – позната крилатица демонстраната антиглобалиста на Волстриту и покрета незадовољних који се шири (модерни прекаријат), постаје блиска реалност.⁸²¹

У савременом праву Енглеске и Велса постоје и даље две врсте моргица: законски и правични (*legal and equitable mortgages*). Законски моргиц више не подразумева пренос својинског права (кад давалац моргица има *fee simple*, који прилично одговара праву својине у континенталним системима), већ оснивање закупа (*lease*) у трајању од 3000 година од дана залагања у корист повериоца, што значи да давалац моргица остаје ималац својинског права („власник“) и омогућава му оснивање моргица другог реда (*давањем закупа који обично траје дуже од закупа датог првом повериоцу*).⁸²²

Разуме се, закуп који добија поверилац има циљ да му обезбеди право на предмету моргица, које је опште супротстављиво, и тај закуп престаје кад се исплати обезбеђено потраживање. Ако давалац моргица нема *fee simple* већ неки од тзв. *leasehold interests* (право ограниченог трајања), онда се повериоцу даје подзакуп, који истиче 10 дана пре истека права даваоца моргица (опет да би се омогућио моргиц другог реда).⁸²³

Данас се, међутим, у пословној пракси готово искључиво користи трећи вид законског моргица, тзв. *charge by deed by way of legal mortgage* или краће *charge by legal mortgage*. Смисао

⁸¹⁹ Зачеци секуритизације воде из седамдесетих прошлог века, кад су државне агенције САД удружиле моргиц кредите на куће стварајући ХОВ (хартије од вредности) за трговину на берзи. Од осамдесетих, почела је секјуритизација и друге имовине која доноси профит, што доводи до великог пораста трансакција. Приступ *произведи и дистрибуирај* донео је економске користи, ширење кредитне изложености, распршење концентрације ризика и смањење системских рањивости. Док се криза другоразредних моргица није проширила, њен утицај је сматран позитивним. Али, неки су оптужили секјуритизацију за компромитовање покретача (*оригинатора*) да осигура разумне одлуке управљања ризиком и инвестирање у времену кад су били ниски приноси од конвенционалних ХОВ. Стопа неплаћања (ризик) је био низак па је широка распрострањеност алата заштите од ризика (*hedging*), што је охрабрило инвеститоре да предузму више ризика да би добили виши профит. Многи кредити нису били у билансима оних који су их секјуритизовали, што је мотивисало покретаче да смање надзор и резултирајући погоршање. Проблем је у томе што практично није постојало секундарно тржиште које их претвара у живе ХОВ. Вид. [www.accountingtools.com/receivable-Вид. www.securitization.net/.](http://www.accountingtools.com/receivable-Вид. www.securitization.net/)

⁸²⁰ Вид. Славица Милетић, *Хипотекарни кредити и хипотекарне хартије у развијеним земљама и земљама у транзицији*, Београд 2004.

⁸²¹ Вид. Мирослав Лазић, *Заштита потрошача у кредитном односу* Правни факултет Универзитета у Нишу, Зборник радова 2016. <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z74/04z74.pdf>, 58

⁸²² Вид. Милош Живковић, *О вансудској извршној хипотеци у праву Србије (или о томе како је тешко мешати бабе и жабе)*, *КонПра*, часопис за одржив и сладан развој права 1/2017, 38–47.

⁸²³ *Ibid.*

тог моргица је да повериоцу пружи положај као да има својинско овлашћење на непокретности, иако га он заправо нема јер једино има исправу (*deed*) којом давалац моргица заснива такав моргиц.⁸²⁴

У складу с прописима о регистрацији непокретности из 2002. (*Land Registration Act 2002*), то је једини вид законског моргица који је могућ за регистроване непокретности, а специфично за овај случај (непокретност регистрована) јесте да се моргиц перфектуира тек регистрацијом, па се не стиче већ сачињавањем исправе.⁸²⁵

Што се тзв. правичних моргица тиче, њих има више врста, имајући у виду правило *equity*-ја да се по правичности сматра да је урађено оно што је требало да буде урађено те да правичност „посматра суштину трансакције, а не форму“.⁸²⁶

У доктрини се обично истичу, с једне стране, постојање (од 1989. писаног) уговора о заснивању моргица, неперфектуиран законски моргиц или полагање тапије (*title deed*) повериоцу ради обезбеђења као последица одлуке у случају *Walsh v. Lonsdale* из 1882., с друге стране, заснивање моргица на неком праву које се има по правичности (тзв. *equitable interest*), те напослетку тзв. оптерећење по правичности (*equitable charge*), које по овлашћењима које садржи заправо највише наликује континенталној хипотеци јер имаоцу омогућава само да се наплати из вредности непокретности, а не и да узме непокретност у државину и присвоји је ради намирења (тзв. *foreclosure*).⁸²⁷

Давалац моргица (*mortgagor*), осим тога што по правилу остаје држалац оптерећене непокретности, има на располагању следећа овлашћења: право да искупи предмет моргица исплатом обезбеђеног дуга, односно искуп по правичности, право да заснива закупе на оптерећеној непокретности и право да тужи.

Поверилац (*mortgagee*) има следећа овлашћења (пре фазе намирења, дакле током фазе обезбеђења): право да држи тапију (*title deed*) оптерећене непокретности (осим код регистроване непокретности, јер ту тапије престају да постоје), право на државину непокретности (у пракси се то право користи тек ако дође до продаје), право да осигура непокретност о трошку даваоца, а ако је држалац, и право да изда у закуп, као и још нека овлашћења у одређеним ситуацијама.⁸²⁸

Оно што је специфично за англосаксонски моргиц јесу правна средства (*remedies*), односно овлашћења која повериоцу стоје на располагању у фази намирења.⁸²⁹ Дакле, предност за повериоца код моргица не састоји се само у томе што је дуг обезбеђен правом на

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Ево како се о томе говори у једном енглеском уџбенику земљишног права: „Obviously the mortgagee, as any other lender, can always sue in contract for the repayment of the loan, but this may be a long process in which enforcing payment, even once judgement is obtained, can be difficult. The advantage of the mortgage is that it allows the mortgagee to use the charged land to repay the loan, often without the need for any court proceedings at all.“ (фуснота 38). MacKensie, Philips, 451 и даље.

непокретности већ и у реализацији, у томе што је моргиц могуће реализовати вансудски, за разлику од наплате обезбеђеног дуга.⁸³⁰

Поверилац (*mortgagee*) на располагању има следећа правна средства: тзв. *foreclosure*, традиционално правно средство које данас није тако често у употреби у Енглеској и Велсу, које подразумева да се, на бази судске наредбе, непокретност пренесе у имовину повериоца наместо намирења, без обавезе да плати евентуалну разлику у вредности даваоцу моргица, ако је вредност непокретности већа од дуга с каматом и трошковима (одговарајући термин на српском језику би могао бити „присвајање ради намирења“), те ступање у посед и продају оптерећене непокретности ради намирења (у ком случају се разлика плаћа даваоцу моргица), за шта није потребна судска наредба. Отуд је у америчким земљама с моргиц системом тзв. *foreclosure* услов за вршење овлашћења продаје јер присвајањем поверилац стиче право на државину и право да прода оптерећену непокретност, уз обавезу да евентуални вишак у односу на обезбеђено потраживање исплати даваоцу моргица.⁸³¹

Имајући у виду да англосаксонски моргиц није заснован на начелу официјелности те да суд не контролише нужно поступак реализације, односно преузимања у државину и продаје ради намирења, посебна пажња се посвећује одговорности актера укључених у продају: повериоца, управника непокретности (којег може да именује поверилац, обично кад је оптерећена непокретност дата у закуп) и проценитеља.⁸³²

Напоследку, правила о рангу (приоритету) моргица такође су комплекснија од начелног правила континенталних права за ранг хипотеке, али у суштини принципи по којима се равна првенствени ред моргица нису суштински различити од оних који важе за континенталну хипотеку. Такође, и моргиц познаје институте усмерене на промену првенственог реда. Начело акцесорности, специјалности и недељивости се не истичу посебно у доктринарној обради моргица у оквиру литературе система *common law*, па зато нећемо детаљније изучавати разлике између моргица и хипотеке које, несумњиво, постоје и у погледу ових аспеката њиховог правног уређења.⁸³³

Термином „својинско право на непокретности“ називамо оно што се у енглеској литератури назива *title, interest* или *estate in land*. Како се англосаксонски правни круг развијао мимо утицаја реципираног римског права, оно не познаје посебну категорију „стварних права“, па је отуд, између осталог, преводилачки посао у тој области много више од лингвистике, односно познавања језика.

Начин на који су правила правичности (*equity*) утицала на моргиц у *common law* може се видети на следећим примерима: строга одредба моргица у *common law* да, ако дужник одређеног дана не исплати обезбеђени дуг, својинско право дефинитивно и безусловно прелази на повериоца, ублажена је „правом на откуп“ („*right to redeem*“) оптерећене непокретности и после уговореног дана.⁸³⁴

⁸³⁰ *Ibid.* У америчком праву ситуација је нешто другачија – оно што је у енглеској моргиц у неким америчким државама представља такозвана исправа о трасту (*deed of trust*).

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² *Ibid.*

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ *Ibid.*

Такође, немогућност постојања моргица другог реда (јер је реч о преносу својинског права првом повериоцу) код моргица у систему *common law* превазиђена је омогућавањем давања моргица на праву на откуп према правилима *equity*-ја.⁸³⁵

Истини за вољу, овде је реч о америчком уџбенику, а америчко уређење моргица разликује се од оног у Енглеској и Велсу, али скупно означавање целе трансакције термином *mortgage* уобичајено је и у Енглеској. То су заправо два института савременог енглеског права – *mortgage* и *charge*, који су функционални еквиваленти хипотеке, при чему се термини неретко користе као синоними (то чини и *Law of Property Act 1925*, користећи термин *charge by way of legal mortgage*).⁸³⁶

Иако је став да *charge* само технички одговара хипотеци јер не подразумева пренос својинских права повериоцу исправан, држим да је тај став погрешан. Зато што је, прво, погрешно схваћен појам функционалног еквивалента, те зато што је, друго, пренебрегнута чињеница да енглески правници не разликују *mortgage* и *charge* тако оштро, често користећи термине као синониме.

Вреди ипак истаћи да ово дело садржи најсажетије објашњење разлога због чега моргиц и хипотека нипошто нису синоними и због чега је грешка користити их тако.⁸³⁷ *Mortgage* пре свега спада у *Real Estate Law*, које бисмо могли превести као „стварно право“, прецизније „имовинско право“, јер се подразумевају сви трансакциони односи у вези са *држањем земље*, оног што је на њој и у њој (*mineral rights*).⁸³⁸

У САД *mortgage* издаје банка или слична финансијска институција; то је *non-security* кредит, што би се могло разумети да не треба дати или имати још неку гаранцију у облику друге некретнине, покретности или жиранта – да би се некоме одобрио.

То би се тумачило тим да је та непокретност сама по себи – гарант самој себи; она укључује право *mortgage* као условно право „држања“, „имовине“ или у правном вокабулару континенталног права – „условног права својине моргиц повериоца“ да, ако дође до „default-а“, неплаћања, моргиц поверилац има овлашћење да ту непокретност „repossess“⁸³⁹, односно – одузме.⁸⁴⁰

Моргиц поверилац се назива *mortgagee*, а моргиц дужник *mortgagor* и *mortgage consumer*⁸⁴¹ (у САД су права потрошача, финансијских услуга, предмет изразите законске примарно наглашене заштите).⁸⁴² Дакле, све различите деривације моргица, у било којем формату и терминологији, неспорно значе:

1. да хипотека и моргиц неспорно јесу средства обезбеђења потраживања;

⁸³⁵ *Ibid.*

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ *Ibid.* Према писању професора М. Живковића, фуснота 18, Vincent Saegert, Harmonization of Security Rights on Immovables: An Ongoing Story, *Towards a European Civil Code* (eds. A. S. Hartkamp *et al.*), 4th ed., Kluwer, Deventer 2011, 1046–1048.

⁸³⁸ *Ibid.*

⁸³⁹ Вид. https://en.Mortgage_repossession.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ Вид. https://en.m./Consumer_Rights_Act_2015.

⁸⁴² Вид. Милош Живковић, *О вансудској извршној хипотеци у праву Србије*.

2. да су различито конструисана средства обезбеђења;
3. да моргиц није ни синоним ни еквивалент хипотеке европског типа;
4. да без обзира на све варијације моргица, нема суштинска појмовна својства и начела која одликује заложно право европске хипотеке;
5. да је деофицијализација и у фази реализације код моргица последица исходовања нужног *foreclosure*-а;
6. да моргиц поверилац склапањем уговора постаје неко ко очекује да се раскидни услов испуни (да се плати цео дуг) и
7. да тако постане потпуни власник некретнине која је до тадљ само под моргицом;
8. да се моргиц меша и најчешће поистовеће с чарцом, од државе до државе САД;
9. да се у претходном види сличност и с фидуцијом римског права, која је некако историјски деривирала у англосаксонски систем, упркос нерцепције римског права, те уз тамошње обичајно и прецедентно право постала установа обезбеђења *sui generis*

Моргиц англосаксонског права пружа директно формално или и регистровано (одступања која нису суштинског карактера за разумевање овог института) право својине (имовинско право) моргиц повериоцу који своје право својине стиче нотификацијом путем нотарског записа у форми *дида*, његово право својине је под раскидним условом, па ако моргиц дужник плати потраживање, онда се активира раскидни услов, сада тако да се моргиц дужнику враћа изгубљена својина, која је или формално или и регистровано припадала моргиц повериоцу, а ако моргиц дужник не плати потраживање, онда се активира раскидни услов, али сада у правцу тога да моргиц поверилац и дефинитивно постаје власник, те до тада формална или регистрована својина, сад је *суштинска својина* (како је разуме *common law*) моргиц повериоца, додатно и с државином која по принудној депосесији прелази на моргиц повериоца без судског поступка за депосидирање ранијег држаоца.

Дакле, у англосаксонском праву, када се раскидни услов оствари, то јест када моргиц дужник падне у доцњу, не плати дуговано, онда *дефинитивно губи право својине у појму својине common law*-а, које сад прелази на моргиц повериоца, с додатним правним квалитетом. То, по моргиц дужника је немогућност враћања изгубљене „својине“ а по повериоца могућност вршења атрибута „својине/држања“ а и државине на ствари сагласно нашем појму државине.

То је донекле ублажено правом моргиц дужника, то јест бившег титулара права својине на *откуп*, чија дужина деривира од државе до државе САД, од три месеца до године. *Та „заштита“ је веома скупа* јер у таквом случају моргиц дужник мора платити све могуће трошкове и издатке, што предметну установу откупа у моргиц поступку „изгубљене“ ствари објективно сврстава у теоретска права без нарочитог, али ипак датог ефекта у реалности.

Према компаративном прегледу, јасно је да најмање половина држава САД не практикује *out-of-court procedure for enforcement*. Разлог је у томе што што моргиц повериоци губе право на тзв. диферентну тужбу, тј. право да из остатка имовине намире потраживање од моргиц дужника, ако се испостави да потраживање није у целини намирено. А за случај судског поступка, право на разлику која је настала продајом моргиц повериоци у судском поступку не губе.

Све наведено потврђује крупне разлике између те две установе које служе како би обезбедиле потраживање. Притом, не треба испустити из вида да је у случајевима депосесије укључена традиционална улога шерифа као органа државне власти. Апострофирали бисмо и улоге управника имовином ако је дужник у стечају, односно личном стечају, проценитеља и

професионалне сертификоване службе, односно агената/агенција које обављају аукцијске продаје у посебним поступцима и службе које по налозима суда/шерифа спроводе депосесирање, које нису *ни налик* нашим агенцијама за промет непокретности.

Те сертификоване и професионалне институције и службе агентуре свој рад обављају на крајње транспарентан начин. Публицитет, систем медијског праћења, генерална обавештевања, потпуно отклања сумње о закулисаности или погодовању било коме. Тржиште је мерило јер је тржиште у САД непорециво присутно у свим сферама и нема додирне тачке с нашим појмом ни реалношћу постојања тржишта као таквог. За све описано сви субјекти на тржишту и процесу реализације моргица подлежу ригорозним казнама ако прекораче овлашћења, погодују било коме, као и у случају било какве пристрасности, јер то подразумева кривични поступак и без изузетака дуге затворске казне.

Када се повежу све „додирне тачке“ моргица и хипотеке у корелативу с поимањима права, својине, уговора итд., онда се не може заташкати закључак о потпуној и „елементарној неспојивости“ те две установе у правној равни свих других разлика, два, умногоме, сасвим *супротстављена правна система*.

Додали бисмо у овом делу, чија је основна тема појам и структура моргица, а не и његова реализација, да је било просто немогуће раздвојити појам и структуру, а да не сагледамо део који се тиче и процесноправног механизма, јер је сувише „везан“ и акцесоран.

Наиме, појам и структура ове установе су у чврстој корелацији и детерминизму, па тако модалитети моргица, уговорног, класичног, правичног, законског, чарца или траста у свим варијабиллама сличне установе англосаксонског права дестабилизују могућност благог или оштрог разилажења и раздвајања, онога што на континенту називамо материјалноправне установе, од процесног права.

То потврђују и наши „материјални“ закони о хипотеци, јер регулишу и поступак реализације вансудске хипотеке, предвиђајући уједно и мноштво процесних норми, које објективно не би требало да буду сврстане у легислативу материјалноправне нарави. У недостатку разумевања „шта и како“, врше се дисперзивна „упућивања“ на ЗИО, ЗЈБ, ЗОО. Следећа табела, преузета из докторске дисертације на тему банкарства, доказује да су и неправницима/економистима јасне разлике и сврхе та два потпуно другачија обезбеђења.⁸⁴³

Табела 4. Базичне разлике појмова хипотека и *mortgage*

Редни број	Традиција	Европскоконтинентална	Англосаксонска
1.	Назив	Хипотека	<i>Mortgage</i>
2.	Предмет	Само непокретност	Непокретна и покретна имовина

⁸⁴³ *Ibid.*

3.	Суштинска разлика	Заснивање заложног права само права располагања у корист кредитора залогопримца а власник остаје залогодавац	Формални пренос права својине (власништва) заложене некретнине у корист залогопримца
4.	Документ	Уговор о хипотеци с регистрацијом (државном или нотаријалном)	Уговор <i>mortgage</i> , с јавним уписом
5.	Предности	За дужника – залогодавца	За кредитора
6.	Етика (лична и пословна)	Добра намера – лична честитост дужника да одржава некретнину и отплаћује дуг	Добра намера кредитора – повраћај датих пласмана ради новог кредитирања
7.	Слабости	Сложеност реализације хипотеке хипотекара споро исељење из стана (до 2 године)	Недовољна заштита дужника (исељење за 2–3 месеца)
8.	Врлине	Заштићеност дужника – залогодавца, социјална стабилност	Укључивање права залогe у промет – ефективност хипотекарног тржишта
9.	Право		Могућност поновног откупа заложене имовине од дужника (углавном 1 година)

Ово је тек узорак једног увида, а други увиди су обухваћени доцније у овоме раду. Истакли бисмо и то да дуг историјски развој хипотеке још увек није довео до јединствене конзистентне теорије којом се тумаче право својине и заложно право. Романо-германско кодификовано право користи појам „хипотека“, а англосаксонско прецедентно право појам „mortgage“. Иако се користе као еквиваленти, значајне су разлике које илуструје табела.⁸⁴⁴

Професор Габријела Михелчић код хрватског заложног права запажа следеће: „Стварноправна средства осигурања тражбина имају за циљ осигурати извјесност будућег намирења тражбина осигураних тим средствима из вриједности предмета осигурања. Слично, као и у хрватском праву, и према француском праву, тражбину је могуће осигурати неким од наведених средстава осигурања. Но, француско право познаје, нпр. и антихрезу као посједовно средство осигурања на некретнини које овлашћује вјеровника да убире плодове и користи које је некретнина способна дати, односно даје, те да их уновчава у сврху намирења осигураних

⁸⁴⁴ Вид. М. Јанковић, *Тенденције развоја и механизми регулације хипотекарних тржишта*. докторска дисертација, Унион, Београдска академија Факултет за банкарство, осигурање и финансије, Београд 2016.

тражбине. Један од прописа, који се примјењује на савезној разини у САД је 1952. (*Uniform Commercial Code*) уведено јединствено средство стварноправног осигурања тражбина из вриједности *colateralla* и предвиђен *security interest*. Ријеч је о таквом средству осигурања које се у сврху осигурања тражбине и остварења овласти на намирење, уз одређене изузетке, оснива на покретним стварима дужника (*personal property*) као предмету осигурања, које обухватају и неке предмете осигурања, који у европским континенталним правним системима спадају под, тзв. нетјелесна покретна добра, а по номенклатури хрватског права у субјективна имовинска права (најчешће таква која су у заложном режиму изједначена с покретним стварима). Иако *security interest* није заложно право у значењу које ово ограничено стварно право има у континенталном праву ради сврхе која се остварује том врстом стварноправног осигурања а која кореспондира са сврхом која се остварује заложноправним осигурањем у континенталним правима, то се тако протежира имајући непрестано у виду све разлике које произлазе из самог института, и из обиљежја стварно-правног уређења уопће.“⁸⁴⁵

Корисно је упоредити развој моргица у поморском праву другог аутора из Хрватске: „Mortgage је институт који има шире и комплексније значење од хипотеке у континенталном праву. Наиме, ријеч је о институту који у себи садржава три врсте обвеза. Mortgage обухваћа и подразумијева најприје зајам као такав, затим трансакцију осигуравања зајма и, коначно, формални документ којим се све то остварује. Mortgage на броду у енглеском је праву настао давно, и дуго је био у примјени као институт *common law*-а. По одредбама *common law*-а дужник по mortgage-у је у цијелости преносио брод на вјеровника на бази закљученог уговора о том пријеносу, а кад би дужник исплатио дуг заједно с каматама, вјеровник би вратио брод дужнику у вријеме и на мјесту како је уговорено. До промјене таквог дјеловања mortgage-а дошло је тек 1825. откада се брод не преноси у посјед вјеровника по mortgage-у. него се установљава *фидуцијарна својина* у његову корист која се брише након исплате дуга. Касније је настала потреба за доношењем тзв. законског mortgage-а или уписаног mortgage-а (*legal mortgage, registered mortgage*). Уз закључени уговор о зајму којим се предвиђа успостављање mortgage-а на једном или више бродова, т.ј. кад се предвиди обвеза осигурања уговора о зајму помоћу mortgage-а дужник закључује уговор mortgage-у с вјеровником.“⁸⁴⁶

Тај се уговор традиционално закључује као врста свечаног документа, то јест свечане изјаве којом се дужник обвезује на стављање моргица на брод и на његово поштовање.

⁸⁴⁵ Г. Михелчић, *Комисорно остварење овласти, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 31/2010.: „Према правилима УСС, није потребно да су странке претходно уговориле комисорни начин намирења, тзв. *retention of colaterall* или *strict foreclosure*. Вјеровник је, након што дође до *defaulta* дужника, начелно, овлаштен темељем правила УСС-а намирити се тако да задржи *collateral* (§ 9–620 (a) УСС).¹³ Што се тиче *default-a*, као тренутка којим се активира вјеровникова власт на намирење из предмета осигурања, треба напоменути да *default* не мора нужно значити да је тражбина доспјела, а да није намирена или је дужник није спреман намирити (премда ће најчешће управо бити ријечи о тому) већ *default* може имати значење повреде било које уговорне клаузуле, ако су јој стране дале то значење (па чак и када нису). Имајући у виду правностваралачку улогу судова у правним системима англоамеричког правног круга, нужно је упозорити на промјене, које су се у односу на овај институт збиле, ступањем на снагу Новеле УСС 2000. Наиме, раније се у судској пракси из чињенице што вјеровник држи *colaterall* (кроз одређено вријеме), па и не подузимао ништа у правцу намирења с *retention of colaterall*, сматрало да је такав вјеровник изабрао намирити се на овај начин. За истакнути је, да је према ранијем уређењу вјеровник, како би се намирио на овај начин, морао имати посјед *colateralla*, што се више не тражи. Стога се вјеровник с *retention of colaterall* може намирити и када нема посјед (за очекивати је да ће му дужник, који се не противи намирењу, након нотификације предати посјед).“ 203–217.

⁸⁴⁶ Вид. Јелена Никчевић Грдинић, *Поморска хипотека, Mortgage у енглеском и америчком праву (Mortgage on Ship in English and American Maritime Law)*, Поморско право, *Наше море* 1–2/2009, 56.

Државе англосаксонског права, и након доношења међународних конвенција у материји бродске хипотеке (*mortgage-a*), не примјењују ниједну од постојећих конвенција већ право Енглеске и Америке, иако данас у овој области имају поморске законе, израђено на традицијама *common law*, те се развија и обликује независно и углавном на основу судске праксе.

Међутим, запажа се утицај енглеског и америчког права на права неких континенталних држава, јер је временом дошло до извесне унификације та два института, тј. до проширења института класичне хипотеке неким елементима моргица на тај начин што су неке континенталне земље прихватиле све или неке елементе моргицаа, директно или прихватајући одређене међународне конвенције.

С друге стране, изишло се у сусрет владајућем гледишту англосаксонског права везаног за број и врсте поморских привилегија. Све то налази највише одраза у последњој Међународној конвенцији о поморским привилегијама и хипотеци из 1993. Према моргицу дужник има дужност депосесије, што задире у начела континенталног права везана за моргиц и фазе отплате дуга дужника према моргицу.⁸⁴⁷

2.2.2. Процесноправни механизми реализације моргица

Будући да смо у претходном делу већ добро „захватили“ процесни аспект моргица, овде ћемо настојати да додатно укажемо и наставимо већ започете „процесе“.

Repossession, то јест преузимање поседа од моргиц дужника, има мноштво правно квалитативних и конструкцијских особености, с чиме наша правна традиција нема изгледа да се пореди, а камоли поравна. Правилан превод термина *repossession* било би преузимање државине/поседа (мисли се државине) која је била код моргиц дужника. Овај процес по правилу укључује прибављање дозволе суда, а затим судски налог или наредбу за одузимање поседа и предају власнику коју спроводи судски извршитељ (*bailiff*).⁸⁴⁸

То је, наравно, резервисано за судску реализацију моргица, а код вансудске реализације моргица уз клаузулу, то јест овлашћење у уговору о успостављању моргица („*power of sale clause*“) и/или још и регистрацију, то јест упис у јавним регистрима, док продају на аукцији најчешће спроводе окружни (*districts*) шерифи.

Међутим, претходни поступак, то јест поступање пре саме аукцијске продаје обављају моргиц повериоци, агенти и други субјекти којима је то професионална делатност. Они спроводе поступак обавештавања, оглашавања и уручења најмање два обавештења: прво је обавештење о падању у доцњу, друго је обавештења о продаји. У неким америчким државама пре саме реализације дозволу о испуњењу услова за приступање процесу реализације потврђују за то овлашћени службеници суда (*court official*) или чиновници округа у којем се непокретност која је под моргицом налази, а у безмало свакој држави САД моргиц дужници имају на располагању низ права, то јест одговарајућих правних средстава (*legal remedies*) на

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ Вид. https://en.Mortgage_repossession.

оспоровање пред судом (приступ суду), често и сами моргиц повериоци по окончаном поступку продаје траже судску верификацију у виду одговарајућег посебног судског акта.⁸⁴⁹

Због ригорозних и крајње строгих законских консеквенци које се могу догодити због такве продаје, што је управо инхерентна одлика система *common law*, ретке су, безмало непознате злоупотребе. Дакле, у америчким државама поступак продаје често обавља тзв. трећи независан фактор (најчешће шериф), као орган државне власти, као и сам тај чин, то јест поступак принудне депосесије.

Интеракција моргиц поверилаца, агената и других професионалних лиценцираних служби с полицијом, односно шерифом, плод је дугогодишње англосаксонске традиције и неспојива је с правним стандардима европскоконтиненталног правног круга. И идеја о продаји ствари под моргицом настала је у другој половини XIX века, као продукт реакције на изузетно скупе судске поступке и дуже трајање реализације моргица.

Дакле, тај поступак је изграђиван више од једног и по века да би функционисао. А у „служби“ доброг функционисања таквог система депосесије је упоредо дограђиван и у том правцу су побољшавани правни системи земаља *common law* традиције, посебно секундарно тржиште. Зато је такав поступак реализације моргица мимо учешћа суда или с незнатним, малим партиципацијама јавне власти уопште и инхерентан тим земљама, а није земљама европскоконтиненталног права.

И зато у нашим земљама, уз тумачења, честе законске интервенције, новеле, пластичније „закрепе“ он, како се и у пракси испоставило, једноставно – *не функционише*. И, најзад, управо зато, уз све, ниједна земља ЕУ није прихватила изузимање суда у поступку реализације хипотеке, како је она одавно конципирана на европском тлу.

Кад се и контекстуално сагледа разноврсност свих института залоге и системски везаних института, закључци су јасни. Шта европски правници подразумевају, тек примера ради, под: *mortgage, charge, pledge, collateral, foreclosure, gold loan, right to redeem, consideration, deed, agency, equity, title, interest, estate in land, equitable charge, lease* у трајању од 3000 година, *fee simple, property* (подељен на више слојевитих својеврсних власника, *sui generis* власничким овлашћењима, врстама и различитих и квалитета и степена), без непотребних околишењам треба „разумети“ макар – *ratio legis* неспорно развијених земаља ЕУ – о *неприхватању*.⁸⁵⁰

У САД, без обзира на правну чињеницу да депосесију захтева формални власник, моргиц поверилац с регистрованим *title*-ом или само с *title*-ом (али с довољном количином својине), право САД му ипак не допушта да буде судија у сопственој ствари (*nemo iuris in causa sua*).

*Shortsale*⁸⁵¹ као начин реализације моргица, практично значи да се непокретност продаје за мањи износ од процењене вредности. Купац (треће лице, сам или путем брокера⁸⁵²) има две препреке: прво, мора покушати да дужника убеди да прихвати нижу цену, друго, и моргиц повериоца, јер он може изгубити део своје кредитне тражбине, у пракси су обично обоје

⁸⁴⁹ Вид. <https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-Mortgage-Charge-and-Pledge-Example>.

⁸⁵⁰ Вид. <http://www.alllaw.com/articles/nolo/foreclosure/nonjudicial-foreclosure.html>.

⁸⁵¹ Битна разлика између *shortsale* и *foreclosure* је и та што у *shortsale* – дужник и даље редовно плаћа рате измирује обавезе, али ако најави да неће више, онда се иде у *foreclosure* и то аутоматски спада у домен уплитања суда у процес у ком ништа више није вансудско, већ значи пуни судски поступак.

⁸⁵² Брокер у наведеном смислу би се могао схватити као нека брста посредника, медијатора или сличних установа које постоје и у Квебеку и одскора у Румунији – Грађански мировни одбор.

вољни, принцип „дај шта даш“ радије него да вредност ствари остане умртвљена, да се новац не оплођује, то јест да буде без профита.⁸⁵³

Оба моргиц субјекта се путем *shortsale* продајом ослобађају даљих права и обавеза, иако је непокретност продата за мању цену (жртва брзине и губљење права на пуно намирење из остале имовине дужника у вансудској реализацији моргица).

Ако власник непокретности под моргицом не извршава обавезе, а није успео да је прода у *shortsale*-у (и тако је се ослободи), али и даље не плаћа обавезе, онда моргиц поверилац најчешће покреће судски *foreclosure process*, или у тамошњем жаргону „геро“ („*repossession*“ термин који се користи за мање ствари, аутомобил, мотоцикл...), али иронично и *foreclosure* зову „геро“ јер се непокретност која је у *foreclosure* присваја (*reposes*).

Чест је случај да моргиц поверилац свесно не пристаје на *shortsale* (зато што је тржишна цена исувише пала, па иде у *foreclosure* и преузима целу ствар и ставља је на слободно тржиште ради боље продаје). Треба имати у виду да и у САД (као и другим развијеним државама света) постоји лични стечај, па ниједан моргиц поверилац, због вишка ризика и губитка времена, не избегава стечајни поступак. Прописана месечна рата је или фиксна или АРМ (*Adjustable Rate Mortgage*), зависна од флукуација тржишта.

Моргиц се издаје за две врсте непокретности односно два *својинска* облика, односно „држања“. Један је *real estate* (кућа, стан, земља), други, којег највише има у државама Њујорк и Конектикат, назива се *Co-op*.⁸⁵⁴ *Co-op* се односи на станове, али углавном у већим зградама, могло би се европски рећи на станове у етажном власништву (а мање се односи на појединачни, *single home*), где се за власнике станова *правно* каже да немају власништво над станом већ *shares*, то јест имају акције у вредности стана. Поступак је сличан поступку закључења моргица кроз правни посао, односно документ који се назива *deed*.

Документ „*closing*“ се сачињава у канцеларији представника моргиц повериоца, најчешће банке (може бити и агенција) с представницима и правним заступницима (у држави Њујорк свака страна мора имати правне заступнике и нико не може сам себе да представља).⁸⁵⁵ Услови добијања америчког моргица су захтевни, а листа услова подугачка. Понајмање рецимо, сваки апликант, тражилац кредита мора имати стабилан посао најмање две године, финансијску стабилност, америчко држављанство три године.

Посебно је важно да има стабилну „*credit history*“, што се назива „*credit score*“ или укупни кредитни збир. У Америци, над свим субјектима и физичким лицима у земљама Комонвелта, „бди и лебди“, колоквијално, „Велики брат“.⁸⁵⁶

⁸⁵³ Вид. <http://www.alllaw.com/articles/nolo/foreclosure/nonjudicial-foreclosure.html>.

⁸⁵⁴ *Real estate* је, као и *Co-op*, чист „велики бизнис“ са потенцијално огромним вредностима.

⁸⁵⁵ Ту је битна разлика што се на *real estate* (RE) плаћа годишњи порез на непокретност (*RE tax*), а на *Co-op* се не плаћа јер се има својина само на акцијама – али с правом становања. Током трајања моргица, док год дужник уредно плаћа рате, право „држања“, то јест условну својину има поверилац. За то мирно време, он слободно користи некретнину, она се и наслеђује, али само ако не дође до доцње у плаћањима тзв. *default*. Тек по исплати целог кредита *mortgagor* добија од *mortgagee* официјелан акт у форми тзв. *closing* који значи гашење моргица и стицање „чисто“ права својине на ствари.

⁸⁵⁶ У САД три агенције официјелно воде евиденцију о кредитним просецима сваког становника Америке („Велики брат посматра“) и рејтинге од 500 (што се сматра ‘garbage’, па апсолутно нико не одобрава кредите неком с тако ниским скором), до 800, што је максимум. При одобравању моргица узима се висина годишњих примања и будуће

Deed је правни посао, правни документ који је печат и гарант да је непокретност чиста, да нема другог моргица или оптерећења и сл. Копија *deed*-а иде кориснику *mortgagor*-у, а оригиналан примерак – *mortgagee*-у, то јест повериоцу, најчешће банци, или поверенику, оном ко је овлашћен да изда моргиц.

У свему треба имати у виду да корисник моргица, зајмопримац, мора обезбедити новчано учешће *downpayment* (кеш у вредности 10–20% цене непокретности). Иако зајмопримац обезбеди учешће, *downpayment*, у случају да после оде у *default*, односно омаши плаћање или престане да плаћа, губи и учешће који је претходно платио, јер банка (*mortgagee*) има право да преузме непокретност за целу вредност, не само за ону вредност за коју је издат моргиц.

Тек по коначној плати моргиц (обично се издаје на 15, 20 или 30 година) – *mortgagor* од *mortgagee*-а, односно банке, добија оригиналан документ *deed*-а, чиме престају све дужничке обавезе према *mortgagee*-у, односно према банци.

Са становиша теме треба имати у виду моменат кад поверилац/банка, пошто наступи *default*,⁸⁵⁷ односно до неиспуњења обавеза, покреће поступак. Наиме, тада долази до дејства резолутивног раскидног услова који се није остварио (неплаћен дуг) и *mortgagee*/банка преузима дефинитивно држање, то јест право својине које јој по аутоматизму деловања раскидног услова из самог моргица обезбеђује дефинитивно присвајање и овлашћење на депосесију, то јест преузимање државине.

Поверилац је претходно дужан да опомиње и упозорава „*notices*-има“, што је различито од државе до државе (од 30 до 90 дана) (ређе), након чега се сматра да је наступио *default* и тад банка кад нема поменути клаузулу (*power of sale clause*) или кад се то у конкретној држави не практикује или у неким и забрањено, покреће судски поступак који се зове *judicial foreclosure*.

Уколико *mortgagee* успе у том поступку који најчешће траје шест месеци, *mortgagee* добија судски налог „*notice*“ односно наредбу (*order*) с овлашћењем преузимања поседа, која за корисника ствари значи дужност принудне депосесије. Ту треба истаћи да ранији „власник у пенденцији да то постане“, дужник, трпи тешке последице. Сем деложације, његов *credit rating* пада и до 500 бодова. То најчешће значи да мора да прогласи лични стечај то јест банкрот. Уз све то, губи право за убудуће (санкционисан је да за најмање седам година не може да добије кредит). Тек кад му се рејтинг *record* „очисти“, може почети „живот испочетка“. За све то време је *credit unworthy*, недостојан кредита. Зато се дужници труде да избегну *foreclosure* и банкрот по сваку цену јер је то велико финансијско посрнуће које носи дугосежне последице.⁸⁵⁸

зараде (несигуран посао значи аутоматски пад на листи и ако добије моргиц, добиће нпр. 30.000 \$, иако је вредност ствари 100.000 \$, па ће морати сам да намакне 70.000 \$ јер му ниједна банка неће дати моргиц за цео износ. Ако и успе да нађе банку која ће му дати кредит на цео износ, камата (*interest rate*) ће бити преко 8%, што је неприхватљиво. А ко има 150.000 \$ годишњи приход, добиће моргиц на цео износ без чекања, а рата ће (*ARM* или *Fix rate*) бити око 3%. Вид. http://www.nyshcr.org/Topics/Home_Owners/Foreclosure_Prevention/FactSheets/Understanding-fore_clo_sure-Process-in-NYS-Fact-Sheet.pdf.

⁸⁵⁷ Дужничка доцња.

⁸⁵⁸ Електронска регистрација је у многим развијеним, не само англосаксонским земљама, врло распрострањена као нпр. у Онтарију у Канади. Вид. http://nyforeclosures.com/mastering/process_overview.html.

Овде би се *можда* могло запазити да се у систему моргица, као стварног права, „прати ствар, али још приврженије прати лице“. То, је *можда* зато што је структура моргица само „еквивалент обезбеђења потраживања“ (по свему другом у правилу различит од хипотеке), то јест европске хипотеке и што у битном одступа управо од те максиме, будући да је од почетка (без обзира на различите моргиц деривације у земљама *common law* „правични, законски моргиц конституисања моргица, поверилац и формални *title* често и *title* укњижени титулар права „довољне количине својине“, па би било *можда* и непромишљено рећи да моргиц прати ствар јер моргиц поверилац има довољну количину својине и *ius abutendi*, то јест својинско овлашћење располагања, (моргиц дужник нема *ius abutendi* па ни овлашћење да ствар може да отуђи).

Треба имати на уму да ни саме банке, као најчешћи моргиц повериоци, не воле *foreclosure process* јер се то разуме као „заробљена инвестиција“ која не доноси профит (*proceeds*).⁸⁵⁹

Сваком дужнику који касни с плаћањем, препоручује се да је паметно да се одмах јави *mortgagee*-у, односно банци и најави разлог кашњења јер банке имају „слуха“ за тако нешто и ако се ради о обичном превиду или непланираном догађају у животу, оне су вољне да превиде неплаћање, сем ако то не пређе дужнику у навику. Другим речима, ако се неком деси да одоцни с плаћањем и покаже вољу да то исправи и сарађује с банком, банка ће узвратити пажњу и чак опростити *превид* ако се то исправи (уплати рату). Обично се пошаље писмо уз извињење и образложење зашто се задоцнило.

У правилу, одмах по заснивању моргица врши се тзв. *registrar*, односно упис у регистар и тиме се свима „даје до знања“ стање моргица „држања“, односно „количине заробљеног власништва“ до пуне исплате вредности моргица. *Mortgagee*, односно банка, све време „држи право“ над непокретношћу али без овлашћења да непокретност прода све док се дуг враћа.⁸⁶⁰ Међутим, банка све време има овлашћење да сам *loan (mortgage)* прода неком другом (*ius abutendi*), обично другој банци, што спада у *business law*. То су тзв. CDS (*Credit Default Swaps*) који досежу преко три трилиона долара на светском тржишту.

Веома је важно сагледати функционисање *личних* последица америчког моргица. Зависно од тога како се *exercise mortgage* (да ли редовно враћа или се иде у *default*), то „лице“ трпи одређене последице или награде. Свако ко плаћа редовно обавезе према *mortgagee* повериоцу (банци) бива „награђен“ тиме што му свеопште важан *credit rating score* расте и ближи се магичној цифри 800. Зато је важно за „лице“ – пошто му се с већим CRS-ом повећава зајмовни кредибилитет и стиче могућност да подигне додатне зајмове, било да су лични, *cash, auto loans*, или могућност да подигне нови моргиц за другу некретнину. Не постоји ограничен број моргица које једно лице може да има.⁸⁶¹

Треба истаћи да је област права првенства и следовања нормирана и у оквиру права које се назива *bankruptcy law* и у домену је редоследа и расподеле вредности из имовине или било какве вредности у стечајном поступку – што је у САД посебна област и нема по правилу везе

⁸⁵⁹ Вид.<http://www.nysba.org/MFdown/>.

⁸⁶⁰ У Америци све што не доноси профит (а постоји) рачуна се у – губитак! Речју, ако 1.000 \$ само стоји у цепу месец дана, то је – губитак, осим ако није на рачуну и не убире камату. То је рачио чистог капитализма монетарног промета и система модерних свакидашњих капиталистичких вредности. Вид.<http://www.alllaw.com/articles/nolo/foreclosure/laws-in-new-york.html>.

⁸⁶¹ Бил Гејтс као симбол светског мултимилијардера на пример, има моргице у незамисливом износу, али и високу *credit worthiness*, па се банке једноставно утркују која ће му пре одборити моргиц.

с *real estate law* као ни с *mortgage banking practicies*. Међутим, правило је да се датумом регистрације сматра час регистрације уговора *deed*, кад моргиц ступа на снагу и узима се као датум од када се по аутоматизму рачуна да је успостављен моргиц. Пре склапања уговора, врше се све провере у регистру. Ако је све „чисто“, процес се наставља и моргиц се склапа у том процесу *closing deed-a*.⁸⁶²

Mortgagee или нотар пре склапања *deed-a* детаљно врши преглед регистра, како би установио да ли некретнина има ранијих терета других поверилаца или то поверава да истражи за неку осигуравајућу компанију. Ако већ има моргиц, неки терет или слично, у ком случају по правилу *mortgagee*, односно банка, неће издати моргиц јер жели да се обезбеди тако што ће бити „први у реду“ суксецивног (клизни ранг) низа у случају *default-a*.

По правилу државе Њујорк, свако потраживање се мора одмах подвргнути регистрацији, то јест „проћи“ *Registrar*, јер се сматрају незаконитим, па суд ни не признаје нерегистрована потраживања физичких и правних лица (обично се и у судском жаргону за та потраживања каже да су „с улице“ „walk-in“⁸⁶³).

Дакле, систем је образован правом првенства и следовања, сагласно моменту уписа у регистар по принципу „ко пре девојци“ јер онај ко први региструје некретнину тај је прави власник овде, *mortgagee-a*, односно банка која „држи шапу“ над том некретнином.

Поступак исходавања моргица, од захтева до регистрације, ако је стање „редовно“, траје приближно месец дана. Њега проводе *mortgagee*, то јест банке директно и *mortgage firms/agencies*, чија је то редовна делатност, а обављају је на професионалан и стандардизован начин. Они код суда/нотара врше оверу *deed-a*, уговора о моргицу, а код официјелног регистра врше упис.

Суд врши све провере и даје официјелан обавезујући налог за исељење (*judicial notice*), односно наредбу (*order*). Чак и ако *mortgagor* не станује више у тој непокретности и нема никакву власт над њом, суд издаје посебан обавезујући деклараторан акт прокламације да је сваки, па и дужник, изгубио право на државину некретнине и да се предаје у посед повериоцу моргица, односно банци.⁸⁶⁴

Моргиц поверилац, његов пуномоћник, агент, полиција, али ни ма ко трећи не сме (физички) ни да приђе дужнику и имовини (стану, кући итд.), а камоли да га избаци из стана без налога суда и асистенције полиције по наредби и контролом шерифа. Било након пресуде из *judicial foreclosure* поступка или након што су стране снабделе уговор клаузулом *foreclosure by power of sale*, јер она овлашћује повериоца да без суда (*the out-of-court procedure*

⁸⁶² У држави Њујорк, нотар присуствује склапању уговора три стране, а потом подноси захтев за упис у *Registrar Office* (при градској општинској управи NYC) да би се поуздано заштитила трећа савесна лица и сам mortgage. Вид. http://www.foreclosurelaw.org/New_York_Foreclosure_Law.htm.

⁸⁶³ Не може нико тек тако да се појави и каже да има уговор да је стан његов, односно да га је купио на аукцији у поступку вансудске моргиц продаје, да га је тај и тај изгубио на картама или тек „преписао“. Ако тај неко није и извршио упис у регистар, тај правни посао је ионако неважећи.

⁸⁶⁴ Банка обично одмах даје непокретност на аукцију да извуче бар неки профит, то јест смањи губитак.

for enforcement of mortgage)⁸⁶⁵ прода/присвоји ствар под моргицом. Депосесија⁸⁶⁶ је немогућа без суда или другог органа државне власти, који су дужни да претходно провере околности, испитају све чињенице и акта.⁸⁶⁷

Сматрало би се кривичним делом да полиција или трећи то учини или покуша да учини без судског акта, а свакако би било казнино дело ако би поверилац ангажовао неког да се уплиће и проба да застраши, запрети, малтретира или узнемирава дужников *мирни посед*, па се нико нормалан у тако нешто не упушта.⁸⁶⁸

У Њујорку се клаузула вансудске реализације продаје односи на овлашћење за продају. Њоме се има у правилу на уму продаја, што значи да се тад продаја не врши путем суда него да је спроводи моргиц поверилац. Функција суда у САД, углед који тамошњи суд ужива и његова ауторитативност, али и ефикасност, не могу се пренебрегнути. Само они с високом платежном моћи имају право својине (право пуног држања).

У САД се под власништвом подразумева и моргиц власништво, иако се оно тек очекује (кад се плати дуг за моргиц, активира раскидни услов и дужник постане такав потпун власник), а до тада је поверилац власник „интереса“, под раскидним условом (кад плати дуг, моргиц поверилац губи власништво у форми *title* или регистованог *title*).

То је тако јер се у САД добијање моргица уважава као „big deal“. Од сваког апликанта се тражи низ услова (20% *downpayment* вредности некретнине, добра кредитна историја, стабилни приходи, прошлост, што све даје овлашћење банци за провере од детињства, социјалног порекла, података о недозвољеном делу, прекршајима, до нечег трећег што је релевантно за банку.

Све је предмет испитивања и разлог одбијања апликације сем уобичајених, то јест ноторних дискриминаторских одредница.⁸⁶⁹ Ангосаксонско право је одраз друштвених вредности, правила и назора. Пред тим се не могу „затворити очи“. Кад се саберу све разлике, два велика правна система и два различита правна института, не да се мимоићи закључак да је ово „пресликавање“ последица – лошег сликара.

Велики значај за тему представљају правни транспланти/иританти, будући да се управо на томе базира вансудска реализација хипотеке, па ћемо у даљем раду посветити пажњу крајње осетљивој и комплексној теми правних транспланата. Одмах након тога, указаћемо и на значај делотворног правног поретка, будући да је он и услов и последица функционисања правног система као таквог. Из угла вансудске реализације, тиме ће ствари бити јасније. А пошто је

⁸⁶⁵ Реализација моргица мимо суда је претежна у 33 државе САД, док су у преосталим државама једнако заступљена оба поступка изузев Луизијане, која има другачији правни систем. Foreclosures are usually nonjudicial or the out-of-court procedure for enforcement of mortgage in the following states: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, District of Columbia, Georgia, Idaho, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Wisconsin, Washington, West Virginia, Wyoming.

⁸⁶⁶ Вид. https://en./Mortgage_repossession.

⁸⁶⁷ У САД „вансудска реализације моргица“ значи да се продаја не врши преко суда, али то не значи преузимање државине „мимо суда“, то јест без одговарајуће одлуке, налога или наређења суда.

⁸⁶⁸ Све из разлога што право САД јесте разрађени правни систем који – функционише. Тај и такав систем је можда и спор и за неке мање или више праведан, али је – делотворан.

⁸⁶⁹ Једино на основу чега банка не сме да дискриминише јесу пол, старост, раса и националност.

актуелна кодификација грађанског права, указаћемо и на нове кодификације, првенствено у свету континенталних права и на расцепканост права у земљама региона, односно бивше Југославије, којима Србија новим ГЗ може бити узор.

У томе контексту је врло битна и уједначена, ауторитативна и ефикасна судска заштита и пракса у остварењу права. Прилика је да установа хипотеке и, нераскидиво, њена складна реализација, у ГЗ Србијезаузму – правоваљано место.

Правилни континентални правни транспланти, судска ефективност и јасне и добре кодификације грађанског материјалног и процесног права довешће до исхода који желимо и неће изостати функционалан, кохерентан и делотворан правни поредак.

3. Правни транспланти – правни иританти⁸⁷⁰ (синоними, хомоними и полисемија као замке⁸⁷¹)

Заблуда о праву је вероватно уобичајенија у науци о упоредном праву него у ма којој другој грани правне науке. Разлог је поново више него очигледан. Сувише много ствари мора да почива на поверењу у друге писце, укључујући и друге правнике који се баве упоредним правом, сувише често се сазнања изводе из тек неколико оригиналних извора и сувише често језички проблеми постављају значајну препреку између научника и његовог предмета.

А. Вотсон

Када смо на терену правних транспланата, незаобилазно место заузима гледиште тог феномена професора Константиновића кад објашњава начин израде чувених Скица. Материјал за Законик, узет из разних извора, није могао бити употребљен увек без прераде. Разне позајмице ваљало је ускладити међу собом и са основним фондом нашег права и све слити у једну хармоничну целину са сопственом физиономијом. То је захтевало веће или мање модификације у једнима или другима, које су некад задирале у суштину, а безмало увек, ако не и увек, у форму, јер је била намера да се кроз цео нацрт спроведе исти начин издржавања. Већ је истакнуто да је Скица рађена с нарочитим обзиром на потребне праксе. Али како се потребе праксе, нарочито привредне, мењају, то сваки закон временом почиње да заостаје за потребама друштва. То је општа истина и она се може лако проверити данас, у време убрзане еволуције односа изазване великим делом наглим техничким развитком.⁸⁷²

⁸⁷⁰ Eng. *Legal Transplants*, нем. *echtsverpflanzung/Rechtsnormrezeption/Rezeption*, фран. *L'acculturation du droit*, тал. *Trasposizione legale*. Вид. Федке Џорџ, *Правни трансплант* (Fedke, Joerg, *Legal transplants*, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, ed. M. Jan, SMITS, Cheltenham). 2006, 343 и даље.

⁸⁷¹ Вид. Ранко Бугарски, *Увод у општу лингвистику, Сабрана дела*, Књига 6, Чигоја, Београд 1996, Испреплетаност хомонимима (истих речи) о институтима у англосаксонском праву, који у европскоконтиненталном имају друго значење; право својине у значењу *common law*-а и европском праву је очити пример, а с друге је пример да моргиц и хипотека нису синоними, иако се у употребном и контекстуалном смислу користе као синоними, с једнаким значењем; посредни су очигледне замке. Хомоними су речи истог гласовног склопа, али различитог порекла, значења. Заједничка особина им је да имају исти облик различитог значења. Потиче од грчке речи *homonymous*, „истоимени“. 212.

⁸⁷² Вид. М. Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима, Класици југословенског права*, Правни факултет у Београду и ЈП Сл. лист СЦГ, Београд 2006, 35 и даље.

Правни системи који, општепознато је, најделотворније функционишу (бар *prima facie*), имају највиши ауторитет и уживају углед у свету, *inter alia* – вољни су или невољни донатори не само одређених правних института него и читавих закона (пример Ататуркове Турске која је преузела комплетан ШГЗ). У упоредном праву се такве *савршене* земље називају оригинатори, а оне које од њих *узимају* поједине правне установе називају се рецепиенти. Рецепиенти су у стварности, углавном, не само правно, инфериорније земље.

Некада је то нужност, одраз реалних потреба или пак природна путања развоја и ширења историјски потврђених искустава, *али често рефлексија инфериорног*. Рецепција римског права је најупечатљивији доказ природне неминовности пробијања и прихватања нечега што је у стварном животу показало делотворност, па самим тим и објективну вредност. У правној повести, у разним видовима било је, мање-више и отвореног наметања одређених правних система (времена бруталних старих/нових софистицираних колонијализација).

Дакле, било је вољних и оних других трансплантација, од појединачних правних института, ширих правних области, до целих правних система. Неки су правни системи одолели и рецепцији римског права, *common law*, што је и условило познату велику поделу правних система, или су га, пак, преузели делимично (Шкотска, Луизијана), а неки су задржали значајан део аутохтоности. Већ дуже истрајава европски процес тзв. хармонизације, то јест усклађивања националних законодавстава оних земаља које нису, а желеле би да постану чланице ЕУ с правом земаља чланица ЕУ. То се чини најпре кроз процесе кодификација интригантних правних области и усклађивања националних легислатива са оном која постоји у земљама ЕУ, што би требало да одведе у унификацију коначне интеграције. То подразумева уједначење свих важних правних домена и паралелну примену тога услађеног у стварност.

Истовремено са европским процесима уједначавања, одвија се и процес интерактивног узајамног деловања, мешања два велика правна система. Ту је кудикамо јаче дејство англоамеричког на европски систем, него обрнуто, што је последица свеукупне⁸⁷³ јасне надмоћности САД – не само наспрам Европе. Управо због тога велики број англоамеричких правних института материјалноправне и процесноправне природе преселио се и континуирано се трансплантира у европске земље.

Речит је пример стваралачке англосаксонске прецедентне праксе европских судова у Стразбуру, Риму, Хагу, као и разних арбитражних тела. У том контексту, положај бивших квазисоцијалистичких земаља је посебно деликатан, будући да су све те земље прекинуте нарочито у правном развоју. Пример дисконтинуитета у земљама бивше Југославије је експлицитан у духу и слову чувеног Закона о неважности.

Да ствар не буде једноставна, у свему важну улогу има, често као преовлађујући, и политички фактор. Сфере економских интереса и утицаја су опште место. Монроова доктрина, иако *каширана* – још увек важи. Према томе, задатак земаља какве су Србија и Црна Гора врло је комплексан, али стоји чињеница да својим *sui generis* захватима земље умногоме саме чине да процес буде сложенији. Потреба за предњачењем и крајностима скупо кошта. Практични учинци неких делотворних система, као по правилу, слабијих правних система, служе за образац, пошто ослабљене верују да ће преузимање одређених *исечака* и института из

⁸⁷³ Вид. Александар Јакшић, *НАТО интервенција на бившу Југославију (NATO intervention in the former Yugoslavia)*, Правни факултет Универзитета у Београду и Сл. гласник, Београд 2008.

делотворних правних система решити неке или све проблеме и своје слабости. Зато постоје референтне земље узори које друге просто копирају.

Темељни ризици копирања су ноторни, али неке треба посебно нагласити. Подухвати преузимања страних законских решења у национално законодавство не смеју нарушити правну кохеренцију и угрозити конзистентност националног правног система и правног поретка рецепијента. У преузимању правних норми не сме се губити из вида проблем тумачења јер се правна доктрина, судска пракса, традиционална и менталитетна обележја не могу заобићи. Важно је имати на уму да су домети правног система огледало правне културе, будући да сопствени системи вредности, тумачења правичности, етике, разумевања законитости, нису преносиви, *не иду у пакет и под руку* са правним трансплантом. То је довело правни систем⁸⁷⁴ и правни поредак – до озбиљних губитака основних вредносних оријентира, па зато у много чему и до стања учестале стихије.

Свеукупност вредносних принципа и поступака којим оцењујемо правне односе и правне норме и сам правни поредак у целини указују на то да постоји стање великог правног нереда. Зато је опрез у преузимању страних правних установа од кључне важности јер кад се преузима правни институт, мора се подробно сазнати правни систем и извршити анализа релевантних друштвених вредности донора. Лукић је истакао: „Јер, кад људи хоће да сазнају право, прво се окрећу језичким исказима који садрже правила понашања – дакле, нормама, по правилу садржаним у писаним државним актима. Нико још није, тражећи право претурао по чињеницама него по писаним законима“,⁸⁷⁵ а то претурање по страним законима јесте очигледно општеприсутан манир свих рецепијената.

Проблем рецепијента се може додатно погоршати ако уз све то још и сам тај страни правни институт, рецепијент – правилно не схвати, то јест не сазна, или га погрешно разуме. Правда је прва врлина друштвених установа, као што је истина прва врлина система мишљења. Једина ствар која допушта да пристанемо на погрешну теорију је недостатак воље; аналогно, неправда се може толерисати само када је то нужно да би се избегла још већа неправда. Као прве врлине људских активности, истина и правда су бескомпромисне (теорија правде). Сматрам да је појам правде одређен улогом њених принципа у приписивању права дужности и дефинисању одговарајуће расподеле друштвених користи. Концепција правде је тумачење ове улоге.⁸⁷⁶

Такав начин бављења принципима правде назваћу правдом као непристрасношћу. „Принципи правде се бирају иза вела незнања. Ово обезбјеђује да нико није у бољем или горем положају и нико није у стању да учини принципе који би погодовали његовим посебним условима, принципи правде су резултат непристрасне сагласности или погодбе. (...) Прописи природне правде треба да осигурају да ће се законски поредак непристрасно и праведно одржавати. Оно што је језик за мисао, то су норме за вриједности. Тамо гдје се подударују вриједности и норме и гдје је крајњи извор права истовремено почетак сфере моралног живота, вјерујем да се налази оно мјесто које су људи преко двије хиљаде година означавали именом

⁸⁷⁴ Вид. Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, 2012. Правним системом назива се та, од правне науке, логички сређена непротивречна целина општих правних норми, које се све држе међусобно и зависе једна од друге.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, 417.

⁸⁷⁶ Вид. Џон Ролс, *Теорија правде*, Сл. лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 1998, 21 и даље.

природног права.⁸⁷⁷ Дакле, упоредно право, као академска дисциплина, сама за себе представља проучавање везе, превасходно историјске везе, између правног система или правних правила више од једног система.⁸⁷⁸

Успешан правни трансплант, као и трансплант људског органа, развијаће се у новом телу, и постаће део тог тела баш онако како би правило или институција наставило да се развија у матичном систему

Битну пажњу треба посветити опасностима правних трансплантата. Иако можда може да делује чудно то што је у књизи о упоредном праву написано посебно поглавље о опасностима, важно је да се истакну својствене *замке и ограничења*. И поред тврдње да је упоредно право заслужно у многим погледима, оно је до сад ипак дало релативно мали допринос схватању права или правном развоју. Каткад је, нажалост, истину учинило нејасном. Без обзира на то што су опасности неизбежне или уобичајене, њихово поимање би требало да доведе до тога да се правилније схвати допринос који упоредно право може да пружи. Неке од опасности потичу од упоредног метода уопште, док су друге својствене упоредном праву као научној дисциплини. Кренимо прво од тога да је упоредно право плитко. Мада та чињеница може да звучи веома изненађујуће јер представља смелу тврдњу, али је признају неки водећи правници који се баве упоредним правом.⁸⁷⁹

Објашњење је јасно: подробно познавање једне гране одређеног правног система је по себи довољно тешко, а познавање историје те гране и њене везе с граном неког другог система (значи и познавање њене историје), готово је немогуће. Та замка се надовезује на другу озбиљнију опасност – погрешно схватање иностраног права.⁸⁸⁰ И хомоними су замке.⁸⁸¹

Требало би истаћи слабост закључака који произлазе из површног знања у комбинацији са честом заблудом о праву. Трећа опасност је у томе што упоредно право тешко да може да буде систематско.⁸⁸²

Следећа слабост је у томе што системи одабрани за проучавање можда и немају никакву стварну везу, те и закључци могу да буду недостатни по свом значају, што је још горе, недостаци приступа могу да се усложне.⁸⁸³

⁸⁷⁷ *Ibid.*, 65 и даље.

⁸⁷⁸ Вид. Алан Вотсон, *Правни транспланти (приступ упоредном праву)*, друго издање, Библиотека *Светска правна баштина*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 38 и даље.

⁸⁷⁹ Ф. Х. Лосон уистину иде и даље кад каже: „А опет, правник који се бави упоредним правом мора у неком смислу да буде површан; у супротном, брзо би изгубио своју научну одважност.“ Вид. Алан Вотсон, *Правни транспланти*, 39 и даље.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, 40.

⁸⁸¹ Француски уговор (*contract*), домицил (*domicile*), административни суд (*tribunal administratif*), јавни бележник (*notaire*), пропис (*prescription*) и мировни судија (*judge de paix*), није исто што и енглески уговор (*contract*), домицил (*domicile*), административни трибунал (*Administrative tribunal*), јавни бележник (*notary public*), пропис (*prescription*) и мировни судија (*justice of the peace*). *Ibid.*

⁸⁸² Следеће сазнање поново дугујемо Лосону: „Не видим како поређење два права може да буде систематско“... чак и тамо где постоји веза између два система – увек ће значајан елемент бити како се врши избор предмета истраживања. По природи ствари тешко да икад можемо потпуно да познајемо све чињенице кад правимо избор. Свако изучавање упоредног права ће у променљивој и неодредиивој мери бити субјективно и ни једним објективним испитивањем неће се доказати да су разматрани аспекти били најприкладнији и, штавише, једини прикладни. Али обрнуто је на срећу неодрживо. Потпуно неприкладна поређења очигледна су и лако могу да се докажу. *Ibid.*

⁸⁸³ *Ibid.*, 41.

Премда правници који се баве упоредним правом већ дуго признају ту последњу опасност, она је и даље крајње привлачна и даље води до једне од највећих, најнеобичнијих опасности упоредног права – до жеље да се одређени правни модел, бар у својим најопштијим цртама, види као заједнички за све или за многе различите системе. То највише утиче на научнике који се баве раном историјом. Ф. Прингсхајм тачно изражава тај став: „Природна веза између свих примитивних правних система постоји у раној фази; чини се да сваки систем у раној фази пролази кроз један сличан процес све док се особености нације не наметну једном његовом правном поретку.“ Та теорија, у једном или у другом облику, постоји бар од доба када је сер Хенри Мејн писао своје радове, али може да делује наизглед прихватљива једино ако се основне чињенице погрешно схвате или протумаче.⁸⁸⁴

Најпознатије и најутицајније Мејново дело објављено 1861. године без сумње је древно право (*ancient law*), у чијем предговору он говори како је римско право као типичан систем античког права узео из нужде и да стога можда изгледа као да је из њега извукао несразмеран број примера.⁸⁸⁵ Замерка се не састоји у томе што ти свеобухватни искази неће задовољити стручњака који се бави неким одређеним раним системом већ у томе што је привид сличног развоја постигнут, само потпуно нетачном интерпретацијом значајних чињеница.⁸⁸⁶

Следствено томе, укратко ћемо размотрити књигу А. С. Дајмонда *Примитивно право у прошлости и данас* (Лондон, 1971), па ћемо издвојити поглавље „Римски Закон XII таблица“.⁸⁸⁷ Дајмонд указује на недостатак задовољавајућих доказа о раној римској историји и не верује да је Закон XII таблица био законик.⁸⁸⁸

Коначна опасност упоредног права је у томе што чак и кад су правне чињенице доказане или изгледа да су доказане за један систем, на основу њих сувише лако може да се доказује слична ситуација у другом систему с којим је повезан. Самом методу не може ништа да се приговори и њихова примена може да буде од велике користи; али, опасност се састоји у томе што резултати добијени тим методом не могу да буду апсолутно поуздани, што је крајње тешко донети суд о мери до које могу да се повуку задовољавајуће паралеле а границу је лако прекорачити, што често доводи у искушење да се на тим резултатима даље заснивају закључци и извођења.⁸⁸⁹

Нама се најлогичнијом чини она теорија у чијој је основи преношење правних правила или система права из једне у другу земљу из једног народа у други, Вотсонова теорија правних транспланата.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, 41.

⁸⁸⁵ Данас се о древном праву често расправља у јуриспруденцији и антропологији, а мало се користи у предавањима из римског права. То је због тога што Мејнови искази о римском праву нису поуздани. Уз то, тачност правних чињеница не може да се припише ни онима који су га следили. *Ibid.*

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ Према римском традиционалном веровању, њихова најранија кодификација, Закон XII таблица, донета је 451. и 450. године пре н. е. Премда су крајем прошлог и почетком овог века изражене снажне сумње о тачности традиционалног веровања Паиса и Ламбера, склоних да предност дају другом датуму, то традиционално уверење широко је прихваћено код свих савремених римских правника. *Ibid.*, 43.

⁸⁸⁸ Оно што имамо је уџбеник свештеничких (понтификалних) школа, у којем су се углавном налазиле правне максиме, које су преписивачи редом преносили и разрађивали, а потиче из доба кад је постојало само неколико других докумената помоћу којих би он могао да се испита и исправи. *Ibid.*

⁸⁸⁹ *Ibid.*, 45.

Могло би се закључити да Вотсон схватања глосатора и универзитетских професора, као и Блекстон у *Коментарима*, сматра релевантним али да државна власт никад није нарочито заинтересована за стварање приватног права. Воскон у суштини заговара тезу да је основни и преовлађујући окидач за „мењање права“ потреба за имитирањем бољег и успешнијег. Притом је веома разуверен да се трансплантације одвијају без тешких промашаја јер се једни „приме“ и интегришу у одређен правни поредак реципиента, а други не могу једноставно да пусте корен.

По њему није редак случај, чак се то најчешће догађа, да један трансплант у две земље даје потпуно различите резултате и понаша се попут „страног тела“ док не отпадне или док га „тело не избаци“.

Успостављање правне државе, односно система владавине права у друштву, састоји се од преузимања савременог демократског правног оквира и од адекватне примене. О преузимању међународних правних прописа, посебно о преузимању права ЕУ, објављен је велики број научних радова. Међутим, аспект примене преузетог права није адекватно анализиран. У Стратегији за приступање ЕУ „Усклађивање законодавства са комунитарним правом“, стоји да треба обезбедити да се усвојени усклађени прописи *примењују* на начин који обезбеђује остваривање циљева (обезбедити *делотворну примену*), „да ће важеће и будуће законодавство бити правилно *примењено и спроведено*“. Присталице теорије огледала друштва заступају став да се преузето право не може адекватно применити у земљи реципијенту ако не постоје идентичне или сличне друштвене околности као у земљи оригинатору. Неопходност претходне корелације друштва примаоца и преузетог права, теоријски и емпиријски, у више радова су изложили Данијел Берковиц и сарадници. Правне норме које би требало да промене понашање крајњих корисника могу се реализовати на четири начина. Прво, могу бити игнорисане јер правни трансплант не производи никакво дејство. Друго, могу бити формално у примени а у стварности игнорисане, што такође не производи никакво дејство. Треће, могу се примењивати селективно, што производи делимично дејство. Четврто, могу се потпуно применити. Ако је правна норма преузета из друштва са сличним условима, лакше је образовати институције које би требало да спроводе то право, као што су судови, тужилаштва, затвори и сл. Те институције могу бити ефикасније ако спроводе формално право које је у складу са постојећим правним системом или са владајућим вредносним ситемом. С обзиром на различите друштвене околности и карактеристике националних правних система земље реципијента и оригинатора, могуће је да преузето право произведе различите ефекте за земљу реципијента.⁸⁹⁰

Да би се постигла адекватна ефикасност, треба да постоје одређени предуслови, а као најзначајнији (јавно мњење, оспособљеност, стручни капацитети и развијеност државног апарата, што у значајној мери подразумева – *елиминисање корупције*). Хармонизација и примена (хармонизованог) јесу – јединствен процес. Адекватност имплементације је услов чланства у ЕУ.⁸⁹¹

Зато смо на пољу *контрабилности* која означава способност правног поретка да под својом контролом држи ток друштвеног односа који је регулисао и претворио у правни.

⁸⁹⁰ Вид. Душан Дабовић, *Примена преузетог права*, *Правни живот* 534, 14/2009, 663–672.

⁸⁹¹ *Ibid.*, 668.

Наш систем одликују неефикасност, неправедност, неекономичност. *De lege ferenda*, судска пракса и законодавство морају бити усмерени на то да заштита права буде ефикасна, економична и, пре свега, стварно праведна.

Проблеми и спорови се не бирају по значају и општем добру него према уским и строго циљаним интересима. Право је условљено реалношћу друштва у којем се примењује. Али, ако је нешто заиста вредно и доброделујуће, онда се то и покаже таквим. Увек се одвоји оно што вреди од оног што то безвредно. Транспланти реципираног права из екстремно другачијег друштва, система вредности и правних механизма, по тој еманацији „узимања из туђег“ и у сфери „примени тог *изузетог* туђег“ представљају – фрагилан, ломљив и *слаб бастион* за минималну одрживост правног поретка.

Вансудска реализација хипотеке је типичан „неправи“ правни трансплант који је израстао из материјалноправног одређења, не само моргица као функционалног еквивалента хипотеке него и низа суштинских различитости, правних схватања, система, правних установа, етичких вредноста, традиција, правне свести, историје земље оригинатора у нескладу с процесним правним одређењем хипотеке код рецепијената.

Домети овлашћења хипотекара као *органа* извршења су ван домашаја стварног права. Положај власника хипотековане непокретности у вансудској реализацији се не граничи с поимањем права од антике. Депосесија на хипотекованој ствари с неспојивим системима нема правни и фактички значај. Сем *правности*, ефективности транспланта вансудске реализације хипотеке нема. Правни трансплант је овде *погрешно усмерена метафора*. Пренети институт ће бити одбијен или заживети у организму је заправо лажна дилема.

Разрешење даје концепција правног иританта, дакле, пренето правило јасно иритира окружење, иритира друштвени реалитет, емоције и свет правника и дубље, правне и друштвене структуре, у хтењу да реконституише унутрашње везе и правила. Правна правила се не преносе већ подстичу еволутивну динамику, тражену измену унутарњих обележја и спољњег смисла.

Појам правни трансплант ствара утисак да је реч о преносу, механичком или пак у органицистичком смислу, попут трансплантације срца којег организам у који се пресађује одбацује или прихвата, те наставља да обавља функцију као у организму из којег је пресађен, али правне институције су нешто друго. Оне се не могу лако преносити из једне средине у другу заправо *иритирају систем у који се пресађују* и изазивају непредвидљива збивања.⁸⁹²

Осим тога, истрајава вера да се правом може све регулисати, а извесно је да право, иако моћно, није свемоћно. Тим недостацима додају се: исхитреност решења, преузимање „туђих“ решења која не одговарају стварности, језик права који шаље компликоване поруке, често вишесмислене. Сви недостаци утичу да оно постаје гломазно, неусаглашено, подложно изменама, тешко применљиво или уопште неприменљиво. У том смислу релевантна је супротност *common law – civil law*, а произведени режими ће у све не/интегрисанијој ЕУ изазвати расколе. Европска интеграција, као интеграција правних култура, означава правну културу као кључни појам интеграција.⁸⁹³

⁸⁹² Вид. Далибор Чепуло, *Еуропска правна традиција*, Послиједипломски студиј Правног факултета Свеучилишта у Загребу, Загреб 2007. (текст смо углавном превели на српски језик ради бољег разумевања).

⁸⁹³ *Ibid.*

Правна култура је узрок и последица права (интеракција) кроз обликовање идеје националног правног поретка, а истовремено је изложена правним утицајима. Традиција, на пример, одређује енглески правни систем. Глобализована мрежа правне комуникације умањује значај националних правних држава. Пренос права више није питање природе друштва и притиска националне правне културе већ директна веза правних поредака глобализованих друштава, те олакшан пренос институција, али се ипак не смеју губити из вида последице одвајања права од националних корена. Пренето право је главни извор промена, а правна професија преузима страна права радије него да непосредно реагује на подстицаје из властитог друштва. Правна правила се не стварају *ex nihilo* већ правници траже узор у постојећим и ауторитативним решењима, али узалуд, јер подстицај за налажење решења ипак долази из унутрашње друштвене и културне средине, а не из страног правног система. Тражење страног узора иде логиком унутрашњег правног система, а то је тражење адекватног одговора у властитим (ширим) системским (правним) оквирима уместо компликованих размишљања. Овде је видан класичан правни сукоб: *common law – civil law*.⁸⁹⁴

Упркос томе, глобализација напредује. Стратези глобализације су обманули свет јер су својим интересима нудили своју улогу. Паралелно са тиме, развијају се и нови монополи у кључним ресорима економије. Зато процес глобализације није угодан пут просперитета, хармоније – нови светски економски, политички поредак. Наиме, кад је на планети коју људски род насељава преостала једна суперсила – САД, настао је процес у којем се тежи обликовању света с једног места. Од тада, према Фридмановим речима, „глобализација има изразито амерички лик“.⁸⁹⁵

У овој мери екстензиван приступ тематици правних транспланата и правних иританата одговара природи тематике јер су њени корени управо заживели на полазиштима „олакших правних позајмица“ и зато негативних последица.

Цело истраживање прожима „одлука“ о таквој, неодговарајућој позајмици, не само због разлика које се тичу правне структуре моргица и хипотеке него због читаве палете различитости у свим друштвеним и правним фрагментима.

Резултати истраживања, не само овог правног иританта и не само у области цивилног права, апсолутно су потврдили да је погрешно преузимати институте *common law* у наше правне поре и системе. Или се у пракси дезинтегришу, или претворе у супротност, или се деформишу у нешто сасвим друго. То није био циљ законодавца.

Нема никакве дилеме да је питање *пробних* транспланата, у мери и на начин како се данас тај процес одвија, подстакнуто модерним процесима глобализације, хармонизације, па све до унификације, тј. униформисаности. То извесно нема „добре“ разлоге пошто су се раније *добри* разлози протеком времена очито деформисали и *прозлили*, постали препрека сваком развоју.

Према нашем мишљењу, законодавац је направио праву а штетну синонимну збрку изједначавањем термина материјалних установа хипотека и моргица, па је све пошло наопако и после тога је још изведен и неправи процесноправни механизам, кроз контрадикторан и контроверзан институт – вансудске реализације хипотеке.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Вид. Радослав Гађиновић, *Глобализација и међународне интеграције, Правни живот* 524, 2008, 409–433.

Дакле, моргиц дефинитивно и јасно није синоним за хипотеку. Реализација представља: извршавање, остваривање, примену, спровођење, оживотворење, извршење, употребљавање, егзекуцију, операционализација. Намирење представља слично: исплату, плаћање итд.⁸⁹⁶

Има речи које су по облику сличне, али су им значења различита. Због сличности се лако се замењују (што многи чине), а због разлике у значењу – то се не сме чинити јер наш исказ води у неспоразуме, забуне (рубрум: „Слично, а различито“). Значења речи се мењају.⁸⁹⁷

Нека од њих се губе, а јављају се нова. Има случајева да речи настављају да трају, живе, али значењски испражњене – изгубе старо, а не стекну ново значење. Свугде је *процедура* позитивна ствар (лат. *procedere* – напредовати) и у најближем је сродству с процесом (лат. *processus* – напредак, развој), али код нас процедуре и компликовани процеси онемогућавају сваки даљи – напредак.⁸⁹⁸

3.1. Функционални правни поредак

Константиновић није оставио томове затворених књига, како то обично чине великани правне мисли. Оставио је више. Учио нас је да изучавамо и примењујемо право у смислу правде као стожерне врлине. На Сократов начин научио нас је да слободно мислимо.⁸⁹⁹ Успех једне државе, која представља један нов оглед у области друштвеног и политичког уређења, зависи не само од њене унутрашње снаге већ од извесних људских вредности за које се не зна сигурно да ли их је обухватила или да ли се могу решити на начин на који она то представља. За државноправног писца само сигурна историјска познавања и одређени социолошки метод представљају брану од извесних утицаја и реминисценција идеалистичког схватања државе које чине део некадашњег правничког образовања.⁹⁰⁰

Добро уређен правни поредак у једној земљи и за економисте и за правнике представља предност. Правници такав поредак посматрају као саму вредност по себи, док за економисте такав поредак има инструменталну вредност, будући да омогућава максимизацију економске ефикасности и друштвеног благостања, нечега што је за економисте вредност ћсама по себи.⁹⁰¹

⁸⁹⁶ Све речи једног језика чине његову лексикку. Проучавањем лексике бави се дисциплина лексикологија. Она додирује више других дисциплина, пре свега семантику, која проучава значење речи (грч. *sema* – знак) и етимологијом (грч. *etimos* – истински, прави + *logos* – реч, наука), изучава настанак речи и прво значење, док историја и упоредна граматика прате развој. Као да смо дословно схватили Вукова упозорења: „Нове ријечи може градити само онај који умије мислити у свом језику.“ Нема више образовања ни усавршавања, у моди је едукација; дипломе су заменили сертификати. Вид. Павле Ћосић, *Речник синонима*, Едиција *Вечници*, Корнет, Београд 2008, 351, 535, 657.

⁸⁹⁷ Вид. Милорад Телебак, *Шта се крије иза етимологије*, Прометеј, Нови Сад 2013, 13 и даље.

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ Вид. М. Константиновић, *Класици југословенског права*, Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, ЈП Службени лист СЦГ, Београд 2006.

⁹⁰⁰ Вид. Јован Ђорђевић, *Поратна држава Слободана Јовановића, Савременици о Слободану Јовановићу*, прир. Јовица Тркуља и Маринко Вучинић, Библиотека *Научно наслеђе Правног факултета у Београду*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Сл. гласник, Београд 2009, 162–169.

⁹⁰¹ *Ibid.* 57.

Суд је дужан да у грађанском судском поступку утврди да ли је, на основу правила материјалног права, одређено субјективно право настало, промењено или престало. Суд не може да одбије да решава и одлучује о повредама субјективних права јер грађанину од државе, а првенствено од њених судова, припада право (јавно правно овлашћење) на правну заштиту (*Justizgewa hrungsanspruch*).⁹⁰²

Држава поседује неограничен монопол у принудном извршењу одлука у којим се решава о повреди или угрожавању субјективних грађанских права. Тиме што јемчи како људска права која признаје, тако и она зајемчена потврђеним међународним уговорима, Уставни суд (УС) даје тим међународним нормама једнаку правну снагу и оне постају неизоставан интегрални део нашег правног поретка.

Спровођење у живот међународно прихваћеног корпуса људских права представља обавезу сваке државе. Да би лица што ефикасније могла да буду прави корисници гарантованих права и слобода из међународних конвенција она морају да им буду правно доступна унутрашњим правним системом сваке државе.⁹⁰³

Правно схватање Опште седнице Врховног касационог суда (ВКС)⁹⁰⁴ представља општу а појединачну обавезну норму. Утврђивање начелног правног става служи постизању јединствене примене права, а Општа седница се сазива ради тога и онда кад се у истој ствари неједнако суди. За разлику од правног схватања одељења ВКС и правног схватања ВКС, Правни став Опште седнице ВКС о спорном питању од значаја за суђење првостепених судова (то јест о правном питању које се прво мора решити да би се одлучило о спору) представља и општу и општеобавезну грађанскоправну норму. На захтев првостепеног суда Општа седница заузима став ако је спорно питање значајно за већи број случајева о том спорном питању (чл. 180 и др. ЗПП).⁹⁰⁵

Заузети правни став обавезан је не само за ВКС него и за све друге судове који буду одлучивали о истом правном питању о којем је заузела став Општа седница ВКС, тако да свако ко се затекне у ситуацији на коју се односи став такође може да се позове на њега, а суд је дужан да став поштује (чл. 180. ЗПП). Није извор права јер норме које она поставља немају правну обавезност. Ни већинско (тзв. владајуће) мишљење правних теоретичара, па чак ни мишљење свих (*communis opinio doctorum*), није извор права (што је некад било). Ипак, мишљење науке, мада није правно обавезујуће, значајно је за суд ако је у стању да делује уверљивошћу аргумената (снагом разлога који се наводе за заступано мишљење о правном питању). Текст норме и смисао норме нису исто. Текст норме је дат, док се смисао даје тексту. Текст се утврђује – констатује, а смисао се одређује – конституише. Утврђивање текста норме – утврђивање како он гласи, назива се критика текста. Одређивање смисла норме, одређивање

⁹⁰² *Ibid.* 54.

⁹⁰³ Вид. М. Пауновић, Б. Кривикапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, 2010. Правни факултет Београд, 54, 55. *Ibid.*, 57.

⁹⁰⁴ Вид. Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС* 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др., 78/11 – др. закон, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 – др. закон, 13/16, 108/16), чл. 43. Седница одељења Врховног касационог суда разматра питања из делокруга судских одељења. Седница одељења сазива се и ако између појединих већа настане несагласност у примени прописа или ако једно веће одступи од правног схватања прихваћеног у својој пракси или од правног схватања које су прихватила сва већа. Правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у саставу одељења (чл. 31). Врховни касациони суд обезбеђује јединствену судску примену права и једнакост странака у судским поступцима, разматра примену закона и других прописа и рад судова.

⁹⁰⁵ Вид. Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС* 72/11, 49/13 – одл. УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20..

како гласи правило (садржина) норме, назива се тумачење, односно конкретизовање норме (кад текст садржи неодређене правне појмове, упућивања или начела). Право је протумачена, конкретизована норма. Степен стваралачког највиши је у попуњавању правне празнине и конкретизовању општег правног начела.⁹⁰⁶

Објашњење чињеница случаја у изложеном смислу је онај аспект мале премисе који одређује и природу тумачења права јер му даје контекстуални и конструктивни (прагматички) карактер. Фокусирање на малу премису даје јединство факичке, аксиолошке и формалне димензије права.⁹⁰⁷

Правни поредак није појава која се не мења већ је „динамичка појава у непрекидном креирању и стварању“. Будући да он није ништа друго до један начин испољавања друштвеног поретка, стварних људских односа, који се непрестано мења а с њим и правни поредак. Од тога шта ће претегнути зависи колико је правни поредак ефикасан. Сматра се да се правни поредак „нормално“ примењује кад у њему постоје „аберације“ без „деформација“.^{908, 909}

Истина је сасвим другачија – не само да прецеденти имају важну улогу у праксу ЕСЉП већ су од кључног значаја за разумевање европског права уопште. Бивши председник тог суда, судија Вилдхабер, пише о улози прецедената у јуриспруденцији: „Расправе у Европском суду за људска права релативно често откривају неслагања по питању тога да ли би требало следити раније прецеденте. То није изненађујући податак за један међународни суд са толико много различитих правних поредака и традиција.“⁹¹⁰

Правна схватања одељења ВКС обавезују само судије ВКС, односно судије одељења ВКС које је правно схватање усвојило. Према садашњем законском решењу, усвајање обавезујућих правних ставова за судије највишег суда је у функцији остварења једнаке заштите права пред судом јер последица неуједначеног поступања суда и доношење различитих судских одлука у једнаким стварима може довести до кршења конституционалног и конвенцијског права на правично суђење.⁹¹¹

Демократији одговара праведан суд, а праведан суд суди једнако у једнаким стварима. Правда је стожерна врлина, а да би се остварила, сваком треба да се призна оно што му припада; треба једнако поступати у једнаким стварима, а неједнако с једнаким стварима само сразмерно њиховој неједнакости, и треба поступати према другоме као према себи.⁹¹²

⁹⁰⁶ О судским нормама ван суђења и стваралачкој природи вид. В. Водинелић, *Грађанско право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Сл. гласник, Београд 2014, 84–85, 122–123, 125–126, 166–167.

⁹⁰⁷ Вид. Саша Бован, *Природа јуристичког закључка, Анали Правног факултета у Београду* 2/2013, 43– 67.

⁹⁰⁸ Вид. Драган Марковић, *Теорија државе и права*, Досије студио, Београд 2010, 835 и даље.

⁹⁰⁹ Вид. Маја Станвуковић, *Уредба о надлежности и прзнању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима* (ЕС 1001/44), Водич кроз право ЕУ, Институт за међународну политику и привреду, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2009, 123.

⁹¹⁰ Вид. Драгољуб Поповић, *Есеј о судској креативности, Постанак европског права људских права*, Правна библиотека, Службени гласник, Београд 2013.

⁹¹¹ Вид. Драгомир Милојевић, Снежана Андрејевић, Веско Крстајић, *Уједначавање судске праксе – изазови и могућа решења*, Мисија ОЕБС у Србији, ISBN 978-86-6383-030-1 Поступак за решавање спорног правног питања уведен је као нови процесни институт у ЗПП: 1 ради остварења циља из чл. 6 ЕК у складу с препоруком КМ СЕ R/95/5, глава IV, чл. 7, тач. Д. По овој директиви „Државе треба да размотре увођење система у ком ће трећестепени суд моћи да узме у разматрање предмет, што ће му се проследити предмет за решавање о правном питању. Спорно правно питање се односи на право значење правне норме, материјалне, процесне.

⁹¹² *Ibid.*

Реч је о субјективној правди, о правди односно праведности као врлини ако личну, подреди праведном делању. Посреди је, ако се тако може рећи, *динамичка страна правде као правно и морално делање*.⁹¹³ Врло је слична, скоро идентична, нормативистика у Црној Гори.⁹¹⁴ Парнични поступак је когнициони поступак. У њему се расправља и утврђује (сазнаје) да ли је истинита тврдња субјекта права да је његово приватно субјективно право повређено или угрожено. Лице које је обавезано одлуком суда не мора добровољно да изврши обавезу која је садржана у одлуци. У тој ситуацији, поверилац означен у правноснажној извршној одлуци суда може да иницира извршни поступак, у коме ће уз употребу монопола државне силе дужника принудити да поступи по одлуци суда. Грађанскопроцесно право служи заштити и реализацији субјективних грађанских права, али у односу на грађанско право представља посебну грану – јавно право. Те две гране права су у интеракцији. Грађанско право признаје правним субјектима својим материјалноправним нормама одређена субјективна права, али начин њихове заштите и реализације, па и принудног извршења, спада у задатак грађанског процесног права: „право“ у супстанцијалном смислу има различито значење и домашај од термина „право у процесноправном смислу“. Новије, дуалистичке теорије (теорије двојства) праве разлику између јавноправног овлашћења субјекта права према држави (право на правну заштиту) и субјективнограђанско право или овлашћења поводом чије повреде или угрожавања субјект права захтева од суда правну заштиту.⁹¹⁵

Члан 6 ЕКЉП консакрира тзв. право на правично суђење које се састоји од низа оригинарних и изведених права. Право на правично суђење може да постоји само ако титулар субјективног права или овлашћења може пред судовима државе чланице (ЕКЉП) да захтева да му се пружи правна заштита. Свако ускраћивање права на тужбу ради заштите грађанских, туживих субјективних права представља повреду из чл. 6 ЕК (право на приступ суду). Право на правично суђење укључује: 1) право на контрадикторни поступак и 2) равноправност странака у поступку.⁹¹⁶

Да би то право било ефективно, суд мора странци да достави све чињеничне наводе, правну аргументацију и доказне предлоге које је учинила противна странка. Суд је дужан да своју мериторну одлуку образложи и чини повреду права на правично суђење када из образложења испусти битне чињеничне наводе странака или када своју одлуку недостатно образложи. Право на принудно извршење судске одлуке, али и сваког другог извршног наслова, представља дериват права на приступ суду, односно права на тужбу. Неизвршавање или одуговлачење с принудним извршењем извршног наслова представља и повреду права на својину из чл. 1 Првог протокола уз ЕК. Свако ускраћивање извршења извршног наслова представља повреду њеног чл. 6.⁹¹⁷

⁹¹³ Вид. Данило Баста, *Праведност као врлина (судије), Право и правда*, хрестоматија, прир. Бојан Спаић, Правни факултет Универзитета у Београду и ЦИИ, Београд 2014, 27-38.

⁹¹⁴ Вид. Закон о судовима, *Сл. лист Црне Горе* 11/15 од 12. марта 2015: „Врховни суд у Општој сједници: 1) утврђује начелне правне ставове“ (чл. 25); „Начелни правни став се заузима о спорним правним питањима која настају у судској пракси ради обезбјеђивања јединствене примјене закона од стране судова. Начелни правни став може се заузети по службеној дужности или на захтјев суда“ (чл. 26).

⁹¹⁵ *Ibid.*, 56–64.

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ *Ibid.*

Сваки извршни наслов је, уједно, и имовинско правна позиција њеног титулара који спада у заштитини домен Првог додатног протокола.⁹¹⁸

Тако је, са закашњењем, „право на имовину“ регулисано чланом 1 Првог протокола уз ЕК из 1952. године: „Свако физичко и правно лице има право да ужива у својој имовини. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.“ Ставови ЕСЉП⁹¹⁹ у погледу стандарда „мирно уживање у својој имовини“ показали су да се односи и на све злоупотребе које се могу вршити тако што се власнику онемогући нормално „коришћење имовине“. Право на имовину регулисано тим Протоколом а потом разрађено кроз прецедентну праксу ЕСЉП у Стразбура је од ванредног значаја за предметну тематику.

Први протокол о ЕК употребљава израз којим се штити „право на мирно уживање у својим добрима“ (енгл. *possessions*, фр. *biens*). ЕСЉП је утврдио да признајући свакоме да ужива у својим добрима, чл. 1 у суштини јамчи „право на имовину (енгл. *right of property*)“ то показује и пракса ЕСЉП, ЕК.⁹²⁰

У стварности *држава и право постоје као органска целина* („државно-правни поредак“), значи да постоје државно-правни феномени као делови целине, али истовремено због релативне независности постоје само државни и само правни феномени.⁹²¹

Правни поредак је динамичка појава, која је у непрекидном кретању и стварању. Како он није ништа друго до један вид друштвеног поретка и како се друштвени поредак, стварни људски односи, људско понашање, непрестано мењају, тако се мења и правни поредак. Притом су у самом поретку, у самом праву, садржана правила по којима се тај ток и покрет врше.⁹²²

Прве одредбе Гортинског закона односе се баш на суђење. Тај закон почиње одредбама о забрани самопомоћи: нико не сме правду сам узимати у своје руке, него се мора обратити суду. То је било основно начело које је одвајало правне системе и правосуђе од примитивних народа, а у Грчкој је оно освојено у V веку пре н. е. Да ли га је данас и наше друштво након више од 2000 година потпуно прихватило? Зашто данас још увек постоји изражена тенденција да многи узимају правду у руке? Да ли је то знак неповерења према правосуђу или одраз дубоко усађеног примитивног осветничког менталитета у друштву?

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ Европски суд за људска права.

⁹²⁰ Вид. М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013. Суд је сматрао да право на склапање уговора о закупу представља вид поседовања имовине (*Mellacher и др. против Аустрије*, 1989). Такође, у једном од новијих случајева, ЕСЉП је разматрао да ли се може сматрати имовином учерица која је постављена противно урбанистичким плановима на депонији, чији је *de facto* власник главне конструкције и саставних делова страћаре и свих личних добара која се нашла у њој. Суд је узео у обзир да то што је учерица подигнута на депонији у којој је живела породица указује на значајан материјални интерес који је био толерисан од власти и да представља имовину за потребе чл. 1 Првог протокола (*Oneryildiz против Турске*), 248 и даље.

⁹²¹ Вид. Стеван Врачар, *Преиспитивања правне методологије*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени лист, Београд 2000, 38 и даље.

⁹²² Вид. Радомир Лукић, Будимир Кошуткић, *Увод у право*, двадесет седмо издање, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд 2008, 124–125.

Пре се чини да је у питању ово друго и утолико је посао судије данас тежи, па и ризичнији, него што је био у старој Грчкој. У Атини, објективност и непристрасност судија је био најважнији захтев. Ми живимо у владавини кодификованог законодавства, закон је по преваходству правило које управља понашањем људи; он је самим тим први предмет о којем се у тумачењу, као посматрању које треба да обухвати целину, мора водити рачуна.⁹²³

Мада судије у Атини нису знале за англосаксонску изреку *Justice delayed – justice denied* (закасна правда је ускраћена правда), судски систем је обезбеђивао оно што се данас зове право на суђење у разумном року.⁹²⁴

У чувеном чланку „Објективност и истина: Боље би вам било да верујете“ („Objectivity and Truth: You’d better believe it“, 1996) и књизи алегоријског назива *Правда за јежеве (Justice for Hedgehogs)*, НУР, Cambridge, MA 2011) Дворкин критикује постмодернистичку идеју, категорички тврди да и најтежи правни случајеви имају решење јер су етичке истине објективне и да се на свако питање о моралу, последично и о праву, може дати тачан одговор.

Овде треба истаћи стару свремену сентенцу: Општи је принцип правичности да се нико не обогати чинећи другоме штету и неправду. *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* (Pomponius D. 51, 17, 206),⁹²⁵ чије се нити протежу и у познатим делима Доналда Дворкина, где се могу проучавати, док су овде удаљени од теме.⁹²⁶

Дакле, прописи постоје да би се људи по њима владали, али због тога што је живот динамичнији и инвентивнији од њих (свет права наспрам света стварности) перманентно постоји изванредан несклад у коме се кристализују правни систем и правни поредак. Први чине прописи у својој хијерархији а други интералекција прописа с праксом и стварним понашањем људи. Зато судска пракса није механичко пресађивање прописа већ стваралачко укрштање прописа са стварношћу. По проф. Зорану Ивишевићу, само такво кохерентно приступање „даје свеже плодове на зеленом стаблу живота“ (како је говорио и Гете).⁹²⁷

Вансудска поверилачка функција органа извршења оживљава процват, заправо сасвим нову егзистенцију старих забрањених клаузула као што је *Lex commisoriae* која је забрањена конституцијом цара Константина. Гласи: *С обзиром на то да је између осталих злоупотреба у нарочитом порасту свирепост последица lex commisoriae код уговора о залози, одлучили смо да је забранимо и да се убудуће избрише свака усмена на њу (и неделотворна је).*⁹²⁸

Како је изречена забрана за комисорни споразум, подједнако тако треба то учинити и са вансудском реализацијом хипотеке. Законодавци, слично као Константин, треба да изрекну: с

⁹²³ Вид. Живан Спасојевић, *Аналогија и тумачење*, Прилог проучавању метода у приватном праву, Библиотека *Научно наслеђе Правног факултета у Београду* (А. Падоне, Париз 1911), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1996, 50 и даље.

⁹²⁴ Вид. Сима Аврамовић, *Античко порекло савремених принципа у правосудју*, *Билтен ВСРС* 3/96.

⁹²⁵ Вид. Д. Стојчевић, А. Ромац, *Латинска правна правила, изреке и дефиниције (Dicta et regulae iuris)*, Савремена администрација Београд, 1989. 245.

⁹²⁶ Вид. Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЈП Службени лист СРЈ и ЦИД, 2001. *Озбиљно схватање права (Taking Rights Seriously)*, 1977) *Царство права (Law’s Empire)*, 1986), Harvard University Press.

⁹²⁷ Вид. Зоран Ивошевић, *Судска пракса праведног суђења*, *Билтен ВСРС* 4/2008, 11-23.

⁹²⁸ Вид. Јелена Даниловић, Обрад Станојевић, *Текстови из Римског права*, Практикум за вежбе, девето издање, ЈП Службени гласник СЦГ, Београд 2003, С.8.34.3. pr. Imp. Constantin. A. ad populum. Quoniam inter alias captiones praescipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. 191.

обзиром на могућност обиља злоупотреба које су у порасту и негативних последица вансудске реализације хипотеке, прописане и примењене арбитражно као приватно извршење, одлучили смо да је аброгирамо и да се избрише свака успомена на њу.⁹²⁹

Правни поредак садржи правне норме људског понашања, законитости (правилности) и очувања правних вредности. А овде имамо школски пример *неправог* транспланта. Овде је на делу *право песнице* (fr. *droit du poing*; engl. *right of fist*), назив за односе који су владали у раној средњовековној Европи, које су карактерисали бесконачне размирице. То је доба када нису постојали било какав ред и правна сигурност, у коме је владао закон силе (право песнице).⁹³⁰

Треба разлучити да ефикасно не значи и делотворно јер може бити и обрнуто, ефикасно у смислу брзог, али без доброг учинка (кусо) – неделотворно. Нама треба делотворан поступак реализације хипотеке који ће апсорбовати ефикасност и добро деловање – *делотворан* процесноправни механизам.

Владавина права представља *жилу куцавицу* савремене делотворне а конституционалне демократије и утабан пут нашим законописцима ка постизању тога циља. Али, са оваквим правним поретком, *премреженим англоамеричким правним иритантима*, тај циљ се једноставно не може досегнути. Наши правни пореци јесу некохерентни и *згужвани* па у смислу делотворности болују од Грешке 404 (*The Rule of Law Not Found*).

Таква грешка постоји кад није нађен НТТР-ов стандардни одзивни код који индикује да је клијент био у могућности да комуницира са сервером, али или није могао да пронађе захтевано или је конфигуриран тако да не испуни тај захтев а да не ода разлог – зашто? То је стање ствари овде и сада. Не може се више дотеривати.

3.2. Савремене кодификације грађанског права

Процес у којем највиши политички ауторитет уноси у правни систем јединствен законик назива се кодификација. Законик (кодекс) је целина правних норми које обухватају све или већину правних области. Кодификација као правна техника темељи се на уверењу да је могуће дати кохерентност, унутрашњу усклађеност целини правних норми које ће трајати дуже него политичке околности у којима су те норме формулисане. У историјском делу су компликоване главне кодификације.⁹³¹

Након 1945. године више од 50 земаља кодификовало је своје приватно право. Године 1980. на међународном плану је закључена Конвенција о уговорима за међународну продају робе. Њу је досад прихватило 30 држава. Осим кодификација, за примену права узета је и правна традиција која подразумева сва права којих нема у кодификацији. У Европи се појавила идеја о јединственом европском законнику грађанског права, те је због тога Европски парламент 1989. позвао на припремање кодификације целокупног европског приватног права. Данас су прилике другачије и кодификује свако за себе оно што налази за сходно.

⁹²⁹ Вид. Борис Кривокапић, *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, Библиотека *Lexis*, ЈП Службени гласник, Београд 2010, 830.

⁹³⁰ *Ibid.* 830

⁹³¹ Вид. <http://documents.tips/documents/moderne-pravne-kodifikacije.html>.

У склопу теме сматрамо да је најсврхисходније и најконстантније да се тај проблем, настао из извитопереног страног правног система и стране правне установе моргиц, овакав и извесни будући проблеми траспланата из ЕУ копи-пејст права, разреши кодификацијом *Грађанског законика* и *Грађанског процесног законика*. То би створило толико преко потребу сваког озбиљног грађанског правног поретка, његову пуну кохеренцију.

3.2.1. Преглед актуелних грађанских кодификација

Сем грађанских законика Квебека и Румуније, овде ћемо указати на значајније кодификације (целовите или парцијалне) да би се сазнао њихов значај. Свака кодификација је *per se* „*сопствено лице у огледалу*“ друштва и правништва.

Чешки пут ка кодификацији грађанског права био је неуобичајен. Сагласно историјским околностима, мењале су се и кодификације, то јест покушаји да се ГЗ устроји. То је учињено 2012. године, а ЧГЗ ступио на снагу 1. јануара 2014. Обилује, мешавинама и руског права, а уз то зна установу траста. Уређује и *pledge* и заставу (хипотеку негде назива моргиц). Подељен је у пет књига: 1. Опште одредбе грађанског права, 2. Породично право, 3. Апсолутна права и наслеђивање, 4. Облигације, 5. Завршне и прелазне одредбе, с мноштвом позива на разне друге законе.⁹³² Када се анализира њена прошлост, ствари постају битно јасније.⁹³³ Има 3.046 параграфа.

Нови Грађански законик Румуније⁹³⁴ (*Civil Code of Romania*, то јест *Codul civil al Romanei*, commonly refered to as *Noul Cod Civil*, 2009/287) јасно је обухватио целу грађанскоправну област (лица, породицу, својину, наслеђивање, облигације, застару, као и међународно приватно право), а увео је и сасвим нове типичан англосаксонски правни институт (илустративан пример: уговор о трасту).⁹³⁵

Швајцарска кодификација је прошла дугу путању од 1907. па до 2017. године, када су извршене последње измене Грађанског законика. Кроз овај период од 110 година, иако је први изворник ступио на снагу 1912, протекло је 110 година. ШГЗ, у европској подели, припада германској породици права. По својим особеностима и модерним схватањима, многима је био и јесте узор. Предлаган је с више адреса за будући основ Грађанског законика ЕУ.⁹³⁶ Грађански законик Италије има шест књига: 1. о лицима и породици (*Libro I Delle persone e della famiglia*); 2. о наслеђивању (*Libro II Delle successioni*); 3. о својини (*Libro III Della proprietà*); 4. о облигацијама (*Libro IV Delle obbligazioni*), 5. о раду (*Libro V Del lavoro*); 6. о заштити права

⁹³² Вид. Law No. 89/2012 Coll. Civil Code (Valid from January 1, 2014), Part Three: Absolute property Rights (incl. Inheritance).

⁹³³ Вид. Историјске деривације, па отуда и овакве нужне детерминанте: 1811. austrian General Civil Code/ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, 1937. Czechoslovak Civil Code (1939–1950), 1st czechoslovak Civil Code (141/1950 Sb.-Coll.), 1964. „socialist“ czechoslovak Civil Code (40/1964 Sb.) was changed by Act 509/1991 Sb. 1964–1991. New Czech Civil Code will come in force from 1st January 2014. Дакле, већ низ година је нови законик на снази.

⁹³⁴ Вид. <http://www.dscler.ro/coduri/cprciv1.htm> Publicat în Monitorul oficial nr. 505 din 15 iulie 2011.

⁹³⁵ Вид. http://www.dscler.ro/english/coduri_e.htm CODUL CIVIL din 17 iulie 2009 (**republicat**) (Legea nr. 287/2009**) Emitent Parlamentul.

⁹³⁶ Вид. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html> Code civil suisse du.

(Libro VI Della tutela dei diritti). Хипотека је у 6. књизи, поглавље 4. Delle ipoteche, чл. 2808–2881, из 2016. године,⁹³⁷ због ЕУ.⁹³⁸

Грађански законик *Руске Федерације*,⁹³⁹ који има четири књиге, донет је 2016. године, као и Закон о земљишним књигама.

Иницијални немачки Грађански законик (BGB) током периода од ступања на снагу 1900. претрпео је низ новела, а последње 2017. године.⁹⁴⁰ Подељен је у пет књига: књига 1 Општи део, књига 2 Облигације, књига 3 Стварно право (ту су неакцесорна средства обезбеђења уређена у чл. 1105–1113, хипотека у чл. 1113–1203, а залога на покретним стварима и правима у чл. 1204–1296), књига 4 Породично право, књига 5 Наследно право.⁹⁴¹ Будући да је Немачка чланица ЕУ, увршћене су и европске директиве и слична акта.⁹⁴²

Грчки Грађански законик по пандектној подели има пет књига: Општи део, Облигације, Стварно право, Породично право и Право наслеђивања. Наравно, као чланица ЕУ, Грчка је хармонизовала законик са одговарајућим директивама ЕУ.⁹⁴³

Стварно право је задржало стару структуру грађанског законика (*numerus clausus*). На грађанском законуку у Грчкој почело се радити након ослобођења земље од Османског царства (1821–1827). Како је грчки ослободилачки покрет био инспирисан идејама Француске револуције, било је логично да је комисија којој је био поверен рад 1836. узела за узор Наполеонов *Code civil*, који је допуњен 1856. године. Након ослобођења од Турака у погледу грађанског права важиле су одредбе римско-византског права. Састојао се од шест књига *Hexa Biblos* и збирке закона 1345. *Негмопорулос-а*. Практично ово старо право је било тешко примењиво на нове односе у Грчкој.

У том периоду велики утицај на развој права у вршила је теорија пандектног права, а посебан углед Виндшајдов уџбеник пандектног права.⁹⁴⁴

Како је један број грчких правника студирао у Немачкој, није чудно што је 1930. кад је почело да се ради на општој кодификацији грађанског права, комисија била оријентисана на НГЗ, ШГЗ, *Code civil* и ИГЗ. ГЗ Грчке донет је 1940. године. У погледу систематике ослањао се на НГЗ с пет књига: стварно право је у другом делу. Као и НГЗ, у општем делу нема одредаба о стварима, већ на почетку стварног права.⁹⁴⁵

⁹³⁷ Вид. <http://www.dossierazienda.it/fonti/codcivile0.htm>.

⁹³⁸ Вид. http://www.altalex.com/documents/news/2015/01/02/codice-civile-ebook?utm_source=Italex&utm_medium=Referral&utm_campaign=Box-leggi-anche, 2016.

⁹³⁹ Вид. Гражданский кодекс Российской Федерации (3. 7. 2016 вступ в силу с 1. 1. 2017).

⁹⁴⁰ Вид. <http://germanlawarchive.iuscomp.org>. Modernise the Law (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) entered into force on 1. 1. 2002, this marked the most sweeping reform of the German Civil Code or *Bürgerliches Gesetzbuch* since it was enacted on 1. 1. 1900. с низом Директива ЕУ којим је мењан.

⁹⁴¹ Вид. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

⁹⁴² Вид. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html. НГЗ, то јест BGB, хипотеку је детаљно уредио одредбама чл. 1105 до 1113, задње измене и допуне су извршене у октобру 2013.

⁹⁴³ Вид. ГЗГ <http://www.greeklawdigest.gr/topics/aspects-of-greek-civil-law/item/261-aspects-of-greek-civil-law>. The Greek Civil Code is classified into five “books” Property Law (Articles 947-1345).

⁹⁴⁴ Вид. [https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW110/development%20of%20Greek%20Law%20doc%20Greek%20Civil%20Law%20before%20the%20introduction%20of%20the%20Greek%20Civil%20Code%20\(GCC\)%20\(in%20force%20since%2023.2.1946\).%20The%20latest%20amendment%20of%20the%20GCC%20took%20place%20one%20year%20ago%20with%20the%201.3043/2002](https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW110/development%20of%20Greek%20Law%20doc%20Greek%20Civil%20Law%20before%20the%20introduction%20of%20the%20Greek%20Civil%20Code%20(GCC)%20(in%20force%20since%2023.2.1946).%20The%20latest%20amendment%20of%20the%20GCC%20took%20place%20one%20year%20ago%20with%20the%201.3043/2002) Уз низ Директива ЕУ.

⁹⁴⁵ Вид. http://www.jopaf1.com/uploads/special-issue-2-2015/GOOD_FAITHINGREEKCIVILCODE.pdf.

Пољска је извршила кодификацију грађанског права⁹⁴⁶ 2006. године и усвојила Грађански законик⁹⁴⁷ пандектно састављен уз додатке директива.⁹⁴⁸ Другу књигу чини стварно право и у њему заложно, односно хипотекарно право.^{949, 950, 951}

Грађански законик Бразила 2002.⁹⁵² (*Institui o Código Civil* из 2002) одраз је специфичности и различитости те земље.⁹⁵³ Таква је и кодификација под утицајем, најпре португалског права⁹⁵⁴.

Мађарски Грађански законик (МГЗ) из 2014.⁹⁵⁵ хармонизовао је правила кодекса с европским смерницама. 2013. је ступио на снагу са Закон о спровођењу МГЗ. Опште правило је примена на грађанскоправне односе настале после ступања на снагу и принцип забране ретроактивности. Има осам књига. Књига 5 је о стварним правима. На снази је од 15. марта 2014. и уподобљен је нормама ЕУ.⁹⁵⁶

Финска⁹⁵⁷ је кодификовала стварно право,⁹⁵⁸ а осталу материју грађанског права сврстала у више закона: о уговорима, о штети, о браку, о земљиштима и градњи, о усвојењу⁹⁵⁹ и др. То не умањује финској држави право и правност, али дисперзијом норми штети оном што је објективна сврха модерних кодификација грађанског права уопште. Што се тиче бивших земаља СФРЈ, ниједна није ни приступила кодификацији грађанског законика, тако да је

⁹⁴⁶ Вид. Civil law corresponds of these areas of Common Law: Family, Property, Wills, Contracts/Torts. There are usually no trusts in civil law, though there are exceptions to this, such as in Italy and Romania. "Noul Cod Civil pe înțelesul tututor - FIDUCIA" (PDF). Superior Council of Magistracy. Retrieved 2014.

⁹⁴⁷ Вид. <https://www.ejcl.org/112/greenbookfinal-2.pdf> CIVIL LAW CODIFICATION COMMISSION 2006 New Civil Code for Poland – I Private law and the Civil Code, II. PROPERTY RIGHTS Land and mortgage registers Ownership Real security of liabilities Mortgage Land debt Pledges. И Директиве ЕУ.

⁹⁴⁸ Вид. https://en.Polish_Copyright_Law.

⁹⁴⁹ Вид. <http://www.lawyerspoland.eu/civil-law-in-poland> 2003.

⁹⁵⁰ Вид. <http://www.cfe-eutax.org/taxation/civil-law/poland> Civil Code property, legal actions, ownership and other proprietary rights (perpetual usufruct, limited proprietary rights: usufruct, servitude, pledge, mortgage), a special legal form is required: a notary deed (e.g. transfer of rights in immovable property).

⁹⁵¹ Вид. https://en/Copyright_law_of_Poland The first Polish law.

⁹⁵² Вид. http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cc_L10406.pdf.

⁹⁵³ Вид. http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cc_L10406.pdf.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ Вид. О новом мађарском Грађанском законнику, *Часопис за домаће, немачко и европско право* (Neue Juristische Umschau – Zeitschrift für einheimisches, deutsches und europäisches Recht), *Lajos Vékás: kurz NPR, in das sechste Jahr ihres Erscheinens, 5 Jaxpe1-2/Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner, 2015*

⁹⁵⁶ Вид. Жокеф Салма, *О кодификационом историјату мађарског грађанског права и Мађарском грађанском законнику, Анали Правног факултета у Београду* 2/2014, 49–66.

⁹⁵⁷ Финска је нордијска држава у северној Европи. Прошлост Финске је везана за дугу доминацију германских народа (Швеђана), а с друге стране словенских (Руса). Етногенетски ни с Швеђанима ни с Русима немају ништа заједничко. Најближи су им етнички Естонци и Мађари. Угрофинског су порекла. Шведска ју је освојила у XI веку, до 1809. Финци и Хемејци су примили римокатоличку веру, Карелијци православну од Руса 1809. Финска је била у руској власти до 1917. године.

⁹⁵⁸ Вид. Закон о стварним правима Финске *Code of Real Estate* (540/1995; AME NDMENTS UP TO 964/1998 INCLUDED).

⁹⁵⁹ Вид. <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990132.pdf>.

грађанска норматива парцијална. *Словенија*^{960, 961} и *Хрватска*^{962, 963, 964} су преузеле и превеле Закон о облигационим односима СФРЈ, уз допуне из директива ЕУ, као и досад неименованих уговора (лизинг, фортфетинг, франшизинг итд.), те су у ЗОО увеле уговоре који су у СФРЈ били регулисани наследним законима. У осталим чланицама СФРЈ, унети су уговор о поклону, ортаклуку и слично. То се односи и на земље које нису чланице ЕУ, нити су на дохвату хармонизације.⁹⁶⁵

По свему тренутно су у највећем заостатку *Босна и Херцеговина*,^{966, 967} *Република Српска*^{968, 969} и *Македонија*.^{970, 971, 972} док је формално у повољнијој ситуацији Црна Гора, где се одскора и јавно најављује грађанска кодификација, по угледу на Србију. Новелирају се и процесни закони, као и закони налик овим у Србији и Црној Гори (нотари, јавни извршитељи, миритељи, то јест посредници или медијатори).

Хрватска и Словенија се нарочито издвајају у погледу земљишних књига, што јесте објективно велика и битна предност. Код њих није уведена никаква „вансудска реализација хипотека“, као ни било чега, јер је правосуђе правно традиционално и по еманацији поретка, апсолутна предност. Њихова доктрина се хвали што и њихове земље нису потпале под утицај „американизације“, те су тако сачувале своје поимање вредности правног система и поретка. С друге стране, поводом сваке и било какве директиве ЕУ настају велике полемике и њихово позитивно право просто „кипи и ври“ од ЕУ директива, резолуција и других видова оштрих ограничења њиховог правног суверенитета.

Словенија је деведестих одлучила да у Стварноправни законик унесе установу земљишног дуга, која није „пустила корене“ нити је била заступљена у стварном правном животу, тако да је последњим изменама све одредбе о земљишном дугу „обрисала“. Истини за вољу, начин уређења тога института је био веома конфузан, до непрепознатљивости, па не чуди овај исход. Сматрамо да грађанска процесна легислатива онако како је уређена у овим двема земљама може бити за пример. Корпус реализације заложних права је за похвалу.

⁹⁶⁰ Вид. Стварноправни законик, *Uradni list RS* 87/02, 91/13.

⁹⁶¹ Вид. Облигацијски законик, *Uradni list RS* 97/07, 64/16 odl. US, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO1263>.

⁹⁶² Вид. Закон о власништву и другим стварним правима, <https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasnistvu-i-drugim-stvarnim-pravima>.

⁹⁶³ Вид. Закон о обвезним односима, *НН* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, <https://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima> Вид. Закон о земљишним књигама Р. Хрватске, *НН* 91/96.

⁹⁶⁴ Вид. Овршни закон, *НН* 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, <https://www.zakon.hr/z/74/Ovršni-zakon>.

⁹⁶⁵ Вид. Закон о јавном билежничству, *НН* 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16.

⁹⁶⁶ Вид. Закон о облигационим односима БиХ и Р. Српска, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Сл. лист Р. БиХ* 2/92, 13/93 и 13/94, *Сл. гласник РС* 17/93 и 3/96, <http://pbosnia.kentlaw.edu/macedonia/mlrc/z0001.html>. Вид. Закон о извршном поступку ФБИХ, *Сл. новине ФБИХ* 32/03, 33/06, 39/09.

⁹⁶⁷ Вид. Закон о стварним правима, *Сл. новине ФБИХ* 66/13.

⁹⁶⁸ Вид. Закон о стварним правима, *Сл. гласник Р. Српске* 124/08, 58/09, 95/11, 60/15.

⁹⁶⁹ Вид. Закон о извршном поступку Р. Српске, *Сл. гласник Р. Српске* 59/03, 85/0365, 118/07, 29/10, 57/12, 67/1398/14.

⁹⁷⁰ Вид. Закон о сопственост и други стварни права, *Сл. весник на Р. Македонија* 18/2001, Закон о извршењу, *Сл. весник на РМ* 72/16, [http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni % 20sistemi Zakon_za _izvrsuv a n jeprecisten_tekst.pdf](http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni%20sistemi%20Zakon_za_izvrsuvanajeprecisten_tekst.pdf).

⁹⁷¹ Вид. Закон о облигационете односи, *Сл. весник на Р. Македонија* 18/01, 4/02, 5/03, 84/08.

⁹⁷² Вид. Закон о извршењу, *Сл. весник на РМ* 72/16, [http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni%20sistemi Zakon_za _izvrsuvanjejprecisten_tekst.pdf](http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni%20sistemi Zakon_za_izvrsuvanjejprecisten_tekst.pdf).

3.2.2. Српски покушаји кодификације грађанског права

Пут ка бољем Грађанском закону се развијао чак 170 година (што најбоље осликава каковоју времена која су иза нас), па се не смеју занемарити напор и тежња која је ка томе постојала и пре Берлинског конгреса, па све наовамо. Становишта смо, и то без икакве резерве, да само кодификација целокупног грађанског материјалног и процесног права у два „законика“: грађански и законик о грађанском поступку, попут сличне или гогово исте кодификације кривичне регулативе (иако и даље има закона који штрче), могу створити повољан и сигуран, нормативно кохезион амбијент за регулисање свих правила, па и оних који се тичу конкретне установе хипотеке и његове вансудске реализације. Ту је анахрона и правно потпуно непринципијелна деривација, мешавина материјалне и процесне грађе очај.

Истина, почетком 1872. године, дакле у исто време када су донета два значајна законска текста, министар правде С. Велковић покренуо је иницијативу за рад на реформи Грађанског законика. У писму председнику Касационог суда, он је навео потребу „да се наш грађански законик који је више разних допуна и измена претрпео претресе и на чисто у ред доведе“.⁹⁷³

На почетку XX века осванула је нова иницијатива коју је покренуо Драгољуб Аранђеловић. Млади доцент београдског Правног факултета, тек што је докторирао на Универзитету у Роштоку (Немачка), у пуном научном и стручном успону, изложио је ваљано припремљену и доследно изведену концепцију о доношењу новог ГЗ, уместо старог Хацићевог дела. У том оквиру Аранђеловић је разматрао предности и мане четири законика: аустријског, француског, немачког и ОИЗ за Црну Гору.⁹⁷⁴

Може се претпостављати да је рад обустављен због балканских ратова и Првог светског рата (неуспео покушај доношења грађанског законика у Краљевини Југославији). Посебно су М. Констатиновић и Б. Марковић, за разлику од других правника, довели критику Предоснове до крајњих консеквенци. С обзиром на то да Предоснова није задовољавала услове који су се тражили од нацрта грађанског законика – да буде на висини модерних законодавних дела, да

⁹⁷³ Вид. Миодраг Орлић, *Покушаји да се донесе нови Грађански законик*, Српски грађански законик – 170 година, библиотека *Зборници*, Београд 2014, 453–471: У истом писму он је предложио да се тај рад повери Николи Крстићу, судији Касационог суда и професору Велике школе. Упознат с министровом иницијативом, Крстић се после извесног колебања одлучио да се прихвати постављајући између осталог следеће захтеве: „Тако, треба с ревизијом упоредо да се заведу баштинске књиге (...)“. Тако је у тренутку кад се поставило питање да ли треба донети Грађански законик, који би више одговарао промењеним приликама, иницијатива већ у почетку заустављена. Уместо доношења новог законика или темељитије прераде Хацићевог дела, Државни савет је предложио да се постојећи Законик задржи, а да се измене ограниче на усклађивање текста с до тада учињеним изменама, допунама, објашњењима, као и с оним што би се показало да је неопходно променити.

⁹⁷⁴ *Ibid.* Одличан зналац немачког језика и изузетан правник, упућен у дешавања у аустријској правној теорији и обавештен о расправама које су у суседној царевини вођене, најпре је превео студију Ј. Унгера о реформи аустријског Законика и објавио је у часопису *Бранич*, да би се затим обратио министру правде и стручној јавности с предлогом доношења новог Грађанског законика. Покушај реформе комисије из 1908. и иницијатива да се при изради ГЗ узме за основ аустријски Законик није имала одјека ни у литератури ни у законодавном процесу. Уместо тога, Влада Краљевине Србије (министар правде Марко Трифковић), донела је одлуку 1908. године да се приступи реформи ГЗ само у области имовинског права (општи део, стварно право и облигационо право) и формирала комисију која је добила задатак да припреми Нацрт, имајући у виду неки од најновијих европских грађанских законика. Редактори су се овог пута, за разлику од ранијих узора, одлучили за немачки ГЗ. Како је рад текао и докле се стигло у припреми Нацрта, у литератури нема помена.

одговара правној свести наших народа, они су захтевали да се Предоснова напусти. Њихово главно упориште и ослонац у борби против Предоснове био је ОИЗ за Црну Гору. Са тог становишта посматран, његова улога и значај су заиста били незаменљиви. Да није било Законика, могуће је да би Предоснова, у недостатку бољих решења, била прихваћена упркос свим отпорима и критикама. Али, оригинално Богишићево дело је самим постојањем означавало незаобилазно мерило поређења и светионик на чијој су се светлости јасно указивале, иначе мање видљиве слабости и мане предложеног текста. У времену између 1930. и 1940. године, када се постављало питање грађанског законика, ОИЗ није уживао довољну подршку у правничким круговима да би био прихваћен као основ за израду законика, али је захваљујући њему осујећен покушај да се озакони Предоснова, која је и у том времену заостајала за степеном развоја правне науке и упоредног законодавства, а данас би означавала потпуни анахронизам. Ради комплетније представе Предоснове Грађанског законика Краљевине Југославије 1934. године, треба сагледати и *друга* разумевања. Други угао рефлектује цео проблем. Рад је 1921. године започео Приватноправни одсек који је распоредио послове редакторима и заузео становиште о питању какав ће се грађански законик израдити: да ли ће реципирати неки страни законик, изменивши га више или мање или ће – што би био већи ступањ законодавне делатности – израдити посве нови, властити законик, синтетизујући домаће писано и обичајно право, судску праксу и резултате правне науке.⁹⁷⁵

Стални законодавни савјет, односно његов приватноправни одсек, изабрао је прву алтернативу, узевши као базу за израду законика аустријски Општи грађански законик 1811. односно хрватско службено издање тог законика 1853, то јест АГЗ, односно СГЗ.⁹⁷⁶

Предоснова је штампана расписом министра правде од 27. маја 1934. Садржала је: стварно, обвезно, наследно, статусно право, укључујући и брачно, односно породично право.

Шесто поглавље „О заложном праву“ (§ 464–499) обухвата појам заложног права, постанак, подзаложно право, права и обавезе заложног повериоца, врсте залога и престанак заложног права, те располагање власника хипотеком и право ретенције. Предоснова је имала 1432 §.^{977, 978}

⁹⁷⁵ Вид. Весна Радовчић, *Покушај кодификације грађанског права у старој Југославији* („Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију“, чланак „Радови“), Завод за хрватску повијест Филозофског факултета Свеучилишта у Загребу, Загреб 1975, 249–307. На овакав избор утицала је инструкција тадашње владе, која је, стављајући тежиште на изједначавање, а не на реформу грађанског права, одабрала лакши пут рецепције страног законика. На избор ОГЗ између тих законика утицала је, с једне стране, чињеница да је тај законик непосредно или посредно вредео на већини подручја југословенске државе, а с друге стране, то што је тај законик, иако датира с почетка XIX века, ипак углавном задржао и тада висок ранг и ауторитет, особито откако је измењен трима новелама 1914–1916. Црногорски ОИЗ, иако су му признаване вредности и био је рођен на југословенском тлу, па није стран, отпао је у избору зато што је обухватао само стварно и обвезно право и зато што би „понос нове државе трпео да се као њен ГЗ узме баш Законик Црне Горе, најмање југословенске провинције“. Треба рећи да су радикалнијој ревизији ОГЗ били склони већином правници из Србије. Српски редактори су били школовани у романским (француским) школама, а пречански у германским (аустријским). Од Предоснове ГЗ за Краљевину Југославију, 1934. до Другог светског рата, бројне су расправе и критике од В. Eisnera, М. Мливерића, Ч. Марковића, Ивана Мауровића, С. Шапчанина, Чулиновића, I. Steinmetza.

⁹⁷⁶ *Ibid.* Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију поверена је ужој комисији од три члана (Аранђеловић, Крек, Мауровић), а израда образложења Живојину Перићу и Живану Спасојевићу, што је завршено 1933. године. Живојин Перић је завршио образложење са закашњењем 1939. године.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁸ *Ibid.*

Пре Другог светског рата безмало све земље Европе припадале су породици цивилног права. Настанком социјалистичког блока након Другог светског рата земље чланице блока напустиле су породицу цивилног права. Тај „избор“ и пут који су те европске земље следиле одвојиле су их од римске правне традиције, која је у њима пре тога постојала. Имајући у виду постојање друштвене својине, престала је потреба за применом римског права. Тиме су потпуно заустављене и све даље кодификације грађанског права.⁹⁷⁹

У послератном периоду, преломне је била 1946. година, а прва свеобухватна настојања су потекла од 2006. (изузевши покушаје као што су биле нове Предоснове 1964, Нацрт цивилног кодекса 1966. и Нацрт закона о праву својине и другим стварним правима 1981).⁹⁸⁰

Кад говоримо о кодификацијама у Србији, требало би најпре представити напоре на плану грађанскоправне и стварноправне кодификације која је први пут окончана 2006. године, кад је Радну групу водио проф. В. Водинелић. Уследила и друга.⁹⁸¹

У последња два века Србија је сто година проживела без кодификованог стварног права, а стотину година са кодификацијом, од 1844. када је донет СГЗ до 1946. године, када је престао да важи. У јулу 1964. године израђена је Предоснова за нацрт закона о правима на ствари, са 335 чланова. У јуну 1966. године израђен је Нацрт цивилног кодекса и садржао је више од 235 чланова посвећених стварним правима.⁹⁸²

Сви ти покушаји нису успели.⁹⁸³ Времена су неповратно, бескорисно и штетно прохујала у државно-идеолошкој заблуди, а кодификација доживљава другу младост. Зашто је тако? Зато што начином на који се проблем поставља није могуће доћи до решења. Ми живимо у владавини кодификованог законодавства, закон је по превасходству правило које управља понашањем људи, самим тим први предмет о којем тумачење, као посматрање које жели да обухвати целину, мора водити рачуна.⁹⁸⁴

3.2.3. Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије 2012.

Између свих осталих вредности оба законика, треба истаћи да су оба правилно, у складу са међународном праксом и правилима о пропорцијалности и сразмерности, одвојила поступке принуде депосесије физичких лица од иселења и уговарања вансудске релизације хипотеке у привредном пословању. У складу с праксом и легислативама држава социјалне правде, код којих је наглашено дато раздвајање, нарочито када су у питању кредити којима

⁹⁷⁹ Вид. Емилија Станковић, Кодификације грађанског права у земљама источне Европе, *Правни живот* 540, 10/2010, 555–568.

⁹⁸⁰ Вид. <http://arhiva.mpravde.gov.rs/images/2%20Uvodno%20slovo%20Vodinelic.doc>.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² За разлику од Предоснове и Цивилног кодекса, као текстова насталих у оквиру јединствене надлежности федерације за целокупно стварно право, и за разлику од Закона о основним својинско-правним односима из 1980. године, чијих 90 чланова је проистекло из федералне надлежности само за основне стварноправне односе, НЗДСП из 1981. требало је да у 332 члана уреди стварноправне односе из надлежности републике. Вид. <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z18/14z18.pdf>.

⁹⁸³ Вид. Владимир Водинелић, О језику и номотехници Нацрта Законика о својини и другим стварним правима, *Правни записи*, Правни факултет Унион, Београд 2010

⁹⁸⁴ Вид. Живан Спасојевић, *Аналогија и тумачење*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 1996.

породице решавају „кров над главом“, односно елементарну егзистенцију. Према нашем мишљењу, добро је решење то што су и стварна права „уведена“ у оквир ПГЗ, нудећи да је тим кодификацијама далеко потпунија, с тим што не треба бити недоумица у вези са реалним дугом и другим дериватима неакцесорних средстава обезбеђења јер је плуралитет инструмената обезбеђења (нарочито када су она овако добро и разумљиво регламентирана у ЗСДСП) нужан у земљама транзиције, али и због тога што нам неизоставно следи фаза секундарног тржишта ослоњена управо на „прометљиве“ хартије од вредности. Свеукупни разлози иду у прилог да за сада резервисана, неакцесорна средства обезбеђења у будућности буду *резервисана* управо за ГЗ РС.

3.2.4. Преднацрт грађанског законика Србије 2015.

Преднацрт грађанског законика Србије из 2015. године подељен је у пет књига: Књига прва, Општи део; Књига друга, Облигациони односи; Књига трећа, Стварно право; Књига четврта, Породични односи; Књига пета, Наслеђивање. У контексту ове теме побољшао се донекле положај власника хипотековане ствари у процесу вансудске реализације, а неакцесорна средства обезбеђења остављена су за јавну расправу као „резервисана“. Својина је дефинисана као људско право.⁹⁸⁵ Сузбијена је државна својина као надсвојина, под рубромом „Истоврсност права својине“, чл. 1697 ПГЗ, предвиђено је да право својине буде јединствено, тако да уживају једнаку правну заштиту сви, без обзира на то да ли су у питању физичка лица или држава.⁹⁸⁶ Добробитно решење је начин како је уведено и уређено – неимарско право, то јест право грађења. У стварном праву преостају велике тешкоће, које нису од јуче, а тичу се одустанка од земљишних књига, увођења јединствене евиденције непокретности, као јефтиног и ефикасног регистровања (збирног стања, и фактичког и правног), али у стварном животу то се није догодило. Огроман је број непокретности које су већ деценијама уписане на „покојнике“, због лица која из манипулативних побуда не желе да се укњиже, што нарушава прворазредно начело поуздања у јавне књиге. То потиरे ефекте хипотеке као најкњижнијег стварног права. Легитимно је залагање да се забране сви ванкњижни промети.⁹⁸⁷

3.3. Условљеност економског развоја друштва функционалним правним поретком

Било би потпуно погрешно разматрати ову тему уз апстраховање економске компоненте. Наиме, економском развоју и побољшању живота сваког друштва потребан је функционалан

⁹⁸⁵ На расправи поводом ПГЗ, проф. Хибер је рекао: „Циљ такве одредбе је да спречи државу да законима и подзаконским актима удара на својину. То решење је по систематизацији ново, али по садржини није. Исто пише и у Уставу Србије. Овде се само преузима универзална заштита права својине која постоји и у међународном и у већини правних система упоредног права.“

⁹⁸⁶ Проф. Орлић је, износећи своје виђење дела ПГЗ, истакао значај адвокатске делатности. „Имајући у виду да је право рат мирним средствима, није свеједно какво ће бити. Стање у домаћем праву није задовољавајуће. У судству је криза ауторитета и нема финог система уједначавања судске праксе. Право својине и стварна права у време СФРЈ третирани су у духу удруженог рада, отуда и њихова мањкавост у уређењу. Решења треба да буду хармонична и међусобно повезана.“

⁹⁸⁷ У вези са тим, професор Хибер истиче да је 40 одсто непокретности у Србији неукњижено или неуписано на праве власнике и да се лично залаже за потпуно спречавање ванкњижног промета.

и уравнотежен правни поредак, у чему је улога права да приклади нормативизује оквире тога и таквога деловања. Изопштење пажње са економске сфере и циља, једнако као и свођење искључиво на економску компоненту, у корену је погрешно, са нужно лошим консеквенцама.

Својина има економску функцију да умањује неизвесност и подстиче заштиту ресурса и зато подстиче рад, инвестиције у производњу, инвестиције у очување и побољшање ресурса, размену, што је неопходан услов за економски развој. Својина пресудно одређује ефикасност употребе ресурса, економски раст и богатство народа. Зато су правне норме којима се уређују својинска права у једном друштву најзначајније за карактер економског система, односно одређују начин на који функционише економија једног друштва.⁹⁸⁸

Правни систем одређује како се успоставља право својине – својинска права, које су карактеристике различитих облика својине, шта може бити приватна својина, ограничења приватних и колективних облика својине, како се правно штите својинска права и друго.⁹⁸⁹

Економска теорија својинских права бави се ефектима алокације својинских права приликом употребе ресурса, односно како на подстицаје и ефикасност делује изабрани распоред овлашћења коришћења (*usus*), присвајања приноса од коришћења (*fructus*) и располагања ресурсима (трансфера својинских овлашћења и променне облика и суспстанце – *abusus*).⁹⁹⁰

Хипотекарна криза у САД је изазвана драматичним порастом хипотекарних кашњења, заплена заложене имовине у САД, с великим штетним последицама за банке и финансијска тржишта широм света. Светска економија се у доба хипотекарне кризе суочила са највећом кризом капиталистичке производње још од времена Велике депресије тридесетих година.

Криза⁹⁹¹ се јавила у САД у финансијском сектору, а превасходно је узрокована људском похлепом и мањком законске регулативе. Финансијски инструменти, који су креирани процесом секјуритизације на тржишту САД, били су толико примамљиви да су се брзо почели користити и у другим земљама, због чега је криза попримила глобални карактер.

Глобални утицај америчке привреде, финансијска дерегулација, информатичка повезаност финансијских тржишта и шпекулације финансијских инвеститора главни су фактори који су условили да се ефекти кризе брзо осете и у осталим деловима света.

Врло брзо након ескалације, проблеми су се пренели из финансијског у реални сектор, а прве жртве су биле земље које су директно учествовале у ризичним трансакцијама и остале земље које су индиректно биле погођене одливом капитала и смањењем иностране тражње. Појава кризе приморала је готово све земље света на ургентну примену економских мера с циљем ублажавања разорних ефеката.

Најпре се криза проширила на земље које имају сличан механизам хипотекарног кредитирања (Велика Британија и неке азијске земље), а затим и на остале земље које нису

⁹⁸⁸ Вид. Борис Беговић, Александра Јовановић, Бранко Радуловић, *Економска анализа права*, Центар за издаваштво, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, 42 и даље

⁹⁸⁹ *Ibid.*, 41.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ Ту се огледа помињано синонимно изједначавање хипотеке и моргица. Из чланка се види и иначе зна да су најпре системи САД, а онда и В. Британије били узрок, а ти системи не познају хипотеку.

биле директно укључене у трговину сумњивим хартијама од вредности. Сигурно је да ће много научних радова бити посвећено теми највеће економске кризе савременог света да би се пружило разумно објашњење њеног узрока и дала евентуална решења за превенцију будућих криза.

Неколико година пре кризе, услед све веће потражње за кредитима и недостатка ликвидних средстава, банке су прешле на нов модел ванбилансне секјуритизације⁹⁹² хипотекарних кредита. Банке су почеле да продају хипотеке тржишту обвезница и на бази ове хипотекарне активе емитоване су хипотекарне обвезнице (*Mortgage backed securities – MBS*), које се продају разним инвеститорима уз камату, а банка поново долази у посед ликвидних средстава које пласира. Овакве ХОВ се издају на бази одобрених дугорочних хипотекарних зајмова који тек треба да буду враћени од дужника, па постоји потенцијални ризик уредног сервисирања хипотекарних обвезница у случају да дужник не може да врати кредит. Међутим, *злоупотребе* су настале јер банке више нису имале никакав подстицај да и даље пажљиво проверавају хипотеке које издају. Приватне агенције су биле специјализоване за нове хипотеке и издавале су другоразредне кредите зајмопримцима са slabим кредитним способностима и лошом документацијом прихода.⁹⁹³

Еуфорија, подстицана превеликим очекивањима и шпекулацијама на берзама, узроковала је да се створи тзв. *dot-com* шпекулативни балон, који је доживео крах крајем деведесетих година.⁹⁹⁴

Због проблема у наплати хипотекарних кредита многе банке у САД су банкротирале па су се, последично, јавили немогућност одобравања нових кредита и смањење потрошње, па је *рецесија била неминовна*.

Страх од губитка посла и општа неизвесност јесу фактори утицаја на повећање штедње, што је утицало на смањење производње и, касније, на раст незапослености. Нагли скок

⁹⁹² На овом примеру се може уочити „непредвидљивост“ онога што је након овог научног чланка уследило. Догодила се *највећа светска криза*, управо због лошег управљења ризицима и лакошти у сфери секјуритизације. То не значи, да је овај процес неминован. Вид. Д. Митровић, П. Кнежевић, Секјуритизација извор финансирања и начин управљања ризиком банке, *Правни живот* 513, 12/2007, 91–111.

⁹⁹³ Њихова циљна група били су зајмопримци које су агенције спонзорисане од владе избегавале. Посао се показао као веома профитабилан за банке које су добијале провизију за сваку хипотеку коју би продале. Оне су стимулисале хипотекарне агенте да продају све више и више другоразредних хипотека. Још један разлог је битно утицао на стварање услова кризе. Америка је деведесетих година прошлог века доживљавала експанзију условљену развојем интернета, софтвера и компјутерске технологије. Вид. Д. Живков, И. Павков, Предимензионирање субпримарног хипотекарног тржишта као главни узрок његовог слома (*Oversizing of the subprimemortgage market as the main cause of its fall*), *Школа бизниса* 3/2012, УДЦ 336.77:332.2(7/8).

⁹⁹⁴ Секјуритизација представља поступак конверзије банкарских зајмова у вредносне папире. Мада делује као компликован процес, носи и одређене ризике који се никако не смеју занемарити. У европском моделу секјуритизације хипотекарни кредити, на бази којих су емитоване обвезнице, остају у билансу банке, па се овај модел назива и модел билансне секјуритизације. Банка процењује колики је ризик неввраћања кредита и на бази тога врши резервисање у свом билансу, тако да се улога издаваоца кредита не одваја од субјекта који врши секјуритизацију. На тај начин ризик остаје у банци, а купци заложница су сигурни јер је банка одвојила средства или се обезбедила хипотеком која има реалну вредност за случај неввраћања хипотекарних кредита. Постоји могућност да до кризе не би дошло да су хипотекарни кредити остали у билансима банака јер би се проблеми ограничили само на банке које су издавале обвезнице на бази лоших зајмова. Међутим, амерички модел секјуритизације је омогућавао тзв. ванбилансну секјуритизацију, према којој се заложена имовина износи из биланса банака и уноси у биланс друге финансијске институције, инвестиционе банке или „хеџ“ фонда коме је било дато да емитује и продаје заложнице трећим који су зарађивали на каматној разлици одобрених кредита и емитованих моргиџ обвезница (*mortgage backed securities – MBS*). *Ibid.*

каматних стопа на међународном тржишту новца био је јасан индикатор колико је поверење између банака нарушено. Очекивано, криза се на берзама одразила падом индекса.

Иако је настала у финансијском, криза се пренела и на реални сектор производње, најпре у Америци, а затим остатку света. Као последица пада тражње, десили су се нагли пад производње и раст незапослености. Даља ескалација кризе, која је довела до банкротства неких од највећих банака Америке, била је индикатор да криза није последица тек цикличних кретања привреде.

Из датог закључујемо да су узрочници икада највеће светске кризе САД⁹⁹⁵ управо њен правни систем и финансијска организованост и секјуритизација на основу моргица, уз потпуно „огољену“ слабост система и установа на основу које је настао проблем за цео свет.

Србија је на путу регулативне хармонизације прописа коју заснива на европским стандардима и директивама, па се тим током одбија и тржиште. Битан фактор стабилности је стабилност и функционалност стања непокретности и ефикасност реализације кредита из хипотекованих непокретности, јер је ослонац ХОВ и успостављања компатибилних берзи.⁹⁹⁶

Берзанско право је скуп правних правила којима се уређују берзе, њихов однос према држави и послови који се закључују у трговини које берзе организују. Берзанске *смицалице* (*rigging the market*) јесу радње које учесници берзанске трговине (*сплеткароши*) предузимају у намери да промене курс котираних ствари противно деловању тржишних закона (понуде и тражње), како би себи или другом прибавили имовинску корист продајним уговорима с другим учесницима, које оштећују.⁹⁹⁷ Смицалице се називају и тржишним злоупотребама (*market abuse*) и манипулацијама (*market manipulations*). Последица успешно преузете смицалице је стварање лажног (вештачког) тржишта.⁹⁹⁸

Савремени процеси глобализације и интернационализације националних финансијских тржишта и флукуација новца и капитала која не познаје границе и национална ограничења приморали су чланице ЕУ да правну регулативу у области укупне финансијске, односно берзанске трговине хармонизују на наднационалном нивоу, по директивама ЕУ.

Доминација етичких вредности у финансијско-берзанској трговини истовремено значи и елиминацију потенцијала криминализације берзи. Након научно-стручне и последичне обраде, класификују се три групе узрочника: прва, папирни новац и његово намерно кварење; друга, криминализација банкарског пословања и финансијских тржишта; трећа, незнање и заблуде, где се подразумевају помодарске импровизације, незналачке пословне имитације и неетичке финансијске шпекулације.⁹⁹⁹

Закључак је да_ако нешто хоћемо, то најпре треба добро да знамо.

⁹⁹⁵ Француски дипломата Токвил је изрекао: „Америка је велика зато што је добра, када не буде добра, неће бити велика.“ (*America is great because America is good. If America ever ceases to be good America will cease to be great.*)

⁹⁹⁶ Вид. Славица Милетић, *Хармонизација регулативе хипотекарног тржишта Србије са Европском унијом*, докторска дисертација, Универзитет Сингидунум, Београд 2012.

⁹⁹⁷ Вид. Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Издавачки центар, Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2009, 406 и даље.

⁹⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹⁹ Вид. Живота Ристић, *Ново европско берзанско право*, Библиотека Суочавања, Центар за унапређење правних студија, Београд 2000, 30 и даље.

Указивали смо стално на „трећу генерацију“ обезбеђења *sui generis*, чији је суштински смисао делотворан ефекат. У том погледу, ма како „изгледала“ та нова обезбеђења, она су у другим земљама често нормирана и у пракси све више узимају замаха. То су разноврсне цесије, факторинг, лизинг, закуп-продаја и тек за надаље фортфетинг, продаја доспелих и недоспелих потраживања. За пример узмимо „продају потраживања“, чему банке најчешће посежу при лошим пласманима и билансима.

То чине многи велики повериоци и то треба потенцирати. Продаја тражбине и брз долазак до циља готово су извесни. Извесност кошта. Ризик наплате тражбине је, по правилу, препуштен другоме. Поверилац, као непосредан стицалац тражбине, уступа пријемнику одређене користи, али и бригу о наплати тражбине.¹⁰⁰⁰

Ако другога „боли глава“ због неизвесности наплате, он има право и на одговарајућу накнаду. Укратко, бирајући „друм којим путује“, поверилац управља ризиком у наплати тражбина. Ако уступаће тражбина (нпр. у послу факторинга) погледамо из угла економске анализе, може се приметити да препуштаће наплате лицу које је за то ваљано специјализовано – фактору, позитивно утиче на економску ефикасност.¹⁰⁰¹

Трошкови принудног извршења уговора подразумевају не само оптерећивање правосуђа већ и упошљавање правних стручњака на страни имаоца тражбине, који ће овај често дуготрајан поступак (евентуално) усмерити у његову корист. Такво ангажовање ресурса генерише додатне трошкове. С друге стране, поверилац који је своје потраживање уступио фактору у овом сегменту битно смањује трансакционе трошкове и тако посредно доприноси друштвеном благостању.¹⁰⁰²

Као један од својих најважнијих циљева Народна банка Србије наводи унапређење процеса управљања лошом активом у банкама. Притом се нарочито наглашава да спречавање *чишћења биланса банака* онемогућава веће кредитирање у будућности без којег нема привредног раста. Инвестициони фондови су флексибилнији и често ефикаснији у реализацији проблематичних кредита од банака, па је зато јако важно кроз одговарајућа законодавна решења креирати модеран правни оквир за продају и куповину тражбина.

Сматрамо да свако рестриктивно тумачење члана 48 Закона о извршењу и обезбеђењу¹⁰⁰³ које повлачи оштру разлику између *прелаза* и *преноса* потраживања не одговара стварној намери законодавца, али ни самој логици ствари. Стварање вештачке границе између та два правна појма несумњиво не доприноси успостављању владавине права и поверењу грађана и привреде у правосудни систем Србије.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰⁰ Вид. Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Пословни биро Београд, 2011.

¹⁰⁰¹ Вид. Ненад С. Тешић, *Продаја и пренос потраживања*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2012.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. лист РС* 106/15, 106/16, 113/17, 54/19.

¹⁰⁰⁴ Вид. Н. Тешић, *Како расплакати Есхила?*, *О правнотрагичној рестриктивности у тумачењу појма „прелаз потраживања“*, *Право и привреда* 7–9/2017, 75–108. У Србији усвојен је нови ЗИО који се примењује од 1. јуна 2016. Без било каквог устегања се може рећи да је ЗИО усмерио рефлекторе на неколико кључних недостатака нашег савременог законписања, као што је пренормираност (хиперинфлација). О злоћудној појави у нормативној пракси говори околност да је ЗИП (2004) имао 306 чланова, ЗИО (2011) 363 члана, а нови ЗИО (2015) укупно 551 члан.

Трећу генерацију је тешко „изнедрити“ ако се не изнедри конкретан закон. Банке су због „пропадања“ функционалних средстава обезбеђења и неприхватљиве изложености ризицима већ „потегле“ у пракси такве инструменте. Продају потраживања врше, и то на велико, и велики телефонски оператори итд. Услед сумње у ваљаност ефектних средстава обезбеђења нужно су заживели нови модели. Нико не жели у свом портфељу лоше пласмане и ненаплаћена потраживања, чак ни она ризична. У ту сврху довољно је видети нормативистику банкарских закона и ризика.^{1005 1006}

Факторинг је модерна финансијска услуга чија је намена финансирање обртних средстава, побољшање новчаног тока и одржавање текуће ликвидности. На тај начин компанија може значајно проширити обим производа и услуга које нуди својим клијентима, односно може проширити круг својих клијената.

Изузетно брза реализација омогућује битно бољу кредитну способност банака, а растерећује билансе. Факторинг као начин прибављања готовине од банкарског кредита се разликује у три битна елемента: нема потребе за гаранцијом (хипотека и сл.) јер је предмет трансакције потраживања и фактор куповином преузима комплетну одговорност и ризик наплативог, то није зајам већ је у питању продаја. Код банкарског кредита постоје две стране док су код факторинга у трансакцији три стране.¹⁰⁰⁷

У НБС је у припреми закон који би банкама могао да омогући продају проблематичних кредита грађана специјализованим финансијским институцијама. Банке тврде да би брже очистиле билансе од лоших зајмова, док део стручне јавности упозорава да не треба омогућити трговину кредитима грађана. Да ли ће банке ускоро моћи да продају проблематичне кредите грађана фондовима и сличним специјализованим финансијским институцијама? У банкама кажу да су лоше пласмане већ урачунали у губитке, али да би им могућност њихове продаје специјализованим институцијама одговарала.¹⁰⁰⁸

Посао *форфетинга* сличан је факторингу, а највећа разлика је у томе што се код факторинга врши продаја потраживања у земљи, док се код форфетинга потраживања продају у иностранству. Специјализована организација – банка откупљивач је потраживања форфетар и преузимањем потраживања, то јест документа, преузима и ризик наплате потраживања.

Ако потраживање остане неплаћено од трећег, форфетар нема право регреса, односно нема право да се регресним захтевом обрати претходном власнику потраживања. По томе се правни посао форфетинга знатно разликује од осталих банкарских послова, посебно од факторинга, есконта, новчаног кредита.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁵ Вид. Закон о банкама, *Сл. гласник РС* 107/05, 91/10, 14/15.

¹⁰⁰⁶ Вид. Закон о банкама, *Сл. лист ЦГ* 17/08, 44/10, 40/11.

¹⁰⁰⁷ Вид. Закон о факторингу, *Сл. гласник РС* 62/13.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ Вид. Митар Станисавић, *Форфетинг*, Институт за право и финансије, Београд 2015. Историјски развој форфетинга почиње далеко у прошлости. Једну од варијанти оваквог начина финансирања користили је пре две хиљаде година феничански трговци. Реч форфетинг потиче од фр. *a forfait*, односно нем. *forfaitierung*. По правилу, реч је о откупљању дугорочног потраживања, то јест кредита од банке или посебне финансијске организације. У литератури се форфетинг везује за Швајцарску. Први уговор о форфетингу потиче из Швајцарске 1965. Учесници у форфетингу су домаћи извозник (продавац – страни увозник, банка форфетар) која купује тражбину.

Дакле, није неизвесно да укратко наведена трећа генерација обезбеђења потраживања стиже и да су надлазећи процеси неминовност, па зато наши законодавци то морају правноваљано и благовремено узаконити. Србија је ипак на путу постепене хармонизације коју заснива на одређеним европским стандардима, па се тржиште постепено и значајно неспорно данас развија.

Битан фактор стабилности је стабилност стања и ефикасност реализације кредита из хипотекованих непокретности јер је то једини „ослонац“ хартија од вредности, а уз све то и успостављања компатибилних пре свега кредибилних берзи.¹⁰¹⁰

¹⁰¹⁰ Вид. С. Милетић, *Хармонизација регулативе хипотекарног тржишта Србије са Европском унијом*.

ПРОБЛЕМИ ВАНСУДСКЕ РЕАЛИЗАЦИЈЕ ХИПОТЕКЕ

1. Вансудска реализација хипотеке уопште

Вансудску реализацију, или како то закони подједнако дефинишу, „намирење хипотекара из хипотековане непокретности“, уколико тумачимо само семантички и догматски, не врши суд. Ако је било ко други спроводи, онда је то вансудска реализација хипотеке. То је нетачно. Наиме, према ЗХ Србије и ЗСПО Црне Горе, то су „овлашћена лица“ која уговорне стране именују приликом закључења уговора о обезбеђењу потраживања, односно хипотекар или друго овлашћено лице коме хипотекар, по ЗХ – повери овлашћење да води аукцију. Ова дистинкција је битна, али уједно и јаснија по законским концептима.

1.1. Вансудска реализација хипотеке у ширем смислу

Под вансудском реализацијом хипотеке у ширем смислу подразумевају се и концептуално, према законским решењима, извршни поступци који се одвијају мимо суда, али посредством нових и старих, а обновљених правосудних професија. Дакле, нотари и медијатори су познате правосудне професије и начини решавања спорова мирним путем поравнањима, то јест нагодбама. Новост је увођење јавних извршитеља ЗИО РС 2011.¹⁰¹¹

По ЗХ, вансудско намирење спроводе професионалци, овлашћена лица чија је то редовна делатност. По ЗИО Црне Горе, та овлашћена лица су јавни извршитељи, адвокати и агенције за промет непокретности. У стварности Црне Горе, вансудску реализацију спроводе адвокати хипотекара и комисије састављене од запослених код хипотекара, најчешће банке.

Стога, ако је расправа о вансудској реализацији осмишљеној по слову закона, онда то нису јавни извршитељи ни јавни бележници/нотари ни посредници/медијатори већ лица која објективно по сваком мерилу неравноправне стране уговорнице одреде у уговору о хипотеци, пошто је овде о хипотеци реч. То не могу бити јавни извршитељи јер су процесноправно везани за суд, доминантно и нераскидиво подложни судској власти (одредница „вансудски“ у називу ове теме није тачна, „судски контролисан“ је пак тачна). Сем тога, они су везани и за владин ресор правде и мониторинг и Комору јавних извршитеља.

Резолуција која успоставља Европску комисију за ефикасност правосуђа (СЕРЕЈ, 2002) Савета Европе служи за деловање и праведност система правосуђа, а у своје приоритете је истовремено укључио извршење судских одлука. Ту неспорно спадају – јавни извршитељи.

¹⁰¹¹ Зато је према нашем уверењу, законодавац морао имати више слуха, за ситуације из стварности, много боље да се та права пренесу најпре на судију. Вид. Небојша Шаркић, Младен Николић, Критичка анализа појединих одредаба ЗИО, *Правни живот* III, 11/2011, 839–853.

У том правцу је израђена студија швајцарског Института за упоредно право, чији су циљеви: одржавање владавине права и поверења грађана у судски систем. Сви ови поступци и сва извршења морају бити и ефикасни и праведни. Потребно је постићи одговарајућу равнотежу између повериоца и дужника. Државе треба да предузму одлучне мере транспарентности рада суда и јавних извршитеља.¹⁰¹²

Увођењем нове правосудне професије јавних извршитеља напуштена је вишедеценијска традиција извршења судских одлука и других извршних и веродостојних исправа путем суда, односно судских извршитеља. Није постојала обавеза Републике Србије да у процесу придруживању ЕУ уведе извршитеља.

Република Хрватска је најпре увела извршитеље новим ОЗ, али се брзо вратила на систем судских извршитеља. Обавеза увођења извршитеља не произлази ни из ЕКЈП, ни из ставова које у пресудама заузима Европски суд. Ако се покаже да нови систем не доприноси унапређењу извршног поступка, држава се увек може вратити на старо. Само оспоравање извршитеља позивањем на повреду уставних одредаба не стоји.

Из законске дефиниције закључујемо да је извршитељ првенствено одговоран за спровођење извршења. Због чињенице да га именује министар надлежан за правосуђе и да извршитељ проводи извршење и друга јавна овлашћења примеренији назив би био јавни извршитељ. За акте и радње јавних, такорећи приватних извршитеља и других лица која могу имати јавна овлашћења у спровођењу извршења, а којима се иначе може повредити право из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, не може да се искључити одговорност конкретне државе.¹⁰¹³

Посреди је нова правосудна професија створена тако што је конкретна држава пренела део својих јавних овлашћења и то претежно законом делегирала на одређена лица са одређеним квалификацијама, под одређеним условима и то у одређеним поступцима одређивања и спровођења извршења и за одређене материје.

1.1.1. Јавно бележништво – нотари

Јавни бележници одскоро заузимају веома важно место у фази заснивања хипотеке, то јест обезбеђења потраживања, али у упоредној пракси и код реализације хипотеке, па би зато ваљало експликовати ову правосудну професију, њену подобност и функционалну могућност регламентације и примене у фази реализације хипотеке.

Не постоји никаква озбиљнија правна дилема да треба подржати процес дејудичијализације. И, наставити управо тамо где је прекинуто давне 1930. године. Али, треба имати и довољан степен опреза. Јавни бележник – нотар је, иако стара правосудна професија, тек одскора заживела у нашим правним порецима (по други пут), па се треба сама изборити за сопствени ауторитет и јавни углед и поверење, да би и у стварности постала установа од

¹⁰¹² Вид. Небојша Шаркић, Младен Николић, *Како до ефикасног и правичног извршења*, *Правни живот* 542, 12/2010, 107–127.

¹⁰¹³ Вид. Никола Бодирога, *О уставности извршења потраживања путем приватних извршитеља*, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014, 114–129.

општег јавног поверења. Задатак сваке транзиционе државе је захтеван и деликатан. Од тог приступа зависиће и последице, односно „животни“ и ефективни учинци.

Српска историја познаје notare још у средњем веку.¹⁰¹⁴ Латински бележник је по занимању правник који на основу јавних овлашћења прихвата од странака изјаву воље, даје јој писмену правну форму и о томе издаје одговарајуће исправе које имају карактер јавне исправе.¹⁰¹⁵

Израз нотарска или јавнобележничка исправа се користи ради означавања свих исправа које уз различите облике суделовања јавног бележника могу стећи својство извршне исправе независно од тога да ли је ту исправу јавни бележник саставио као јавнобележнички акт, солемнизовао или је на њој само оверио потпис обавезника, односно има ли значење јавнобележничке кондемпнаторне одлуке.¹⁰¹⁶

У члану 10 Закона о хипотеци¹⁰¹⁷ предвиђа се да се конкретно уговор о хипотеци стипулише или закључује као јавнобележнички запис или јавнобележнички потврђена (солемнизована¹⁰¹⁸) нејавна исправа. Правну нарав (записа и солемнизоване) исправе, као извршних исправа, дају Закон о јавним бележницима¹⁰¹⁹ и Закон о извршењу и обезбеђењу, који предвиђа да су јавнобележнички запис или јавнобележнички потврђена (солемнизована) исправа извршне исправе.¹⁰²⁰

Зато и нема никакве дилеме да су јавни бележници, када се сагледају њихова јавна овлашћења и шта све могу предузимати те које учинке остваривати, нарочито оне који се односе на атрибуцију записа и солемнизоване нејавне исправе као извршне исправе, од велике користи. Постоји плуралитет јер је од јула 1990. године то својство и по новелираном ЗИП-у СФРЈ имала споразумна судска хипотека.

Солемнизација је јавнобележничка радња на основу које приватна исправа у правном смислу добија доказну снагу јавне исправе. За солемнизацију се користе и називи оверавање нејавне исправе и потврђивање исправе. По правној природи солемнизација је средина између овере потписа (легализације) и сачињавања записа. Разлика између солемнизације и легализације је у томе што је солемнизација строжа и обухватнија. У поступку солемнизације улога нотара је много шира. Он треба да потврди да је странка потписала исправу и да садржина исправе одговара вољи странке.

¹⁰¹⁴ Неопходно је подвући Душанов законик, донет на државним саборима 1334. и 1345. године. Најзначајни акт српског средњовековног законодавства, помиње *приставе*, па се сматра да су пристави имали улогу бележника чија је усмена изјава уживала заштиту „јавне вере“ јер је у судском процесу пристав служио као сведок или за „веће веровања“. Вид. Милена Трговчевић Прокић, *Овлашћења јавног бележника и организација бележничтва*, треће допуњено и измењено издање, Службени гласник, Београд 2012, 50 и даље.

¹⁰¹⁵ Вид. Акт о оснивању Међународне уније латинских бележника (UINL).

¹⁰¹⁶ Вид. Михајло Дика, *Зборник радова са регионалних конференција о нотарима*, ГТЗ, Београд 2010.

¹⁰¹⁷ Вид. Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС* 115/05, 60/15, 63/15, одл. УС и 83/15. Уговор о хипотеци закључује се као јавнобележнички запис или потврђена (солемнизована) исправа.

¹⁰¹⁸ Правна нарав „извршне исправе“ даје само „запису“. Вид. ЗХ, чл. 10 и чл. 15, ст. 1.

¹⁰¹⁹ Вид. Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС* 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон.

¹⁰²⁰ Извршне исправе су и: 4) уговор о хипотеци и заложна изјава; 6) јавнобележничке исправе које имају снагу извршне исправе; 7) споразум о решавању спора путем посредовања, који испуњава услове одређене законом којим се уређује посредовање у решавању спорова; 8) исправа која је другим законом одређена као извршна исправа. Уговор о хипотеци и заложна изјава су извршне исправе ако су закључени, односно дати у форми коју одређује ЗХ, садрже одредбе које он предвиђа и ако су уписани у катастар непокретности као извршна вансудска хипотека. Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС* 106/2015, 106/2016 – аут. тумачење, чл. 41.

Највећи значај солемнизација има у правним пословима којима се располаже непокретностима. Новелама ЗЈБ из фебруара 2013. предвиђено је да запис буде обавезна форма за све уговоре којима се располаже непокретностима. Под уговорима о располагању непокретностима подразумевају се уговори којима једна страна на својој непокретној ствари конституише уже стварно право у корист трећег (нпр. уговор о хипотеци, заложна изјава и др.).¹⁰²¹ Сличну типологију уговора о хипотеци, с правним квалитетом извршне исправе, дају и ЗН¹⁰²², ЗИО,¹⁰²³ ЗОСПО¹⁰²⁴ ЦГ.

За улогу јавног бележника у области права залоге на непокретностима важно је да се прецизно дефинишу положај и надлежност нотара. Србија је усвојила ЗХ, практично оживљујући концепт хипотеке. Тим законом се такође јемчи ефикасно сакупљање хипотекарних дугова. Сматрамо да је након промена које су се догодиле на друштвеном и економском плану потребно свеобухватно критички испитати својинскоправне односе, усвајања новог закона о својинскоправним односима и паралелног усклађивања законодавства којим се уређују правни поступци. Нотар, као посебна, самостална и независна правничка професија, поступа на основу јавних овлашћења и његова делатност подразумева посебно поверење управо из разлога што обавља делатност на основу јавних овлашћења која добија од државе, при чему се и послови јавног бележника истичу као посебан елеменат појма латинског бележника.¹⁰²⁵

У прилог таквом ставу иде и чињеница да би јавни бележник био стручан за обављање наведених послова, посебно чињеница да би штитио интересе и повериоца и дужника у поступку продаје непокретности. Према томе, јавни бележник би најпре утврдио оријентациону тржишну вредност хипотекарне непокретности која се продаје ангажовањем судског вештака, а потом би предузимао друге потребне радње везане за продају. Код аукцијске продаје јавни бележник би сачинио и објавио оглас о одржавању аукције, а уз објављивање јавног огласа би у форми јавнобележничког записника сачинио и доставио обавештење лицима на које се односи Закон о хипотеци.¹⁰²⁶

¹⁰²¹ Јавни бележник није само правни стручњак; он је правни стручњак ком је указано поверење. Зато се мерило кривиче јавног бележника разликује од мерила кривиче других правних стручњака, то јест учених правника на које нису пренета јавна овлашћења. Примера ради, за јавног бележника важи строжи и сложенији стандард основано очекиваног поступања, него за адвоката. Вид. Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Досије студио, Београд 2014, 229–231.

¹⁰²² Нотарски акти су акти о правним пословима, изјавама воље и чињеницама које, у оквиру своје надлежности, саставља нотар (запис), записници о правним радњама и чињеницама којима присуствује нотар (записник), потврде о чињеницама које потврђује нотар (потврда) и овере преписа, потписа и др. (овера). Вид. Закон о нотарима, *Сл. лист ЦГ* 68/05, бр. 49/08, 55/16, чл. 5.

¹⁰²³ Извршне исправе су: 1) извршна судска одлука и судско поравнање; 2) одлука и поравнање који су као извршне исправе прописане посебним законом; 3) уговор о хипотеци, односно заложна изјава сачињена по прописима о хипотеци; 4) нотарски акт који представља извршну исправу; 5) друга исправа као извршна; вршење нотарског записа може се побијати по закону којим је уређен извршни поступак. Вид. Закон о извршењу и обезбјеђењу, *Сл. лист ЦГ* 36/11, 28/14, 20/15, 22/17, 76/17, чл. 18.

¹⁰²⁴ Уговор о хипотеци мора бити закључен у писаној форми и оверен од надлежног органа. Вид. Закон о својинско-правним односима, *Сл. лист ЦГ* 19/09, чл. 319.

¹⁰²⁵ Вид. Катарина Доловић, *Улога јавног бележника код заложног права на непокретности*, *Страни правни живот* 2/2010, Правни факултет у Београду, УДК 347.964.2.

¹⁰²⁶ Вид. Мелиха. Повлакић, *Трансформација стварног права у БиХ*, Сарајево 2009.

У Словенији^{1027, 1028, 1029} и Хрватској¹⁰³⁰ нотари имају битнију улогу и у продаји хипотековане или фидуковане ствари. Годинама је развијана таква пракса. Али, у тим земљама бивше СФРЈ за сада нису уводили као код нас тзв. нове извршне исправе.¹⁰³¹ Овде ћемо се усредсредити на то како је хрватски законодавац тражио „улогу“ нотару: „Разматрањем концилијанске (тј. посредничке медијацијске, помирителске) димензије функције јавног билежничтва у вези с могућностима и потребом проширења улоге јавнобилежничке службе у обављању измиритељских послова, сугерира се нужност опрезног поступања том проблему, особито с аспекта последица које би на обављање дјелатности те службе могао имати измиритељски инкомпабилитет.“^{1032, 1033, 1034}

На тај би се начин добила уставноправна основа за (даљне) преношење послова из судске надлежности на одређене метастаталне службе, у које би поред јавних билежника било могуће уврстити и „јавне овршитеље“ и разне друге „нижег ранга“.¹⁰³⁵

Тако је надлежност јавног бележника у чл. 278 ОЗ Републике Хрватске да одлучују о предлогу за извршење на темељу веродостојне исправе по одредбама чл. 279 ОЗ. У погледу заснивања споразумног обезбеђења потраживања, постоји уведен стварно функционалан дуалитет суда и јавног бележника.¹⁰³⁶

¹⁰²⁷ Вид. Закон о спремемби Закона о нотариату – ЗН-Г, *Урадни лист РС* 91/13 з дне 5. 11. 2013, (пречишчено беседило). „Обиčajно so vsi posli, s katerimi se ustanovi zastavna pravica ali hipoteka, ustanovljeni v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa, ki daje upniku dodatno varstvo, saj izvršilnemu postopku v primeru ugovora dolžnika ne sledi pravdni postopek (ugovor se ne upošteva).“

¹⁰²⁸ Вид. Закон о извршби ин заваровању, *Ур. лист РС* 3/07, уратно пречишчено беседило, 93/07, 37/08 – ЗСТ-1, 45/08 –ЗАрбит, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – одл. УС, 45/14 – одл. УС, 53 /14, 58/14 – одл. УС, чл. 17 (Извршилни наслов). „Sodišče dovoli izvršbo na podlagi izvršilnega naslova. Izvršilni naslovi so: 1. izvršljiva sodna odločba in sodna poravnava; 2. izvršljiv notarski zapis; 3. druga izvršljiva odločba ali listina, za katero zakon, ratificirana in pogodba ali pravni akt EU ki se v Sloveniji uporablja neposredno, določa, da je izvršilni naslov.“

¹⁰²⁹ Вид. Закон о финанчних заваровањих, *Ур. лист РС* 67/11 – ло 82/13, 90/15 – одл. УС, чл. 15b–15t. Продају хипотековане непокретности врши нотар на овим нормама прописан начин. „Notarsko prodajo zahteva hipotekarni upnik v korist katerega je vknjižena notarska hipoteka.“

¹⁰³⁰ Вид. Закон о јавном билежничтву, *НН* 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16), чл. 157, ст. 1, тач. 2: процјене и јавне продаје (дражбе) покретних ствари и некретнина у поступку (...).

¹⁰³¹ Вид. Овршни закон, *НН* 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 на снази од 1. септембра 2014.

¹⁰³² Вид. Закон о власништву и другим стварним правима, *НН* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, чл. 311 и даље.

¹⁰³³ „У Хрватској су међутим, јавнобилежничкој служби, након што је изнова успостављена 1995. године, сукцесивно повјераване и друге задаће, низ других послова за које би се само на први поглед могло рећи да излазе ван оквира њихове превентивне правозаштитне функције, функције непристраних повјереника странака који своју дјелатност могу обављати у границама њихове сагласности. Тако се ОЗ из 1996. јавни билежници овлаштени конкурентно са судовима проводити поступке zaloжноправног и фидуцијарног осигурања (...) док им је новелом ОЗ из 2005. повјерено одређивање оврхе на темељу вјеродостојне исправе, заправо издавање платних налога и увјетне оврхе на темељу неправомоћних платних налога. Тенденцији преношење послова из судске изванпарничне јурисдикције на јавне билежнике, свједочимо последњих петнаестак година у склопу ширег недовољно дефинираног процеса дејудизијализације (...). Ради унапређења стања грађанскоправне заштите било би умјесно кад би се већ у Уставу отворила могућност да се обављање одређених послова (...) може законом у судовима повјерити и особама које немају својство суца (судски савјетници, службеници) односно ван судова с јавним овластима које би (...) јамчиле разину самосталности, неовисности и објективности осигурана судовима.“

¹⁰³⁴ Вид. Повлакић, *Трансформација стварног права у БиХ*, 258.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, 261.

¹⁰³⁶ Јавни бележници – нотари имају дугу традицију. Њих везујемо за прве облике настанка писаних правних извора, те су они углавном записивали вољу или наредбе владара или црквених веродостојника. У Риму они добијају назив табелиони, по таблама прекривеним воском на којима су записивали одређене правне послове или вољу грађана. У савременом свету углавном разликујемо два модела јавних бележника. *Англосаксонски модел*

Јавни бележници добијају печат од државе и на тај начин добијају специфичан статус приватне професије коју обављају по налогу суда. У чл. 98 ЗЈБ РС предвиђа се ограничење у поверавању послова јавном бележнику. Наиме, општим одредбама грађанског процесног права предвиђено је да странке не могу располагати оним захтевима или правима која су у супротности са законима, која су у супротности са моралом или са општим правилима која важе у једном друштву. Као један од основних услова за извршност јавнобележничког акта, закон предвиђа и изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу те исправе може спровести извршење. Ова изјава мора бити прецизна, јасна и недвосмислена. Управо у тој одредби лежи и суштинска разлика извршне исправе коју сачињава суд, од извршне исправе коју сачињава јавни бележник. Наиме, суд суди и самим тим и пресуђује. Одлука суда је извршна исправа, уз остале извршне исправе. Али кад говоримо о разлици, морамо имати у виду да јавни бележник нема овлашћења да одлучује о спорним стварима. Иманентност његове професије управо лежи у чињеници да на основу јавног овлашћења може да уреди неспорне односе између странака. То говори о вредности јавнобележничке професије те уштедама које увођење јавнобележничке професије доноси држави. Јавни бележници растеређују судове од неспорних ствари, али и олакшавају странкама да кад постоји сагласност воља могу брже, једноставније и јефтиније (!) да разреше проблем.

Компликованија ситуација је у случајевима када немамо ниједан од назначених услова. Тада извршни поверилац може да покрене парнични поступак. Суд, односно извршитељ обуставиће извршење ако утврди да при сачињавању јавнобележничког записа нису испуњени услови да би запис имао снагу извршне исправе, што је у супротности с начелом формалног легалитета које се примењује у извршном поступку. Наиме, извршни суд, односно извршитељ, нису власни да тумаче, мењају, преиначују или на било који други начин преиспитују извршну исправу. Његова (јавнобележничка – нотарска) улога може се свести (кад је у питању хипотека) само на активности везане за њен настанак и, евентуално, престанак, а реализација и извршење остају искључиво у надлежности суда, односно јавних извршитеља.¹⁰³⁷

Дакле, за заобилажење парнице у свим земљама бивше државе постојало је и данас постоји споразумно судско обезбеђење потраживања. То није било довољно, па сад постоји дуалитет, и јавних бележника и суда. Наиме, новелама ЗИП (*Сл. лист СФРЈ* 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 27/90 – ступио на снагу 1. јула 1990) уведено је уговорено заложно право као средство обезбеђења новчаног потраживања повериоца.¹⁰³⁸

Уговор и хипотеци који сачини јавни бележник може имати значај извршне исправе (само) ако садржи оне одредбе које закон изричито прописује. Институт *европског извршног наслова*, који се односи на неспорне тражбине, уведен је у право земаља Европске уније и то Уредбом Европске уније бр. 805 из 2004, Европског парламента и Већа од 21. априла 2004. у оквиру програма мера за спровођење неспорних начела при признавању одлука о грађанским

подразумева блаже услове за обављање послова јавних бележника а тим и мањи круг послова који се ставља у надлежност овој професији. *Европски – латински модел* подразумева посебну правосудну професију (дипломираног правника с положеним правосудним и јавнобележничким испитом с одређеним бројем година радног искуства и угледом у средини где живи и ради).

¹⁰³⁷ Вид. Н. Шаркић, М. Почуча, *Извршно и јавно бележничко (нотарско) право*, *Правни живот* 558, 12/2012, 23–43.

¹⁰³⁸ Вид. Боривоје Старовић, *Коментар закона о извршном поступку* (законодавство, теорија, пракса), прерађено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду, „Право“, Нови Сад 1991, 11.

и привредним стварима, што у првој фази предвиђа укидање егзекватуре (делибационог поступка) и стварање европског извршног наслова само за неспорне тражбине.^{1039, 1040}

По свему наведеном, постоје приметне разлике у схватању функције и врста послова које треба да обављају јавни бележници. Неспорно је да су (за разлику од јавних извршитеља) то лица која су претходно имала искуства у вршењу послова у правосудју. Тиме њихова улога постаје значајнија. У земљама које смо навели нотари обављају и послове врло блиске или истоврсне јавним извршитељима.

То је, по нашем схватању, несагласно поимању нотари као лица од заједничког поверења странака, које врши оне послове где нема спора „неспорне послове“ и даје им правне квалитете, оно што је најбитније (и код хипотеке) правни квалитет – извршне исправе. Та улога је за сада у нашем праву задовољавајућа и потпуно заокружена, па не би требало експериментисати са нотарима у реализацији хипотеке.

1.1.2. Јавни извршитељи

У европском оквиру је уобичајено да се разликују четири система организације извршења: судски систем организације (*Court-oriented System*), систем извршитеља (*Bailiff-oriented System*), мешовити систем (*Mixed System*) и административни систем (*Administrative System*).¹⁰⁴¹ Доктрина о недељивости судске надлежности и судске принуде довела је до тога да се извршење сматра природним продужетком судских пресуда. Постоје и системи у којима се извршење третира административно, а одговорност извршења поверена је једном или више органа управе (министарство, агенција, управа).¹⁰⁴²

Типичан пример административног концепта извршења је *Шведска* где је извршење поверено специјализованој Агенцији за извршење (*Kronofogdemyndigheten*), која проводи извршење на судским, административним и арбитражним одлукама, а није потребна посебна судска дозвола о извршењу. Не може се избећи утисак да су реформе извршења у државама региона створиле конфузију у правној природи и функцији извршења, следствено, и у питању избора адекватне институционалне структуре. Јер, извршење је без сумње „упад“ у

¹⁰³⁹ Пошто јавни бележник пружа професионалне услуге, питање је да ли и јавно бележништво потпада под слободу пружања услуга и настањивања. Извештај Маринхо (од 3. новембра 1993) даје занимљиве оцене да су принципи латинског јавног бележништва „по европском мерилу“, нарочито да је јавнобележничка делатност превасходно вршење јавних овлашћења. Узимајући у обзир да је вршење јавних овлашћења нераздвојив елемент јавнобележничке професије, одредбе које предвиђају слободу настањивања и пружања услуга нису прикладне за ту професију у целини. ЕП је усвојио Резолуцију у којој у потпуности инсистира на надлежности ЕУ у материји „јавнобележничког права“. Вид. Драгана. Кнежић Поповић, *Јавнобележничка делатност у светлу слободе настањивања и слободе пружања услуга у праву ЕУ*, Водич кроз право ЕУ, Институт за међународну политику и привреду, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд 2009, 150–154.

¹⁰⁴⁰ Јавни бележник није само правни стручњак, он је правни стручњак коме је указано поверење. Зато се мерило кривице јавног бележника разликује од мерила кривице других правних стручњака, то јест, учених правника на које нису пренета јавна овлашћења. Примера ради, за бележника важи строжи и сложенији стандард основано очекиваног поступања него за адвоката. Вид. Марија Караникић Мирић, *Одговорност јавних бележника у српском грађанском праву*, *Правни живот* 3, 10/2014, 559–583.

¹⁰⁴¹ Продаја имовине извршног дужника у извршном поступку по несразмерно ниским ценама представља повреду његовог права на мирно уживање имовине. Вид. Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Библ. *Уџбеници*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2017, 40 и даље.

¹⁰⁴² *Ibid.*, 43.

имовинскоправну сферу извршног дужника, што захтева висок степен правне сигурности, професионалности, транспарентности и ефикасност.¹⁰⁴³

Увођење извршитеља, као нове правне професије, која постоји у већини европских земаља (*bailiff, huissier de justice, Gerichtsvollzieher*) легитимно је и с практичног аспекта углавном оправдано и корисно. На приватизацију извршноправне функције не треба гледати као на једину опцију у реформи система извршења. Како је то добро уочено међу новим државама СЕ, да можемо наћи добре и лоше примере приватизације у државама са етаблираним демократским правним системом има примера успешног функционисања јавног модела извршења и дисфункционалних приватних модела.¹⁰⁴⁴

Увођење приватног извршитеља¹⁰⁴⁵ велики је и значајан помак јер је ова правосудна професија била афирмисана у англосаксонском праву, а последњих година прошлог века снажно се проширила на готово читаву Европу. Тренутно постоје, углавном, два основна система, где разликујемо улогу суда у поступку извршења и раду приватних извршитеља.

У једном броју земаља (Холандија, Македонија, Мађарска) суд има минималну, занемарљиву улогу, док је у већини земаља улога суда још увек задржана. Овај модел прихватила је и наша земља и извршитељи имају значајну улогу, али ипак превасходно раде по налогу суда. Закон предвиђа и тзв. алтернативну надлежност тако да се грађани могу одредити да се обрате суду или извршитељу.

Хрватска је уз помоћ страних стручњака и уз донаторску помоћ припремила нова реформска решења у виду Закона о јавним овршитељима (*НН* 139/10) и Закона о јавноовршитељским пристојбама, којим се уводила институција јавних извршитеља, који су требали бити примењивани од 1. јануара 2012. године. Влада Хрватске је те исте године¹⁰⁴⁶ направила наглу промену, па је донела Закон о престанку важења закона о јавним овршитељима и Закона о престанку важења о јавноовршитељским пристојбама, а усвојила ОЗ.

Словенија је друга земља региона чланица ЕУ која се у кратком периоду окренула савременим трендовима извршења, 1998. усвојила ЗИО и увела приватне извршитеље које именује министар правде за подручје окружног суда. Расподелу извршних предмета извршитељима ради спровођења извршења врши окружни суд. Тиме је предвиђено да се повериоци не обраћају директно извршитељу, већ извршитељи непосредно предузимају радње спровођења извршења тек пошто им дозволи суд. Извршитељи су почели с радом 2000. године и имају надлежност да принудно проводе судске пресуде и нотарске записе ради отплате новчаних и неновчаних потраживања.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴³ *Ibid.*, 45.

¹⁰⁴⁴ Вид. Т. Зороска Камиловска, *Реформе система извршења у државама региона*, Зборник *Хармонизација грађанског права у региону*, Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопље 2013, 447–477.

¹⁰⁴⁵ Вид. Споразум о пријему у чланство Уније (УИЈ). Унија има 71 члана из целог света, а Србија је 72. чланица. Седиште Уније је у Хагу, а Сталног савета у Паризу. Унија даје смернице и потребну помоћ државама, односно надлежним министарствима о увођењу извршитеља у правни систем.

¹⁰⁴⁶ Вид. <http://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/ministar-pravosuda-orsat-miljenic-hrvatskoj-ne-trebaju-javni-ovrsitelji/1645875>.

¹⁰⁴⁷ Вид. Закон о извршби ин заваровању Републике Словеније, <http://www.lem-computers.net/ZazeniIzvrstjelji2009.html>.

У Босни и Херцеговини, осим ЗИП-а, не постоје прописи којима се регулише систем извршења. Функција јавног извршитеља није успостављена. Не постоји ни иницијатива. Акт извршења су у рукама надлежног суда,¹⁰⁴⁸ а судије и обављају послове извршења.¹⁰⁴⁹

Слично је у Републици Српској. Важи ЗИП из 2003.¹⁰⁵⁰ У Црној Гори је „црна“ ситуација, што се тиче јавних извршитеља. Убрзо по отпочињању с радом, половином 2016. и почетком 2017. године, лишена су слободе два извршитеља, ништа мање, него председници Комора извршитеља.¹⁰⁵¹

Зато је мењан ЗЈИ по скраћеном поступку.¹⁰⁵² Мишљења смо да увођење обавезности положеног правосудног испита за јавне извршитеље неће бити од помоћи. Наиме, горући проблем у ЦГ је и питање стручности, која је у стварности и гора него што се јавно признаје, већ се професија разуме као приватна, правна свест и склоност. Врсте области, категорије, појавни облици и последице проблема од почетка ЗЈИ до данас разноврсни су и крећу се у дијапазону од општих и системских до појединачних, од сумњи у различите облике кршења законских процедура јавних извршитеља и непоштовања рокова, одлука везаних за судске одлуке, преко непознавања елементарне правосудне процедуре у вези са материјом која је област рада извршитеља, блокирања примања и блокади рачуна, одавања личних података и нерационалног и нетачног тарифирања, до злоупотреба положаја и тешких кривичних дела с елементима организованог криминала. Рад јавних извршитеља је регулисан ЗЈИ 2011. (на снази од јануара 2014), а поред тога рад извршитеља је регулисан и ЗИО који је усвојен те исте 2011. године.¹⁰⁵³

У Србији су јавни извршитељи уведени 2011. ЗИО.¹⁰⁵⁴ и уз одређене законске новеле до 2019. године. Јавни извршитељи и даље постоје, а њихов досадашњи рад је подвргнут разним критикама и оштрим осудама заиста целе српске јавности. Јавност је у најмањем макар дубоко подељена око послова те нове правосудне професије, поготово у погледу „вере“ у кредибилност јавних извршитеља.

Веома је важно истаћи да је делатност јавних извршитеља правосудна професија, а уједно облик организовања, сем ортаклука и као привредни предузетник, по Закону о привредним друштвима, наравно са аспекта одговорности јавног извршитеља.¹⁰⁵⁵

¹⁰⁴⁸ Вид. <http://www.mpr.gov.ba> Web.

¹⁰⁴⁹ Вид. Закон о извршном поступку Федерације БиХ (на снази од 1. јануара 2003).

¹⁰⁵⁰ Вид. ЗИП Р. Српске, *Сл. гласник РС* 59 од 18. јула 2003.

¹⁰⁵¹ А. З. и С. М. су оптужени због организованог криминала од СДТ-а. Вид. <http://sudovi.me/>.

¹⁰⁵² „Јавни извршитељ именован у складу са ЗЈИ („Сл. лист ЦГ“, бр. 61/11) који на дан ступања на снагу закона не испуњава услове за именовање из чл. 10 ст. 1 тач. 5, дужан је да положи правосудни испит, односно испит за јавног извршитеља, у року 1 године од ступања на снагу закона. Јавном извршитељу који не положи правосудни испит... престаје извршитељска дјелатност.“ Закон о јавним извршитељима, *Сл. лист Црне Горе* 61/11, 22/17, чл. 78а.

¹⁰⁵³ Вид. Студија јавни извршитељи у Црној Гори – Анализа је настала у оквиру пројекта „Ка ефикасности правосуђа – унапређење развоја професија у вези црногорског правосуђа“, који је финансиран од амб. Холандије. изд. ЦеМИ, 2017. У Немачкој поступак извршења спроводи извршилац, али званичник судске администрације који је по хијерархији, одговоран председнику окружног суда. Извршитељ је независан. Иако је одговоран за провођење судских одлука, фокус је на наплати потраживања. (Нејасно је зашто СеМИ ЦГ (налик у РС ЦЕСИД-у) пореди Немачку?). 2017. Којештарија.

¹⁰⁵⁴ Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015, 106/2016 – аут. тумачење).

¹⁰⁵⁵ Вид. мр Вујадин Масникоса, *Одговорност јавног извршитеља као предузетника*, Универзитет ПА у Новом Саду, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2020.

Закон о извршењу и обезбеђењу је предвидео три нивоа контроле извршитеља. Њихов рад надзире Министарство правде, јер им оно и поверава јавна овлашћења у области извршења и обезбеђења. Значајне контролне механизме има Комора извршитеља као еснафско удружење које заступа интересе чланова.

Из угла странака и учесника извршног поступка најважније је питање судске контроле рада јер само судска контрола, под условом да је делотворна, може довести до обеснаживања незаконитих, неправилних одлука и радњи извршитеља. Питање судске контроле рада извршитеља једно је од најслабије уређених питања у важећем ЗИО. Још је гора ситуација постоји у фази спровођења извршења. Једино правно средство које странкама и учесницима стоји на располагању јесте захтев за отклањање неправилности. И ту се показују недостаци законског уређења.¹⁰⁵⁶ Однос јавних извршитеља и странака извршног поступка, а посебно са извршним повериоцем, није уређен на јасан и принципијелан начин.¹⁰⁵⁷

Сумарно, као и у свим појединостима, сматрамо да надлежност извршитеља треба „флексибилно“ сузити и да је реализовање хипотеке посредством јавних извршитеља превише ризичан, сувише смео подухват.

Све радње које претходе аукцији мора провести искључиво суд. Сматрамо да је иницијални део ЗИО који је увео јавне извршитеље морао почети *обрнутом резервацијом*. Наиме чл. 4 новог ЗИО за јавне извршитеље резервише тзв. комуналне предмете, а остатак надлежности оставља суду, па би суд у складу с резултатима, то јест годишњим евалуацијама рада извршитеља, постепено делегирао *понеку* надлежност која је најмање „спорна и злоупотребљива“. Реалност слуги да се и Србији може десити црногорски сценарио и због тога што је, до новог ЗИО, и 2011, односно 2016. године, ефикасност судова била никаква. Суђење у разумном року је било повређено.¹⁰⁵⁸ Али од 2011. стање се у намирењу из непокретности преокренуло. Процедура коју су уређивали ранији закони била је неприхватљива. Можемо га назвати, како је и називан – вишефазан.¹⁰⁵⁹ Више није.

1.1.3. Медијатори – посредници

Иако је тек у последње две деценије на Западу медијација почела да се користи од суда и на систематски начин, чиме је постала светски признат метод ефективног решавања спорова, она има далеко дужу традицију. Медијација је кроз векове била дубоко укоревана у традиције бројних земаља и култура и за њу се може рећи да је као средство решавања спорова старија и од судског процеса.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁶ Вид. Никола Бодирога, *Судска контрола рада извршитеља*. Анали Правног факултета у Београду, бр. 2 (2015) Часопис за правне и друштвене науке. 2015.

¹⁰⁵⁷ Вид. Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Правни факултет у Београду, 2017. стр. 125 и даље.

¹⁰⁵⁸ Вид. Младен Николић, Ефикасност судова у извршном поступку, *Билтен судске праксе* 2/2008, Интермекс Београд, 290–306.

¹⁰⁵⁹ Вид. Младен Николић, Нека спорна питања у поступку извршења на непокретности, *Билтен* 3/2012, Интермекс Београд, 161–177.

¹⁰⁶⁰ Најстарији податак о коришћењу медијације нађен је у историји сумерске цивилизације. Медијација је хиљадама година била доминантан метод решавања спорова у земљама Азије. Амерички правници су проучавањем Библије закључили да је медијација тековина хришћанске цивилизације. Прве клице медијације на

Савремена наука афирмише као доминантне бројне предности које медијацију нуди странкама у односу на парницу. Примарни мотив прихватања медијације од правосуђа налази се у потреби да се рад судова учини ефикаснијим. Сам поступак је у бројним случајевима независан и изолован од судског, због чега странке не поседују процесну заштиту коју имају у парници. Скептици страхују да медијација води *приватизацији правде*, да је јавност искључена од поука и порука коју решени спорови собом носе, а интереси сиромашних су ван контекста и постају инфериорни. Судија Веб (Webb) оштро критикује медијацију и сматра да суд и странке, ради уштеде новца и времена, жртвују правду.¹⁰⁶¹

Модел Закона о међународној трговинској медијацији УНИЦИТРАЛ¹⁰⁶² предложио је тај институт свим државама.¹⁰⁶³ Тако је и Републици Србији служио као изворни модел.¹⁰⁶⁴ Основ је Директива Европске уније из 2008. године.

Посредовање понајпре одликују атрибути: добровољности, равноправности, искључење јавности, поверљивости, неутралности, хитности. Може се обезбедити извршна исправа, а посредник имати улогу одбора за решавање спорова хипотекара и дужника (Квебек, Румунија) и тиме је (*ex lege*) у жижи конфликта и то пре *усијања*, па је то решење усвојено у Србији,¹⁰⁶⁵ Црној Гори,¹⁰⁶⁶ Хрватској¹⁰⁶⁸ и другим земљама Европске уније.

1.2. Вансудска реализација хипотеке у ужем смислу

Према претходном излагању, искључена је свака могућа недоумица да „вансудско намирење“ не подразумева, нити може, према сходним законима и концепцијама одредаба ЗХ и ЗСПО ЦГ, значити да је „вансудско намирење“ намирење посредством јавних бележника/нотара, јавних извршитеља и посредника/медијатора, Зато што је и вансудска реализација хипотеке подељена на процесноправни механизам реализације „у ширем смислу“ и на такав процесни правни пут „у ужем смислу“.

У првом делу су објашњене правосудне професије које (као нотари у Хрватској), не само у семантичком значењу, „могу значити фактор у вансудској реализацији хипотеке“, али то не значе нити су тако креиране у законима Србије и Црне Горе већ су јасно посреди сасвим нека дијаметрално „трећа лица“.

простору Краљевине Југославије се могу наћи у искуствима лаичког судовања између два светска рата. Вид. Лепосава Карамарковић, *Поравнање и медијација*, Библиотека *Монографије*, Факултет за пословно право, Београд 2004, 317 (види више до стр. 407).

¹⁰⁶¹ Вид. Директива Савета ЕУ 2008/52/ЕС (аспекти медијације и у грађанским споровима).

¹⁰⁶² Вид. UNICITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002.

¹⁰⁶³ Три земље где се користи су Француска, Кина и Америка. Вид. Ј. Карамарковић, *Поравнање и медијација*, 369 и даље.

¹⁰⁶⁴ Вид. <http://www.mpravde.gov.rs/files/obrazlozenje%20zakona%20o20posredovanju%2003.10.2013-c>.

¹⁰⁶⁵ Вид. Закон о посредовању у решавању спорова, *Сл. гласник РС* 55/2014, чл. 27.

¹⁰⁶⁶ Вид. Зако о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС* 106/5, 106/16 – аут. тумачење, чл. 41.

¹⁰⁶⁷ Вид. Закон по посредовању, *Сл. лист ЦГ* 030/05, 029/12) чл. 36.

¹⁰⁶⁸ Вид. Закон о мирењу, *НН* 18/11, ажуриран 16. јуна 2017, закључно с *НН* 57/17, чл. 13 (2).

Наиме, законодавци у Србији и Црној Гори нису препознали нотаре као икакве учеснике у реализацији хипотеке док су ту правну атрибуцију дале, поред осталих, јавним или, како се то одомаћило у народу, „приватним извршитељима“.

1.2.1. Вансудска реализација хипотеке > приватно извршење

Веровници не могу сами себе поставити уместо дужника и примити се његових права него је потребно уступање од стране дужника или овлашћење суда.¹⁰⁶⁹ У чл. 20 ЗХ Србије,¹⁰⁷⁰ рубрум „Одређивање трећег“, пише: „Хипотекарни поверилац или више њих могу, у писменој форми са овереним потписима, одредити треће лице или једног од њих да предузима правне радње ради заштите и намирања потраживања обезбеђеног хипотеком. У случају из става 1. овог чл. треће лице поступа у име и за рачун хипотекарног повериоца¹⁰⁷¹, или више њих, у односу на хипотекарног дужника, односно власника хипотековане непокретности, када то није исто лице, као и према свим трећим лицима која су непосредни држаоци хипотековане непокретности.“¹⁰⁷²

У регистар непокретности уписаће се име трећег лица из става 1 тог члана, с тим што хипотекарни поверилац или више њих могу увек тражити да се упишу у регистар непокретности, односно да замене треће лице. У чл. 11, ст. 1 ЗХ РС пише: „Упис уговорне хипотеке се врши на захтев тач. 1: власника непокретности, односно његовог стараоца или законског заступника. А чл. 31, ст. 5 тач. 1: изричито овлашћење да хипотекар, кад решење постане коначно, али не пре истека рока од 30 дана од дана издавања решења, може у својству законског заступника власника хипотековане непокретности исту продати.“¹⁰⁷³

Посреди је корпус одредаба Главе друге, „Вансудски поступак намирања“, а тиче се забележбе хипотекарне продаје. Чл. 35 ЗХ (аукцијска продаја) у првом ставу предвиђа: „Поверилац може сам организовати аукцијску продају непокретности или је може поверити лицу које се тим професионално бави.“ Последњи став тога чл. је „засебит“: „Поверилац може дати сопствену понуду на аукцији.“

Чл. 36, ст. 1 и ст. 3, ЗХ гласе: „Поверилац, на основу коначног решења о забележби хипотекарне продаје, а по истеку рока од 30 дана од издавања решења, може као законски заступник власника хипотековане непокретности, продати непокретност непосредном погодбом, по цени из члан 34. став 4 и члан 5. закона. Поверилац може продавати непокретност самостално или уз ангажовање лица која се баве прометом непокретности у складу са законом.“

Уместо комисије у Србији то обављају најчешће запослени конкретне банке, што је горе или пак једно те исто. Запослени стручни сарадник банке може предложити продају хипотековане непокретности аукцијом или непосредном погодбом. У поступку ангажовања

¹⁰⁶⁹ Вид. Ђорђе Павловић, *О обвезностима и уговорима уопште*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, репринт издање из 1869, Београд 2014, 301.

¹⁰⁷⁰ Вид. Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС* 115/05, 60/15, 63/15 – одл. УС и 83/15.

¹⁰⁷¹ Дефиниција појма законског заступника.

¹⁰⁷² Поверилац продаје и купује или пак то чини лице којем он „повери“ послове продаје па му он прода?

¹⁰⁷³ *Ibid.*

проценитеља запослени банке је дужан да одабере понуду која је најповољнија за банку и да иновирану процену без одлагања достави Одељењу кредитне администрације.¹⁰⁷⁴

Пуномоћник по запослењу је лице које се сматра овлашћено на предузимање правних радњи „у име и за рачун властодавца/послодавца“ (!) самом чињеницом да за њега врши фактичку власт, одређене дужности и послове, из чега произлази и овлашћење за закључење одређених уговора. Овлашћења пуномоћника по запослењу заснивају се на израженој вољи властодаваца и представља специфичан облик вољног пуномоћства.¹⁰⁷⁵

У чл. 319, ст. 3 ЗСПО ЦГ¹⁰⁷⁶ предвиђа се: „Уговор о хипотеци садржи: алинеја 8 назив или име и адресу или сједиште лица ком ће бити повјерена вансудска продаја. ЗСПО у чл. 337 ст. 1 у алинеји 7 предвиђа – назив или име, адресу или сједиште и телефонски број овлашћеног лица које спроводи продају.“

У чл. 342 ЗСПО превиђа се: „Вансудска продаја врши се јавним надметањем које спроводи лице одређено уговором о хипотеци.“ Члан 345: „Након цјелокупне уплате купопродајне цијене постигнуте на јавној продаји лице које спроводи поступак продаје овлашћено је да, у име хипотекарног дужника, потпише уговор којим се својина на непокретности оптерећеној хипотеком преноси на купца и да овјери свој потпис на том уговору.“

То је „прича“ чл. 201 ЗИО ЦГ, која ће бити обрађена у наредном делу о судским супституцијама. Сматрамо да је у ЗХ креиран поступак приватног карактера, који излази из оквира правног система уређеног Уставом Србије.

У овом поступку једна странка-поверилац има несразмерно доминантну улогу, која се огледа у томе да сам поверилац спроводи највећи део поступка, да сам утврђује висину износа дуга који дужник треба да плати и да судбина целог поступка зависи искључиво од његове (само)воље, а да дужник, односно власник хипотековане непокретности нема на располагању готово ниједно процесноправно средство којим може заштитити свој правни положај и мора се унапред (у тренутку закључења уговора о хипотеци) одрећи права на судску заштиту.

Улога катастра непокретности, као државног органа пред којим се одвија централна фаза поступка, потпуно је минимизирана и подређена улози повериоца. Имајући ово у виду, сматрамо да одредбе ЗХ којима се уређује вансудски поступак намирења нису у сагласности са одредбама Устава РС и чл. 6 ЕКЈП.

Радује нас чињеница да је Уставни суд Србије покренуо поступак за оцену уставности и законитости чл. 31, ст. 7 Закона о хипотеци. Међутим, изгледа да се „застало“ само на овој одредби, иако је очигледно да се и уставност осталих одредаба о вансудском поступку намирења може, без икакве сумње, довести у питање. Па и ако би се покренуо поступак оцене уставности осталих одредби из ЗХ и ако би се чак оне огласиле неуставним, питање је да ли би проблем био решен на адекватан начин с обзиром на то да Уставни суд не може преузети

¹⁰⁷⁴ Вид. Ђорђе Ранковић, *Решавање спорних и сумњивих потраживања у банкама у земљама у транзицији са посебним освртом на Србију*, магистарски рад, Универзитет Сингидунум, Департман за последипломске студије и међународну сарадњу, Београд 2014.

¹⁰⁷⁵ Вид. Илија Бабић, *Увод у грађанско право и стварно право*, Пројурис, Београд 2009, 98.

¹⁰⁷⁶ Вид. Закон о својинско-правним односима, *Сл. лист Црне Горе* 19/09.

улогу законодавца. Зато је, према нашем мишљењу, прави пут да законодавац приступи изради новог ЗХ којим би се отклонили недостаци и преуредио овај институт уз поштовање Устава Себије, ЕК али и свих стандарда утврђених у сталној пракси ЕСЈП.¹⁰⁷⁷

1.2.2. Судски супститути

Чланом 342 ЗСПО ЦГ је предвиђено да се вансудска продаја врши јавним надметањем које спроводи лице одређено уговором о хипотеци. У теорији и пракси је то „ко и какав статус“ треба да има то лице тумачено на више начина. Чланом 345 ЗСПО је предвиђено да је, након уплате купопродајне цене постигнуте на јавној продаји, лице које спроводи поступак продаје овлашћено да, у име хипотекарног дужника, потпише уговор којим се својина на непокретности оптерећеној хипотеком преноси на купца и да овери свој потпис на том уговору.¹⁰⁷⁸

У теорији и пракси је „идентитет и својство“ тог „мистериозног лица“ одређивала или комисија (или запослени¹⁰⁷⁹ код хипотекара), или пак адвокат (пуномоћник хипотекара), или агенција за промет непокретностима, а у Хрватској и – нотар.

У пракси Србије и ЦГ су то углавном или адвокат или комисија хипотекара. С друге стране, није спорно, по слову закона, да сâм хипотекар покреће поступак вансудске реализације, иако у пракси редовно то чине адвокати и раскидају уговор о кредиту (посебним писменом) или у обавештењу. Ти или тај исти хипотекаров адвокат спроводи и поступак продаје, то јест уновчења хипотековане непокретности, као овлашћено лице.

Поводом тога, у прилозима дисертације су дати преписка Адвокатске коморе ЦГ и аргументације оних који сматрају да је то неправилно и оних који тврде да би се тиме ускратили приходи адвокатуре. У прилозима су и акта из којих се види да је ова пракса редовна.

Прилози и ставови судских инстанци, од највиших до најнижих, указују на то да запослени (нпр. у банци као хипотекару) спроводе поступак вансудске реализације и закључују са сопственим директором као законским заступником и уговор о продаји. И то није најгоре, нижи суд (прилози то показују) налаже бившем власнику хипотековане ствари, сад у својству тужиоца да прошири тужбу на председника комисије (радника у банци/хипотекару) као материјалном супарничару, што он и чини, а Врховни суд *прихвата*.

Могло би се то подвести под озбиљан правни екцес, веома лош судски репер, као погрешна правна идеја – да немамо стање да адвокати, нотари, све правосудне професије и све инстанце, *explicite* подупрти теоретичарима права највишег ранга у Црној Гори, ћутањем то одобравају.

¹⁰⁷⁷ Вид. С. Ђорђевић, М. Ђорђевић, *О реализацији вансудске извршне хипотеке у праву Републике Србије, Нова правна ревија, часопис за домаће, немачко и европско право* 2/2013, 100–105.

¹⁰⁷⁸ Вид. Закон о хипотеци, *Сл. лист Црне Горе* 52/04.

¹⁰⁷⁹ Вид. <http://www.sirius.rs/praksa/15146>. Правни статус запослених код ма ког правног субјекта је „пуномоћство по запослењу“ ма ког „формата“ да их послодавац ангажује. Уз то, они су подређени и зависе од послодавца/хипотекара, што искључује објективност, а укључује пристрасност и стварно уговарање са самим собом. Вид. *Лексикон грађанског права*, 601.

Активно легитимисано лице у поступку вансудске продаје је хипотекар.¹⁰⁸⁰ Он може самостално организовати аукцијску продају непокретности или је поверити лицу које се тиме професионално бави. Поверилац може продавати непокретност самостално или уз ангажовање адвоката, односно агенције за промет непокретности.¹⁰⁸¹

Уколико се продаја врши преко адвоката или агенције за промет непокретности, уобичајен хонорар, односно провизија, могу бити укључени у продајну цену.¹⁰⁸²

Комуникација између хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника одвија се директно или преко овлашћеног лица које спроводи продају. У уговору о хипотеци и у обавештењу и о продаји оптерећене ствари морају бити назначени сви потребни подаци. Томе лицу (нпр. нотар, агенција и сл.) треба дати пуномоћ за вансудску продају у форми која се тражи за преноса права на непокретности.¹⁰⁸³

1.2.2.1. Комисије

Код нас у Црној Гори често се практикује да се као „овлашћено лице“ које организује продају хипотековане непокретности, одређује радно тело хипотекарног повериоца (нпр. комисија за продају непокретности). То је, наравно, погрешна пракса јер радно тело нема својство субјекта (физичког или правног лица)¹⁰⁸⁴ па продаја преко овлашћеног радног тела или непосредно од хипотекарног повериоца није прихватљива. Та пракса је противна „духу закона“¹⁰⁸⁵ и задира у моралне аспекте.

Често се дешава да се као купац појави хипотекарни поверилац, нудећи као купопродајну цену обезбеђено потраживање, укључујући неисплаћене камате заостале рате, „трошкове продаје“ и друге трошкове настале у вези са хипотеком. Тиме се стварају нови проблеми узроковани чињеницом да радно тело хипотекарног повериоца организује поступак за вођење вансудске продаје оптерећене ствари. Наравно, Комисија за продају непокретности није њен купац, али је радно тело тог субјекта (читај: правног лица), што је такође неприхватљиво и с правног и моралног становишта.

Недопустиво је да исто лице буде потписник у име обе стране, чиме се својина на непокретности оптерећеној хипотеком преноси на купца, и да овери свој потпис на том уговору. Обавеза је судова да у случајевима када „тумаче“ и примењују прописе поступају на

¹⁰⁸⁰ Вид. Зоран Рашовић, *Коментар Закона о основама својинско-правних односа са теоријом и праксом*, 2. књига, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2009, 1701 и даље.

¹⁰⁸¹ Вид. Зоран Рашовић, *Стварно право*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2005, 512–513.

¹⁰⁸² Вид. Зоран Рашовић, *Коментар Закона о основама својинско-правних односа*, Правни факултет у Подгорици и Сл. лист СЦГ, Подгорица 2007, 512–513.

¹⁰⁸³ Вид. З. Рашовић, *Коментар Закона о хипотеци*, 241.

¹⁰⁸⁴ Уопште није проблем то што комисија није правно или физичко лице. Шта и да јесте?

¹⁰⁸⁵ У енглеском праву преовладава метод рестриктивног језичког тумачења закона (Traditional Interpretation), што значи да није могуће позивати се на „дух закона“ ради попуњавања правних празнина. Ово говори у прилог томе да се не може из једног различитог преузети један институт (као вансудска реализација), а да се не разуме, па онда и преузме оно што је у том, овде англоамеричком правном систему готово неспоран аксиом. У европскоконтиненталним системима је заступљено кровно тумачење на основу сврхе закона (*ratio legis*), док је у порецима *common law* узалуд пледирати. Вид. Вељко Ковачевић, Нека питања о природи и структури појединих грана и правних института енглеског права, *Правни записи* 2/2013, 516.

начин „да не повређују људска права и основне слободе“. У поступку вансудске продаје хипотекарне ствари „овлашћено лице мора пазити на достојанство дужника“ и на то да та продаја, односно обезбеђење, за њега буде што мање неповољнија. Моралност повериоцевог поступања, његова савест и његово поимање моралности приликом намирења потраживања из вредности продате ствари битне су околности.¹⁰⁸⁶

За разлику од периода пре доношења Закона о својинско-правним односима, вансудски поступак продаје је много једноставнији и мање формалан (!). Претпоставке за вођење поступка вансудске продаје су: доспелост (а тиме и постојање) потраживања и изостанак његовог намирења. Такође, морају бити неспорни обим и висина обезбеђеног доспелог а ненамиреног потраживања.¹⁰⁸⁷

Најновијим решењем у Нацрту уредбе¹⁰⁸⁸ предвиђено је да вансудску продају хипотековане ствари врше нотар или адвокат, који су по правилу из места у коме се хипотекована ствар или претежни дио хипотекованих ствари налазе.¹⁰⁸⁹

Сасвим је јасно да су сви проблеми *решени* (од духа закона, морала, и поимања савести, уговора са самим собом, Нацрта уредбе, уз нов ЗИО од 27. јула 2011).¹⁰⁹⁰

У чл. 201 ЗИО ЦГ пише: „На вансудску продају непокретности која је оптерећена хипотеком, а ради намирења потраживања хипотекарног повјериоца сходно се примјењују одредбе овог поглавља, ако законом којим се уређују својинско-правни односи није друкчије одређено.“

Хипотекарни поверилац може овластити јавног извршитеља, „адвоката“ или регистровану „агенцију за промет непокретностима“ да изврши продају непокретности из става 1 тог члана, у складу са законом. „Хипотекарни повјерилац који учествује у јавној продаји као понудилац има право да као купопродајну цијену понуди обезбијеђено потраживање, укључујући неисплаћене камате, заостале рате, 'трошкове продаје', таксе и друге трошкове настале у вези са хипотеком.“

Притом, овлашћено лице, које организује продају, мора да пази да се не повреди начело савесности и поштења у промету, односно морал друштва. Појам „морал друштва“ обухвата и захвата све сегменте друштвених односа, укључујући и оне који се тичу пословног и правног

¹⁰⁸⁶ Након шест година примене ЗХ ЦГ, сматрамо да је *призивање* „основних права и слобода човека“, позивање на „дух закона“, „достојанство дужника“, „моралност и поимања моралности и савјести хипотекарног повјериоца“, „упути суду како да тумачи закон“, који шест година траје, „околност да и правно и фактички један субјект закључује и подвргава овјери уговор сам са собом“ – изненађујуће, као и „околност да хипотекар наплаћује трошкове својим запосленима из износа добијеног продајом“ хипотековане ствари. Вид. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, Правни факултет Универзитета ЦГ, Подгорица 2010, 185 и 186.

¹⁰⁸⁷ Сматрамо да није исправно хвалити поступак који пре неколико година исти куди, а у овој књизи не нуди решења о томе како ће се и ко ће утврдити доспелост, обим, висину и постојање потраживања. Ако је то препуштено духу закона, моралности и поимања савести хипотекара, то је онда проблем. Слажемо се да се све то мора неспорно утврдити као истинито и тачно, али нема одговора. Независан, трећи фактор мора да утврди ван сваке разумне сумње о супротном то на шта указује да „мора“. Ко? Како? Вид. З. Рашовић, *Земљишнокњижно право*, Нотарска комора Црне Горе, Подгорица 2012, 384.

¹⁰⁸⁸ Аутор се позива на Нацрт уредбе, и то чл. 13, а Уредба никада није постала, иако у тексту „провејавају“ одредбе Уредбе, негде као Нацрт, негде као Уредба.

¹⁰⁸⁹ Вид. Д. Вуксановић, *Вансудско намирење хипотекарних повјерилаца*, докторска дисертација, 2011, 133.

¹⁰⁹⁰ Вид. Закон о извршном поступку, *Сл. лист Црне Горе* 23/04, који је важио до 27. јула 2011, није садржао ни сличну одредбу, па је ван сваке сумње да су норме чл. 201 ЗИО биле – наменске.

промета. Овај појам није законом дефинисана категорија, па се приликом оцењивања да ли је одређено понашање морално или не, треба водити рачуна о околностима сваког појединог случаја и о елементима који су одлучни управо у тој ситуацији.

Према одредбама ЗИО (Сл. лист ЦГ 36/11 од 27. јула 2011), на вансудску продају непокретности оптерећену хипотеком ради намирења потраживања хипотекарног повјериоца, „сходно“ се примењују одредбе (чл. 201), хипотекарни поверилац може овластити јавног извршитеља, адвоката или регистровану агенцију за промет непокретности да изврши продају по закону.¹⁰⁹¹

Зато уважени професор издваја посебну рубрику и у садржају и тексту те књиге број 338 – Адвокат.¹⁰⁹²

Кад је већ издвојена професија *адвокат*, без објашњења како и зашто, онда се треба позабавити адвокатом. Али кренућемо редом, како нов ЗИО у чл. 201 набраја. Јавни извршитељи поступају по овлашћењу које им даје законодавац, посебним законима (Хрватска^{1093, 1094, 1095} и Црна Гора^{1096, 1097}), било у самом ЗИО (Србија¹⁰⁹⁸).

Поступање јавних извршитеља је подвргнуто процесним законима који уређују поступак извршења и обезбеђења. Ако се узме у обзир да је јавни извршитељ овлашћено лице по чл. 201 ЗИО ЦГ, онда нема дилеме да он не може „сходно“ спроводити поступак вансудске продаје јер њему хипотекар може поднети као „извршну исправу“ само лист непокретности у којем је нови власник, што није подобна извршна исправа. Хипотекар је имао правни прерогатив да на основу уговора о хипотеци (од 2011. године по сили закона то је извршна исправа) процесуира предлог за извршење, које укључује (одувек по сили закона) и принудно депосесирање.

Баш зато судска пракса из прилога јасно објашњава да хипотекарима остаје само гола својина¹⁰⁹⁹ (*nuda proprietas*) и једина могућност да поднесе тужбе за депосесију бивших власника што траје годинама. Па зато сад теку парнице депоседисања, јер се *идеја* чл. 201 ЗИО изјаловила. Јавни извршитељи, без обзира на степен воље, не могу спроводити извршења без извршне исправе, јер лист непокретности ни „*по сили закона*“ бар засад није извршна исправа.

¹⁰⁹¹ Вид. З. Рашовић, *Хипотека*, Нотарска комора Црне Горе, 2015, 1141.

¹⁰⁹² *Ibid.* Напомињемо да се на три стране објашњава Закон о адвокатури, без закључка и поенте.

¹⁰⁹³ Вид. Закон о јавним овршитељима, *НН* 139/2010, који у чл. 2, ст. 1 предвиђа: „Јавноовршитељска служба проводи оврху на темељу овршних исправа у складу с ОЗ или другог закона, осим када је провођење оврха у искључивој надлежности суда, чл. 15. именује га министар.“

¹⁰⁹⁴ Вид. Овршни закон, *НН* 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, предвиђа извршење које одређује суд у више фаза испитивања предлога уз извршење, процене, вештачења, правне лекове, а специјалне агенције, по чл. 95 а, 132 а, спроводе извршење, али под сталном и потпуном контролом суда. У чл. 23 набрајају се извршне исправе (чинидбене природе). Ваља истаћи различиту улогу јавних бележника.

¹⁰⁹⁵ Вид. Закон о јавном биљежничтву Р. Хрватске, *НН* 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16.

¹⁰⁹⁶ Вид. Закон о јавним извршитељима Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе* 61/11, 22/17, 76/17.

¹⁰⁹⁷ Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. лист Црне Горе* 36/11, 28/14, 20/15, 22/17.

¹⁰⁹⁸ Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу Р. Србије, *Сл. гласник РС* 106/15 и 106/16, аут. тумачење. Извршна исправа је и уговор о хипотеци и заложна изјава (чл. 41); чл. 47 садржи све податке које извршна исправа мора да има да би била подобна за извршење, пре свега чинидбу.

¹⁰⁹⁹ Како пише у извештају Ерсте банке у прилогу (која је била најзаступљенија с хиљадама вансудских продаја), те продаје су за последњу годину и по сведене на шездесетак. Разлог виде у томе што су оглашавање и вансудски поступак тек „јак психички притисак“ на власника непокретности у те три продаје (пише у извештају) јер нико неће да купује „мачку у цаку“, да има право својине, а без државине.

Произведено стање треба служити законодавцу да аброгира члан 201 ЗИО, јер је тешко копромитован, а хипотекарима путоказ за убудуће.

Дакле, супротно закључцима теоретичара, у пракси вансудска продаја није показала – сем конфузије да је – ефикасан систем.

1.2.2.2. Адвокати

Адвокатура је самостална друштвена, правна служба у склопу правног система, која служи пре свега пружању стручне правне помоћи¹¹⁰⁰ у различитим областима остваривања правног система.¹¹⁰¹

Будући да је хронологија дешавања сада сасвим обелодањена, треба изнети правну аргументацију да, осим свих других околности, адвокат по слову међународног права, устава, закона и кодекса не може обављати делатност „продавца уопште“, што је уз јасан сукоб, то јест супротстављеност интереса, довело дотле да нема „сходне“ примене, већ хипотекари, сад власници, подносе тужбе за иселење бивших власника. Ево и зашто. Забрана заступања супротстављених интереса, чак и само постојање привида заступања супротстављених интереса, противно је моралу и сталешким правилима.

Суштина те забране је да адвокат не сме истовремено заступати две странке са супротстављеним интересима. Адвокат је дужан да сваког мандатара упозори да између њих постоје конкурентни интереси јер у супротном постаје дужник за накнаду штете кад једном од мандатара даје предност и фаворизује га у наплати потраживања.¹¹⁰² Појам, правна природа и место адвокатуре у правном систему, а посебно у систему правосуђа, одређени су првенствено нормативном регулацијом адвокатуре.

Адвокатура¹¹⁰³ као аутономна професија неизоставна је и најефикаснија служба правне помоћи у свим правним системима. Француски правни систем извршио је огроман утицај на право ЕУ. Традиционално француско право међу адвокатима разликује *avocat*, чији је задатак да пружа правну помоћ грађанима, и *avoué*, чији је задатак да заступа странке у поступцима пред судом, они држе *pledoajeu*. Интересантно је да ту дистинкцију познаје и Статут Међународног суда правде, који разликује агента странке (агент) и адвоката. У Немачкој вршење адвокатске професије представља јединство теоријских и практичних знања. За разлику од других земаља, правничке професије у Немачкој унификоване су у тој мери да се услови за именовање судија, јавних тужилаца адвоката и нотара разликују само у небитном. На основу општег захтева да адвокат буде независан у вршењу своје професије, ниједно

¹¹⁰⁰ Суштина болдирања синтагме „правна помоћ“ свуда у тексту јесте у порицању новог Акционог плана ЕУ, где се статус адвоката покушава „преобразити“ у сектор услуга у Поглавље 3, из досадашњег Поглавља 23.

¹¹⁰¹ Етимологија речи адвокат: лат. *advocatus*, од *voco ad*, што значи позивам, у смислу позивам у помоћ. Зато је у свим прописима то правосудна делатност „пружања помоћи“. Вид. *Правна енциклопедија*, редакција Б. Благојевић, Ж. Ђорђевић, Р. Лукић, А. Голдштајн, СА, Београд 1979.

¹¹⁰² Вид. Ђ. Сибиновић, *Право адвокатуре*, ЈП Службени гласник, Београд 2011, 166 и даље.

¹¹⁰³ Вид. *Историја Југословенске адвокатуре*, у три тома, Адвокатска комора Југославије, 2002.

физичко лице не може да се упише у именик адвоката ако се бави другом професионалном делатношћу, што је инкомпатибилно захтеву да адвокат буде независан.¹¹⁰⁴

Професија адвоката је прва правничка професија која је регулисана правом ЕУ.¹¹⁰⁵ Устав РС^{1106, 1107} у члану 67, рубрум „Право на правну помоћ“, предвиђа: „Свакоме се, под условима одређеним законом јемчи право на правну помоћ. Правну помоћ пружају адвокатура, као самостална и независна служба, и службе правне помоћи које се оснивају у јединицама локалне самоуправе у складу са законом.“

Устав Црне Горе,¹¹⁰⁸ у члану 21 такође предвиђа: „Свако има право на правну помоћ. Правну помоћ пружа адвокатура, као независна и самостална професија, и друге службе. Једнако то чини и Устав Републике Хрватске, чланом 27. Устава Р Хрватске.¹¹⁰⁹

У чл. 2 Закона о адвокатури РС¹¹¹⁰ пише: „Адвокатура је независна и самостална служба пружања правне помоћи физичким и правним лицима.“ У чл. 3, ст. 2: „Пружање правне помоћи обухвата јасан спектар.“¹¹¹¹ Рубрум „Нespoјиви послови“, чл. 21: „Адвокат не сме да се бави пословима који су неспојиви са угледом и независношћу адвокатуре. Адвокат не може имати другу регистровану самосталну делатност.“¹¹¹²

У чл. 2, ст. 1 и чл. 5 Закона о адвокатури Црне Горе¹¹¹³ прописано је, *mutatis mutandis*, исто.¹¹¹⁴ Тако је и у Закону о одвјетништву.¹¹¹⁵

Статут Адвокатске коморе Србије,¹¹¹⁶ рубрум „Нespoјиви послови“, у чл. 243 предвиђа да адвокат не сме да се бави пословима који су неспојиви са угледом и независношћу адвокатуре. Адвокат не може имати другу регистровану самосталну делатност, нема право да заснива радни однос, сем у адвокатском ортачком друштву. Статут Адвокатске коморе ЦГ,¹¹¹⁷ у чл. 80 а, 80 б, утврђује, *mutatis mutandis*, исто.

¹¹⁰⁴ Вид. М. Николић, Ђ. Сибиновић, С. Спасић, Н. Шаркић, *Право правосудних професија*, Библиотека Уџбеници, ЈП Службени гласник и Правни факултет Унион, Београд 2012, 224 и даље.

¹¹⁰⁵ По пракси ЕСП-а (ЕС у Луксембургу), свака држава чланица ЕУ има неограничено овлашћење да правно и нормативно уређује право професије адвоката на својој територији. Иначе, примарно и секундарно право ЕУ за нас је веома далеко. Вид. Ђ. Сибиновић, *Право адвокатуре*, 2011, 46. .

¹¹⁰⁶ Вид. Устав Р. Србије, *Сл. гласник РС* 98/2006.

¹¹⁰⁷ Вид. Устав ЦГ, *Сл. лист Црне Горе* 1/07 од 25. октобра 2007, 38/13 од 2. августа 2013.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ Вид. Устав РХ, *НН* 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14.

¹¹¹⁰ Вид. Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС* 31/11, 24/12 – одлука УС.

¹¹¹¹ *Ibid.* Давање усмених и писмених правних савета и мишљења; састављање тужби, захтева, предлога, молби, правних лекова, представки и других поднесака; састављање уговора, завештања, поравнања, изјава, општих и појединачних аката и других исправа; заступање и одбрану физичких и правних лица; посредовање у циљу закључења правног посла или мирног решавања спорова и спорних односа; обављање других послова правне помоћи у име и за рачун домаћег или страног физичког или правног лица, на основу којих се остварују права или штите слободе и други интереси.

¹¹¹² Ту настаје нов проблем: ако би адвокати то радили нерегистровано, као што раде, то би било налик „дивљој градњи“, прецизније, то би био и јесте – „рад на црно“.

¹¹¹³ Вид. Закон о адвокатури Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе* 79/06, бр. 73/10, 22 /17.

¹¹²⁰ *Ibid.*

¹¹¹⁵ Вид. Закон о одвјетништву (прочишћени текст закона), *НН* 09/94, 117/08, 50/09, 75/09, 18/11.

¹¹¹⁶ Вид. Статут Адвокатске коморе Србије, *Сл. гласник РС* 85/11, 78/12, 86/13.

¹¹¹⁷ Вид. Статут адвокатске коморе Црне Горе, *Сл. лист РЦГ* 34/05, 50/07, 60/13, 70/15.

Кодекс професионалне етике адвоката Србије¹¹¹⁸ у чл. 4.1. прописује да адвокат заступа независно, у складу са својим уверењима, заснованим на позитивном праву, правној науци, пракси, међународним правним стандардима, статуту и Кодексу.¹¹¹⁹ У чл. 11.3 се наводи да је неспојиво са адвокатуром истовремено обављање било које друге професије и делатности, изузев у области науке, књижевности, уметности, публицистике, правног образовања, посредовања, хуманитарног рада, преводилаштва и спорта, а у одредбама о одвјетништву, као и у Кодексу одвјетничке етике Хрватске,¹¹²⁰ *mutatis mutandis*, исто.

Кодекс адвокатске етике Европске уније (ССВЕ), донет 28. новембра 1998. у Лиону, предвиђа неспојива занимања, У члану 1.5.1, где пише да како би могао да обавља своју улогу с независношћу и на начин који је у складу са дужношћу да учествује у спровођењу правде, адвокат не може да обавља друга занимања.¹¹²¹ У тим актима међународног карактера истакнуто је да је адвокатура слободна професија у оквиру јавног поретка, да је адвокат посебан чинилац правосудног система и да је као заступник и саветодавац у свим правним стварима, осим дужности да штити/остварује интересе клијента, подједнако дужан да својим професионалним и другим јавним деловањем доприноси владавини права, законитости и правичности.

Законом о класификацији делатности Србије¹¹²² уређене су опште одредбе, док је Уредбом о класификацији делатности¹¹²³ извршено номенклатурно разврставање делатности понаособ. Адвокатура је разврстана у Сектор М – стручне, научне, иновационе и техничке делатности, а шифром 69.10. правни послови који обухватају адвокатске послове пружања правне помоћи.¹¹²⁴ Агенцијски послови, агенција за некретнине и агенти су сврстани у Сектор услуга 68.31. Делатност агенција за некретнине обухвата пружање услуга у вези с некретнинама од агенција за некретнине: посредовање у куповини, продаји, услуге процене везане с куповином, продајом; активности агената који делују као неутрална трећа страна, а *не* обухватају правне послове, дел. 69.10.

У Црној Гори је, *mutatis mutandis*, исто, али је Законом о класификацији дјелатности ЦГ,¹¹²⁵ сем општих норми, извршено и разврставање, тако да су адвокатски послови сврстани у правну помоћ (69.1) и правне послове (69.10).¹¹²⁶ Услужну делатност врше агенције и агенти

¹¹¹⁸ Вид. Кодекс професионалне етике адвоката Србије, *Сл. гласник РС* 17/12.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ Вид. <http://www.hok-cba.hr/hr/kodeks-odvjetnicke-etike>.

¹¹²¹ Вид. Препоруку Комитета министара СЕ од 25. октобра 2000, 21, назив „Слобода обављања адвокатске професије“, Међународну конвенцију о заштити права одбране, донету и депоновану у Адвокатској комори Париза 26. јуна 1987, којој је Савез АК СФРЈ, као претходник АК Србије, приступио у Новом Саду 1995, Принципе адвокатуре Међународне адвокатске коморе (ИВА), 2011.

¹¹²² Вид. Закон о класификацији делатности Србије, *Сл. гласник РС* 104/09.

¹¹²³ Вид. Уредба о класификацији делатности Србије, *Сл. гласник РС* 54/10.

¹¹²⁴ *Ibid.* Давање савета и заступање физичких и правних лица пред редовним и посебним судовима, државним органима и другим правним лицима; савета и заступање у грађанским споровима; савета и заступање у кривичним, прекршајним и привредним споровима; савета и заступање у споровима у вези с радним односом и породичним односима; консултација и савета у припреми правних докумената: уговора о партнерству, уговора о ортаклуку, о оснивању привредних друштава или сличних докумената; оснивање и рад субјеката; сачињавање писмена с патентима, жиговима и ауторским правима; тужби, жалби, молби, представки, тестамената, изјава, обављање правних послова у име и за рачун физичких и правних лица на основу којих та лица остварују право; остали правни послови...

¹¹²⁵ Вид. Закон о класификацији дјелатности, *Сл. лист Црне Горе* 18/11 од 1. априла 2011.

¹¹²⁶ *Ibid.* Давање савета и заступање у грађанским споровима; савета и заступање у случајевима кривичних спорова; савета и заступање у споровима у вези с радним односом; опште консултације и давање савета у

сврстани у 68.31. Делатност агенција за некретнине обухвата пружање услуга у вези с некретнинама и *не* обухвата правне послове (69.10).

За разлику од недвосмислености важећих прописа, пракса је супротна¹¹²⁷ и коренито се губи самосталност, независност и аутономија адвокатске професије. У основним принципима УН о улози адвоката нормирано је да у обављању професије неће бити поистовећивани са клијентима. То се тиче очувања професионалне аутономије. Адвокат је дужан да предузме све мере да спречи да било ко утиче на његово заступање. У основним принципима, од адвоката се захтева да легалитет и етика буду у интересу правде, примарни оквир чије границе се у заштити интереса клијента не смеју прекорачити. Негативни етички аспект процесног положаја адвоката састоји се у забрани злоупотреба.¹¹²⁸ Већина тих правила води порекло из ране историје адвокатури и заступања, из деловања адвоката на Форуму у Риму.¹¹²⁹

Професија је, покушао је то да дефинише Паунд, група људи која се бави једном ученом вештином као заједничким занимањем прожетим карактером јавне службе. Али, истовремено, указао је да се кроз историју стварао култ нарочитих професија, за које се сматрало да су више од занимања, јер их је пратило *достојанство*. Ту су убројени свештеници, лекари, професори и правници – судије и адвокати. Осим учености, приметио је Паунд, коју изискују природа и садржина њиховог рада, те професије имају и своју „културну идеалну страну“ да се професионална традиција не може заменити политичком традицијом јавних положаја, који своју верност дугују политичким партијама, а могућност напредовања – милости политичких лидера.¹¹³⁰

Забрана заступања супротстављених интереса води порекло из римског права *gestor proces*. Суштина забране је да адвокат не сме истовремено заступати странке супротстављених

припреми следећих правних докумената: уговора о партнерству, о ортаклуку или сличних докумената у вези с оснивањем привредних субјеката; докумената у вези с патентима и ауторским правима; тапија, тестамената, докумената у вези са старатељством и др.

¹¹²⁷ Посебно „слово“ о адвокатима“. Адвокати оглашавају продаје у медијима, воде аукције и лицитирају, преговарају, посредују, тргују и напослетку закључују још и уговоре с хипотекарним повериоцем који је редовно заправо клијент тог адвоката, па адвокат у име неклијента као продавца – закључује уговор о продаји с оним ко је адвокатов клијент. То су уносни послови, па прописи и принципи редом падају. Јасно је да се адвокати баве комерцијалним пословима.

¹¹²⁸ Овде није ништа *недоречено* већ доречено. Вид. С. Бељански, Процесни положај адвоката и адвокатска етика, зборник радова *Заступање и пуномоћство*, Глосаријум, Београд 2007, 191.

¹¹²⁹ *Ibid.* Од почетка Рима адвокатима нису следовали хонорари док су доцније хонорари ограничавани (Цинцијев Закон о поклонима и дужностима, 204. пре н. е.). Било је покушаја да се тај закон оснажи и раније јер, бележи Тацит, никаква роба на пијаци није се тако лако куповала као адвокатска вероломност. Поновна примена Цинцијевог закона образлагана је жељом да једну од најлепших и најплеменитијих вештина спасу од срознавања на ниво прљаве работе. Цезар је нашао средње решење, па је одредио да је 10.000 сестерција максимална награда а ако је прекораче, пашће под удар Закона о изнуђивању. У доба разлога рационалног поступка пред енглеским световним краљевским судовима, адвокати су долазили углавном из реда клирика (свештеника), којима је заступање било основни извор прихода. Нешто касније, међутим, током XV и XVI века, када су адвокати почели да се удружују у облике *bar* или *bench*, уследило је затварање у сталеж јуриста, сталеж који је у средњем веку регрутован из реда племића, па су се поново јавили захтеви да се хонорари наплаћују добровољно.

¹¹³⁰ Етимолошки лат. *advocatus*, од *voco ad* – позивам у помоћ. Зато је адвокатура правосудна делатност, семантички – пружање помоћи. Вид. С. Бељански, Процесни положај адвоката и адвокатска етика, 191–199.

интереса. Заступање супротстављених интереса представља увек повреду сталешких правила, било фрауделозно или нехатно.^{1131, 1132}

Заступање сукобљених интереса без ефективне сагласности је основа за покретање дисциплинског поступка. *Нулта сума* је завршна категорија сукоба интереса који нису решиви давањем сагласности и обухвата све. Адвокат не сме да заступа два клијента, чак ни уз њихов пристанак.¹¹³³

Адвокати су одговорни за савесно бављење адвокатуром и чување њеног угледа. Под тежом повредом дужности адвоката и угледа адвокатуре сматра се *inter alia* бављење пословима који су неспојиви с угледом и независношћу адвокатуре.¹¹³⁴

Када се све те детерминанте ставе у контекст „адвоката извршитеља и трговаца некретнина“, „адвоката који закључује уговор у име неклијента“, „који се бави комерцијалном делатношћу“, „који убире комерцијалне профите трговином туђих (кровова над главом)“, „који (неовлашћени од власника) преко медија тргују“ – ствара се лоша слика о адвокатима. Што је најгоре, они „слици дају печат“.

То стање је подстакао законодавац, а оправдали правни теоретичари у Црној Гори, али ништа од тог не би било да један део адвоката није свесрдно *похрлио* да оствари профит без обзира на кодексна правила адвокатуре.

И у Србији се у пракси и делу доктрине приметно то „семе“, али без узаконења.

Напоследку, треба констатовати да је одредба чл. 201 ЗИО ЦГ у супротности са елементарним појмовним дефиницијама и суштином „изједначавања“ по сили закона јавних извршитеља, адвоката и агенција за промет непокретности. Наиме, не постоји логична и правна дилема да ли јавни извршитељи имају власт „егзекутиве“, признату законом, да спроводе поступке по извршним исправама.

Јавни извршитељи јесу титулари јавне власти и ту не може бити дилеме. Постоје неке друге дилеме које извиру из стварности, а тичу се кредибилности јавних извршитеља, од када су отпочели „праксу“ у Црној Гори, о чему ће бити речи у опису „стања ствари“ ове данас у много чему забрињавајуће правосудне професије. Али, законодавац је испустио да сагледа атрибуције „власти“ адвоката и агенција за промет непокретности.

¹¹³¹ *Ibid.* Адвокатура је у доба „комунизма с људским ликом“ третирана као „реакциони елемент“. Држава мора прихватити да један њен конститутивни део измиче њеној контроли, а адвокатура као професија мора да оправда повлашћено место далеко већим степеном професионалне и друштвене одговорности него што је то данас случај код нас. Најнижи ниво системског третмана адвокатура је доживела тридесетих година XX века у бољшевичкој Русији кад су адвокати третирани као најозбиљнији *класни непријатељи*. У Краљевини СХС Закон о адвокатури из 1929. био је у складу са најнапреднијем европским узорима тога времена. Адвокатура је дефинисана као „занимање јавног поретка“, чиме је сугерисан шири друштвени контекст и значај. Али, Председништво Народне скупштине Србије је 1945. године донело Одлуку о Адвокатској комори у Београду и наложило да се „избришу сви уписани адвокати за које је револуционарна власт нашла да се ради о народним непријатељима“. Тиме је адвокатура изгубила самосталност и независност у револуционарној комунистичкој власти.

¹¹³² Вид. Ђорђе Сибиновић, *Право адвокатуре*, ЈП Службени гласник, Београд 2011.

¹¹³³ Вид. Вендел Бредли, *Адвокатска етика*, превод Н. Петровић, ЈП Службени гласник, Београд 2011.

¹¹³⁴ Вид. М. Николић, Ђ. Сибиновић, С. Спасић, Н. Шаркић, *Право правосудних професија*, ЈП Службени гласник, Београд 2012, 154.

Адвокат по еманацији професије нема никакву власт, а посебно не може без пуномоћја да продаје непокретности или било шта друго. Ниједан акт адвоката, било које природе, у било којој форми и области није обавезујуће правне природе. Он може по посебном, уредно овереном специјалном пуномоћју у име клијента потписати уговор о продати ствари или сачинити уговор.

Апсурдност те одрдебе налаже да се и мора нагласити – између адвоката и јавног извршитеља нема никаквог знака једнакости, ни по форми, ни садржини. Такође, неумесно је законом предвиђено изједначавање јавног извршитеља и агенције за промет непокретности. Агенције за промет непокретности су у стварности привредна друштва, организована као правна лица/капитала, без изузетка у облику друштва са ограниченом одговорношћу.

Она су регистрована за делатност „продаје и посредовања у продаји непокретности“ по класификацији, у свом називу имају „агенције за промет непокретности“, због препознавања оног чиме се баве и ради боље атракције потенцијалне клијентеле. Али ниједно нема атрибут „власти“ да без овлашћења клијента у његово име прода његову непокретност. Сходно томе, чл. 201 ЗИО ЦГ нема места у здраворазумској равни.

О *правности* и кредибилности законског „овлашћивања“ лица која нису снабдевена влашћу јавног извршитеља не вреди писати. Правну несувислост целе вансудске реализације у ЗХ и ЗИО ЦГ показала је судска пракса. Нико не оспорава законодавцу да, ако има гласачки капацитет, може да донесе законе какве год жели, али се не може заклањати и ограђивати од њих и њима, позивима на дух закона, људско достојанство, моралност и поимање правне свести у етичкој равни. Кад се „загази“ у зону призивања најопштијих категорија права, онда су сви изгледи „да изгледа нема“. Црногорско правништво није смело остати немо, све време „тиховати“. Није требало прећутати елементарне правне недоследности.¹¹³⁵

Закони који захтевају немогуће представљају апсурд да смо у искушењу да претпоставимо да ниједан законодавац, ни најозлоглашенији диктатор, не би имао разлога да донесе тај закон. На несрећу, животне чињенице се супротстављају тој претпоставци. Такав закон може самим својим бесмислом служити ономе што је Лилбурн назвао „незаконита неограничена моћ“, а њена брутална бесмисленост омогућава поданику да спозна како нема ничега што се од њега не може захтевати и да мора бити спреман да скочи у било ком правцу.¹¹³⁶

Према томе, адвокати не могу из кумулативних разлога обављати послове продаје непокретности, водити поступке продаје непокретности ни ма које послове мимо адвокатуре. Посебна је „прича“ о грубој сукобљености интереса адвоката којег хипотекар опуномоћује да проводи вансудски поступак продаје. То је далеко горе решење од ангажовања сопствених радника хипотекара, да воде тај поступак, а притом су и они пуномоћници, али – по запослењу.

¹¹³⁵ Наиме, Адвокатска комора ЦГ је, на аргументован захтев аутора овог рада (што се види из прилога), једино „подигла глас“, али су уследили акти оних који убиру профит и износе жалбу да ће адвокатура престати, јер су уведени јавни извршитељи, нотари и медијатори, па би адвокатура била упропашћена ускраћивањем тог „бизниса“. Цело остало правништво је без изузетка – мудро отћутало.

¹¹³⁶ Вид. Лон Фулер, *Моралност права*, Библиотека *Номос*, ЦИД, Подгорица 1999, 72 и даље.

1.2.2.3. Агенције за промет непокретности

Агенције за промет непокретности имају општепознат историјат на овом поднебљу, па је ту тему сувишно отварати. Довољно је указати да су свим учесницима у промету непокретностима ноторно познате њихове правне некомпетентности, како оне поступају, којим методима се служе и с којим степеном кредибилитета.

Тачно је да се, по важећој регулативи, тим пословима, почев од „молера до кондуктера“, свако лице, без икаквих способности (сем оне пословне), може бавити, тако је било раније, а и данас је тако.

Тачно је да постоји законом утврђена делатност послова агенција за промет непокретности, али фундаментално је питање да ли се послови спровођења вансудске продаје, односно нагодби, њима смеју поверити.

Уосталом, засад су у пракси они једноставно „изостављени“ из тих послова, иако закон прописује да њима „могу“ да се баве. Очигледно је да су их хипотекари смели с ума. Упитаност постоји и у вези са ефекатима овакве продаје јер би хипотекар издејствовао исто стање које је већ искусио и с адвокатима и с комисијама.

Кудгод кренуо овако *осмишљен* поступак вансудске реализације, јасно је да ће он бити неефикасан, неефективан и нетранспарентан. С пословима и статусом домаћих агенција за промет непокретности никако не можемо, чак ни метафизички, поистоветити специјализоване агенције које воде ове специјалне и надасве одговорне послове.

У *Хрватској* је правно стање значајно другачије. Наиме, на основу захтева суда из члана 95а Овршног закона,¹¹³⁷ јер су те агенције образоване по посебној процедури а суштински најважније, оне су под сталним надзором и контролом суда. Суд претходно, по чл. 95, доноси закључак након спроведеног поступка за утврђивање цене непокретности. Захтев који суд упућује агенцији обавезује је да поступак спроведе, али у облику, начину и поступку који је уређен правилником који доноси министар за послове правосуђа. Додатно, агенције спроводе поступак продаје по претходним судским верификацијама самог постојања потраживања, затим у вези са доспелошћу потраживања, висином преосталог неплаћеног потраживања, тржишном ценом непокретности у томе тренутку, све уз низ правних аката и права приговарања дужника, односно власника хипотековане ствари.¹¹³⁸

Такав претходни судски поступак улива јавно поверење, а када се томе додају континуиран судски мониторинг и правилником прописано вишеструко извештавање агенције суду, онда се може тек начети тема могућности функционисања, под оваквим и строжим условима, специјализованих агенција у нашим системима. У чл. 255 ОЗ РХ предвиђена је искључива надлежност суда за процес испражњења, то јест депосесије, што се односи и на покретнине, са изузетком што поступак продаје обављају *јавни комисионари*, и то по правилницима које доноси министар правосуђа и под посебним „општим надзором“, сходно чл. 154 ОЗ РХ.¹¹³⁹

¹¹³⁷ Вид. ОЗ РХ, чл. 132а, 132ф, 132, 132г.

¹¹³⁸ Вид. ОЗ РХ, чл. 152–157, рубрум „Повјеравање продаје покретнина јавном комисионару“.

¹¹³⁹ *Ibid.*

Тиме је хрватски законодавац постигао истовремено два циља: очувао је правни систем извршног права и поредак али и битно побољшао ефикасност и ефективност извршења кроз софистициран и транспарентан поступак, а уз доминантну улогу суда.

Сматрамо значајним члан 127 став 2 ОЗ РХ¹¹⁴⁰ јер пружа додатну заштиту кроз допуштање рока од једне године ономе лицу које ће депоседирати, уколико у продатом стану борави.

Резимирајући све, не преостаје дилема о несврсисходности чл. 201 ЗИО ЦГ, ма о ком „супституту суда“ или „агенту“ да се ради, јер ће судска власт, уз све критике, још дуго код нас бити ненадоместива. Бар у постојећем контексту наших правних система и реалности.

Коначно, *ratio legis* хрватског законодавца лежи у томе што није, као што су то урадиле Србија и Црна Гора, у извршне исправе сврстао уговор о хипотеци, извод из регистра залога и друге исправе које то по својој правној природи не могу да буду.

Хрватски законодавац је очувао стару „стандардну“ номенклатуру извршних исправа.¹¹⁴¹

Адвокатима су нормативно, етички и логички такви послови дисквалификаторски.

Поверити вансудску продају хипотекованих непокретности нашим агенцијама за промет непокретности, имајући у виду све поменуто, без супстанцијално квалитетног, стабилног и правно сигурног и постојаног система, претеран је и незрео подухват.

Сва три покушаја судског супституисања нису имала икакав правног или уопште смислен учинак. Напротив. Промашени су и циљ и пут до тог циља.

1.3. Уговор са самим собом

У досадашњим излагањима било је врло тесних додирних тачака с правним феноменом тзв. уговора са самим собом. При томе се има у виду правна ситуација када је лице које је несумњиво овлашћено од хипотекарног повериоца (агенција или адвокат) или и запослено код хипотекарног повериоца, најчешће банке, у исти мах и лице које закључује уговор о продаји хипотековане непокретности свом властодавцу или послодавцу – а то чини у име и за рачун хипотекарног дужника. У таквим случајевима није у питању позната привидна дилема логичког сукобљавања него је очигледно проблем стваран.¹¹⁴²

Будући да нема дилеме да је то случај када хипотекарни поверилац преко своје комисије прода непокретност сам себи, овде треба још размотрити правне ситуације како то изгледа кад то исто уради агенција коју је „ангажовао“ хипотекар или овлашћени адвокат или кад на аукцији хипотекар купи својом тражибином ствар од себе. Судска пракса у Црној Гори сматра то поступање законитим, складно ЗСПО, то јест ранијем члану 11 ЗХ.

¹¹⁴⁰ Ако у кући, стану, дужник станује или лица које је дужан да издржава. Вид. ОЗ РХ, чл. 127.

¹¹⁴¹ Вид. чл. 23 ОЗ РХ, чл. 31 ЗИО РС и чл. 18 ЗСПО ЦГ.

¹¹⁴² На продају хипотековане непокретности хипотекарном повериоцу путем комисија које сам образује за ту намену јасно је последњих неколико година указивао Рашовић, што је и наведено у овом раду.

Слична је судска пракса и у Србији. Да ли једно лице може имати такву способност уговарања да може да закључује уговоре са самим собом? Већ на први поглед изгледа да се питање сучељава са логичном немогућношћу: прво, како се може говорити о уговору са самим собом када се зна да је сваки уговор сагласност воља два или више лица; уговор са самим собом био би, по томе, противан идеји уговора – он је инкомпатибилан с појмом уговора; друго, каквог уопште има смисла да неко уговара са самим собом и да се сам према себи обавезује?¹¹⁴³

Смисао и циљ није обавезивање него намирење, то јест вршење овлашћења да се из „туђе“ непокретности хипотекарни поверилац намири, било продајом трећем, било да то учини тако да он сам буде купац, пошто би својим потраживањем „платио“ продајну цену. То није спорно „кад неко“ други или лицитира или и продаје, али овде то хипотекар чини сам – само преко *своје* агенције, *свог* пуномоћника или *свог* агента. Као што се из претходне реченице може лако логички закључити: нагласак је овде искључиво на присвојној заменици.

Није наравно спорно да то чини неко сасвим (неприсвојно) невезано лице или, боље рећи, одређена независна инстанца, као што је суд, кад у поступку јавног извршења путем јавног надметања (и непосредном погодбом) хипотекар за „продајну цену“ понуди своју тражбину.

Овде је случај да (било у аукцији или непосредној погодби) хипотекар овлашћује агенцију или адвоката са искључивим задатком да спроведе „оглашавање“, да скупи понуде и да с хипотекаром (што је и најчешће, закључи уговор), па на тај правно бласфемичан начин постане ималац права својине хипотековане непокретности.

Треба се задржати на правном односу властодавца и пуномоћника (поготово из реда адвоката). Ту имамо типичан изгледан пример „уговора са самим собом“ јер овлашћење властодавчевог пуномоћника/адвоката извире из (његовог) властодавчевог пуномоћства или налога да њему самом (тај) његов пуномоћник прода одређену ствар за вредност властодавчевог потраживања. Овде нема другог субјекта да би се могло говорити о два субјекта поводом имовине јер је тај други субјект пуномоћник првог/банке и поступа по њеним инструкцијама. То није однос тзв. исте имовине, већ сасвим нешто друго. Супротно.

У даљем објашњењу наведени су примери привидног уговора са самим собом, као што је случај када пуномоћник који је према самом појму пуномоћства требало да закључи уговор са неким лицем у име и корист свога властодавца, пренебрегне ту своју обавезу и закључи уговор са собом (нпр. пуномоћник купи за себе ствар коју је требало да прода неком другом лицу).

Укратко, то је случај када пуномоћник закључи уговор са собом уместо са трећим. Као други пример се даље наводи „када обе уговорне стране изаберу за свог пуномоћника исто лице (нпр. купац и продавац)“. И тад се уговор не закључује са самим собом већ постоје две уговорне стране: један властодавац је, на пример, купац, а други је продавац. То произлази из самог појма заступања.

¹¹⁴³ У конкретном, хипотекарни поверилац себе не обавезује него намирује своје потраживање, па је смисао крајње утилитаран и недвосмислено врло јасан.

Међутим, сасвим је одвојено питање каква права и обавезе тада настају између властодавца и пуномоћника и кад је то поступање пуномоћника дозвољено. Термин је настао у немачкој правној доктрини (*Selbscontract*), а у француској правној доктрини је то израз „le contrat avec soi-meme“.¹¹⁴⁴

На постављено питање да ли је такав уговор пуноважан с обзиром на то да њиме могу бити повређени интереси властодавца јер их пуномоћник у тим случајевима може лако жртвовати, изгледа да треба најпре поћи од принципа да властодавац може захтевати да се поништи такав уговор који је пуномоћник закључио са самим собом.¹¹⁴⁵

Тако, одређен уговор са самим собом биће пуноважан ако властодавац ратификује посао пуномоћника и ако је уговор закључен под условима које је властодавац одредио. То је случај кад властодавац да ограничено пуномоћство, а пуномоћник се њега строго држи.¹¹⁴⁶

Разуме се, то не важи ако је властодавац хтео посао са тачно одређеним лицем (*inuitu personae*); ако се закључује уговор чији су услови унапред одређени (уговори по приступу¹¹⁴⁷) и који су странкама били познати, тако да не могу доћи у опасност интереси властодавца, јер пуномоћник нема могућност преговарања; ако се правни посао састоји искључиво у испуњењу неке обавезе или је законом или трговачким обичајима дозвољен.¹¹⁴⁸

Аутор цитира параграф 181 НГЗ по ком заступник, уколико му није допуштено што друго, не може у име заступаног правни посао предузети са собом, у сопствено име или као заступник кога трећег, осим ако се правни посао састоји искључиво из испуњења неке обавезе.^{1149, 1150}

Чл. ОИЗ 907 и ранији чл. 66 ЗОО третирају следеће: привидан уговор нема дејства међу уговорним странама, али ако прикрива неки други уговор, тај важи ако су испуњени услови за његову правну ваљаност. Из тога се закључује да је такав уговор теоријски могућ. Ипак, како је уговор о пуномоћству *intuitu personae*, дакле уговор заснован на посебном поверењу међу странама (у пуномоћству због субјективних квалитета пуномоћника), могуће је да пуномоћник злоупотреби поверење властодавца.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*

¹¹⁴⁶ *Ibid.* У питању је сликовитост јер уговор, као и сваки други облигациони однос, није однос две имовине већ однос два лица поводом имовине. Ту је реалан правни проблем, а не само наизглед. Та имовина којом располаже властодавчев пуномоћник није *иста* имовина него имовина трећег.

¹¹⁴⁷ Вид. претходно. Рашовић наглашава да се ради о уговорима који личе као „јаје јајету“.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

¹¹⁴⁹ Вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета Београд – Сл. гласник, Београд 2012. Аутор указује на оно што је тема у ситуацији када је исто лице пуномоћник оба уговорача, констатујући да, споља гледано, уговор настаје проглашењем, декларацијом... (стр. 219). Цитиран је и принцип у законодавству Пољске то јест одредба чл. 108 ПГЗ, која гласи: „Пуномоћник не може са самим собом да закључи правни посао у име властодавца, изузев када произлази нешто друго из садржине пуномоћства или кад је с обзиром на садржину основног правног посла, већ искључена могућност повреде интереса властодавца. Ова одредба сходно ће се примењивати у случају када пуномоћник заступа оба властодавца.“ Аутор је напоследку цитирао и чл. 62, ст. 3 Грађанског законика РСФСР, који такође предвиђа забрану закључења оваквих уговора, без изузетка. По том члану заступник не може закључивати правне послове у име заступаног ни са самим собом, ни са другим лицем чији је он такође заступник. *Ibid.*, 218–221.

¹¹⁵⁰ У рубруму „Сагласност воља“ воља се дефинише као један од битних услова за настанак уговора.

¹¹⁵¹ Напротив, код вансудске реализације хипотеке, хипотекарни поверилац „има пуно поверење“.

У тзв. уговорима са самим собом поставља се питање повреде интереса властодаваца. Разуме се, уговор ће бити пуноважан, осим у случају одобрења (ратификације) од обе стране, под условом да није могло доћи до повреде интереса било које стране (фиксна цена при продаји, формуларни уговор и сл.).¹¹⁵²

Предметна тема уговора са самим собом тесно је повезана са каузом. Реч кауза (лат. *causa*) употребљава се у различитим значењима: узрок, разлог, повод, побуда; правна ствар; правно питање; спорно питање; парница (*causa civilis*), у спорној ствари (*in causa*); основ: непосредан правни циљ обвезивања страна у уговору, свака промена мора имати свој узрок. *Causa aliqua subest* (Увек постоји неки узрок, разлог).¹¹⁵³

Нема недоумице да пуномоћник хипотекара који закључује уговор са сопственим клијентом, а у име и за рачун другог и то супротстављеног невластодавца, још по правилу снижавајући цену хипотековане ствари (туђе) у власништву невластодавца, поступа неправилно, чак несавесно, јер извесно ради у интересу свог стварног властодавца, а на штету невластодавца. Могућна је и ситуација да је исто лице пуномоћник оба уговарача. Разуме се, уговор ће бити пуноважан, осим у случају одобрења (ратификације) од обе стране, под условом да није могло доћи до повреде интереса.¹¹⁵⁴

Овде бисмо истакли да одобрења нема. Одобрење је „накнадна сагласност, најчешће на закључени уговор о продаји“.¹¹⁵⁵ Сагласност се може тумачити као дозвола, а одобрење или ратификација се односи на нешто што се догодило у прошлости, овде након закључења уговора о хипотеци, када дужник падне у доцњу и дође до конкретног спора

1.4. Злоупотребе субјективних права

*Ни својим се правом служити не мож'
тек другом на штету ил' досаду*¹¹⁵⁶

Када се одређене норме законом пропишу и постану део правног система и правног поретка једне државе, тада се свако ко се позива на њих или их непосредно примењује у пракси не може ничим санкционисати јер поштује позитивно право. Такав је овде заправо случај, вансудска реализација хипотеке је позитивно правно уређена правна установа, законима јој је „уцртан“ пут, па од осуде важећих правних норми нема користи нико. Наиме, овде говоримо о једном субјективном праву, регламентираним и јасним, па покуде због неморалности, очигледног промашаја законодавца, наопаког правног схватања и неразумевања – нису од помоћи. Сви науми законодавца да нађе ефективан и ефикасан начин реализације су пропали, али је позитивно право остало и даље *живо* да се злоупотреби.

¹¹⁵² Вид. Антић, *Облигационо право*, 218–221.

¹¹⁵³ *Ibid.* Кауза има значења *causa efficiens*, стварни разлог, *causa finalis* – крајњи узрок, *causa criminalis* – предмет кривичног поступка, *causa magna* – важан разлог, *causa deficiens* – недовољан разлог.

¹¹⁵⁴ Вид. Антић, *Облигационо право*, 243.

¹¹⁵⁵ Вид. *Правна енциклопедија*, 242 и 858.

¹¹⁵⁶ Вид. ОИЗ ЦГ, чл. 100 .

Нема погоднијег тла за злоупотребе од вансудске реализације хипотеке. Због тога ћемо нешто рећи о феномену злоупотребе права коју редовно прати јак интензитет корупције, зеленаштва и сродних кривичних дела у корелативу с тим вансудским процесним механизмом. Хипотекару остаје на располагању примена тог института или његово заобилажење прибегавањем судској реализацији хипотеке или ипак путем суда директно или посредством јавних извршитеља које у значајној мери контролише суд.

Према нашем мишљењу, таква контрола суда није у пракси довољно транспарентна јер су посредни питања која представљају директну и искључиву надлежност суда, пошто је у игри нечији кров над главом или пословни објекти огромних вредности или од изузетног јавног интереса, па је непосредна улога суда – ненадоместива.

Дакле, овде имамо једно субјективно право, стварноправне нарави, овлашћење хипотекарног повериоца да продајом уновчи хипотековану ствар, па је тежиште проблема у томе како ће хипотекар реализовати то своје субјективно право, односно овлашћење.

Требало би најпре подсетити на легитимност субјективног права, која је давно детерминисана као: *Qui suo iure utitur, neminem laedit* (Sec. Paulus – D. 50, 17, 155, 1) – *Ко користи своје право, никоме не наноси штету*. Али, то је правило које се одувек и једнако искривљивало до злоупотребе. Управо на хипотези права својине, крајем XIX и почетком XX века настала је теорија забране злоупотребе субјективних грађанских права, према којој није дозвољено вршење права са намером да се другом шкоди.¹¹⁵⁷

Најпознатији поборник те теорије је познати француски правник Леон Диги, који је своје идеје први пут изложио у једној серији предавања на Правном факултету у Буенос Аиресу 1911. године, које је објавио као посебну књигу Општи *преображај приватног права од Наполеоновог кодекса*. Према Видовданском уставу из 1921. године, из права својине проистичу и обавезе: „Њена употреба не сме бити на штету целине“ (чл. 37).¹¹⁵⁸

Пораст броја ограничења права својине, а нарочито постојање тзв. позитивних ограничења, изазвао је у науци грађанског права расправу да ли се променио појам права својине. По једнима, обавезе које терете власника нису, у ствари, ограничење права својине које би му одређивало оквир, али стајало ван њега, већ оне улазе у сам појам права својине, као његов саставни део; у појам права својине улазе и овлашћења власника и обавезе које му закон намеће. Према другима, законска ограничења не улазе у појам права својине већ одређују његов оквир, који може бити шири или ужи, те ићи до потпуног укидања права својине; само право својине, које је надоградња присвајања робе, састоји се из овлашћења, држања, коришћења и располагања.¹¹⁵⁹

Злоупотреба права је забрањено вршење права (ЗОО, чл. 13, ст. 1 – злоупотреба права). Све што човек употреби може и да злоупотреби. Израз „злоупотреба“ имплицира негативан став правног поретка према неком виду вршења (употребе) права – његову недопуштеност. Основни посао правника састоји се свуда у томе да разграниче, како се то убичајено каже,

¹¹⁵⁷ Вид. Станковић, Орлић, *Стварно право*, 58, 59.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ Те две супстанце код својине, слобода коришћења и располагања и њено ограничење, међусобно су непомирљиве, једна искључује другу и не могу се у оквиру истог ентитета – приватне својине – претворити у нешто треће. Вид. А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1968.

„допуштено вршење права“ од „злоупотребе“ и „недопуштеног вршења права“. Сама злоупотреба права не исцрпљује се у једном једином виду недопуштеног вршења права. Никада није била забрањена само једна једина злоупотреба права, то јест није постојао само један једини вид недопуштеног вршења права.¹¹⁶⁰

Видови злоупотребе права разликују се међусобно по разлозима који вршење права чине недопуштеним, дакле по разлозима који наводе правни поредак да забрани вршење права. Видови злоупотребе права су: шиканозно, бескорисно, несразмерно, противциљно, непримерено, противречно, неморално и неправично вршење права.¹¹⁶¹

То релативизује ширину римског правила: *Non videtur vim facere qui suo iure utitur*. Противциљношћу нису обухваћене остале абузивне карактеристике вршења права. Вршење права које другом шкоди није за правни поредак ни важно ни неприхватљиво само кад је противно циљу вршеног права.¹¹⁶²

De lege ferenda пожељна је комбинација коју би чиниле, с једне стране, изричита општа забрана злоупотребе права, а с друге стране, *exempli causa* изричите забране свих појединих до сада јасно идентификованих видова злоупотребе права.

Ретко која област омогућава тако шаролик спектар злоупотребе субјективних права као што вансудско намирење пружа хипотекару (баш његово субјективно стварно заложно право на хипотекованој непокретности), али не само њега као јасног титулара субјективних права неко злоупотребе по више основа и више слојева, свих увезаних субјеката. О томе се не треба двоумити. Да ли у таквим пословима има „несразмерног вршења права“ или пак „непримереног вршења права“, или можда неправичног вршења права“ или неморалног, те шта више претеже јер, заједно или засебно – претеже све оно што би требало и могао да значи појам правности права. То не одликује ниједан кредибилан – правни поредак.

Злоупотребе субјективних права странке врше и у судском поступку а камоли у поступку у приватној режији хипотекарног повериоца и наводно независног лица. До злоупотреба права може да дође и у поступку извршења, без обзира на то што он нема когнициони карактер и што и извршни суд и професионални извршитељ поступају искључиво на основу поднесака и других писмена.

У судској пракси су током времена уочени многи случајеви злоупотребе процесних овлашћења, иако многи нису познати јавности. Из тог разлога ЕУ у Препоруци чланицама о извршном поступку тражи механизам спречавања злоупотреба извршења од ма које стране.¹¹⁶³

¹¹⁶⁰ Вид. В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Номос, Београд 1997. Аутор испод рубрума „Закључак de lege lata et ferenda“, у којем се наводи да ЗОО и ЗОСПО забрањују само противциљно вршење права и да то није потпуна забрана вршења права, предлаже да се изричито предвиде видови злоупотребе. Римска јуриспруденција није сковала израз „злоупотреба права“, али се у римском праву могу наћи случајеви где је заузет истоветни правни став какав исказује многа од данас општеформулисаних.

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ Вид. Гордана Станковић, Злоупотреба права странака у извршном поступку, *Правни живот IV*, 12/2014, 5–19.

НАЧИНИ РЕШАВАЊА ПРОБЛЕМА ПРИВАТНОГ ИЗВРШЕЊА

1. Србија и Црна Гора у контроверзама *de lege lata*

Србију и Црну Гору повезују вековне везе, сродности свих врста, безмало један век живота, па и оног правног, у заједничким *југославизацијама*, а сада и један уведени англоамерички правни трасплант/иритант, који *реално* изазива *стварне* проблеме у обе земље. Зато ћемо сада анализирати стање *de lege lata* – и у једној и у другој земљи. Када је у питању стварноправна сфера проблема, ништа их боље и чвршће не веже, без обзира на тематику, као конкретан правни проблем. А он евидентно и постоји.

1.1. Законске и судске контроверзе и интервенције у Србији

Могућност да се хипотека изврши ван судског поступка извршења није типична за континенталне правне системе, какав је и правни систем Србије. Увођење посебног поступка извршења хипотеке у вансудском поступку, за шта су се залагали стручњаци Светске банке, једна је од (две) главне новине у српском Закону о хипотеци, који је донет у децембру 2005, а ступио на снагу у фебруару 2006. године.¹¹⁶⁴

Измене и допуне ЗХ из 2015. године садрже различите врсте промена у поступку вансудског извршења: неке су прилично значајне, а неке су, у суштини, техничке природе. Детаљна и значајна побољшања су уведена чланом 31 ЗХ, који се бави регистрацијом одлуке

¹¹⁶⁴ Иако могућност вансудског извршења постоји пуну деценију, судска пракса је прилично оскудна на ову тему, а оно у пракси није коришћено пречесто. Пажњу Врховног касационог суда једино је заслужило питање да ли хипотека која се стиче као вансудска извршна хипотека омогућава повериоцу да се одлучи за судско извршење, на шта се одговорило позитивно. Главни разлог за такву општу оскудицу је грешка од законодавца у изради Закона, који је изоставио да предвиди да, у случају извршне продаје у вансудском извршном поступку, све постојеће хипотеке престану да постоје и, што је још горе, оне престају само у случају да је обезбеђено потраживање задовољено. Ова невероватна одредба (која ме је натерала да на једном заседању Округлог стола на тему право обезбеђења над непокретностима, одговорим професору Stürner-у, након што ме је питао како је дошло до тога да таква невероватна одредба постане део ЗХ: „Sehr geehrter Professor, das wollen Sie nicht wissen“ – Драги професоре, то не желите знати), учинила је да се хипотекарни повериоци држе „старог доброг“ судског извршења, иако траје дуже и скупље је. Само у предметима кад је вансудска извршна хипотека једино обезбеђење над одређеном непокретношћу поверилац се усуђивао да оде путем приватног извршења. Иако је приватно извршење било врло ретко, откривени су додатни недостаци, као што је чињеница да у случају да хипотекар продаје непокретност у своје име, али да може учествовати у аукцији, када поверилац победи на аукцији, долази до ситуације „уговарања са самим собом“ (поверилац на крају продаје непокретност себи, а судови морају да утврде да ли је таква трансакција ваљана). И неке друге одредбе које се односе на разна питања о вансудској извршној хипотеци такође су се показале проблематичним у примени, а неке су чак показале да су супротне Уставу Србије, што је установио Уставни суд. Вид. М. Живковић, *Вансудски поступак за извршење хипотеке у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.

о хипотекарној продаји, а то је значајно мерило у поступку вансудског извршења, еквивалентно судској одлуци о извршењу у оквиру извршног поступка који спроводи суд. У том члану постоји и значајна измена и допуна да се одлука о регистрацији хипотекарне продаје мора доставити свим хипотекарним повериоцима, што их чини учесницима у процедури регистрације (ипак, не могу уложити жалбу против те одлуке); хипотекарни поверилац ће продати оптерећену непокретност као агент њеног власника, а не у своје име и за свој рачун, како је наведено у оригиналном законском тексту (постоје нека друга техничка побољшања у тексту која не мењају постојећа правила већ их чине јаснијим и побољшавају их). Остале значајне измене и допуне налазе се чл. 34–36 ЗХ, којима се регулише право повериоца на продају. Према изменама и допунама, постоје нека ограничења у односу на продају, било да се спроводи путем аукције или директних преговора.¹¹⁶⁵

Такође, уведен је временски оквир у вансудском извршењу, зато што се оно може десити само у року од 18 месеци након што регистрација одлуке о хипотекарној продаји постане коначна. У случају да поверилац не оствари успех у том временском року, он може остварити своја права само у судском извршном поступку. Коначно, али не и мање важно, у изменама и допунама чл. 41 ЗХ (који регулише приоритет отплате) дефинише се механизам расподеле средстава добијених продајом, који, према изменама и допунама, мора да буде укључен у уговор о хипотекарној продаји (то се односи и на случај продаје путем директних преговора). Према том механизму, плаћање цене мора да се изврши на посебан банковни рачун (*escrow* или слични), који не подлеже извршењу (то укључује *bankruptcy-remote* – изузеће од стечаја) и са којег се задовољавају осигурана потраживања. Измењен и допуњен законски текст такође садржи инструкцију за банку на основу које се тај рачун отвара како би се омогућило повлачење средстава према сваком повериоцу појединачно (без захтевања пристанка осталих) и правило да трошкове тог рачуна треба да сnose сви хипотекарни повериоци заједно, сразмерно износу потраживања, а које ће задовољити од средстава добијених путем продаје. Иако су измене и допуне ЗХ из 2015. ослободиле вансудски извршни поступак његових главних техничких недостатака, то га је учинило мање популарним у пракси него што се очекивало у време његовог увођења 2005. године.¹¹⁶⁶

Постоје неки структурни недостаци за које се чини да их је немогуће превазићи, од којих је најважнији да поверилац сам одређује постојање и износ обезбеђеног дуга. Та чињеница, због које су неки правни стручњаци ову појаву назвали извршење „часна извиђачка“ (наглашавајући да не постоји независна страна која дефинише постојање и износ дуга, то јест закон се ослања на реч поверилаца), остаје главни недостатак вансудског извршења хипотеке у закону Србије. Та чињеница је не само против власника оптерећене имовине, који барем имају могућност да уложе жалбу на одлуку о регистрацији хипотекарне продаје, већ и против

¹¹⁶⁵ *Ibid.* Кад су у питању директни преговори, цена не може бити нижа од 90% процењене вредности, ако се директни преговори врше пре аукције, односно не може бити нижа од 60% процењене вредности, уколико се директни преговори врше након неуспешне аукције. Такође, уведено је законско право сваког лица да понуди бољу цену од оне која је постигнута директним преговорима, ако је поменута цена депонована пре формирања уговора о продаји. Кад је у питању аукција, вредносне границе од 75% процењене вредности на првој аукцији, односно 60% на следећим аукцијама, остају на снази као минимална цена, али су уведена извесна временска ограничења, па тако прва аукција мора да буде извршена у року од шест месеци од дана када регистрација одлуке о хипотекарној продаји постане коначна, а друга најкасније у року од 120 дана.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

ниже ранжираних хипотекарних поверилаца, који немају могућност да уложе жалбу на одлуку.¹¹⁶⁷

Другостепено решење је коначно и извршно и против њега није дозвољена жалба или правни лек. Према нашем мишљењу, то значи да је другостепено решење, којим се одбија жалба, истовремено и правноснажно (!), па од тада хипотекарни поверилац стиче изричито овлашћење да „у своје име“ прода непокретност.¹¹⁶⁸

Другостепена одлука је коначна и извршна,¹¹⁶⁹ штавише, она не може бити оспорена тужбом или неким другим правним леком (!). Дужник, односно власник оптерећене непокретности може захтевати састанак у року од 10 дана од пријема обавештења о продаји и поверилац, односно његов заступник има обавезу да тај састанак омогући у својим пословним просторијама током радног времена. Ипак, уколико се стране не усагласе о поравнању дуга на начин који дужник предложи на састанку, право повериоца да настави са продајом оптерећене непокретности неће бити доведено у питање. У случају да дужник не плати обезбеђени дуг до тренутка када одлука о хипотекарној продаји постане коначна (под условом, ипак, да је најмање 30 дана прошло од доношења одлуке), поверилац може продати оптерећену непокретност било путем аукције или директне продаје.¹¹⁷⁰

Пре него што сам поступак продаје почне, поверилац мора да одреди приближну тржишну вредност непокретности тако што ће ангажовати овлашћеног судског вештака. Ова вредност служи само у сврхе „оријентације“ и она се не сматра правом вредношћу непокретности. Аукцијску продају може вршити сам поверилац или професионалац кога поверилац ангажује. Почетна аукцијска цена не може бити испод 75% процењене вредности, а ако прва аукција не успе, цена на другој аукцији не може бити нижа од 60% процењене вредности (поверилац и дужник се могу сагласити о нижој цени).¹¹⁷¹

Поверилац може учествовати, односно дати своју понуду на аукцији. Продаја у директним преговорима мора бити извршена по цени која је „приближна тржишној“, при чему поверилац продаје непокретност у своје сопствено име. Тржишна цена је, како се дефинише у ЗХ, уобичајена цена која може бити постигнута продајом такве непокретности у доброј вери у време хипотекарне продаје.¹¹⁷²

¹¹⁶⁷ *Ibid.* То значи да нижеранжирани хипотекарни повериоци, у оквиру извршног поступка, немају правни лек помоћу кога би могли да оспоре постојање или износ дуга. Таква ситуација ће највероватније довести до повећања броја парничних спорова у вези са хипотеком, зато што је то једина преостала могућност за следеће хипотекарне повериоце да заштите своје интересе у случају злоупотребе овлашћења вишеранжираног хипотекарног повериоца, који покреће вансудско извршење. Изгледа да бисмо се могли опкладити да ће судска пракса у вези са питањем заштите следећих хипотекарних поверилаца, који имају хипотеке нижег ранга, бити у фокусу пажње у блиској будућности. Банке су веома привржене вансудском извршењу и биће интересантно видети да ли ће дух (приватно извршење) бити натеран да се врати у бочицу (неку врсту извршења које надгледа трећи).

¹¹⁶⁸ То разумевање коначности и правоснажности интригира, јер су тада постојали и Устав Србије и бројна међународна акта. Вид. Здравко Петровић, Владимир Козар, *Средства обезбеђивања потраживања из уговора у привреди*, Дис публик, Београд 2009, 72 и даље.

¹¹⁶⁹ Само утврђење да је одлука органа управе „извршна и коначна“ значи – управну тужбу.

¹¹⁷⁰ Вид. Сретен Ивановић, *Примјена Закона о општем управном поступку*, ЗМ Макарије, Подгорица 2008.

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² *Ibid.*

Када смо већ на терену методологије процене којом би се установила тржишна цена хипотековане непокретности, недавно су донети сходан закон¹¹⁷³ и правилник,¹¹⁷⁴ при чему не треба губити из вида да је ипак посреди вештак кога ангажује и плаћа хипотекар, што јавности нимало не улива поверење у његову непристрасност.

У Црној Гори се то врши посредством Коморе¹¹⁷⁵ и Правилника,¹¹⁷⁶ то јест Удружења проценитеља, што би требало да пружи сигурност, али као и у претходном случају, наилазимо на елементарно питање о правној стварности: ко ангажује тог вештака, ко га плаћа? Дакле, то чини хипотекар, а не независни трећи фактор, као што је суд.

Имајући у виду да је хипотека акцесорношћу везана, „амалгамирана“ с обезбеђеним потраживањем, те имајући у виду традиционални значај непокретности у грађанском и привредном животу, континентални системи траже да реализацију хипотеке, под којом се подразумева поступак њене продаје ради намирења обезбеђеног потраживања, спроведе суд као независни трећи који ужива јавно поверење.¹¹⁷⁷

Наиме, како римска максима *Nemo iudex in causa sua* поручује, приликом реализације хипотеке, имајући у виду да је на коцки својина на непокретности, потребно је да неко различит од страна у односу (две или три, зависно од тога да ли је хипотека дата зарад обезбеђења сопственог или туђег дуга) и ко ужива јавно поверење утврди да је обезбеђено потраживање доспело, да утврди његову висину и да одреди и спроведе (формализован) поступак продаје непокретности, како би се обезбедило да се за њу добије цена што приближнија тржишној.¹¹⁷⁸

Чак и у ситуацијама када саму продају може да спроведе неко други, ко је флексибилнији према крутим процесним правилима везаног суда, суд (као „независни трећи“) треба утврди да су се стекли услови за продају (доспелост и висина обезбеђеног потраживања) и да дозволи да тај „неко други“ спроведе продају.¹¹⁷⁹

Релевантним одредбама Устава Србије утврђено је да је правни поредак јединствен и да законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита. Оцењујући сагласност оспорене одредбе Закона са Уставом, УС је пошао од тога да је упис забележбе хипотекарне продаје врста уписа у регистар непокретности, која је на системски начин уређена ЗДПК, јер има сва правна обележја забележбе из чл. 81 тог закона.

¹¹⁷³ Вид. Закон о проценитељима вредности непокретности Србије („Сл. гласник“, бр 108/16, 113/17).

¹¹⁷⁴ Вид. Правилник о националним стандардима, кодексу етике и правилима професионалног понашања лиценцираног проценитеља („Сл. гласник“, бр. 70/17).

¹¹⁷⁵ Вид. <https://komoraprocjenitelja.me/>.

¹¹⁷⁶ Вид. Правилник о методологији за процјену вриједности имовине („Сл. лист Црне Горе“, бр. 05-14967/1 од 26. септембра 2018).

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Вид. М. Живковић, О вансудској извршној хипотеци у праву Србије (или о томе како је тешко мешати бабе и жабе), *КоПра* 1/2017. Зато није за чуђење то што су измене из 2015. године имале циљ да се изнова регулише вансудски поступак и ослободи главних недостатака.

Како је чланом 180 ЗДПК изричито предвиђено да се против другостепених решења донетих у складу са тим законом може водити управни спор, то, по оцени УС, нема уставноправног утемељења законска одредба којом се у односу на одређена решења тог органа – органа надлежног за вођење регистра непокретности, која су донета поводом уписа у регистар који тај орган иначе врши у складу са ЗДПК, искључује сваки вид судске заштите када је правни основ за доношење решења посебан закон, као што је у конкретном ЗХ.

Према томе, за УС није спорно да је, према одредбама чл. 31 ЗХ, решење о забележби хипотекарне продаје управни акт који доноси орган државне управе надлежан за вођење регистра непокретности (катастра) и да је другостепено решење донето у том поступку, сагласно одредбама ЗУП-а, коначно и извршно. Међутим, Суд налази да, са становишта уставног начела којим се утврђује јединство правног поретка у Р. Србији и уставног принципа судске контроле законитости управе, нема уставноправног утемељења да се против тог решења искључи судска заштита у управном спору. Ово тим пре што је вођење парнице, као могући вид судске заштите, изричито искључено одредбом чл. 15, ст. 3, тач. 2) ЗХ којом је као један од обавезних елемената уговора о хипотеци прописан – извршна zaloжна изјава. УС је утврдио да чл. 31, ст. 7 ЗХ, у делу „и против њега није дозвољена тужба или правни лек“, није у сагласности с одредбама чл. 4, ст. 1 и чл. 198, ст. 2 Устава.¹¹⁸⁰

Правна теорија се изјаснила о уставноправном питању да ли се законском одредбом може искључити право на тужбу у управном спору против коначног (другостепеног) управног акта, иако није предвиђен другачији вид судске заштите. Да је управни спор¹¹⁸¹ изричито искључен а није обезбеђена судска заштита ван општег управног спора (искључена свака судска заштита), у супротности је и са свим међународним стандардима, по свакој правној равни и разумевању, тако и са Уставом.

Тако је *de lege lata* сада важећи ЗХ (Сл. гласник РС 115/05, 60/15, 63/15 – одл. УС и 83/15) уподобљен с Одлуком УС, као и са изменама и допунама. Приметно је настојање законодавца (у овом случају је „предухитрио“ УС) да вансудску реализацију хипотеке пошто-пото „одржи“ на снази.

Истовремено је уочљиво да законодавчева настојања не могу уродити плодом. Пошто нема дилеме да вансудском хипотекару следи спор по управној тужби по ЗУС¹¹⁸² (да би коначна одлука РГЗ уопште стекла правноснажност), а затим следи захтев за ванредно преиспитивање¹¹⁸³ ВКС. У „Г“ листу непокретности службе катастра по службеној дужности

¹¹⁸⁰ Уставни суд Србије (бр. IУз-799/2012) је, на основу чл. 167, ст. 1, тач. 1 Устава Србије, на седници одржаној 9. априла 2015. године, донео Одлуку да чл. 31, ст. 7 ЗХ (Сл. гласник РС 115/05), у делу који гласи „и против њега није дозвољена тужба или правни лек“, није у сагласности са Уставом.

¹¹⁸¹ Вид. Стево Ђурановић, *Одлагање извршења управног акта од стране суда* (реферат Управног суда), *Билтен Врховног касационог суда* 3/12.

¹¹⁸² Вид. Закон о управним споровима РС, Сл. гласник РС 111/09, чл. 3: „У управном спору суд одлучује о законитости коначних управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита. У управном спору суд одлучује и о законитости коначних појединачних аката којима се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу у погледу којих није предвиђена судска заштита.“ Чл. 14: „Управни спор и против управног акта који је донет у другом степену.“

¹¹⁸³ Вид. ЗУС, рубрум IX „Ванредна правна средства“, 1. Захтев за преиспитивање судске одлуке; Услови и разлози. Чл. 49 ЗУС гласи: „Против правноснажне одлуке Управног суда странка и надлежни јавни тужилац могу да поднесу Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке.“

се уписује „забележба“ о вођењу управног спора.¹¹⁸⁴ Томе следи судски спор по ванредном правном средству (то је правна чињеница, а она се наравно књижно бележи). Ко ће се код толике неизвесности, упустити у куповину, тачније, метафорички, у „правну авантуру“?

Забележба, по чл. 81, ст. 1 Закона о државном премеру и катастру, јесте упис којим се у катастар непокретности уписују чињенице од значаја за заснивање, измену, престанак или пренос стварних права на непокретности, које се односе на имаоца права, на саму непокретност или на правне односе поводом непокретности. Решење по жалби против решења о забележби хипотекарне продаје (решење из чл. 31, ст. 5 ЗХ), према одредби чл. 31, ст. 7 ЗХ, јесте „коначно и извршно“.

Очигледно је да се решењем о забележби хипотекарне продаје одлучује о имовинским правима хипотекарног дужника. Може се рећи да се тим решењем често одлучује и о његовом праву на дом. Решење о забележби хипотекарне продаје јесте правни акт решавајућег карактера будући да се њиме одлучује о правима и обавезама хипотекарног дужника и хипотекарног повериоца. То решење хипотекарном повериоцу даје овлашћење које, пре његовог доношења, није имао – овлашћење да у своје име прода предмет хипотеке. Доношењем тог решења конституише се забрана власнику непокретности да сам располаже. Стога представља конститутивни управни акт који је за повериоца фаворабилан, а за хипотекарног дужника онерозан.¹¹⁸⁵

Све и да се то догоди (без обзира на то да ли се на коначан исход чекало две до три године), предстоји и уставна жалба¹¹⁸⁶ као делотворан правни лек, пошто су сва правна средства исцрпљена. То је поновно правна чињеница која се неспорно може забележити у „Г“ листу катастра непокретности, што представља додатну неизвесност, јер се чека једну до две године. Потом предстоји представка Европском суду у Стразбуру. То је сада и овде, нарочито кад је посредни задирање у имовину, врло плодотворан поступак.

Треба нарочито да су нагласити национални судови и Србије и Црне Горе подређени примату међународних уговора, то јест конвенција каква је ЕКЉП, али и прецедентном принципу и правилима прецедента који влада у пракси ЕС у Стразбуру. Та акта су интегрални делови правних поредака и Србије и Црне Горе, и то јасно посредством Устава.

Посебност ЕКЉП је двострука: прво, њене норме се непосредно примењују у правном поретку Србије; друго, правни ставови садржани у пресудама ЕСЉП имају дејство *erga omnes*, то јест обавезују судове у Србији, чак и кад се пресуда ЕСЉП не односи директно на поступак у коме је као странка учествовала Република Србија. ЕКЉП је у последње две деценије имала

¹¹⁸⁴ Вид. Закон о државном премеру о катастру, *Сл. гласник РС* 72/09, 18/10, 65/13, 15/15 – одл. УС, 96/15, 47/2017 – аут. тумачење, рубрум „Поступање до правноснажности одлуке“ чл. 130: „(3) Странка која је покренула управни спор дужна је да одмах достави и Служби доказ о покретању управног спора ради уписа забележбе покретања управног спора, о чему се обавештавају странке у поступку.“

¹¹⁸⁵ Вид. Милош Радовановић, *Управни спор поводом вансудског намирења хипотекарног повериоца, Правни информатор* 2/2014.

¹¹⁸⁶ Уставна жалба се може изјавити против појединачног акта или радње државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, а којима се повређују или ускраћују људска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту (ЗУС, чл. 83). Уставну жалбу може изјавити свако лице које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење повређено или ускраћено људско право и слобода зајемчена УС (ЗУС, чл. 84). Уставна жалба се може изјавити у року од 30 дана од доставе акта. Вид. Закон о уставном суду, *Сл. гласник РС* 109/07, 99/11, 18/13 – одл. УС, 103/15 – др. закон.

огроман утицај на МГПП. Од значаја је да нагласимо да се чл. 6 (1) Конвенције примењује, *inter alia*, у грађанској поступку, па и у административним поступцима ако се предмет поступка односи на грађанску ствар.

Дакле, Европска конвенција се непосредно примењује било да је реч о парничним, ванпарничним или управним стварима.¹¹⁸⁷

У самом поступку мора да се одреди равнотежа између права повериоца и права дужника, при чему се морају поштовати гаранције из чл. 6 и 8 Европске конвенције (нпр. иселјење извршних дужника. Морају се узети у обзир и интереси трећих лица. У извршењу породичних одлука када се извршење тиче деце, онда идеја водиља мора да буде најбољи интерес детета (*Best interest of the child should be primary consideration*).¹¹⁸⁸

Различити су фактори због којих се правни субјекти покоравају судским одлукама: 1) неодобравање кршења правила, 2) лични морал, 3) пол и 4) перципирана легитимност суда и полиције. Највећи проценат субјеката који добровољно извршавају судске одлуке то чини зато што је исход био фер.¹¹⁸⁹

Многи правници принуду сматрају суштинским обележјем права. Правним нормама, за разлику од других норми, приписује се правно својство принудности (*Zwangsnormen, Erzwingbarkeit*), сила принуде, или се право посматра као појава састављена од двају елемената: норми и принуде. Пре свега, треба истаћи да је реч принуда двосмислена, односно употребљава се:

1. прво, у смислу физичке принуде (*vis absoluta*), која се састоји у примени физичке силе, механичких начина деловања;
2. друго, у смислу тзв. психичке принуде (*vis compulsiva*), деловања страхом, то јест утицаја на човека како би се код њега изазвала одређена одлука и одговарајући поступак путем претње да ће му се у противном нанети какво зло. Обично се напомиње да се има у виду регулисана принуда од одређених органа државне власти.¹¹⁹⁰

Солемизација је јавнобележничка радња на основу које приватна исправа у правном смислу добија доказну снагу јавне. За солемизацију се користе и називи оверавање нејавне исправе и потврђивање исправе.

Новела Закона о јавним бележницима из 2013. и 2015. предвиђа да јавнобележнички запис буде обавезна форма за све уговоре о располагању непокретностима.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁷ Вид. Александар Јакшић, *Међународно грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 84.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ Вид. Бодирога, *Вансудско извршење на основу Закона о хипотеци*, 85.

¹¹⁹⁰ Вид. Лав Јосифович Петражицки, *Теорија права и морала*, поглавље „Теорија принуде“, Библиотека *Плејада*, ЈП Службени лист СРЈ и др., Београд 1999, 217 и даље.

¹¹⁹¹ Вид. Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Досије, Београд 2014, 229–231.

Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен имовине, сем у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.^{1192, 1193}

Право на правично суђење је посебна установа уврштена у наше правне поретке, која је судском праксом ЕС достигла екстензију у најширим видовима¹¹⁹⁴ да „свако“ током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним, непристрасним судом, образованим на основу закона.¹¹⁹⁵

Због тога је неопходно да се законодавство Србије одлучније и брже усаглашава са европским стандардима не чекајући формални улазак у ЕУ. Имајући у виду да је на почетку ХХИ века човек постао врло осетљив на непоштовање његових основних људских права, неопходно је обезбедити сталну едукацију лица запослених у државним органима и упућивање таквих кадрова у развијене земље, како би се што доследније поштовало право на правично суђење. Свесни смо да су многа питања отворена јер превазилазе опсег овог рада, али је за њихово целокупно сагледавање неопходно далеко већа активност правосудних и других државних органа, како бисмо дошли до трајних и ваљаних решења. Сматрамо да ће се само укључивањем великог броја научника и практичара тај друштвени и научни феномен правилно дефинисати и спознати, а идеја о праву на правично суђење стално усавршавати. Идеја права, правне државе, правичног суђења у српској државотворној традицији јавља се још у време Немањића, од Типика Светог Саве и Душановог законика. У Типицима Светог Саве налази се и јединствен текст у Европи, у којем истиче ограничење људске самовоље.¹¹⁹⁶

У српском преводу члана 1 Првог додатног протокола уз Конвенцију користи се термин имовина. На исти начин је, у основи, поступио и немачки преводац. За разлику од српског превода, међутим, у немачком преводу одредбе о којој је реч користи се реч својина (*eigentum*), а не имовина. Разлике у преводу потичу од редакције текста Првог протокола. У енглеској званичној верзији најпре је у рубруму употребљена реч *property*, али и многе друге. Због такве ситуације би се рекло да је најбоље прибећи неутралном термину – имање, који је у српском језику сасвим згодан за ову прилику. То је оправдано тим пре што је, како ћемо видети, појам имања аутономан појам у европском праву људских права. Правична равнотежа, чије се истраживање у сваком појединачном случају указује као примена теста пропорционалности,

¹¹⁹² Вид. Први додатни протокол уз Конвенцију о људским правима и основним слободама, Париз 20. март 1952, Рим 4. новембра 1950.

¹¹⁹³ Први протокол заправо употребљава израз којим се штити „право на мирно уживање у својим добрима“ (чл. 1, ст. 1) (енг. *possessions*, фр. *biens*). Европски суд је, међутим, позивајући се на припремне радове, утврдио да „признајући свакоме да ужива у својим добрима, члан 1 у суштини јамчи право на имовину“ (енг. *right of property*). То показује и пракса ЕС и ЕК. У једном случају који се односио на увођење ограничења износа закуппине, на основу аустријског Закона о закуппинама, ЕС је сматрао да право на склапање уговора о закупу представља вид поседовања имовине. У једном другом случају, ЕС је разматрао да ли се може сматрати имовином учерица која је постављена противно урбанистичким плановима на депонији, чији је *de facto* власник делова страћаре и личних добара. Суд је узео у обзир да то што је учерица подигнута на депонији у којој је живела породица указује на значајан интерес који је био толерисан од власти и да представља имовину по чл. 1 Првог протокола.

¹¹⁹⁴ Вид. Ивана Крстић, Т. Маринковић, *Европско право људских права*, Правни факултет Универзитета у Београду, публикација, пројекат *Правосуђе на темељима људских права*, СЕ, Београд 2016.

¹¹⁹⁵ Вид. Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Рим 1950, чл. 6, ст. 1.

¹¹⁹⁶ Вид. Бојан Петровић, *Право на правично суђење у Републици Србији*, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитета „Дон Незбит“, Београд 2016.

још је један услов државног задирања у имање. То може бити допуштено само ако није повређена правнична равнотежа јавног и приватног интереса.¹¹⁹⁷

Кад држава задире у имање појединца или правног лица или, тачније, у његово право на мирно уживање имања, Европски суд испитује три услова. Ти услови су: законитост задирања, допуштеност циља задирања у право, правична равнотежа и пропорционалност.¹¹⁹⁸

Осим демократије и људских права, владавина права је трећи стуб Савета Европе садржан у преаумбули Европске конвенције.

Редовно, правно обавезујуће међународно право (и пресудама наших судова прецеденти ЕС су постали пракса), понекад се то право назива „чврстим правом“ (енгл. *hard law*). За разлику од „меког права“ (*soft law*), примењују се и те норме међународних докумената, али су без санкције.¹¹⁹⁹

Право ЕС¹²⁰⁰ и његова „хибридно“ прецедентна нарав је од посебног објективног значаја. Суд у појединим случајевима није презао чак ни од давања налога туженој држави да усвајањем или изменом одређеног законског акта подигне ниво заштите људских права лица под њеном јурисдикцијом. Због хибридног карактера процесног права које Суд примењује, пресуда има специфичну форму, али је она разумљива како правницима из држава у којим се примењује англосаксонско право, тако и правницима из континенталних држава, чије се право заснива на римском праву.

Могли бисмо рећи да се право ЕУ деценијама у земљама кандидатима буквално имплементира (*нема шта законодавци да мисле*) и налепљује као „хармонизујућа или иритирујућа закрпа“ у наш правни систем и поредак ствари, чиме постајемо европеизирани као *имплементирани*.

Нема сумње да ће се способност те међународне правосудне институције реформисати и ићи у корак с временом, омогућити да и даље он остане, према речима некадашњег председника Суда Луцијуса Вилдхабера, вероватно најуспешнија еманација међународне правде до сада. Као и досад, томе ће највећи допринос дати пресуде, које су често доводиле до промена у правним системима држава уговорница Конвенције и допринеле бољој заштити људских права на европском континенту.¹²⁰¹

¹¹⁹⁷ Вид. *Европско право људских права*, ЈП Службени гласник, Београд 2012, 396 и 411.

¹¹⁹⁸ Вид. Драгољуб Поповић, *Европско право људских права*, Правна библиотека, Сл. гласник, Београд 2012, 410 и даље.

¹¹⁹⁹ Вид. Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права*, друго издање, Библиотека *Уџбеници*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЦИИ, Београд 2013.

¹²⁰⁰ Вид. Жил Детур, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Сл. гласник, Београд 2006.

¹²⁰¹ Оснивање Суда са седиштем у Стразбуру предвиђено је Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Тај уговор је под окриљем СЕ закључен у Риму, 4. новембра 1950. године. Суд је један од органа за заштиту права и слобода гарантованих тим актом. Установљен је 21. јануара 1959. након што је осам земаља доставило декларацију о признању обавезне надлежности. Ефективно је почео с радом 1961. године. Наша земља је, као правни сукцесор Државне заједнице Србија и Црна Гора, преузела обавезе из Европске конвенције. За мање од једне деценије сврстала се у ред држава против којих је поднето највише представки. Вид. Дејан Јањић, *Европски систем заштите људских права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2014.

Указали бисмо и на потребу јединствене грађанске процесне кодификације, која постоји у већина земаља развијеног света, од Квебека до Швајцарске, па редом. Цела процесна материја је кодификована у законик у грађанском поступку (ЗГП).

У ЗГП су кодификована сва правила парничног, ванпарничног, извршног поступка, нема „упућујућих и сходних“ примена. Код нас је проблем већи. Наиме, кад је о датој теми реч, сви наши закони делом или пак у целини упућују на сходне примене правила закона који уређује извршни поступак. Општепознато је да је сваки ЗИО увек имао упућујућу одредбу о сходној примени ЗПП-а. Норма материјалне нарави је неделотворна и не остварује друштвену сврху без процесних правила која су уједначена и не изазивају конфузије при тумачењу.

И сврха се губи. Материјално и процесно грађанско право имају, без обзира на њихову тако различиту правну нарав, многобројне, вишеслојне и нераскидиве функционалне везе. Стога судски спорови имају, уз процесноправну, и неизоставну материјалноправну компоненту (занемаре ли се неке ситуације). Процесноправна компонента им даје динамику, а материјалноправна циљ и друштвену сврху.¹²⁰²

Могућност судова да стварају право, иако широко прихваћена у свету *common law*-а, није била, све донедавно, призната у грчко-романско-германској правној традицији. Нема сумње, најважнији принципи (начела) права ЕУ не налазе се у међународним оснивачким уговорима него у праву случајева Европског суда правде (општи правни принципи представљају примаран извор права ЕУ). Стога нису без основа ставови писаца који мисле да је *case law* Европског суда правде подједнако важан за континентално право као што је *common law* енглеских судова за развита модерног енглеског права.¹²⁰³

Два догађаја се обично повезују с глобализацијом (феномен) демократије, права и суверенитета. Први је све утицајнији дискурс међународних људских права, који је навео теоретичаре да тврде да легитимност влада треба да зависи од њихове неагресивности и минималне праведности. То је радикална идеја да „међународна заједница“ треба да створи морална начела и наметне одлуке којима се уређује понашање влада спрам њихових грађана. Други је све веће ширење домета институција глобалне власти која доноси одлуке и принудна правила која регулишу поступке државних и недржавних делатника.¹²⁰⁴

1.2. Објективан учинак

Дакле, без обзира на најбоље норме материјалне природе које предвиђа ПГЗ Србије, уколико изостане ЗГП, то јест кодификација процесног права, нема сврхе ни најбоља материјална норма јер она свој циљ постиже само када је, колоквијално говорећи, „та норма у акцији“. Та *акција* се мора јасно кодификовати.

¹²⁰² Вид. Никола Гавела, *О односу материјалног и процесног грађанског права у парницама*, Поглед са стајалишта приватног (грађанског) права, *Зборник Правног факултета у Загребу* 63, 3–4/2013, 537–567.

¹²⁰³ Вид. Будимир П. Кошутић, *Увод у велике правне системе данашњице*, друго издање, поглавље „Судски прецеденти у ЕУ“, Библиотека *Уибеници*, Правни факултет Универзитета у Београду – ЦИД, Београд – Подгорица, 2008, 233 и даље.

¹²⁰⁴ Вид. Џин Коен, *Преиспитивање људских права демократије и суверенитета у времену глобализације* Библиотека *Друштво и наука*, Службени гласник, Београд 2011, 215 и даље.

Ако оптимистички претпоставимо да сва правна средства буду неуспешна, треба узети у обзир да хипотекар и овлашћено лице, професионалац, не могу исходovati асистенцију полиције (по Закону о полицији и правилнику). Зато хипотекару или савесном купцу следи парница за исходовање извршне исправе чинидбене нарави депосесије хипотекарног дужника, што траје по више година. И ова апроксимација је превртљива.

Какав је поштено говорећи заиста *објективан учинак* вансудске реализације хипотеке – данас и овде?

1.2.1. Проблем принудне депосесије¹²⁰⁵

Правна принуда¹²⁰⁶ је нужан услов за могућу социјалну закономерност. Њена примена, разуме се, по себи и за себе, још уопште не значи ову закономерност. Важна је и њена усмереност ка врховном коначном циљу друштвеног живота људи. Поступак принудне депосесије власника непокретности на којој је у Србији установљена хипотека, а у Црној Гори и хипотека и фидуција, у Црној Гори су стари, а у Србији нови, код обе – елементарни проблеми. Вођењем парнице за депосесију потпуно је изгубљена ефикасност вансудске реализације, у смислу приватног извршења. Банке у Црној Гори су зато и напустиле фидуцију још 2006. године. Од тада се форсира тематска, вансудска реализација, која се решава као приватно извршење.

Гола својина је само још један терет за хипотекара. Плаћаће порез на имовину и годинама водити судску парницу јер је право својине без државине бескорисно и изискује фискалне и друге обавезе. За банке је и погубно. Стари правници, судије и адвокати су имали свеважећу изреку – „својина се не стиче, не служи ничему и не чува се папирима него поседом“.

Својинска државина је најшира власт на ствари, која по свом обиму одговара садржини права својине тако да се државина јавља као фактичност вршења својине. Права (истинита, мирна) државина је она државина која има правни основ (*possessio non vitiosa*). Права државина је она која није стечена ни силом, ни преваром ни злоупотребом поверења (*vi, clam, praecario*).

Истинита државина је она која је стечена на дозвољен (допуштен) начин, а не на противправан начин. Лице које је одузело државину другом лицу против његове воље заснива на ствари нову државину која нема континуитет са државином бившег држаоца, без обзира на то што временски иду једна за другом. Неизвесно стање је имати државину, а немати и неко право на основу коју ствар држите. То је неповољно стање и за оног ко има неко право, на пример, својину, а не може до ње (*nuda proprietas*).¹²⁰⁷

¹²⁰⁵ Вид. Рудолф Штамлер, *Привреда и право*, Библиотека *Плејада*, ур. Стеван Врачар, ЈП Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2001, 461 и даље

¹²⁰⁶ Држава као специјалном врстом установе располаже влашћу и средствима материјалне (физичке) принуде. Додуше, увек је осетљиво питање државне физичке силе. Извршавање својих прописа држава не може постићи само ослоном на физичку принуду. Вид. Ђорђе Тасић, *Увод у правне науке (енциклопедија права)*, Библиотека *Класици југословенског права*, II коло, св. 10, Службени лист СРЈ, Београд 1995. (изворна издања ИП Геца Кон, Београд 1935, 1938, 1941).

¹²⁰⁷ Вид. Драгољуб. Лазаревић, *Државина, појам и облици*, Пословни биро, Београд 2010, 73 и даље.

Државина је као правна установа мешовите природе, комбинација фактичког елемента (компоненте) и правног елемента (компоненте) – *сложај* чињенице и субјективних права или обавезе. Од четири њена саставна дела, релевантна за посесорну заштиту, три представљају правне категорије: субјективна права, односно обавезе (право или обавеза државине), право искључења трећих, право заштите државине.^{1208 1209}

Наизглед, правна установа државина је особена у односу на друге стварноправне установе по томе што се не састоји само из овлашћења него осим те правне компоненте садржи и чињеничну компоненту – фактичку власт, односно фактичко стање, елемент који је материјалан, опипљив, опазив чулима, а не само резултат мисаоне операције, док својину, реални терет, право хипотеке и др. увек чине само права (овлашћења, правно признате и заштићене могућности), дакле, само нематеријално, неопипљиво, чулима неопазиво. Али наизглед једино структура установе државине има формулу: *факт + право*.¹²¹⁰

Поступак депосесије власника непокретности на којој је у Србији установљена хипотека, у Црној Гори и хипотека и фидуција, представља елементарни проблем. Дакле, депосесију власника хипотековане ствари врши хипотекар, адвокат или професионалци које ангажује, уз помоћ, тзв. асистенцију, полиције. Мимо суда или другог органа јавне власти, према чл. 37 ЗХ РС, орган унутрашњих послова је дужан да, у складу са Законом о полицији, хипотекарном повериоцу пружи помоћ на основу решења о забележби хипотекарне продаје, односно уговора о продаји непокретности.

Такву правну могућност не допуштају ни Закон о полицији РС¹²¹¹ ни Правилник о начину обављања полицијских послова.¹²¹² У чл. 64 ЗИО ЦГ, као и у чл. 143 и 144 ЗИО РС, предвиђена је помоћ полиције, али само по захтеву суда или јавног извршитеља.

Закон о унутрашњим пословима ЦГ¹²¹³ не предвиђа пружање помоћи полиције било коме, изузев суду и другом органу јавне власти и локалне самоуправе. Такође, помоћ полиције хипотекару и др. није предвиђена ни Правилником о условима и начину пружања помоћи државним органима, органима локалне самоуправе и правним лицима у поступку извршења њихових одлука.¹²¹⁴

ЗСПО ЦГ нема одредбе као важећи ЗХ Србије, а пошто прописима о полицији Србије нема такве норме,¹²¹⁵ то онда нема овлашћења „овлашћено лице“ хипотекара, не може да захтевају пружање помоћи у извршењу/асистенцију полиције. То искључиво може да захтева суд или јавни извршитељ, али вансудски поступак извршења искључивши суд, а у ширем

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ Вид. Владимир Водинелић, *Чему посесорни поступак?*, *Правни записи* 2/2013.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ Вид. Закон о полицији, *Сл. гласник РС* 6/16.

¹²¹² Вид. Правилник о начину обављања полицијских послова, *Сл. гласник РС* 27/07.

¹²¹³ Вид. Закон о унутрашњим пословима, *Сл. лист ЦГ* 44/12, 36/13, 1/15.

¹²¹⁴ Вид. Правилник о условима и начину пружања помоћи државним органима, органима локалне самоуправе и правним лицима у поступку извршења њихових одлука, *Сл. лист ЦГ* 15/13, 20/14.

¹²¹⁵ Вид. чл. 37 ст. 1 тек „освеженог“ ЗХ РС: „У току вансудског поступка намерења, надлежни орган унутрашњих послова дужан је да без одлагања у складу са Законом о полицији, хипотекарном повериоцу, одн. његовом заступнику, пружи сву помоћ неопходну за спровођење поступка намерења, у случају да власник, одн. други држалац непокретности у поступку њене продаје не дозвољава приступ непокретности... одбија да се добровољно исели из непокретности.“

смислу и јавног извршитеља, јер је посреди „приватно извршење“, тј. вансудски поступак у ужем смислу, лишава и као могућност да адвокати, комисије банака, агенције за промет непокретности и агенти захтевају помоћ то јест асистенцију полиције.

Зато треба закључити (бар због неусклађености ЗХ и ЗП РС) да нема правне могућности да полиција пружи помоћ хипотекару или ма којем субјекту којег је он ангажовао да хипотекар сад као власник делозира ранијег власника хипотековане ствари и непокретност ослободи од лица и ствари.

Посреди је, очито, усудили бисмо се да кажемо, „потез очајника“, да се некако заобиђе посесорни парнични поступак и исходује извршна исправа за исељење ранијег титулара права својине хипотековане непокретности. То објективно представља чекање још бар две до три године, јер се такве парнице, код нас, тим „темпом“ заиста одвијају, па се тек онда може поднети предлог за извршење суду и издејствовати принудна депосесија ранијег власника и ослобађање непокретности од лица и ствари. И, напokon, уредну предају у државину хипотекару, односно лицу које је евентуално ту непокретност купило, (не) знајући да му тек предстоји и судска парница.¹²¹⁶

Уколико се тај купац поуздао у закон где „пише“ да ће се домоћи државине на датој непокретности за коју је уредно платио продајну цену на аукцији или пак непосредном погодбом, онда то може проузроковати нови проблем јер би сваки разуман купац у таквим околностима тражио одговарајућу накнаду штете. Или би изјавио једнострани раскид уговора или пак поништај јер је нескривљено претрпео штету услед мана воље. Тада би се испоставило да га је довео и држао у заблуди „законодавац“. Будући да се не би „тужио с државом“, свој захтев би усмерио ка хипотекарном повериоцу. Проблем постоји и у вези с универзалним стандардима који се тичу исељења лица којима је хипотекована непокретност у ствари стан или кућа у којој живе. Право на становање је гарантовано први пут у Универзалној декларацији о људским правима 1948. године. Може се закључити да нашим државним органима није довољно јасно какав је статус међународног права у унутрашњем правном поретку и које конкретне обавезе из њега проистичу за све државне органе када одлучују у тим предметима. Другим речима, у случају „ћутања закона“ или његове супротности са међународном нормом, државни орган треба директно да се позове на релевантну међународну норму и да је примени.¹²¹⁷

А како је то овде могуће у случају приватног извршења? Када се постави питање основне мане вансудске продаје у приватном ангажману повериоца, јављају се и други проблеми, који се подудару са свим карактеристичним проблемима бездржавинске залогe, односно средстава обезбеђења и његовог титулара. Вансудско намирење бездржавинске залогe претежно је прописано на добар начин, али је сама пракса показала одређене проблеме, који се могу избећи приликом следећег законског регулисања ове установе.¹²¹⁸

Кључни део у реализацији права на намирење повериоца регистроване залогe јесте успостављање државине повериоца, с обзиром на то да ће се тешко наћи купац ствари која је

¹²¹⁶ Вероватно се основано поуздао у оно што дословно пише у ЗХ.

¹²¹⁷ Вид. Ивана Крстић, *Принудно исељење – универзални међународни стандарди, Анали Правног факултета у Београду* 2/2013, 92–109.

¹²¹⁸ Вид. Срђан Стоилковић, *Резултати правне трансплантације у реформи нашег заложног права на покретним стварима, Правни живот* III, 10/2012, 645–661.

у поседу залогодавца. Судско намирење заложног повериоца је ЗИО побољшао тиме што је одређена процедура судског намирења која је била тек предмет судске праксе.¹²¹⁹

1.2.2. Проблеми хипотекара као законског заступника

Одредбом члана 36 новелираног ЗХ, уместо „у име“, уређено је да је поверилац као „законски заступник“ власника непокретности овлашћен да прода власникову непокретност оптерећену хипотеком и да закључи уговор о непосредној продаји – све као „његов законски заступник“.¹²²⁰ Законски заступник је физичко лице које је законом овлашћено да предузима радње у име и за рачун заступника. Заступник одређен законом може заступати физичко или правно лице. Поједини правни писци сматрају да је незвано вршење туђих правних послова случај законског заступника.¹²²¹

Бројне су и различите дефиниције заступања у систему општег права (*common law*). Ипак, оне се углавном дају са становишта заступаног лица, а не заступника. Стога се најчешће истиче да је оно однос у коме једно лице, заступани (налогодавац, властодавац, принципал), даје овлашћење (*power*) другом лицу, заступнику (налогопримцу, пуномоћнику, агенту), да за њега успоставља правне односе с трећим лицима (*third party*).¹²²²

Кључна ралика у односу на српско право јесте у обухвату дефиниције заступања јер се оно шире обухвата у систему општег права. Уз разлику од српског права, енглеско и остала права система *common law* не захтевају да заступник иступа у име заступаног према трећем лицу (*on behalf of*), без обзира на то да ли наступа у своје име (као српски комисионар) или у име заступаног (као српски заступник). То значи да је заступање сваки однос у којем заступник агент прибавља заступаном какву материјалну корист, у послу који уместо њега обавља с трећим лицем.¹²²³

Хипотекар, према нашем мишљењу, не може бити законски заступник власника хипотековане ствари. Примера ради, може се поредити схватање агента, то јест посредника какво постоји у европским земљама и поставити наспрам правног дефинисања у англосаксонским земљама. Наиме, у многим објашњењима правне доктрине и праксе агент се схвата као неспорно легитимно лице које ће обављати – и поступак продаје и деложације. Уговор о агентури признат законодавством, а и судском праксом у другим земљама континенталне Европе, по називу и неким другим за њега типичним карактеристикама, несумњиво је близак истоименим уговорима који заузимају посебно место у англо-америчком правном систему.

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ Вид. ЗХ, чл 36: „Поверилац, на основу коначног решења о забележби хипотекарне продаје, а по истеку рока од 30 дана од дана издавања решења, може као законски заступник власника хипотековане непокретности, продати непокретност непосредном погодбом (...)“

¹²²¹ Вид. Илија Бабић, *Основи имовинског права*, књига 8, едиција Уџбеници и приручници, Службени гласник, Београд 2006, 416, 417 и даље

¹²²² Вид. Небојша Јовановић, *Увод у Common law уговорно право*, Библиотека *Уџбеници*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2015.

¹²²³ *Ibid.*

Међутим, за изједначавање уговора о агенцији у поменутих двама системима ипак нема основа. Довољно је указати на то да, за разлику од континенталног права, у којем се уговор о агенцији по општем правилу јавља само као један од видова уговора о представљању – напореда с комисионом¹²²⁴ и уговором о налогу,¹²²⁵ у англо-америчком праву уговор о агентури практично замењује све видове представљања као таквог.¹²²⁶

То се може везати и за „замену“ речи „у име власника непокретности“ речима „поверилац као законски заступник власника хипотековане непокретности“ (чл. 36, ст. 1 ЗХ РС из 2015). Треба навести и да су уговор о посредовању, уговор о трговинском посредовању, уговор о комисиону и уговор о налогу и законски заступник установе које су регулисане у ЗОО РС и ЗОО ЦГ подједнако, као сасвим посебни уговори.

У англосаксонској правној традицији посао посредовања не постоји као самосталан (као у континенталном праву) већ се посредовање, заступање и комисион заједнички називају – *agency*.¹²²⁷ Зато оно што значи агент у англоамеричком праву, у нашем значи посредовање и не може се изједначавати са агентом.

Према одредбама чл. 813–826 ЗОО¹²²⁸ уговором о посредовању обавезује се посредник да ће настојати да нађе и доведе у везу са налогодавцем лице које би са њим преговарало на закључењу одређеног уговора, а налогодавац се обавезује да му плати накнаду ако уговор буде закључен.¹²²⁹

У погледу описане измене чл. 36 ЗХ РС, треба навести да одредбе ЗОО РС предвиђају¹²³⁰ да се овлашћење за заступање заснива на закону (чл. 84, ст. 2) и да уговор који закључи законски заступник „у име“ заступаног обавезује заступника и другу уговорну страну (чл. 85, ст. 1).

Законски заступник предузима све радње у поступку у име странке и за њен рачун. Заступано лице предузима радње независно од воље заступаног лица. Заступано лице није у стању да себи одреди заступника, па му закон непосредно одређује заступника.

Наша легислатива, осим ЗОО, познаје ову установу и њену улогу, што је у противречју са појмовима агент и законски заступник, из чега произлази да предметна измена ЗХ РС објективно није измена јер „у име“ и „као законски заступник“ има једнако значење.

Посебан је проблем то што је општепозната „сврха“ постављања неке законског заступника, још у контексту „непостојања воље заступаног“ (као да постоји воља власника непокретности да га заступа његов поверилац или да ће поверилац бити непристрасан у заступању сопственог дужника, односно и конкретно власника хипотековане непокретности и да нема заправо неке супротне интересе од власника непокретности из које се намирује).

¹²²⁴ Вид. ЗОО РС, чл. 771–789.

¹²²⁵ Вид. ЗОО РС, чл. 751–770.

¹²²⁶ Вид. Здравко Шолак, Уговор о агентури, *Правни живот* 521, 11/2008, 549.

¹²²⁷ Вид. *Лексикон грађанског права*, 766.

¹²²⁸ Вид. ЗОО РС, чл. 813–826.

¹²²⁹ Вид. *Лексикон грађанског права*, 516.

¹²³⁰ Вид. ЗОО РС, чл. 84, ст. 2 и чл. 85, ст. 1.

ОИЗ¹²³¹ (чл. 1022 предвиђа: „Ко што углави по твојој наредби, сам си углавио.“ А овде нема ни воље, ни наредбе заступаног, него напротив, оштро супротстављених интереса законског заступника и заступаног. Заступништво је вршење правних послова „у туђе име и за туђ рачун“. Законско заступништво је оно заступништво код којег је законом одређен као заступник, тако и обим његових овлашћења, као и његова права и дужности. Најтипичнији пример је заступање детета од родитеља.¹²³²

Тиме је законодавац хипотекарног дужника и понизио „сместио“ у корпус малолетника, неурачунљивих и пословно неспособних лица, само како би премостио „правни фелер“ у закону. По примерима произлази да, што су већи замаси законодавца да уподоби „приватно/вансудско извршење“ – то је веће нарушавање правног поретка. Ово је пракса потврдила, а какве ће још последице произвести, постоји бар бојазан.

1.2.3. Проблеми литиспенденције у извршном поступку

Литиспенденција није процесна сметња у извршним поступцима. Међутим, чл. 20 Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије гласи:

„Поверилац чији уговор о хипотеци и заложна изјава представљају извршне исправе има право избора: да се намири применом закона којим се уређује хипотека или применом овог закона.

Сматра се да је поверилац изабрао намирење применом закона којим се уређује хипотека када се донесе решење о упису забележбе хипотекарне продаје, а за намирење применом овог закона када поднесе предлог за извршење.

Суд *одбацује* предлог за извршење поднет после доношења решења о упису забележбе хипотекарне продаје.

Против решења о одбацивању предлога дозвољен је приговор.“

Нема литиспенденције уколико у поступку спровођења извршења теку два паралелна поступка извршења по истој извршној исправи, између истих странака, истим средством извршења, на истом предмету извршења, јер у случају намирења потраживања извршног повериоца по једном покренутом поступку извршења, други извршни поступак постаје беспредметан.¹²³³

¹²³¹ Вид. чл. 1022 ОИЗ за кнежевину Црну Гору, 1888. издавач ЦИД, Подгорица, 2008.

¹²³² Вид. Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, друго издање, изд. Правни факултет Универзитета у Београду, 2004. стр. 344 и даље.

¹²³³ Вид. Пресуду бр. Пж. 10966/05 (Сириус): Погрешан је став жалиоца да у извршном поступку постоји приговор пресуђене ствари и литиспенденције јер по природи ствари као парнична процесна претпоставка литиспенденција у поступку извршења не долази у обзир. Парнични однос и извршни процесни однос се разликују не само по субјектима и структури већ и како настају, развијају се и престају, и подношењем предлога за извршење не покреће се парнични поступак већ извршни. У току извршења може се догодити да паралелно теку два истоветна поступка извршења поводом исте извршне исправе, па како ЗИП изричито не забрањује

У извршном поступку нема литиспенденције, те се може водити више извршних поступака против извршног дужника на различитим или истим средствима извршења, ради наплате истог дуга, док се у парничном поступку у случају двоструке или вишеструке литиспенденције тужба одбацује.¹²³⁴

Требало би истаћи да се на извршни поступак не односе претпоставке које представљају сметњу за парнични поступак: (1) претпоставка да је ствар правноснажно пресуђена, односно приговор дужника да је ранијим решењем већ одлучено о извршењу; (2) претпоставка да парница тече, односно приговор дужника да по истој извршној исправи већ тече други извршни поступак; (3) претпоставка да се тужилац одрекао тужбеног захтева, односно приговор дужника да се поверилац већ одрекао извршења.¹²³⁵

Сматрамо да је то законско нормирање противно теорији извршења, важећој и ранијој легислативи, правној доктрини, судској пракси, али најпре сврси које извршење има. У поступцима извршења нема литиспенденције. Може се поднети десет предлога којима ће се остваривати извршни захтев из извршне исправе, али ниједан од њих не може бити „одбачен“ због другог, трећег или десетог, него када се оствари сврха извршења, сви други извршни поступци постају беспредметни и обустављају се.

Нема разумног објашњења зашто законодавац прави овакву изнимку у чл. 20 ЗИО. Једино би се дало закључити да „не жели“ компетицију судског и вансудског извршења. Управо би требало бити обрнуто, законодавац би требало да дозволи конкуренцију та два „пута“ ка реализацији хипотеке, па би се на делу увидела ефикасност и једног и другог. То није добра порука ни за повериоце ни за правни поредак јер се ускраћује „власт“ коју сваки поверилац има, а тиме и неразумљиво сужава право на избор.

Због чега би суду сметао поступак вансудског извршења и зашто би „овлашћеном лицу“ кадром да води вансудски поступак извршења сметао судски поступак извршења, реторичко је питање. Јасан је одговор да ли има или нема литиспенденције у извршењу по извршној исправи коју је 2016. године дао Врховни касациони суд Србије.

У најкраћем, литиспенденције у извршним поступцима – нема.¹²³⁶ Стварање нове теорије извршног права и судске праксе, и то ништа мање него законом који уређује извршење,

вођење више поступака извршења ради остваривања истог потраживања, чак истим средствима извршења на истом предмету извршења, истакнути приговор литиспенденције извршног дужника је неоснован јер су у поступку спровођења извршења, у случају тока два паралелна поступка по истој извршној исправи, истих странака, истим средством извршења на истом предмету извршења, у случају намирења потраживања повериоца у једном предмету извршна исправа се исцрпљује и гаси трајбина а извршења у другим постају беспредметна.

¹²³⁴ Вид. Решење Вишег суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 1374/2012 од 25. јула 2013, којим је потврђено решење Основног суда у Новом Саду посл. бр. П. 832/12 од 23. марта 2012.

¹²³⁵ Вид. Н. Срећковић, Д. Лукић, *Приручник извршног поступка*, са предговором Борислава Благојевића, Правно-економски центар, Београд 1981, 40 и 41.

¹²³⁶ Вид. *Билтен* 3/2016. Литиспенденција подразумева да се између истих странака о истом захтеву не могу водити две парнице, па се у парници која је доцније почела да тече тужба одбацује јер постоји процесна сметња за даље вођење спора. Из тога произлази да је институт литиспенденције везан за доношење мериторне одлуке, одлуке о основаности тужбеног захтева. Начело правне сигурности не дозвољава да се о истом захтеву донесу две различите одлуке, једна којом се захтев усваја, друга којом се захтев одбија. Исто начело, као и начело економије, избегавање оптерећења судова, не дозвољава да се о истом захтеву донесу две идентичне одлуке. То је био основ успостављања наведеног института. У извршном поступку се не доноси одлука о основаности

неспојиво је са циљем поступка извршења, нарочито сад када на делу имамо два конкурентска поступка, судско и вансудско извршење хипотеке. Ове *lex specialis* одредбе процесне нарави супротстављене су смислу извршења уопште и изазивају сумње у *вољност* законодавца да сучели ова два поступка, од којих је најдискутабилнији вансудски, по сваком критеријуму, јер није заслуживао ни да буде предмет регламентације. Не само да такво вансудско извршење и даље правно постоји него се специјалним нормама забрањује конкуренција тог, и судског извршења.

Намирењем повериоца у судском поступку обустваља се по сили закона вансудски и обрнуто. Дужник, односно власник хипотековане непокретности, не може никако бити доведен у неповољнији положај. То може да изазове додатне трошкове за самог повериоца, а искључиво је његов проблем, односно одлука, то што жели да опроба оба извршна поступка ради реализације хипотеке и да своју тражбину намира што је могуће брже.

Чему ограничење? Прво се „жртвује“ правни систем ради спешности брзине намирења, а онда „кочи“. Законодавци приликом новелирања ЗХ РС и ЗСПО ЦГ нису узели у обзир ни директиву ЕУ,¹²³⁷ која је кредите физичким лицима и хипотеке које се притом заснивају одвојила од привредника, превела у корпус „заштите потрошача“. Истина, то су учинили у ЗЗСДСП РС из 2012, а и уПГЗ из 2015. године, али то су „предзаконска“ акта.

У чл. 34, ст. 6 новелираног ЗХ предвиђено је: „Ако у року од 18 месеци од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје, хипотекована непокретност остане непродата у вансудском поступку намирења, регистар непокретности ће донети решење о брисању забележбе по службеној дужности“, а у ст. 7 тог члана: „Истовремено са доношењем решења из става 6. овог члана, регистар непокретности ће уписати забележбу забране вансудске продаје хипотековане непокретности од хипотекарног повериоца у чију корист је била уписана забележба хипотекарне продаје, који се од тог момента може намирити искључиво у поступку судске продаје. Ако је био циљ вансудске продаје ефикасност како је могуће након једне и по године све вратити у 'спор и дуг поступак' то јест у судску надлежност.“

тужбеног захтева, па нема места примени одредаба Закона о парничном поступку које се односе на литиспенденцију. Ако је суштина питање да ли исти извршни поверилац против истог извршног дужника за потраживање по истој извршној исправи може водити два извршна поступка, одговор је позитиван. Нема процесне сметње да се воде два извршна поступка. Циљ извршног поступка је да се потраживање намира, а ако је новчано, да се наплати. Извршни поверилац може покренути поступак извршења у једном предмету једним средством, а у другом предмету другим. У било ком од тих извршних предмета, намирење потраживања представља разлог за окончање поступка. У поступку у коме је намирен, то је разлог за закључење извршног поступка. У поступку у коме није спроведено намирење, то је разлог за обуставу јер је потраживање престало испуњењем. Друго је питање да ли је то рационално за извршног повериоца због трошкова. Од тога зависи одлука да дужник у поступку који је окончан неће бити дужан да накнади трошкове јер нису били нужни.

¹²³⁷ Вид. Директива 2014/17/ЕУ Европског парламента и већа од 4. фебруара 2014, Службени лист Европске уније о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретности и о измени директива 2008/48/ЕЗ и 2013/36/ЕУ и Уредбе (ЕУ) бр. 1093/2010. Утврђен је низ проблема на хипотекарним тржиштима у ЕУ, неодговорно кредитирање и задуживање те потенцијални простор за неодговорно понашање судеоника на тржишту, укључујући кредитне посреднике. Проблем су и неделотворни, недоследни или непостојећи режими за кредитне посреднике који нуде кредите за стамбене некретности. Циљ је Директиве да се осигура да потрошачи који склапају уговоре о кредиту који се тичу некретности уживају висок степен заштите. Стога на кредите обезбеђене некретношћу, без обзира на сврху кредита, треба примењивати уговоре о рефинансирању и друге уговоре о кредиту који би власнику помогли у томе да задржи права на некретности или земљишту.

У чл. 571, ст. 4 ЗСДСП предвиђа се: „Ако хипотекар, односно лице коме је поверена продаја хипотековане непокретности не успе да је прода у року од 24 месеца од дана када је могао приступити продаји, хипотекар се намирује судском продајом, а ако то одбије, хипотека престаје без престанка потраживања.“ У чл. 2154, ст. 4 ПГЗ предвиђа се: „Ако непокретност не буде продата у року од две године од дана када се могло приступити продаји, хипотекарни поверилац се намирује судском продајом, а ако то одбије, хипотека престаје без престанка потраживања.“ Шта је уопште овде била сврха?¹²³⁸

Резултат вансудске реализације која је законима конципирана као приватно извршење, након годину и по, односно две године, састојао би се у томе што би уз све претходне правне и друге препреке и проблеме хипотекар стекао голу своју – *nuda proprietas*.

У обе земље, и Србији и Црној Гори је, уз све описане спорове, исход такав да је нужно вођење парнице за исходовање извршне исправе за депосесију. Србија има због самовласно наметнутих ограничења од годину и по односно две, додатни проблем. Тај проблем је у управном спору, спору по ванредном правном леку, па и уставној жалби. И ако у том галиматијасу хипотекар правноснажно реализује хипотеку, недостаје му посед. Црна Гора, уз све дате, има још један другачији проблем – „неограничено снижавање цене непокретности“¹²³⁹ (што је у Србији поштеније решено).

Међутим, једна карика која их ипак веже јесу правни стандарди „текуће или тржишне цене“ који у пракси не живе. И прецизно нормиране области се веома тешко поштено реализују у стварности, а када смо у области правних стандарда „тржишта и текућих цена“, то отвара „врата“ за многе злоупотребе. У Хрватској је та област процењивања и уопште фазе реализације и на непокретним и покретним стварима детаљно регулисана законима и прецизним правилницима и све се одвија под надзором суда (ОЗ¹²⁴⁰)¹²⁴¹ и нотара и надлежног

¹²³⁸ Стицање голе својине је погрешна сврха. Пошто то извесно није била сврха, онда је средство да се оствари таква сврха потрешно и неделотворно. При томе, рок за вансудску реализацију моргица „броји се на дане“, 111 дана просек, а за судску 6 месеци?!

¹²³⁹ „Законом се уређује процјена вриједности некретнина, одређују се процјенитељи, састав и надлежности процјенитељских повјеренстава методе процјењивања вриједности некретнина, начин процјене права и терета који утјечу на вриједност некретнине, начин процјене накнаде за извлаштене некретнине, начин прикупљања, евидентирања, евалуације и издавања података за процјене вриједности за све некретнине у Хрватској, неовисно о томе у чијем су власништву.“ Вид. Закон о процјени вриједности некретнина, *НН* 78/15, на снази од 25. јула 2015, закључно са *НН* 57/17.

¹²⁴⁰ Овршни закон, *НН* 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, предвиђа принудно извршење које одређује суд у више фаза испитивања предлога за извршење, процене, вештачења, правних лекова, а специјалне агенције по чл. 95.а и 132.а спроводе извршење, али онда под потпуном контролом суда. У чл. 23 набрајају се извршне исправе (чинидабене). Ваља истаћи да у Хрватској нотари имају битно различиту улогу.

¹²⁴¹ Вид. Г. Михелчић, Е. Мишћенић, *Credere i kredit: Dva srodna ili suprotstavljena pojma?*, *Јавни билежник* 43/2016. У том чланку аутори пишу: „Наведеним измјенама чланака 316. и 317. ОЗ/12 законодавац је, према стајалишту ауторице, желио ускладити одредбе о продаји некретнине на којој постоји фидуцијарно осигурање с новим одредбама о продаји предмета оврхе путем електроничке дражбе коју дражбу проводи Агенција, али тако да уз постојећу јавнобилежничку дражбу, као алтернативни начин, омогући и јавним билежницима продају некретнине путем електроничке јавне дражбе. Правилник о начину и поступку provedбе продаје некретнина и покретнина у овршном поступку (*НН* 156/14) чл. 30–33: начин комуникације између Агенције и јавног билежника те које исправе у случају продаје некретнине на којој постоји фидуцијарно власништво јавни билежник мора уз захтјев доставити Агенцији. У чл. 31 Правилник прописује коју документацију јавни билежник доставља Агенцији: записник. Које исправе доставља овршни суд прописано је законом – чл. 95.а, ст. 2. ОЗ/12. Суд је дужан Агенцији ради продаје доставити рјешење о оврси, извадак из земљишне књиге и закључак о продаји. Међутим, пише и да тај захтјев јавни билежник подноси по захтјеву предлагатеља осигурања или противника осигурања. Супротно од изнесеног стајалишта о могућности избора врсте јавне дражбе, постоје

ресора правосуђа. Непокретности могу под судским надзором путем тзв. „електронске јавне дражбе“ вршити сертифициване агенције, односно нотарске службе.¹²⁴²

Намирење из покретнине врше службе,¹²⁴³ сертифицивани јавни комисионари.¹²⁴⁴ Притом, ништа се не одвија без „регула“ и надзора суда, односно нотара.¹²⁴⁵ Хрватска је задржала „стандардне старе извршне исправе“ (и Словенија), за разлику од наших земаља, где нам сем нових извршних исправа недостаје и „приватно извршење“, тј. вансудска реализација хипотеке, мимо надзора суда, проценом коју врши хипотекар итд. Поступци законописаца наших земаља стога нису елементарно разумљиви а тиме ни елементарно прихватљиви.

Те две суседне земље, изузев таквих уређења, имају нешто битно, а то је систем ажурних земљишних књига. Систем земљишних књига има чак и БиХ. Ову слабост примећују из свог банкарског угла управо они који пласирају кредите. Основна слабост хипотеке као реалног обезбеђења кредита у нашем праву током низа година јесте дуг поступак њене реализације. За кредит важи аксиом да кредит не трпи одлагање.

Једна од најважнијих консеквенци кредита је ризик вредности новца у времену и функционисању принципа еквивалентности. Циљ инструмената обезбеђења је да обезбеде ефикасну наплату потраживања, што је условљено њиховим формалноправним и економским бонитетом.

Домаћа професионална правна струка оличена у професорима, банкарским стручњацима, адвокатима изгубила је битку с тадашњом законодавном и извршном влашћу доказујући да је судски систем земљишних књига, који је имао дугогодишњу проверу, заснован на начелу сигурности и фикцији апсолутне тачности, апсолутно примеренији стицању, вршењу и престанку стварних права на непокретностима од катастра непокретности, где је начело сигурности знатно занемарено јер подлеже одредбама управног поступка.¹²⁴⁶

Само пример да у управном поступку без икаквог рока управни орган може изменити свако решење по службеној дужности јасно говори о правној сигурности стицања стварних права на некретнинама и непримерености овог поступка на стварноправне односе. Тако је систем евиденција стицања и престанка стварних права са судског прешао на управни

стручна мишљења да, када је ријеч о некретнини, од 1. сјјечња 2015. и јавни билежник мора продају некретнине повјерити Агенцији ради provedбе електроничке јавне дражбе дају некретнине повјерити Агенцији. (...) будући да су стављена изван снаге правила о продаји некретнине на дражби и замијењена оним о продаји електроничком јавном дражбом путем Агенције. Када јавни билежник некретнину продаје путем електроничке јавне дражбе коју проводи Агенција и некретнина се прода, он ће обавијести Агенције, по чл. 32. Правилника саставити записник којим утврђује ко је понудио најбољу цијену и ког позива да уплати куповнину и записник доставља Агенцији. Након што куповина буде уплаћена и склопљен купопродајни уговор с купцем, јавни билежник дужан је саставити, на темељу чл. 33. Правилника, записник о намирењу вјеровника и доставити га Агенцији. Садржај записника прописан је чланком 33. Правилника.“

¹²⁴² Закон о јавним овршитељима – ОЗ, *НН* 139/2010, у чл. 2, ст. 1 предвиђа: „Јавноовршитељска служба проводи оврху на темељу овршних исправа у складу ОЗ или другог закона, осим у случајевима искључиве надлежности суда...“ Према чл. 15, именује га министар.

¹²⁴³ Вид. [https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/ee9e09db89c968fdc1256a7f00419dff/c12570d30061ce5_4c12_57c_a20030ee52/\\$FILE/U-III-3356-2009.pdf](https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/ee9e09db89c968fdc1256a7f00419dff/c12570d30061ce5_4c12_57c_a20030ee52/$FILE/U-III-3356-2009.pdf).

¹²⁴⁴ Вид. Г. Михелчић, *Комисорно остварење овласти на намирење заложних вјеровника из вриједности покретнина*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека 2010. УДК: 347.23. 347.214.1,

¹²⁴⁵ Вид. Закон о јавном билежничтву, *НН* 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16.

¹²⁴⁶ Вид. П. Кнежевић, Ж. Анђелковић, Положај банака као хипотекарних поверилаца након измена и допуна закона о хипотеци, *Правни живот* III, 2015, 433–444.

поступак, односно са судске власти на извршну власт. Неуставност одредбе је очигледна јер је у садржински истом тексту већ проглашена неуставном. Друго решење је да управни суд одлучује по тим тужбама, а да банке онда траже заштиту ванредним правним средствима у управном спору или уставном жалбом.¹²⁴⁷

Према одредбама актуелног ПГЗ из 2015. и НСДСП из 2012. године, на видику је коначно успостављање јединства непокретности и права грађења као стварног права, чиме ће се „очистити“ реликти друштвене својине, али и омогућити још ефективније и боље функционисање хипотеке у занимању. У Западној Европи постоје два система права грађења: германски (аустријски – *Baurecht* и њемачки – *Erbbaurecht*) и романски (италијанско, шпанско, швајцарско и француско суперфицијарно право; *diritto di superficie*, *dere ho de superficie*, *droit de superficie*). Романски систем карактерише већи степен диспозитивности, за разлику од германског система, који прописује низ ограничења ради заштите и носиоца права грађења и трећих стварноправних овлаштеника. У СФРЈ, будући да је право грађења било ван промета, оно се није могло оптеретити хипотеком. Садашње право грађења – право коришћења ради грађења – у нашем праву има обележје нетржишног права.¹²⁴⁸

Претече правне установе *superficies* ни у свом (римском) зениту нису успеле правно раздвојити земљиште и зграду. Право грађења у хрватском праву (и аустријском и немачком) у правном погледу представља другу некретнину, а зграда која је на њој изграђена или њиме одвојена од земљишта њему припада (прираштај). Право грађења и зграда чине нераскидиво правно јединство. Док се зграда може правно одвојити од земљишта правом грађења све док то право постоји, не постоји могућност правног раздвајања, таква одредба била би ништава.¹²⁴⁹

1.2.4. Проблем поуздања у евиденцију непокретности

У светлу електронске обраде, евиденције уписа и промена у катастар непокретности заснована је на јединственој (обједињеној) евиденцији непокретности: дакле и свих права која се иначе уписују у ту евиденцију и свих фактичких стања. Круцијално питање, од огромне важности, јесте поуздање у ту евиденцију и прецизна дефиниција домаћаја и значаја поуздања.

Супстанца поуздања се огледа у томе да је свако лице савесно ако се поузда у такву евиденцију. Односно, сваки купац је савестан купац или, на пример, хипотекар, ако се поуздао у обједињену евиденцију непокретности, без обзира на то да ли су се у стварности догодиле околности које би у сваком случају довеле до закључка да ти подаци нису довољно истинити или да су непотпуни. Коренитост поуздања мора почивати на тим темељима, иначе нема поуздања у стање у јединственој евиденцији непокретности, а тиме ни елементарне правне сигурности.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ Вид. Петар Симонети, *Право грађења, Правни живот* I, 395, 1991, 1293–1306.

¹²⁴⁹ Вид. Петар Симонети, *Установе правног раздвајања земљишта и зграде и право служности (службености) грађења према Нацрту Закона о својини и другим стварним правима Републике Србије, Правни живот* 521, 11/2008, 113–154.

Када је посреди хипотека као стварно право које је такорећи „најкњижније“ правне природе (тек тада се хипотека успоставља, до тада она уопште не постоји), деликатност поуздања у јавне регистре/књиге је пресудна и за стицање и за ток као и за престанак хипотеке.

Са аспекта вансудске реализације хипотеке, правну важност има и фактицитет да многи хипотекари електронским путем обављају продају хипотекованих ствари/непокретности и врше друге радње у катастру обједињене евиденције непокретности *онлајн*.¹²⁵⁰

То је објективно узело маха, постало свакодневица,¹²⁵¹ банке хипотекари саме врше продаје.¹²⁵²

Дакле, тај крупан проблем се огледа у недовољном поверењу у истинитост и потпуност евиденције – темеља и кровног начела сваке озбиљне евиденције непокретности – у поузданост јавних књига. Евиденција непокретности код нас зависила је од окупатора који је заузимао конкретно подручје, тако да је пре османског тапијског система на територији Војводине постојао систем земљишњих књига, као и у значајном делу Београда и у поморским општинама Црне Горе које су потпадале под Аустроугарску монархију (Улцињ и Бар су имале искључиво тапијски систем, као османски реликт, потом систем пописног катастра).

Данас су најпре Црна Гора, па потом и Србија прихватиле јединствену/обједињену евиденцију непокретности.¹²⁵³

Под јавним књигама подразумевају се данас земљишне књиге, а на подручјима где оне нису уведене, то су тапијске (тапије имају декларативан карактер) и интабулационе књиге ако је реч о упису терета на непокретностима. Земљишнокњижни систем у СФРЈ био је заснован на систему реалних фолија, што значи да су књиге вођене по земљишту. Иако је то у основи аустријско-немачки систем (према катастру земљишта), многи сматрају да наше земљишне књиге воде порекло из старог чешког права, да се темеље у тзв. *земаљским даскама* које су се тада заснивале на начелу конститутивности уписа.¹²⁵⁴

Земљишне књиге које се воде у Аустрији, Чехословачкој, Италији, земљама бивше Југославије, Немачкој, Пољској, Румунији и Швајцарској творевина су немачко-аустријског законодавства, што не значи да је порекло искључиво германско. Систем евиденције права на непокретностима свака земља је устројила и усавршавала зависно од својих потреба, традиција и циљева. И поред бројних особености, сматра се да се сви регистри права на непокретностима могу разврставати на три типа земљишних књига: француски (транскрипција), аустралијски Торенсов систем и немачко-аустријски.¹²⁵⁵

По систему транскрипција у јавне књиге се уносе преписи уговора и врши се пренос непокретности или терета на њима. Упис нема конститутивни карактер, уписом прибивалац

¹²⁵⁰ Вид. Лакше до хипотеке: <http://upisnepokretnosti.rs/inner-page-vest.php?ID=38>.

¹²⁵¹ Вид. <https://www.bankar.me/2019/05/17/nema-vise-odlaska-u-katastar-list-nepokretnosti-od-sad-i-u-elektro-nskoj-formi/>.

¹²⁵² Вид. <https://www.nlb.me/me/nlb-banka/nekretnine>.

¹²⁵³ О савременом стању, много више и подробније, вид. М. Живковић, *Право регистра непокретности (општи део)*, Правни факултет у Београду, Београд 2020.

¹²⁵⁴ Вид. Душан Стаменковић, *Приручник за уписе у земљишну књигу и катастар непокретности*, Београд 1991, 3 и даље.

¹²⁵⁵ *Ibid.*

постаје власник и према трећим лицима. Тај регистар се води по систему персоналних фолија, то јест по имену власника, а не *по непокретностима* (систем реалних фолија).

Право својине се региструје у надлежном заводу, који, после одговарајуће провере, издаје власнику исправу о праву власништва, док други примерак исправе остаје као део земљишне књиге. Та исправа је необорив доказ о праву својине.¹²⁵⁶

Немачко-аустријски систем заснива се на установи катастра земљишта. Овај систем је усвојен у нашем земљишнокњижном праву законима који су донети 1930. и 1931. године, па се уписи у земљишне књиге и сам поступак заснивају на том систему.¹²⁵⁷

Систем земљишних књига је и по нашем мишљењу велики губитак за општу правну сигурност и јавно поверење и поуздање у евиденцију непокретности, али су законодавци одлучили да је тако боље, а пресудно је било што је то далеко јефтиније, па уместо да доврше систем земљишних књига, одлучили су да и тамо где су постојале земљишне књиге оне буду замењене јединственом евиденцијом непокретности.

Наиме, земљишнокњижна права се по систему земљишних књига стичу, преносе, ограничавају и престају уписом у земљишну књигу. Земљишна књига је потпун правни приказ свих непокретних добара и свих права скопчаних са тим добрима. Земљишне књиге карактерише правна сигурност њеног уписа. Купац има могућност да провери да ли су тачни подаци на којима продавац заснива своја права. Према томе, евидентирање стања и промена на непокретностима пружа сигурност правног промета. Уредно вођење земљишне књиге пружа потпуну и тачну слику о правној ситуацији непокретности. Катастар има значај фактичке евиденције, а земљишна књига има карактер правне евиденције непокретности.

Земљишне књиге у свом данашњем облику основане су у Хрватској, Војводини и Међумурју прописима који су донети 15. децембра 1855; у Словенији и Далмацији 25. јула 1871. и у БиХ 1. септембра 1884. године.¹²⁵⁸ Данас земљишнокњижни систем постоји на подручју Словеније, Хрватске и у већем делу БиХ. С обзиром на усвојену концепцију јединствене евиденције непокретности, земљишне књиге се неће ни оснивати.¹²⁵⁹

Чињеница да не постоје поуздани регистри компромитује и идеју хипотеке као такве. Из стварноправне, односно земљишнокњижне нарави хипотеке произлази понајпре публицитет, па закономерно право првенства (ранга) и право следовања. На терену јавних књига, регистара као услова без којих објективно не може функционисати било какав стварноправни инструмент обезбеђења потраживања, тој теми је нужно дати *заслужен* значај. Дакле, раније су била заступљена три система евиденције права на непокретностима: тапијски, систем земљишних књига и систем катастра непокретности, с тим што су прва два у фази нестанка, а последњи преузима улогу јединог система евиденције права на непокретностима. Код јединствене евиденције непокретности критикује се спајање чињеница и стварних права у једну целину.¹²⁶⁰

¹²⁵⁶ *Ibid.*

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ Вид. Милош Живковић, Национални извештај „*Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Републици Србији*“, Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа, Књига II, Прва регионална конференција, Цавтат 2010, GTZ GmbH, Београд 2010.

Миодраг Орлић сматра да одлучивање о непокретностима треба поверити судовима из следећих разлога: независност и самосталност суда представљају предност у односу на хијерархијску подређеност управних органа; правна природа односа о којима се расправља кад је реч о упису стварних права на непокретностима ближа је судској него управној надлежности; могућност да укњижење права ствара правну претпоставку у корист уписаног лица знатно је прихватљивија када јавне књиге води суд; ванпарнични поступак је погоднији за расправљање него управни поступак; приватну својину боље штити суд; суд ужива веће поверење грађана; историјска навика; упоредноправни разлог. Исти аутор сматра да се на питање која врста државних органа треба да води јавне књиге о стварним правима на непокретностима не може дати апстрактан одговор већ се он изводи из карактера који уписивање стварних права у јавне књиге има у правном систему. Ако се право својине стиче у тренутку кад је закључен уговор о продаји непокретности, а упис у јавну књигу се обавља да би се обавестила трећа лица, јавне књиге могу водити стручни управни органи. Насупрот томе, ако у правном систему упис стварног права у јавне књиге значи не само публикување него и стварање права, неопходно је да се надлежност повери судовима.¹²⁶¹

Према мишљењу истог аутора, геодетски органи нису схватили суштину премера и катастра земљишта у земљишнокњижном систему, зато су се заплели у неразрешиве противречности, за које су некада мислили да се решавају као и у катастру земљишта излагањем података премера на јавни увид и уписом у катастарски операт без икаквог правног основа. Наиме, катастар земљишта је евиденција корисника, односно он региструје поседовно стање – државину, а извод из те евиденције се зове поседовни лист. Доследне критике претходних закона о јединственој евиденцији и њихове примене су и довеле до усвајања важећег закона о државном премеру и катастру, који је далеко боље решење од својих претходника, али свакако не савршено.¹²⁶²

Неажурност је, уз тврдњу да је она последица застарелости система земљишне књиге, коришћена за заговарање и потоње увођење јединствене евиденције. Други постојећи систем евиденције права на непокретностима је тзв. јединствена евиденција, односно катастар непокретности. Идеја о увођењу ове врсте евиденције постојала је још почетком XX века, обновљена је (без успеха) после Другог светског рата, а афирмисана је поново седамдесетих година прошлог века у СФРЈ.

Закон којим је први пут уведена јединствена евиденција у Србији донет је 1988. године – реч је о Закону о премеру и катастру и уписима права на непокретностима. Услед честих и бројних измена, већ 1990. објављен је пречишћен текст истог прописа, као *de facto* нов закон истог назива, а 1992. је донет ЗДПКУПН који је, уз неколико значајних измена, важио до септембра 2009. године кад је донет ЗКН.¹²⁶³

¹²⁶¹ Вид. С. Ј. М. Вукотић, *СТИЦАЊЕ ЗЕМЉИШНОКЊИЖНИХ ПРАВА УПИСОМ У ЈАВНЕ РЕГИСТРЕ*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, пише и критику јединствене евиденције непокретности М. Орлића, „Увођење и обнављање земљишних књига“, *Анали Правног факулета*, 1-6/2000, стр. 23. да би на крају закључила да ниједан систем није савршен, а да би преотварање те теме у вези са земљишним књигама, сад било скупо. 2012.

¹²⁶² *Ibid.* 26.

¹²⁶³ Вид. М. Живковић, Национални извештај „Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Републици Србији“, 643–674 (верзија на енглеском „Security Rights in Real Property in the Republic of Serbia“, in *Civil Law Forum for South Eastern Europe*, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat 2010 453–488, ISBN 978-86-7149-058-0). За земљишнокњижни систем у данашњој Србији карактеристично је да после Другог светског рата није донет посебан пакет прописа о земљишним књигама, а како је 1946. аброгирано целокупно

Међутим, није се стало на изменама 2010, већ су уследиле до 2017. године, уз интервенцију Уставног суда. Све у свему, ништа друго не преостаје него да се „јединствена евидениција непокретности“ временом усавршава, а што је најважније – да се примењује, уз јачање правништва и едукације, да би и такав какав јесте тај систем функционисао на поуздан и потпун начин, како се прокламује у начелима.¹²⁶⁴

Данас се примењује Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова (Сл. гласник 41/18,95/18, 31/19, 15/20).¹²⁶⁵ О конкретном стању, проф. Живковић је материјално право регистра непокретности поделио у девет егзактних и правно доречених функција катастра непокретности као регистра права (од публицитетне, аквизитетне, преко функције претпоставке права и функције поуздања до функције дефинисања непокретности).

Централна тачка спора у вези значаја јавних регистара остаје – зашто је поверити суду.

Ту проф. Лазић даје прецизну паралелу: „Упис података може да врши и специјализовани управни орган. Међутим, таква „специјализација“ се своси на судску специјализацију за имовинско-правне односе, што је нецелисходно и ствара један „хибридни“ поступак и орган који „имитира“ суд и судски поступак, сли не може имитирати и његов ауторитет.“¹²⁶⁶

У окружењу, прилике су негде и драстично другачије. Када смо већ код проблема и препрека, последња „препрека“ у Хрватској, која се тичала поверења у истинитост и потпуност земљишних књига, отпала је 1. јануара 2017. године,¹²⁶⁷ када је законом уређена електронска обрада података и праћење стања у земљишним књигама.¹²⁶⁸

предатно право, постоји правна празнина која се односи на објективно земљишнокњижно право. Закон о неважности правних прописа предвидео је да ће се празнина коју је он створио попуњавати тако што ће се предатни прописи примењивати, али не као обавезни прописи већ као тзв. правна правила, под условом да нису у супротности с новоствореним јавним поретком социјалистичке ФНРЈ (чл. 4). Имајући у виду да су земљишнокњижна правила махом процесноправног карактера пошто је упис у земљишну књигу ради правне сигурности формалан поступак, слабљење правне снаге правила земљишнокњижног права њиховим свођењем на „правна правила“ није допринео даљем развоју земљишне књиге. Тако, услед напуштања принципа јединства земљишта и зграде, одустало се од правила садржаног у § 3 Закона о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига да земљишнокњижни уложак обухвата једно земљишнокњижно тело, па данас улошци на више земљишнокњижних тела. У чланку је описана генеза од земљишних књига до јединствене евиденције непокретности.

¹²⁶⁴ Вид. Закон о државном премеру о катастру, Сл. гласник РС 72/09, 18/10, 65/13, м 15/15 – одл. УС, 96/15, 47/2017 – аут. тумачење), чл. 61, 62, 63 и 65. Подаци катастра непокретности су јавни и свако може тражити да изврши увид у те податке, под условима одређеним овим законом. Нико се не може позивати на то да му подаци уписани у катастру непокретности нису били или нису могли бити познати нити то може доказивати. Подаци о непокретностима уписани у катастар непокретности су истинити и поуздани и нико не може сносити штетне последице због тог поуздања.

¹²⁶⁵ О савременом стању много подробније у Живковић, *Право регистра непокретности (општи део)*.

¹²⁶⁶ Вид. Мирослав Лазић, *Значај јавног регистра за хипотеку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2000. <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z4041/07z4041.pdf>

¹²⁶⁷ Вид. Горан Милаковић, *Заштита повјерења у земљишне књиге*, 2017, www.novi-informator.net: „Последњим измјенама и допунама чл. 388. ст. 5. Закона о власништву и др. прописано је да се заштита повјерења у истинитост и потпуност земљишних књига одређена тим Законом неће примјењивати у корист стјечања до којих дође до 1.1.2017. ако се њим стјече некретнина на којој је било уписано друштвено власништво, а није брисано прије него што је Закон ступио на снагу. Овдје се ради о некретнинама које су на дан 1.1.1997. биле у друштвеном власништву.“

¹²⁶⁸ Вид. Закон о земљишним књигама, *Народне новине* 91/96, 68/98 – Закон о измјенама и допунама Закона о продаји станова на којима постоји станарско право, 137/99 – одл. УСРХ, 114/01, 100/04, 107/07, 52/08, 126/10 – ОУСРХ, 55/13 и 60/13. Чл. 6: „Земљишне књиге воде се у електроничком облику.“ Чл. 35: „(1) Заложно право (хипотека) може се уписати као терет цијелога земљишнокњижног тијела или као терет идеалнога дијела сувласника. Хипотека се не може уписати као терет појединих дијелова земљишнокњижног тијела. (2) Ако се

И у БиХ постоји систем земљишних књига и примењује се Закон о земљишним књигама. Сликите су речи професора Гавеле о значењу и вредностима које придаје земљишним књигама.¹²⁶⁹

Доследно спроведено начело поуздања је основа вођења ажурне правне евиденције о непокретностима. То подразумева да су подаци које та евиденција садржи истинити и потпуни, иако у стварности то можда није случај, и савесно лице које се поузда у те податке не може сносити штетне последице тог поуздања.

Како је одредба о начелу поуздања коју садржи важећи ЗДПК непотпуна и непрецизна, то се анализом предмета поуздања лица у чију корист то начело делује те његових правних последица указује на одређена решења која би требало прихватити у нашем праву, а по угледу на решења која су прихваћена у упоредном праву, посебно у земљама у којима је начело поуздања прецизно регулисано и доследно спроведено у пракси (Немачка и Аустрија).

Начело поуздања је једно од најважнијих начела земљишнокрњижног права и његовом доследном применом се остварује сврха постојања правних евиденција о непокретностима (земљишних књига, а у нашем позивитном праву катастра непокретности). То начело је изричито формулисано у Закону о државном премеру и катастру тако што је прописано да су подаци о непокретностима уписани у катастар непокретности истинити и поуздани и да нико не може сносити штетне последице због тог поуздања. Сврха тог начела је да се савесни прибавилац права својине или другог стварног права може поуздати у земљишне књиге (у нашем праву у катастар непокретности) и када стање у њима означено није истинито или није потпуно.

О начелу поуздања можемо говорити у позитивном смислу – да оно што је уписано правно постоји и у негативном смислу – да оно што није уписано и оно што је брисано правно не постоји.

Посматрајући ове законске одредбе може се закључити да су предмет поуздања сви подаци уписани у катастар непокретности, и то како правни тако и фактички. Међутим, такво тумачење је неприхватљиво јер поуздање треба да уживају само подаци о правном стању непокретности. Сврси начела одговара да се треће савесно лице може поуздати у истинитост и потпуност уписаних права и правних чињеница.

Поуздање у истинитост подразумева да уписано право постоји, да је уписани ималац његов стварни ималац те да постоји у оном обиму и са оним садржајем и рангом како је уписано. Поуздање у потпуност подразумева да је уписано право потпуно, то јест да не постоји право које није уписано и право које је брисано.

С друге стране, фактички подаци о непокретности не би требало да уживају јавно поверење и поуздање. У аустријском, немачком и швајцарском праву (*mutatis mutandi*) не

оснива хипотека на плодовима, то се у земљишној књизи мора изријеком навести. (3) Пријенос хипотекарне тражбине и стјецање подзаложног права (надхипотека) допуштени су гледе цијеле тражбине и појединога дијела тражбине разломком или износом. (4) Ако се оснива заложно право уз ограничење роком или увјетом, се забиљежује заједно с уписом, накнадно ограничење постојећег права забиљежит ће се.“

¹²⁶⁹ Вид. Никола Гавела, *Стварно право*, Информатор, Загреб 2008. Аутор наводи да се не ради о стјецању власништва на темељу правног посла, него стјецању на темељу закона. Такво стјецање назива се стјецање на темељу повјерења у истинитост земљишне књиге.

уживају јавно поверење подаци који су потпуно чињеничне природе. Сличан закључак може се извести из правних правила ЗЗК.¹²⁷⁰

Претпоставка пуне примене начела поуздања је да се треће савесно лице може поуздати у истинитост и потпуност правног стања регистра непокретности, да не може трпети штетне последице услед поуздања у случају да стање регистра непокретности није истинито и потпуно. Претпоставка савесности трећег лица је оборива претпоставка јер друга страна може доказивати супротно. Међутим, законска формулација (ЗДПК) није потпуно доречена јер се не наводи ближе ни који подаци о непокретностима су истинити и поуздани ни које лице неће трпети штетне последице поуздања у те податке. Једно од решења би могло бити решење прихваћено у немачком праву да претпоставка истинитости и потпуности регистра делује само у корист стипендијера који стиче на основу правног посла, а не и у корист стипендијера који стиче по неком другом правном основу.

Такође, и у аустријском праву је начелом поуздања заштићен само сингуларни сукцесор (треће савесно лице) који стиче на основу правног посла. Иако закон не прави разлику између трећег савесног лица које стиче неко право са накнадом или без накнаде, по пракси Врховног суда Аустрије заштиту ужива само треће савесно лице које је стекло неко право уз накнаду. У нашем праву после Другог светског рата „савесно“ се схвата веома широко, тако да није била довољна савесност у односу на земљишнокњижно стање већ је била потребна савесност и у односу на фактичко стање непокретности. Такође, стипендијер је требало да буде савестан у време закључења правног посла (*iustus titulus*-а) и у моменту подношења захтева за упис. У аустријском праву савесност стипендијера мора постојати само до момента подношења захтева за упис.

У немачком праву је за савесност меродаван моменат подношења захтева за упис. У немачком праву је ово начело најдоследније спроведено, те уколико су испуњени сви услови за стицање у доброј вери неког стварног права, онда је то стицање коначно и то одмах након његовог уписа у земљишне књиге. Стипендијер ће стећи стварно право онако како је оно уписано у земљишној књизи, заједно са свим његовим саставним деловима и ослобођено од свих неуписаних и избрисаних терета.

У швајцарском праву стицање одређеног стварног права од трећег савесног лица, уз испуњење законских услова, коначно је и не може се нападати. У аустријском праву правне последице стицања на основу поуздања у земљишне књиге не наступају одмах након уписа, већ тек након протеча одређеног рока (3 године) од затраженог уписа у земљишне књиге, након чијег протеча наступа фикција апсолутне тачности земљишне књиге.

У хрватском праву правне последице поверења у истинитост земљишне књиге не наступају одмах након спроведеног уписа, за разлику од правних последица поверења које у потпуности наступају одмах. Заштита поверења у истинитост условљена је истеком рока за подношење брисовне тужбе, то јест наступањем фикције апсолутне тачности земљишне књиге. У нашем земљишнокњижном праву пре увођења јединствене евиденције (по правним правилима земљишнокњижних правила), брисовна тужба против неваљаног уписа, рокови за њено подношење те наступање фикције апсолутне тачности земљишних књига били су регулисани исто као у аустријском праву. За разлику од земљишнокњижних закона по

¹²⁷⁰ Вид. Закон о земљишним књигама, *Сл. новине Краљевине Југославије* 146/1930, 281/1931.

позитивним прописима којима се регулише катастар непокретности, није јасно да ли у том систему постоји фикција апсолутне тачности катастра и кад она наступа с обзиром на чињеницу да брисовна служба није предвиђена. У ЗДПК се као вид судске заштите предвиђа вођење управног спора против другостепеног решења донетог у поступку оснивања обнове и одржавања катастара непокретности.¹²⁷¹ Сматрамо да би било целисходно да се ЗДПК измени и да се предвиди брисовна тужба.¹²⁷²

Хипотека се конституише уписом у јавне књиге, правно постоји, али умртвљена, у правилу пре правног оживљавања, што све зависи од тога – да ли ће дужник повериоочевог облигационог потраживања уредно и о року испунити обавезу или неће. Непостојање апсолутно поузданих регистара компромитује и идеју хипотеке као такве.

Начин стицања уписом у јавне регистре важно је, *inter alia*, и за инклузију начела земљишнокњижног права, пре свега остварењем квалитета које хипотеци дају публицитет, првенство и поузданост. Претпоставка је да је стање уписа у земљишне књиге тачно, па трећа лица могу без бојазни за себе стицати права на тој непокретности. С обзиром на то да је усвојена концепција јединствене евиденције непокретности, земљишне књиге се у овим крајевима неће ни оснивати. У Немачкој се отишло корак даље. Чак се одступило од веома старог и важног правног принципа: *Scire, et scire debere, aequiparantur in iure* (Знати и бити дужан знати у праву је исто). Стицалац је несавестан само ако је знао за неистинитост или непотпуност земљишнокњижног стања, односно да се не слаже са стварним стањем. Не захтева се стандардизована пажња иоле пажљивог човека која би му омогућила да полазећи од околности датог случаја сазна то што иначе не зна. На тај начин поуздање у земљишне књиге у немачком правном систему заиста има значај начела од којег се минимално одступа.¹²⁷³

Према томе, да покушамо „свести рачуне“, упркос чињеници да земље ЕУ нису прихватиле концепт вансудске, то јест приватне реализације хипотеке. Упркос томе што то није учинила ниједна земља окружења, осим Србије и Црне Горе, те и ако су пошле ка деофицијализацији, нису деофицирале и свеле на приватно извршење тако осетљиву област као намирење, пословично „неосетљивих“ банака, као претежних хипотекара. Упркос томе што су наши законодавци увели нове извршне исправе и максимално, па и преко мере нормативно, испада да су „виртуелно прескочиле“ парнични поступак у настојању да се потпомогне кредитирању као фактору економског развоја, а тиме и општем развоју друштва у целини. Упркос унисонности „наших законских решења“ која су заобишла реалност и правну

¹²⁷¹ Вид. Ј. Вукотић, *Начело поуздања у катастар непокретности*, *Правни живот* 2, 10/2014, 471–484.

¹²⁷² Вид. Закон о државном премјеру и катастру непокретности, Сл. лист ЦГ 029/07, 073/10, 032/11, 40/11, 43/15, 37/17, 37/17 од 14. јуна 2017. Тужба за брисање уписа – члан 124 а: „Ако неко сматра да је уписом права својине у катастар непокретности повријеђено његово право својине може тужбом надлежном суду тражити брисање уписа и повраћај у пређашње стање. На захтјев заинтересованог лица у катастар непокретности уписаће се забиљежба тужбе за брисање уписа.“

¹²⁷³ Вид. Р. М. Цветић, *Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015. У овом чланку су питорескно описана два судска случаја, у којима су судови, вођени принципом пословичне „несређености катастра“, занемарили начело поуздања, *причом* о савесности и поштењу, забрани злоупотребе права, наместо поуздања у истинитост и потпуност уписаног стања. Упућујући суд шта треба када је важећа норма очигледно неправедна, аутор истиче да ако то није могуће отклонити одговарајућим тумачењем, „(...) онда суд примењује ту норму каква је – *dura lex sed lex*. Та одлука је доказ немоћи суда да превлада свемоћ неправедног.“ А примери потврђују да суд може бити моћан коректор свемоћне законске норме.

свест становништва и стање у коме се налази – она истрајавају у новелирању и неделотворном теоретисању о стварима које су и више него очигледне.

Биће без сваке сумње погодно ако се узакони закуп у корпусу стварних права. Питање закупа, нарочито када је реч о правном режиму непокретности (и уже установе), није само важно за расправу о својинским односима у нашем правном поретку, неки правни писци, уосталом, у шуми закупчевих овлашћења препознају (претежно) својеврсно стварно право. Овако како је, веома је храбро очекивати да ће законска решења о закупу инспирисати капитал да се усмери у стамбену изградњу.¹²⁷⁴ Дакле, остварено је оно што је најавио Драгор Хибер.

Ако је разлог одустајања пре деценију било то што се веровало да ће јединствена евиденција бити потпуна и бржа, то не стоји јер имамо 40% неукњижених непокретности, док је у стварности, мимо статистике, тај број далеко већи.

Са таквим стањем укњижености, хипотека као најкњижније стварно право губи сваку прилику да буде делотворна и правична, нарочито у последњој фази, то јест у вансудској реализацији. У празнини пољуљаног поуздања у евиденцију катастра остао је недокучив простор за различите манипулације и многобројне тешке злоупотребе у вансудској реализацији хипотеке.

1.2.5. Делотворност вансудске реализације хипотеке у Србији

Након осврта на све недостатке и контроверзе и проблеме у пракси, сада се треба осврнути и на делотворност механизма вансудске реализације хипотеке као једног осебујног феномена тога назива у стварном правном животу, колико учествује, какви су му заиста они правно – реални изгледи.

Називи неких правних установа, као што је примера ради ова, упућују на његов суштински садржај, друштвене односе које хетерономним нормама треба претворити у правне. Тако назив сваком адресату ставља до знања шта он уређује. Преваран назив закона квари све, према сентенци *fraus omnia corrumpit*. То је безизузетно правило, а овде су преварени редом сви.

Сводећи овај део на ефикасност и ефективност хибридног вансудског пута за реализацију хипотеке, на стање какво је данас у Србији, након корективних интервенција, представимо сад и табеларни приказ, који одражава законске материјалне норме „у акцији“, али и стварна и прилозима документована искуства из праксе која ће обелоданити оно што је овде битно.

Тај квазиукрајински правни производ је тешко нарушио равнотежу моћи (*balance of power*) хипотекара, дужника по хипотеци и укупног правног поретка. Држава је дужна да обезбеди *неутралан* правни амбијент и непристрасног чиниоца у стварима овако деликатне правне нарави које често гравитирају ка егзистенцијалним.

Функција те, као и сваке друге правне установе је да свим странама у спору пружи разрешење проблема путем правно обавезујућег дијалога без ослонаца на принуду, посебно кад су проблеми непријатни.

¹²⁷⁴ Вид. Драгор Хибер, Закуп стана, *Правни живот, часопис за правну теорију и праксу* I, 395, 1991, 1307–1316.

Зато се сасвоим разложно у тим околностима једино аброгацијом и елиминисањем или суштинском реконструкцијом те установе у ствари уклања извор напетости.

Нема јачег и отпорнијег аргумента од истине у оном моменту када засветли испод „свучене“ образине незнања.

Правни систем је један оперативни систем који ће „пасти“ ако се у њега уведе иритирајуће и правно малигно правно тело јер правни систем као такав не може њиме да се служи сврсисходно јер није у кохезији са осталим деловима правног система.

Законописац је промовисао тај спасоносни пројекат реализације хипотеке и од тада бежи од одговорности.

Дакле како у стварности изгледају делотворност али и ефикасност *квазиукрајинског* процесноправног механизма – вансудске реализације хипотеке у *брзини*.

Табела 5: Ефикасност вансудске реализације хипотеке у Србији

Ефикасност вансудске реализације хипотеке у Србији	Апроксимативно
Прва опомена о доспелости, преговори и слично	30 дана
Слање и одговор	30 дана
Друга опомена – опомена о продаји	30 дана
Забележба хипотекарне продаје, слање свима	30 дана
Решења о забележби продаје (коначно и извршно) и упис решења	60 дана
Жалба против решења и другостепено решење	до 90 дана
Поступак вештачења, то јест процене вредности непокретности	30 дана
Прва аукција (6 месеци од коначности решења о забележби продаје)	3 месеца
Оглашавање продаје у медијима, најмање месец дана пре заказане продаје	30 дана
Решење о забележби је коначно и извршно (извршно и коначно решење није и правноснажно, зато следи управна тужба, која не одлаже извршење, али постоји велика опасност одлагања, решењем УС. За случај правноснажности, у року од 30 дана следи захтев за преиспитање управне пресуде ВКС, затим уставна жалба УС, па представка ЕС у Стразбуру, а то је и аргох. неподвиљиво)	6 месеци
Најповољнија процена, без компликација с одлукама УС, ВКС и др. судова и одлагања обично до правноснажности, што двоструко или троструко продужава рок (без државине)	до 3 године
Следи парница за депосесију која траје до исхода извршне исправе	до 2 године
Идеална „слика“ без управног спора, ВКС, одлагања, без уставне жалбе УС, без представке ЕС у Стразбуру, све то за случај ако хипотекарни дужник мирно преда државину, што је врло ретко	2 године
Реална „слика“ са тек нужним учешћима судства је у најбољем	5 година
Комплетна слика – од доспећа – преко продаје – до депосесије	7 година

Резиме. По страни вексаторне тужбе дужника и/или власника непокретности који путем тужби рок је знатно дужи и то не узевши поступке и др. Према томе, вансудска реализација је неспорно далеко неефективнија и од хипотекарне тужбе, а бар седам пута дуже траје од судске реализације по новом ЗИО, који обично траје годину, а у најгорем случају годину и по дана.

Аденда: У САД, како је утврђено, вансудска реализација моргица се „рачуна у данима“.

Према најодмеренијим апроксиматизацијама, делотворност процеса вансудске реализације правног транспланта хипотеке, онако како се у правној стварности заиста одвија и најчешће код оних који се за ту законску опцију новитета определе, поразна је.

Није дакле реч само о томе што је правни иритант, то јест неправи правни трансплант, правни институт отргнут из другог, англоамеричког правног система, који је у одлучним карактеристикама другачији. Све и да прихватимо да је тај правни инструмент идеалан, он у реализацији хипотеке не функционише. Овај правни механизам вансудске реализације у пракси просто не ради, или је „покварен“ или је пао у „покварену правну околину“ или је из такве покварене околине доспео – то је потпуно неважно. Јер, једноставно правни пут вансудске реализације моргица, прихваћен као правни пут реализације хипотеке, апсолутно је неделотворан, неупотребљив и штетан за све чиниоце и правни поредак у целини.

Ако за параметар узмемо вишегодишњи судски поступак који стално несумњиво вреба из мноштва аката проистеклих из вансудске реализације хипотеке, овакав правни инструмент обезбеђења не би био прихватљив ни за једног повериоца, а определење да се намири вансудски или је ствар спекулације или несумњиво и тешка правна погибелъ. У средини из које је позајмљен, овај правни начин реализације мимо суда је најнеефикаснији правни пут, чак и ако занемаримо мане и недостатке који се никако не могу правно занемарити.

Зато, док се води „спор“ око вансудске реализације и кодификација у домену теорије, у стварности „бујају“ средства обезбеђења потраживања *треће генерације*, што је постало општеприсутно јер свако тражи најлакше решење. Потребно је експлицитно законско прописивање, лизинга, уговора, франшизинга, факторинга, менаџмента, *know-how*. А ЕУ и УН обавезују националног законодавца да се развија без националних граница.¹²⁷⁵

1.2.6. Делотворност вансудске реализације хипотеке у Црној Гори

*Кажеш ли о каквој ствари моја је,
то је највише што казати можеш.*¹²⁷⁶

Будући да смо се у претходном излагању осврнули у највећем обиму на стање које мори српског законодавца, хипотекаре, професоре, правне практичаре и саму државу као целину,

¹²⁷⁵ Вид. Томас Мајер, *Потреба законских регулација нових врста уговора у земљама са традицијом грађанског закона* (Tomas Meyer, *The spirit of change reflections on civil law reform*), Библиотека *Уибеници*, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2009, 130.

¹²⁷⁶ Вид. Чл. 1015. ОИЗ. Данас, у савременој Црној Гори, стање није као у Богишићево време.

овде ћемо се нешто више и подробније осврнути на то како је правна наука у Црној Гори оцртавала и осветљавала правне путеве обезбеђења потраживања, првенствено имајући на уму вансудску реализацију хипотеке.

Приликом сагледавања стања онаквог какво јесте у погледу вансудске реализације хипотеке, треба указати и на „успоне“ изазване увођењем фидуције као најделотворнијег средства обезбеђења потраживања, тог неоствареног инструмента стварноправног обезбеђења, до њеног „коначног фаталног пада“ 2005 године, када је уведена вансудска реализација хипотеке. И то средство обезбеђења је обесмишљено и доживело је „пад“.

Пошто тема обухвата актуелност уставне интервенције УС Србије, која је потврдила неуставност одредбе којом је искључено правно средство и уједно јасно показала да се против решења о забележби као коначног и извршног појединачног управног акта неспорно подразумева, и по Уставу и свим међународним документима интегрисаним у правни поредак – право на тужбу Управном суду, то јест управни спор. То је задесило и фидуцију у Црној Гори, будући да је пресудом из прилога овог рада још и „озваничено“ да се депосесија, по правноснажном исходовању, остварује искључиво редовним судским путем, у парници.

Када је реч о теми „сналажења“ црногорског законодавца већ је објашњено како је и зашто то чињено, а овде ћемо размотрити „функционисање“ таквих процесних механизма, уз *побуне* и *подрике* водећих теоретичара у Црној Гори, и остварене ефекте, непосредну ефикасност у пракси. Да би ствар била потпуна, судске инстанце доносе неразумне одлуке, а Врховни суд ЦГ досад те, благо речено, спорности није ни дотакао. Сем *старих* маргиналних, суштински депласираних одлука, док чека нову, бољу вољу законодавца.

У прилогу су досадашњи ставови Врховног суда (два) за период 2007–2015. Док се ишчекује промена доктрине или воље законодавца, једини *modus operandi* је да се изнесе *развитак* саме доктрине, да би се разумео „мук“ суда и законодавца.

Пратећи ставове водеће правне доктрине долази се до необичног закључка о опадајућем оптимизму, путу од хвалоспева до призивања достојанства. Зато *ab ovo*, од фидуције, до вансудске реализације хипотеке.

Појам фидуцијарне својине је дефинисан чл. 14 ЗСПО: „Фидуцијарна својина је условно стечено право својине на покретној или непокретној ствари које овлашћује повериоца да пре осталих поверилаца наплати његово доспело потраживање, без обзира код кога се ствар налази.“ А појам уговора о фидуцијарном преносу права својине уређен је у чл. 353: „Уговором о фидуцијарном преносу права својине на покретној ствари дужник или неко трећи преноси право својине на повериоца ради обезбеђења наплате потраживања, а поверилац се обавезује да по намирењу потраживања омогући дужнику несметано вршење права својине.“ Начин стицања је предвиђен у чл. 354 тог закона.

Право својине на непокретној ствари стиче се уписом у катастар непокретности уз забележбу фидуцијарног преноса права својине, и то у форми из чл. 355: „Уговор о фидуцијарном преносу права својине мора бити закључен у писаној форми, а код непокретности и оверен од суда или нотара. Њиме се могу обезбедити и будуће и условне обавезе.“¹²⁷⁷

¹²⁷⁷ Вид. ЗСПО, чл. 356.

Екстензивност се објашњава правилом протезања тако да се тим условним преносом права својине јемче и друге обавезе страна настале после закључења уговора, а које доспевају за наплату пре намирења обавезе за чије је обезбеђење послужио условни пренос права својине.¹²⁷⁸

Регулисано је и правило одређености предмета фидуције – принцип специјалитета. Посебно је нормирана област условне својине на робном лагеру, у погледу одржавања количине робе. Ништавост је регулисана чл. 358, тако да све стипулације у фидуцијарном уговору које чине комисорну клаузулу и антихрезу немају важност.¹²⁷⁹

Уговор је ништав и ако се не региструје у јавном регистру,¹²⁸⁰ Управи за некретнине Црне Горе (УНЦГ), катастру, у року од осам дана по овери уговора. Пријаву УНЦГ потписују обе стране и заједно с уговором предају катастру ради уписа. Државина на предмету условне својине остаје код дужника, али се стране могу договорити и другачије.¹²⁸¹

Чланом 365 је прописана дужникова обавеза да чува ствар с пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина. Предвиђена је и обавеза дужника да преда ствар повериоцу који има условну својину и да на њој поверилац стекне државину, за случај да не испуни своју обавезу о року.¹²⁸²

Поверилац стиче право сада на пуно, дефинитивно право својине пошто дужник не испуни своју обавезу о доспелости и право да затражи државину на фидукованој ствари.¹²⁸³

Продаја се врши мимо судске власти, а процену обавља вештак ког поверилац ангажује. Поверилац такође о доспелости и неуспешног позива дужнику да испуни своју обавезу може фидуковану ствар задржати и за себе.

У пракси је најчешћи случај да по дужниковом паду у доцњу поверилац поднесе захтев УНЦГ, то јест катастру, који функционише по принципу јединствене евиденције, да упише дефинитивно право својине, то јест да правно преобрази *условну* у праву својину.

Дужник има право жалбе. По коначности решења о „преображењу“ које је сад коначно и извршно, настају проблеми. Поверилац подноси посесорну тужбу суду, а дужник управну тужбу, захтев за ванредно преиспитивање Врховном суду на крају уставну жалбу, када исцрпи сва та *делотворна* правна средства.

У том ванредно важном процесном сегменту за банке хипотекаре брзина је безмало све. Веома су чести поништаји¹²⁸⁴ било које надлежне судске инстанце и све се тако *врти* у круг, *petitio principii*.

¹²⁷⁸ Вид. ЗСПО, чл. 357 (подсећа на правило континуиране хипотеке).

¹²⁷⁹ Вид. ЗСПО, чл. 358.

¹²⁸⁰ Вид. ЗСПО, чл. 378, 379 и 380.

¹²⁸¹ Вид. ЗСПО, чл. 359 и 360.

¹²⁸² Вид. ЗСПО, чл. 370.

¹²⁸³ Вид. ЗСПО, чл. 373 и 374.

¹²⁸⁴ Због недовољних правних капацитета и искуства, службе катастра често доносе мањкава решења.

Иако управна тужба нема суспензивно дејство и не задржава поступање редовног суда за депосирање дужника, те парнице трају годинама јер дужник редовно подноси противтужбу, тражећи разлику између свог дуга повериоцу и цене ствари на којој је поверилац стекао искључиво право својине.

Па и када се једном *дефинитивно* деси да делозициона пресуда стекне правни квалитет правноснажности, нису ретки случајеви да Управни, Врховни или Уставни суд све врати на почетак. Ако се то не догоди, следи судски поступак принудног исељења.

Све се то односи на случајеве да се стране не договоре, али то је прави раритет. Зато је ово средство обезбеђења напуштено. Истини за вољу, некад се и склопи такав фидуцијарни аранжман, али углавном у сврхе које немају везе са сврхом којој је то средство по закону требало да служи.¹²⁸⁵

Испрва су, нарочито банке, искључиво захтевале само овај инструмент обезбеђења кредита јер је деловао убедљиво лист непокретности у којем јасно пише да је банка власник (у Г листу, о теретима и ограничењима јасно пише да је посредник тек условно, право фидуцијарне својине, орочено тачним датумом, али је ипак преовладало ово средство обезбеђења). Међутим, фидуцијарни пренос права својине ради обезбеђења потраживања не постоји већ више од десет година. Такав случај није забележен у банкарској пракси. Банке је стварно демотивисао „искуствени“ податак да реализација тог инструмента обезбеђења кредита траје унедоглед, годинама, и да нема никакве, сем привидне правне сигурности. Право на намирење иначе поверилац стиче по чл. 377, уновчењем фидуковане ствари, право продаје по чл. 377, а дужност обе стране да се држе трговачких обичаја и стандарда произлази из чл. 376. О свему томе се може говорити само у реалном плусквамперфекту јер је та установа у пракси – замрла. Законски формални престанак фидуције предвиђају норме из чл. 383 и 384, који у ствари сматрамо формалним јер у стварности нема уписивања, па зато ни брисања. У принципу француско право за настанак пуноважног заложног права такође тражи предају заложене ствари повериоцу или трећем лицу. Али потребе промета су „условиле“ да се ово опште правило за велики број случајева стави под лупу праксе која је у разним случајевима покушала да изигра тај пропис и замени га фиктивним актом.¹²⁸⁶

Стране су најпре покушале да уговоре однос посредничке државине. Дуго се судска пракса супротстављала тако предузетим фиктивним актима од повериоца и дужника, сматрајући их *contra legem*, али је касније и она морала да попусти, и то у случају залагања трговачке радње (*fond de commerce*). Сматрало се да исправе о куповини и закупу могу да замене фактичку предају која не би била могућа у случају једног таквог материјалног добра каква је трговачка радња. Став судске праксе био је прихваћен од законодавца, који је Законом од 1. марта 1898. и Законом од 17. марта 1909. (који је измењен 1913. године) допустио залагање трговачке радње и без предаје, уз услов да се заложно право упише у посебан регистар који се води у секретаријату трговачког суда.¹²⁸⁷

¹²⁸⁵ Нису ретки случајеви да се то обезбеђење тражбине користи за различите спекулације, које праве конфузију (у А листу титулар права се мења), на пример, у парници по паулијанској тужби. Или на непокретности на којој постоји хипотека, дужник заснује „пријатељску“ фидуцију да би омео хипотекара или барем унео забуну код трећих лица, суда, јавних извршитеља и других поверилаца.

¹²⁸⁶ Вид. Зоран Рашовић, *Коментар закона о фидуцијарном преносу права својине*, Предговор, Библиотека *Посебна издања*, Културно-просвјетна заједница, Подгорица 1996, 11.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, 12.

Очигледно је да наше право „тапка у месту“ држећи се класичних принципа везаних за залог и хипотеку.¹²⁸⁸

У тренуцима кад оживљавају тежње ка тржишној привреди јавља се потреба за новим средствима обезбеђења која су флексибилнија у погледу уговарања, брзине и ефикасности њихове реализације. Једно од средстава обезбеђења потраживања које елиминише ове недостатке је фидуцијарни пренос права својине.¹²⁸⁹ За разлику од периода пре доношења Закона о хипотеци, вансудски поступак продаје је једноставнији и мање формалан. То га чини и битно делотворнијим од извршног поступка, коме је претходило подношење хипотекарне тужбе.¹²⁹⁰

Намирење потраживања из вредности заложене ствари вансудским путем, које врши сам ималац тог права, до сада је било незамисливо. Евентуално одступање од тог правила могуће је предвидети у каснијој фази „живота“ потраживања (пре доспјелости, за време доспелости или после ње). Спора реализација потраживања из вредности заложене ствари је често истицана мана института залог и хипотеке. Повериоци желе благовремену и делотворну наплату доспелог потраживања. Окасна наплата често је неефикасна. Фактичко одлагање рока доспелости и кад за то нема оправданог разлога непотребно је и непримерено. Очигледно је дошло време за преиспитивање класичних принципа залог и хипотеке. То се првенствено односи на начело официјелности, чија често строга примена штети повериоцима доспелог потраживања. У упоредном законодавству шире се различите форме обезбеђења, најчешће у виду уговорних, бездржавинских гаранција. У нашем праву то је најпре урађено доношењем Закона о фидуцијарном преносу права својине. Добра решења садржи и Закон о хипотеци Црне Горе из 2004. године.¹²⁹¹

Примена института хипотеке у последњих неколико година дала је основа за учачавање бројних проблема. Неки од тих проблема су настали из објективних околности (светска економска криза) а неки из субјективних околности, као што су нереални инвестициони подухвати, неспремност и незнање инвеститора, лакомо понашање банкара.

Осим тога, проблеми настају и због неадекватне и непотпуне примене пре свега Закона о хипотеци, а одскоро и Закона о својинско-правним односима, који је преузео његове одредбе.¹²⁹²

Многи повериоци, посебно банке, користили су повлашћен положај на тржишту захтевајући, два, три или више пута вредније непокретности од обезбеђеног потраживања.¹²⁹³ Зато се не може прихватити концепција да се продаја сматра пуноважном и онда кад се на надметању понуди цена чија је висина испод сваке вредности. Такво решење је казна за дужника. Моралност повериочевог поступања, његова савест и његово поимање моралности приликом намирења потраживања из вредности продате ствари битне су околности. У супротном би дошло до примене самовољних решења. Ако правила поступања остављају тим

¹²⁸⁸ *Ibid.*, 21.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, 21.

¹²⁹⁰ Вид. З. Рашовић, *Коментар Закона о хипотеци*, Правни факултет У Подгорици, Подгорица 2007, 241

¹²⁹¹ Вид. З. Рашовић, *Коментар Закона о основама својинско-правних односа*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2007, 896 (*Ceterum censeo*).

¹²⁹² Вид. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2010, 184 и 185 (*Ceterum censeo*).

¹²⁹³ *Ibid.*

лицима на оцену сврсисходност, онда морају предузети све мере ради заштите равноправности странака у поступку, заштите права која им према Уставу и закону припадају. Ако то није случај (...) таква рјешења чини супротстављеним начелу владавине права као једној од највиших вриједности уставног поретка (...).¹²⁹⁴

Понуда исувише ниске цене на јавној аукцији не може се прихватити, између осталог, због заштите достојанства дужника. Тада продају треба обуставити. Ако се не води рачуна о најнижој продајној цени, онда то изазива многе озбиљне моралне и правне дилеме.¹²⁹⁵

Искуство је показало да су бројни дужници морали обезбедити двоструко или троструко већу вредност ствари од вредности целокупног потраживања. У земљама развијене тржишне привреде то није случај јер се сматра да је реч о претераном оптерећењу дужника. Таква пракса је у извесном смислу кочница развоја инвестиционих активности, пошто бројни уговори о хипотеци истог повериоца (нпр. банке) личе један на други као „јаје јајету“, осим оних делова који су бројчано изражени. То нам говори да је дужникова сагласност на тај акт најчешће манифестована само његовим потписивањем. Зато треба прописати да се поступак вансудске продаје спроводи по правилима предвиђеним за уговор о хипотеци ЗСПО и супсидијерно ЗИО, јер се примена ЗИО често заобилази. Тиме се дужник ставља у још тежи положај. Треба, такође, прописати да обавезну садржину уговора о хипотеци, коју чини и одредба о условима продаје. То се нарочито односи на обавезу да се објективно утврди почетна цена непокретности од независног проценитеља.¹²⁹⁶

Неопходно је ојачати независну позицију лица овлашћеног за вођење поступка вансудске продаје. Оно мора бити стручно и непристрасно, а то не сме бити тело одређено од повериоца ни непосредно поверилац. Досадашња пракса показује да је поверилац, плаћајући својим потраживањем, често куповао непокретност по знатно нижој цени без обавезе враћања вишка. Тиме су многи дужници били или ће бити оштећени.¹²⁹⁷

Зато треба прописати решење по коме разлику у цени између те две вредности плаћа поверилац, уместо да, као што је до сада био случај, избегне да плати допуну до праве вредности. Треба даље прописати да се у случају пада или повећања вредности хипотековане непокретности од независног проценитеља може захтевати нова процена о трошку лица које је тражи, спречавајући на тај начин праксу да се тај трошак увек преваљује на дужника.¹²⁹⁸

Треба прописати, као код фидуцијарног преноса права својине, решење да све мере које предузима хипотекарни поверилац у циљу намирења потраживања морају да одговарају постојећим трговачким обичајима и да буду трговачки разумне. Треба прописати да процену вредности хипотековане ствари врше овлашћени проценитељи (судски вештаци, код државне имовине надлежно тело је одређено Законом о државној имовини), да би се утврдила тржишна вредност непокретности.¹²⁹⁹

¹²⁹⁴ Вид. З. Рашовић, *Право обезбјеђења потраживања*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2010, 186.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, 186 и 187.

¹²⁹⁶ *Ibid.*, 187.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, 188.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ *Ibid.*

Треба прописати и разумне рокове за намирење из вредности хипотековане ствари. Дејудицијализацију поступка намирења требало би детаљније регулисати у акту у којем би се детаљније разрадиле компетенције и процедура по којој овлашћена лица поступају у поступку вансудске продаје. Наравно, све то подразумева и одговарајућу едукацију тих лица.¹³⁰⁰

Дакле, цена (непокретности) може бити утврђена претходно или накнадно, на основу процене вјештака и других чињеница, у висини њене тржишне цене *на дан процене*. Процедура утврђивања цене треба да буде поједностављена, а тржиште треба да буде главни верификатор праве вредности непокретности.^{1301, 1302}

Хипотекарни поверилац може овластити јавног извршитеља, адвоката или регистровану агенцију за промет непокретностима да изврши продају непокретности у складу са законом.¹³⁰³

Владавина права прожима одредбе Устава Црне Горе. Овлашћено лице за спровођење вансудске продаје мора у том поступку да омогући остварење праведне равнотеже која није потпуно постигнута законским актима и другим прописима. Игнорисање те обавезе није прихватљиво у демократској држави заснованој на владавини права и заштити људских права. Он мора придавати посебан значај спољњем утиску и повећаној осетљивости јавности за поштено спровођење правде. Поступак продаје у целини, укључујући и начин на који су изведени докази, мора бити правичан.¹³⁰⁴

На трећој јавној продаји оптерећена ствар се не може продати у бесцење јер законска одредба говори о могућности продаје, а не о обавезној продаји. Сваку неморалну продају овлашћено лице или „суд“ треба да обустави.¹³⁰⁵

Књига *Хипотека*, рубрум 345 гласи: „Морални захтјеви у поступку продаје“, гласи: „На трећој јавној продаји оптерећена непокретност се може продати без ограничења најниже цијене у односу на утврђену вриједност.“ Наравно, та одредба није императивне природе.¹³⁰⁶

Ако је ствар продата за вишеструко нижу цену од утврђене, онда је *таква* заштита изостала, што се коси с начелом владавине права као једне од највиших вредности уставног поретка ЦГ.¹³⁰⁷

У правима САД имаоци стварноправних обезбеђења намирење најчешће спроводе у поступку заплене и продаје непокретности (*foreclosure*).¹³⁰⁸

У њемачком праву хипотекарни поверилац се може намирити из вредности хипотековане непокретности само у судском поступку. У мађарском извршном праву прописано је

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ Вид. З. Рашовић, *Земљишнокњижно право*, Нотарска комора Црне Горе, Подгорица 2012, 388.

¹³⁰² Неразумљиво: како може вештак процењивати „накнадно“ цену непокретности која је већ продата или се продаје; какво је поједностављење процедуре кад је без вештака тржиште верификатор.

¹³⁰³ *Ibid.*, 388 и 389. (видно олакшање, након новог ЗИО ЦГ из 2011. године).

¹³⁰⁴ Вид. З. Рашовић, *Хипотека*, Нотарска комора Црне Горе, Подгорица 2015, 1137.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, 1154.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, 1157. Законодавац је експлицитно изрекао да на трећој јавној продаји нема доњих ограничења.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, 1159.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, 1128.

вансудско намирење из вредности хипотековане непокретности које спроводе јавни извршитељи.¹³⁰⁹

Решења тог закона о вансудској продаји хипотековане ствари заузимају чвршћи став у корист повериоца. Њиме се у великој мери спречава одлагање тог намирења, што је ранији поступак чинио спорим и неефикасним. Садашњим решењима законодавац све више успоставља равнотежу између права поверилаца да намире своје потраживање и права дужника да економски искористе своје оптерећене ствари. За разлику од периода пре доношења ЗСПО, вансудски поступак продаје хипотековане непокретности је једноставнији и мање формалан. То га чини и битно делотворнијим од извршног поступка, коме претходи подношење тужбе.¹³¹⁰

Реформа у процесу кредитирања у ЦГ започиње 2004. године, кад је донет Закон о хипотеци, којим је регулисана сигурна реализација хипотекарног потраживања вансудским намирењем. Тиме је остварен први задатак у постављању основе система обезбеђења потраживања, који се огледа у сентенци „дух закона и смисао државе огледају се у њеним законима“.¹³¹¹

Сагледавајући најважније етапе у поступку реализације хипотекарног потраживања судским или вансудским путем, можемо увидети да организовање продаје преко овлашћеног лица није дало позитивне резултате у пракси. Из угла повериоца, за њега је повољније да потраживање намири у поступку јавног надметања посредством овлашћеног лица.¹³¹²

Честа је пракса да се овлашћена лица понашају непрофесионално и неморално, штавише несавесно и неодговорно. Неморално и несавесно поступање долази до изражаја у одређивању цене продаје хипотековане непокретности.¹³¹³

Идеја вансудског намирења хипотекарног потраживања потиче из англо-америчког система права. У већини земаља европскоконтиненталног система права¹³¹⁴ акценат је стављен на реализацију хипотеке судским путем. У државама у региону опрезно, али поступно, законодавац је увео могућност вансудске наплате потраживања обезбеђеног хипотеком.¹³¹⁵

Наше хипотекарно право преузело је решење о вансудској наплати из америчког правног система, од уговорних одредби којима се предвиђа вансудско намирење, преко правила поступка, до коначне реализације хипотекарног потраживања вансудским путем. Поступак реализације хипотекарног потраживања толико је прецизно уређен да пружа заштиту хипотекарном повериоцу у реализацији кредита не само у односу на друге категорије поверилаца, или друге хипотекарне повериоце, већ и на инсолвентност дужника.¹³¹⁶

¹³⁰⁹ *Ibid.*, 1129.

¹³¹⁰ Вид. Драгиња Вуксановић, *Вансудско намирење хипотекарног повјериоца*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2011, 90.

¹³¹¹ *Ibid.*, 93.

¹³¹² *Ibid.*, 80.

¹³¹³ *Ibid.*, 82 и 83.

¹³¹⁴ *Ibid.*, 93.

¹³¹⁵ *Ibid.*, 94.

¹³¹⁶ *Ibid.*, 98.

Анализом упоредноправног законодавства у земљама региона долазимо до резултата који показују да своје право намирења хипотекарног потраживања вансудским путем хипотекарни поверилац једино може остварити у праву Црне Горе и Србије, а на основу одредби предвиђених Законом о хипотеци, једне и друге државе.¹³¹⁷

Од најновијих законских одредаба које у области хипотекарног права регулишу реализацију права намирења, посебан значај имају оне које се односе на вансудску продају хипотековане непокретности. Из анализе свих етапа поступка вансудског намирења, као и оних одредаба које регулишу преклузивне рокове, можемо извести закључак да се тај поступак одликује брзином и ефикасношћу у намирењу хипотекарног потраживања. С друге стране, ни интерес хипотекарног дужника није у толикој мери доведен у питање јер он има право на извесне законом предвиђене рокове у којима му се даје могућност да измири дуг према повериоцу.¹³¹⁸

Негативни аспекти вансудског намирења хипотекарног потраживања: анализирајући законске одредбе о поступку вансудске наплате хипотекарног потраживања, законодавцу се у погледу положаја хипотекарног повериоца, који се посебно одражава на остварење хипотекарног потраживања, не би могла упутити ниједна примједба, али се у пракси примећују извесни проблеми који вансудској наплати дају негативну конотацију.¹³¹⁹

Главни проблем са којим се суочила једна од банака, наступио је у моменту продаје хипотековане непокретности.¹³²⁰ С друге стране, поступак вансудске наплате хипотекарног потраживања не иде на руку дужнику.¹³²¹

Сходно томе, можемо закључити да се процес кредитирања побољшава и поспешује све више, али су услови кредитирања захтевни за социјалне и економске прилике у нашој држави.¹³²² Посматрајући корелативан однос позитивних и негативних аспеката можемо закључити да је за процес транзиције кроз који пролази наша држава најважније да је положај хипотекарног повериоца сигурнији и да је условио развој процеса кредитирања значајан за опште државне и за приватне интересе правних субјеката.¹³²³

То доводи до закључка да су банке као привредноправни субјекти дале себи право да у уговору имплицитно унапред постављају своје услове пословања, што им се и не може оспорити. Вансудско намирење потраживања обезбеђеног хипотеком значајна је новина и велики допринос области хипотекарног права. Пракса ће нам дати идеју да даље кроз

¹³¹⁷ *Ibid.*, 108.

¹³¹⁸ *Ibid.*, 188

¹³¹⁹ Проблеме у пракси треба посматрати у два правца: постоје проблеми који се односе на положај хипотекарног повериоца и они који се одражавају на права и интересе хипотекарног дужника. Вансудско намирење остварено је досад само у поступку реализације хипотекарних потраживања неких банака које и за краткорочне кредите предвиђају обезбеђења конституисање хипотеке на непокретности. *Ibid.*, 189, 190.

¹³²⁰ Друга потешкоћа је то што је хипотека на име кредита била конституисана на једној кући у којој је живела шесточлана породица (супружници и четворо малолетне дјеце). *Ibid.*, 190.

¹³²¹ За разлику од судског поступка у којем дужник добија на времену, поступак вансудске наплате не даје пуно времена дужнику за измирење дуга... све банке (осим Никшићке). *Ibid.*, 191.

¹³²² Предвиђена је само могућност реализације свог потраживања вансудским путем. На дужнику је да ли ће уговор да потпише и реализује кредит. Ако не прихвати кредит, он неће бити ни одобрен. У том контексту, током истраживачког рада смо приметили да уговор о хипотеци у делу правне природе садржи латентне елементе уговора по приступу, тако да дужник има само једну опцију вансудског намирење хипотекарног потраживања. Мањкавост кредита су и високе камате. *Ibid.*, 191.

¹³²³ *Ibid.*, 245.

научноистраживачке радове отклонимо све негативне сегменте који прате овај поступак и још више поспешимо процесе кредитирања и убрзамо и вратимо поверење за још већа страна улагања.¹³²⁴ Термин хипотека се користи и у упоредном праву (немачком, француском и италијанском), а у енглеском праву се користи назив *mortgage*.¹³²⁵

Спласнула је одлука да треба да престане стално „тапкање у месту“ и брзо се преобразила у „тапкање уназад“. Проблеми хипотекарних поверилаца, најчешће банака, нису ни дотакнути, а немоли решени. Фидуција, као и вансудска реализација хипотеке, представљају и теоретски и реално – *iuris vinculum*, један потпуни промашај.

Чланом 333 ЗСПО предвиђено је да је хипотекарни поверилац дужан да обавести, у писаној форми, дужника и хипотекарног дужника, када то није исто лице, и треће лице код кога се непокретност налази да је истекао рок за извршење обавезе и да, уколико се обавеза не изврши у року од 15 дана од уписа обавештења, хипотекарни поверилац има намеру да покрене поступак намирења у складу са уговором и законом. Обавештење о почетку намирења мора се уписати код органа код којег је хипотека уписана.¹³²⁶

Прописано је стандардно шта обавештење о доспелости садржи, да у току од 15 па навише дана, по упису обавештења у катастар непокретности, хипотекарни дужник треба и колико да намири да и од тог момента хипотекарни дужник не може располагати непокретношћу оптерећеном хипотеком без сагласности хипотекарног повериоца.¹³²⁷

Одредбама чл. 335 ЗСПО предвиђено је да ако обавеза из уговора који је обезбеђен хипотеком није извршена у року од 15 дана од доставе обавештења о почетку намирења хипотекарном дужнику, хипотекарни поверилац се може намирити на један од следећих начина утврђених уговором: вансудском продајом, у складу са овим законом; судском продајом непокретности оптерећене хипотеком у складу са законом који уређује извршни поступак. Дакле, вансудска продаја се врши по одредбама ЗСПО, а судска по ЗИО.

Коначно, чл. 336 ЗСПО предвиђено је да хипотекар може приступити вансудској продаји непокретности по истеку рока од 15 дана од доставе обавештења о почетку намирења хипотекарном дужнику, те да хипотекар покрене поступак вансудске продаје уписом обавештења о продаји код органа код којег је уписана хипотека и достављањем примерка обавештења хипотекарном дужнику, а обавештење се доставља и другим лицима. Садржај обавештења је стандардан.¹³²⁸

Објава продаје се врши најмање једанпут у току две седмице, уз услов да се први пут објави најкасније 15 дана пре дана продаје, а све то у два штампана медија у ЦГ и на „видном“ месту где се непокретност налази. Члан 339 у суштини предвиђа *ius offerendi*.

Члан 341 ЗСПО предвиђа да се вансудска продаја не може одржати пре протеча 30 дана од уписа обавештења о продаји, али се стране могу договорити да се тај рок и „скрати“.

¹³²⁴ *Ibid.*, 247.

¹³²⁵ *Ibid.*, 123. Тиме аутор показује да не разликује хипотеку од моргица.

¹³²⁶ Вид. Закон о својинско-правним односима ЦГ – ЗСПО, *Сл. лист ЦГ* 19/09. Примерак обавештења се доставља и другим лицима у чију корист је уписан терет на непокретности.

¹³²⁷ Вид. ЗСПО, чл. 334.

¹³²⁸ Вид. ЗСПО, чл. 337. Између осталог, укупан износ преосталог дуга по уговору, назив или име, адресу или седиште и телефонски број овлашћеног лица које спроводи продају.

Вансудска продаја се врши јавним надметањем које спроводи лице одређено уговором о хипотеци, а да купац непокретности која је предмет вансудске продаје не може бити лице овлашћено за вођење тог поступка¹³²⁹ и да ће се тако хипотекована непокретност продати лицу које понуди највишу цијену. И онда хипотекар у јавној продаји као понуђач има право да, као купопродајну цену, понуди обезбеђено потраживање,¹³³⁰ укључујући неисплаћене камате итд.¹³³¹

Право на хипотекарну тужбу је предвиђено, али и крајње депласирано. Наиме, да тих нужних „неспорних доказа има“ и они стварно постоје, не би ни отпочело јавно надметање, тачније не би био ни отпочет поступак вансудске реализације хипотеке. Купац из вансудске продаје је безизузетно савестан, једнако као у ЗХ РС. Постаје титулар права својине са теретима уписаним пре те хипотеке и без терета уписаних након те хипотеке, ако друкчије није прописано законом, при чему се право својине које је (неоспорљиво) савесни купац стекао не може оспоравати због евентуалних пропуста у поступку продаје.

Сматрамо да, када већ хипотекар овлашћује лице (то су устаљено лица које он ангажује), може настати ситуација да би он ипак могао заиста одговорати хипотекарном дужнику, и то искључиво због погрешног избора овлашћеног лица (заједно са *савесним* купцем), због погрешних инструкција или зато што је овлашћено лице недовољно надзирано конкретан поступак продаје и све „осетљиве токове“ вансудске реализације хипотеке.¹³³²

Одредба која „одаје“ да је у питању *неправи* правни трансплант, али истовремено и потврда да „закон дозвољава“ ситуацију да се закључи „уговор са самим собом“ (онај прави) садржана је под рубрумом „Пренос права својине након јавне продаје“, у члану 345: „Након цјелокупне уплате купопродајне цијене (хипотекар ’својом тражбином’) постигнуте на јавној продаји, лице које спроводи поступак продаје (или адвокат или запослени из комисије код хипотекара) овлашћено је да, ’у име’ хипотекарног дужника, потпише уговор којим се својина на непокретности оптерећеној хипотеком преноси на купца и да овјери свој потпис на том уговору.“ Тиме је искључена и минимална помисао да такав „правни посао“ и генерално посматрано може бити правноваљан и уопште имати чак елементе регуларности.

Будући да се ЗСПО изричито определио и одредио да се на вансудску продају „сходно“ примењују само одредбе ЗСПО, без икаквих упућујућих норми на ЗИО, ни у одељку општих норми о залози (сем за сходну примену Закона о стечају), а по слову ЗСПО предвиђено је да се судска продаја стриктно врши по одредбама ЗИО, 2011. године се „правно интервенисало“ и под потпуно „новим“ рубрумом б одредила „сходност“ и за „вансудску продају“, што је правно и логички заиста наопако.

¹³²⁹ Ту настаје „први проблем“ јер је овлашћено лице које води јавно надметање најчешће адвокат кога ангажује хипотекар или комисија коју он образује од запослених, на пример, у банци као хипотекару.

¹³³⁰ Ту настаје „други проблем“ јер тиме хипотекар купује од себе, а у име хипотекарног дужника хипотековану непокретност. То је типичан и стваран уговор са самим собом. Није „доктриниран“.

¹³³¹ Вид. ЗСПО, чл. 342.

¹³³² Ту видимо „трећи проблем“ јер је посреди неспорно адхезиони уговор, нарочито кад су то физичка лица, односно лица „која се не баве бизнисом“ него аплицирају за кредит ради обезбеђења „крова над главом“. Још, та овлашћена лица су повезана с хипотекаром. Дакле, *culpa in instruendo*, *culpa in instruendo*, *culpa in insciendo*, *culpa in vigilando* могу несумњиво „угрозити“ и солидарно хипотекара и купца. Да не говоримо о законској дозволи кад купац купује од себе. Искључујемо јавног извршитеља јер је формално независан, а „формално“ наглашавамо због случајева на које смо указали у ЦГ – за мање од једне године лишена су слободе два председника Коморе јавних извршитеља Црне Горе... Поштујемо презумпцију невиности.

Није добро то што и правна доктрина „подржава“ такав, најблаже речено, правно непринципијелан и очигледно строго наменски ненаучни приступ. Поступак судског извршења, овде сходно измештен „преко“ јавних извршитеља, регулисан је чланом 154 и даље. Комплетан поступак одвија се у „закључцима“, а тамо где је предвиђен приговор, то решава суд, па је поступак нормативно, али реално заиста и ефикасан. Уосталом, намеће се елементарно питање чему служи поступак вансудског извршења кад га спроводи јавна служба и то у „лицу“ јавног извршитеља и, донекле, суда. Чему служи вансудско извршење и вођење парнице кад су по ЗИО и Закону о нотарима записи извршне исправе? Ово су све *par excellence* реторичка питања јер су одговори јасни. У ЗИО је спорно и представља велики „проблем“ – нешто друго. Наиме, по чл. 173 ЗИО, на првом јавном надметању, кад је посреди непокретност, ако се не може продати испод утврђене вредности; на другом, може се продати ниже, не испод 50% утврђене цене; на трећем, и испод 50%, али не испод висине потраживања хипотекара. „Ако је процијењена вриједност мања од висине потраживања, а продаја на другом надметању није успјела, непокретност се може продати испод утврђене вриједности без ограничења уз претходну сагласност извршног и заложног повјериоца; слиједи принудно исељење, савјесни купац или сâм хипотекар за најнижу цену бива власник, стиче државину.“¹³³³

Дакле, поступак је ефикасан јер против закључака није дозвољен приговор.¹³³⁴

Зато треба видети *апроксимативну* табелу ефикасности у Црној Гори, односно да ли је у стварности вансудски пут ефикасан, функционалан и делотворан правни пут или није.

Табела 6: Ефикасност вансудске реализације хипотеке у Црној Гори

Ефикасност вансудске реализације хипотеке у Црној Гори	Апроксимативно
Обавештење о доспелости	30 дана
Захтев, упис у катастар непокретности, обавештења итд.	60 дана
Обавештење о почетку намирења	30 дана
Обавештење о продаји	30 дана
Објављивање обавештења о продаји	30 дана
Јавна надметања	
Прво надметање по утврђеној цени	60 дана
Друго надметање 50% од утврђене цене	60 дана
Треће у висини потраживања хипотекара, а и неограничено ниже	60 дана
Реалност праксе показује да сâм вансудски поступак траје	2 до 3 године

¹³³³ Вид. ЗИО, чл. 173.

¹³³⁴ Вид. ЗИО, чл. 8: „Против рјешења у поступку извршења и поступку обезбјеђења може се изјавити приговор у складу са овим законом. Против закључка није дозвољен приговор.“ Чл. 48 ЗИО: „О приговору на рјешење о извршењу (...), у другом степену одлучује вијеће истог суда.“ Чл. 54: „О приговору на рјешење о извршењу (...) изузетно може да одлучи у првом степену судија појединац, у року од 5 дана. Ако оцијени да приговор није основан, судија ће доставити списе вијећу тог суда.“

Државина по исходавању извршне исправе за депосесију, рок	2 до 3 године
Рокови не укључују у правилу вексаторне парнице које изазивају дужници, ни заштиту уставном жалбом УС и представком ЕС	3 године
Пословна пракса указује на ефекат продаје од 0,5 % до 1 % од свих непокретности које су излагане вансудској продаји	
Резиме: Неефикасност по правилу значи и неефективност, сем ако се не рачуна да се неко ефективно „обогати“ ниском ценом. Није прихватљива <i>сходна</i> примена ЗИО, прво, зато што то није предвиђено ЗСПО, друго, зато што је поступак вансудске реализације, конципиран у ЗСПО, у теорији и пракси, као <i>хипотекарево приватно извршење</i> . Уставна жалба УС ЦГ и представка ЕС у Стразбуру нису укључене јер су крајње непредвидиве.	6–7 година плус

Иста агенда: У САД, како је утврђено, вансудска реализација моргица се „рачуна у данима“.

2. Улога суда у вансудској реализацији хипотеке – *de lege ferenda*

Пошто се све претходно узме у обзир, тешко се отети утиску, када је у питању вансудска реализација хипотеке, веома тешко реуспоставити, нормализовати, то јест уравнотежити стање ствари, за шта европска савремена доктрина користи прихватљиву синтагму: доћи до „правичног уравнотежења“. У томе правцу, нарочито следећи решења упоредних права, наше позитивно право је дубоко закорачило у „вансудску реализацију“ и то не само хипотеке него и других бездржавинских стварноправних средстава обезбеђења.

Притом нису само у питању важећи закони Србије и Црне Горе него и Нарцт законика о својини и другим стварним правима из 2012. и Преднацрт грађанског законика из 2015. године. Утолико је теже опонирати опредељењима законодавца да тај неправи правни трансплант, то јест иритант искључи из постојеће и будуће легислативе јер је – *неделотворан*.

Питање свих питања је због чега постоји и чему заиста служи вансудска реализација хипотеке законима конципирана као приватно извршење. Наиме, ако је „кључ“ у томе да се успостави бржи и учинковитији процесноправни механизам да би хипотекарни поверилац реализовао хипотеку, нема дилеме да је неспорно утврђено да је тај механизам, до крајности, и неефикасан и неефективан.

Премда, ради општег бољитка друштва неретко се заобилазе и све разлике упоређиваних великих правних система, па и прихватају жртве оличене у битним чиниоцима европскоконтиненталног права, наших правних система, али бољитка нема ни на помолу.

Вансудска реализација хипотеке није донела дословно ништа добро хипотекарима, ни хипотекарним дужницима, али ни самом правном поретку у целини – јер нема ни приближно очекиваних резултата тематског правног транспланта у реалном правном животу, у пракси.

Правна је константа да у фази обезбеђења хипотекар, за разлику од ранијих прописа, неспорно заобилази парницу, ону против личног дужника из облигације и ону против трећег лица које је хипотековало своју непокретност за туђи дуг, односно обезбеђење тражбине хипотекарног повериоца путем хипотекарне тужбе, све да би исходovalo извршну исправу.

Од јула 1990. године хипотекар је имао споразумну судску хипотеку, а законима о јавним бележницима/нотарима додатно има на располагању још и запис и солемнизовану нејавну исправу. Запис или солемнизована, то јест потврђена нејавна исправа има правни квалитет извршне исправе уз испуњење додатних услова који су прописани у чл. 15, ст. 3 ЗХ РС.¹³³⁵

Одредба чл. 20, ст. 1 ЗИО РС,¹³³⁶ иако дефинисана као „право“ хипотекара, у ствари има чисту опциону, условљавајућу правну нарав јер предвиђа да поверилац чији је уговор о хипотеци извршна исправа има право избора: да се намири применом закона којим се уређује хипотека или применом овог закона. У том случају, акцентовање вансудског поступка намирења, који је засебно испрописиван у чл. 29–38 ЗХ, не чини, бар више не, тај поступак тако „оштро и изразито“ посебним. Хипотекар и, према чл. 34, ст. 7 ЗХ, истеком 18 месеци од коначности решења о забележби, мора опет „на шалтер суда“, то јест даље решава искључиво путем суда, судском продајом. А све што се претходно догодило „вансудски“ – више не важи. Ова норматива нема своју поенту.

Вансудској извршној хипотеци се упућује замерка што се код „оригинатора“, у праву САД, кад се моргиц поверилац одлучи на вансудско намирење, тиме губи право да тражи разлику између цене добијене на аукцији и преостатка потраживања (док у судском поступку реализације моргица задржава то право, односно материјалноправни захтев за накнаду разлику, тзв. тужбу због диференције). Међутим, према одредби чл. 38, ст. 1 ЗХ РС, то се решава супротно – дужник остаје и даље дужан хипотекару за сву разлику и након „скора“ аукције. То ни сам моргиц не пружа. Дакле, у фази обезбеђења потраживања није требало „уводити“ нове извршне исправе јер то концептуално „квари“ извршни поступак.

Проглашењем самог уговора за извршну исправу представља заобилажење когницијског поступка. Клатно се помера од когницијског, не ка извршном поступку, већ ка приватном извршењу. Когницијски поступак се све више напушта и редом се нижу „извршне исправе“, настале и без и пре когниционог поступка. А и у пракси ЕС у Стразбуру извршни поступак је тек наставак когниционог, цивилне парнице. Телеолошко посматрање, међутим, упућује на закључак да две процедуре чине једну целину; парница и принудно извршење имају исти крајњи циљ – заштиту поретка субјективних права.¹³³⁷

¹³³⁵ Неспорно је да је од јула 1990. године „заобиђена парница“, али је то тада био „правни дефект“ у начину реализације путем суда у извршном поступку, и годинама је трајало тзв. вишефазно извршење. Дакле, у фази обезбеђења од 1990. није постојао проблем, али се појавио у фази реализације која је оклоњена ЗИО Србије и Црне Горе 2011. године. Више нема *ниједне* примедбе на ефективност суда у фази реализације јер се завршава за око годину. Чему онда *плус* уговори – нове извршне исправе?!

¹³³⁶ О непримерености овог члана на извршни поступак, какав год био, дали смо већ објашњења.

¹³³⁷ Вид. Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1970, 409.

Сви трендови које смо анализирали воде једном циљу – укидању извршног поступка, односно његовом свођењу на извршење.¹³³⁸

Притом сваки, као и ранији ЗИП и ЗИО, данас ЗИО РС и ЗИО ЦГ садрже идентичну одредбу „исправа која је другим законом одређена као извршна исправа.“ А пре тога уговор о хипотеци и једнострана хипотека су били увршћени у извршне исправе, што је правно заиста без утемељења. То се једнако односи и на извод из регистра залога и финансијског лизинга јер су и тим законима предвиђени регистровани уговори као јасне извршне исправе. Уз то, тим законима је и нагодба/поравнање из посредовања/медијације сврстана у извршне исправе.

Код посредовања, то јест медијације, то има своју здраворазумну логику и своју сврху, јер то, већ смо поменули, може довести до споразума и парижског разрешења спора. Дакле, пренормирање *inter alia* и често ствара конфузију. Законодавци су имали на располагању да тим посебним законима одређују шта јесте а шта није и не може бити извршна исправа. Није требало да већ извршне исправе наново нормирају законима којима се уређује извршни поступак. Испашће да ЗИО је крив (био је до 2011. године, од тада није).

Претходним смо „подстакли“ основно јер, ако је циљ био да се суд заобиђе посредством института вансудске реализације, учињено је све супротно. Наиме, „изазвао“ је и парницу, а у Србији и управни спор итд. Законодавци нису *разумели* или нису желели да *разумеју* да је грешка била у лошем ЗИО из 2011. године, а не у хипотеци! Кад се 2011. судски поступак уредио као ефикасан и ефектан, сврха *измишљања* „вансудског“ је нестала! Али како то признати?

Свесни смо воље законодаваца која истрајава упркос недостацима и противречностима да оправда грешку, али ћемо дати „могућност опстанка“ *задатог* неправог правног транспланта угледајући се на компаративу и сопствене правне поретке. Дакле, саме одредбе ЗХ и ЗСПО које предвиђају „овлашћено треће лице“ које се приликом закључења уговора или „издавања“ једностране хипотеке, појмовно детерминишу и сам даљи ток поступка. Како би „треће лице“ (у различитим деривацијама у ЗХ, ЗСПО и ЗИО ЦГ) „обележило“ вансудски поступак реализације хипотеке, он се неминовно мора пренормирати.

Начин је да се то треће лице или хипотекарни поверилац мора пре саме аукције или непосредне погодбе, обратити суду и проћи кроз четири фазе преиспитивања, од неког ко би по нашој правној традицији и самој дефиницији био „независан и непристрасан“, а истовремено и преко потребан стабилизујући контрабилни фактор правичне равнотеже – трећи фактор. Да ли је таква „сурогација“ судске реализације хипотеке делотворна, просудићемо или нећемо ни бити у прилици – *in fine*.

Свако правно овлашћење је заштићено државним апаратом силе. Због тога се у појам правног овлашћења сврстава још и право на правну заштиту. Оно се састоји из *права на приступ суду* у англосаксонском праву (*Acces to Justice*) или *права на тужбу* у европскоконтиненталном праву.¹³³⁹

¹³³⁸ Вид. Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 397. Рубрум сам за себе потказује интенцију: „Од извршног поступка ка извршењу“.

¹³³⁹ Вид. Драган Митровић, *Увод у право*, поглавље „Право на правну заштиту“, четврто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 253 и даље.

Инклузија суда у реализацији је нужност, првенствено имајући у виду правну нарав адхезионог уговарања у фази обезбеђења и свеобухватно заобилажење когниционог судског поступка које се раније правно подразумевало. Та могућност примене припада суштини права. Нема права без суда!¹³⁴⁰

Благојевић наводи: „Други начин, тј. ублажење и отклањање штетних последица економске неједнакости без повреде њене суштине или бар формално без те повреде, једини је који се данас може употребити и који се стварно употребљава. Друштво, не могући да отклони економску неједнакост, стара се да бар отклони њене рђаве последице у погледу појединаца економски слабијих и оно то чини интервенишући у односе који се заснивају између економски неједнаких снага, и то би били отклањајући могућност злоупотребе те неједнакости (...).“¹³⁴¹

Дакле, интервенција друштва је у принципу и корисна и потребна, па чак и нужна. Она је корисна јер помаже друштву да се правилно развија; она је потребна јер отклања дисхармонију и могуће сукобе између економски неједнаких; она је нужна јер отклања „побуну стварности против права“.¹³⁴²

Зашто суд? Зато што према нашој реципираној римској традицији и историјским правним наслеђима, урођеној и природној правној свести, без обзира на све мањкавости, укључујући и девијације у правосуђу, то је једино уточиште, где јединка и „свако“ може правно и јавно да заштити своје интересе и оствари права. Друго слично место за сада немамо. У првом реду смо навели да је то пре свега наша римска традиција, првенствено зато што је она у бити крајњи производ римске рецепције, али не потцењујући начин и стварање права у земљама *common law* система. Напротив. Тамо је суд кључан и творац је права. Али тамо је и правна традиција стварање правосуђа неупоредива с нашим.

Раширено је мишљење да је римско право највеличанственији производ римске цивилизације, најчистији и најоригиналнији израз римског генија, најсавршеније од свих познатих права која се темеље на приватној својини. „Други ће, верујем, мекше мед израђивати као да дише, вајати из мермера жива лица, говорећи боље, и мериће путеве небеских тела и казиваће унапред која ће звезда изићи. Ти, Римљанине, научи да владаш народима, то ће бити твоја уметност, и да доносиш законе мира, да штедиш побеђене и савлађујеш охولة.“¹³⁴³ Природно је што су господари света највећу пажњу посветили држави и праву. И то на један прагматичан начин, у складу са својим менталитетом.

А, ми – неусклађени! Стога наше право треба прилагођавати нашем менталитету и у тој интеракцији и сам менталитет променити набоље. За сада, по општем уверењу, суд је гранична инстанца којој наш менталитет и правна свест, уз све притужбе, и основане и неосноване, придају важност. Према српском значењу речи судити, суд значи и – одговорност, савест.¹³⁴⁴

¹³⁴⁰ Вид. Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права*, Библиотека *Плејада*, ур. Стеван Врачар, ЈП Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2001, 55 и даље.

¹³⁴¹ Вид. Борислав Благојевић, *Уговори по пристанку*, поглавље „Интервенционизам код уговора по пристанку“, Библиотека *Научна баштина*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 73 и даље.

¹³⁴² *Ibid.*

¹³⁴³ Цитат је из Вергилијевог *Енеиде*, према: Обрад Станојевић, *Gaius Noster, нусац првог уџбеника права*, Завод за уџбенике, Београд 2010, 847–853.

¹³⁴⁴ Вид. *Речник српског језика*, Матица српска, Нови Сад 2007, 1285

У савремено време, граничник суда као независног фактора је јавност која обезбеђује транспарентност. Ретке су прилике да суд искључује јавност, изузетно у законом оправданим случајевима. И зато је транспарентност¹³⁴⁵ све значајнија за очување непристрасног суда. Не може се рећи да наша земља нема традицију у изграђивању независности судства. Напротив, још је Душанов законик прокламовао независност судства тиме што је прописао да је на Сабору донет закон јачи и од самог цара; да је ништава царска наредба која је противна закону, наредбу коју је цар издао у срџби или љубави према појединцу судије не треба да изврше, сваки судија има да суди по закону а не по страху од „царства ми“. И у уставноправној историји Књажевине Србије почев од тзв. сретењског устава из 1835. године па до данашњих дана, појам независности судије је неизоставно уграђиван у уставр и у највише државне акте.¹³⁴⁶

Изузев тога, тајна дуговечности француског Грађанског закона из 1804. године управо је у стваралачком доприносу независног судства. Овде још једном напомињемо да је неопходно учешће правне доктрине, изразито због тога што је стање у нашем судству такво какво јесте, али и зато што су наше судије најпретежније младе особе, а за доброг судију, осим правног искуства и образовања, не само правне природе, Животно искуство самих судија је незаобилазан фактор – подсетићемо тек, у безмало свим европским развијеним земљама и у САД судије су по правилу „седе главе“, па нашим правна доктрина и те како може бити од помоћи.

Бити „делилац правде“ најтежа је улога. Све је већа сагласност да се суду морају признати одређена нормативна овлашћења. То се односи пре свега на ситуације када закон није довољно одређен или јасан, када су законске одредбе противречне или недовољне. У свим тим ситуацијама суд нужно, по логици ситуације, мора да иде, како француска теорија каже, „даље од закона, али у духу закона“.¹³⁴⁷

Мишљења смо да треба престати са разним „едукацијама судија“ или смањити њихов значај јер се у стварности показало да је апсолутно тек формалистички задовољавајуће решење и без икаквог објективно ваљаног учинка.

Едукатори се добро и не разумеју са онима које треба едуковати јер је едукаторима, по свој прилици превасходно битан новац. Сем делотворне правичне равнотеже непристрасности суда, ванредно помаже *транспарентност* рада, што повећава поверење народа у судску власт. Постоје различита објашњења тог термина. Постоји синтагма да је и лаж транспарентна ако није обманљива.¹³⁴⁸ (*A lie, excuse etc. that is transparent does not deceive people.*) Јавност отклања стање обмане, пред будном јавношћу рада суда ретко ће ко моћи бити обманут. А прворазредно не може бити обманен хипотекар, евентуални купац, као ни дужник по хипотеци.

¹³⁴⁵ Провидност, нескривеност, јавност, схватљивост, јасност (енгл. transparency), деловање на отворен начин. Вид. *Енциклопедијски енглеско-српски речник*, књига 2, Просвета, Београд 2007.

¹³⁴⁶ Вид. Вера Марковић, *Независност судства, Правни живот* 513, 13/2007, 693–713.

¹³⁴⁷ Вид. Мирослав Живковић, *О природи судске власти, Правни живот* 543, 12/2010, 725–737.

¹³⁴⁸ Дефиниција је намерно преведена да би се осетила културолошка разлика у употреби тог термина на енглеском и српском (transparency: as a piece of photographic film through which light can be shone to show picture on a large screen, the quality of glass, plastic etc that makes it possible for you to see through it. (speech or writing that is transparent is clear and easy to understand). Вид. Лонгманов енглеско-енглески речник (*Dictionary of Contemporary English*), 2007.

Због тога стално употребљавамо изразе као што је синтагма *непристрасност правичне равнотеже*. Није разлог то што на томе инсистирају европске правне адресе, него то што је једини исправан пут да се учешћем суда ова синтагма и оствари. Позитивисти и формалисти, имајући пред очима пре свега потребу за сигурношћу правног саобраћаја, траже да се улога правичности сведе на што мању ако не и да се сасвим искључи.

Неодређеност појма је, истина, једини прекор који они чине правичности, али то за право може бити, додајмо одмах, и прекор од пресудног значаја. Правни поредак се може и другачије схватити, не само као најправичније задовољење свих индивидуалних односа. Зато грешимо кад од њега захтевамо потпуно остварење једне радикалне правичности за све појединце и у свим случајевима.

Кад друштвена правда, кроз закон у конкретном случају, промаши, наше осећање правичности је повређено зато што ми том приликом заузимамо индивидуално гледиште, док право изражава једну колективну функцију. Правду, кад се друштво посматра, интересује пре свега заједница, појединци се пред њом губе и жртвују једном вишем начелу друштвене солидарности. Свако законодавство упућује судију да у извесним случајевима доноси решења по правичности. Поставши право и дужност судије, суђењем по правичности поставља се и питање обима те власти и питање власти над њом. Што се ове прве тиче, следећи традиционалну јуридикчку методу, могло би се начелно рећи да суђење по правичности представља неку врсту допунског права, отприлике као обичај, али је по рангу иза њега. Њему би дакле било места *sekundum* и *praeter legem*, али не и *contra legem*, док једна шира социолошка метода прима и дерогацију прописа на *правичности*.¹³⁴⁹

Између разјашњења и свих супротстављања класичне утилитаристичке и институционалистичке правде, разлика темељних гледишта и правде је директно у феномену *непристрасности*.

Почетна тачка правде непристрасности је један од најопштијих избора које појединци могу заједно учинити, а то је избор првих принципа схватања правде који ће регулисати критику и реформу установа. Очигледно је: ако би правда као непристрасност разумно добро успела, следећи корак би се састојао у изучавању општијих гледишта на које сугерише назив „исправност као непристрасност“.¹³⁵⁰

Зато је суд „трећи фактор“.

2.1. Фаза утврђивања доспећа обезбеђеног потраживања

Хипотекарни поверилац би требало, након истека рока из прве опомене, да поднесе предлог суду како би исходовао акт, у облику закључка, против кога по слову скоро свих безизузетно устаљених ЗИО, није дозвољен прави лек којим ће се утврдити, или неће, да је

¹³⁴⁹ Вид. Божидар С. Марковић, Правичност и правни поредак, *Право и правда*, хрестоматија, ур. Бојан Спаић, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 92 и даље.

¹³⁵⁰ Вид. Џон Ролс, Правда као непристрасност, *Право и правда*, хрестоматија, ур. Бојан Спаић, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 201–250.

његово потраживање доспело за наплату, то јест да дужник своје обавезе по уговору јесте или није испунио о року.

Тај закључак деклараторне правне нарави је битан будући да он конкретизује и правно дефинише даљу ваљаност тока поступка. Одређењем суда као „независног трећег фактора“ хипотекар је лишен оних приговарања која се односе да је његова тражбина могуће недоспела, да је у међувремену хипотекарни дужник платио доспеле рате, па је конвалидирао свој уговорни статус, те да је дошло тек до незнатног неиспуњења уговора, у смислу незнатног кашњења.

С друге стране, хипотекарни дужник губи кредибилност аргументације да је могуће оспоравао доспеће, приписао га околностима и случајевима које, наводно или не, искључују његову одговорност за верност уговору или често приговараном погрешном рачунању или и тога, као најчешће неразумевању оног шта и кад треба да чини, које правне последице следе.

2.2. Фаза утврђивања висине преосталог обезбеђеног потраживања

Следећа два корака, фазе, у стварности су најкомпликованије и често ако не и најчешће „место“ суштинске несагласности хипотекара и хипотекарног дужника.

Наиме, у првој фази лични, односно реални дужник, конкретно овај први, самим пријемом обавештења, то јест опомене која садржи и изјаву о једностраном раскиду уговора, а она може да се налази и у посебном писмену, имао на располагању и тужбу за утврђење неоснованости права хипотекара да изјави једнострану раскид (иако та тужба не би задржавала извршење).

Ту се елиминише и приговор личног, односно реалног дужника да није примио опомену или писмено о раскиду, да није примио никакав акт, јер су законодавци некоректно нормирали принцип експедиције уместо принципа уручења писмена, што и јесте принцип у свим процесним правима нашег процесног законодавства.

Дакле, суд би, уместо хипотекара или „овлашћеног лица“, одредио да вештачење врши стални судски вештак финансијске специјалности и на темељу његовог налаза и мишљења прецизно и неспорно утврдио закључком колика је висина преосталог хипотекаревог потраживања.

Познато је у пракси да банке примењују разне врсте камата и нарочитих издатака и банкарских провизија. Дужник је заштићен и Директивом ЕУ из 2014. и посебним законом, што ће вештак, а нарочито суд, морати да има у виду.^{1351, 1352}

Тиме се неспорно и избегава било каква озбиљнија произвољност „у намицању“ висине потраживања.

¹³⁵¹ Вид. Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Сл. гласник РС* 36/11, 139/14.

¹³⁵² Вид. Закон о заштити потрошача корисника финансијских услуга, *Сл. лист ЦГ* 43/15.

2.3. Фаза процене тржишне цене хипотековане непокретности

Трећа фаза се највише дотиче онога чија је непокретност оптерећена хипотеком. Наравно да она дотиче и дужника, ако он уједно није и хипотекарни дужник, али је у свакој реалности сваки ималац одређене непокретности склон да вредност свог „стана, куће, друге непокретности“ превреднује јер, по природи ствари – свако своје највише цени.

То подразумева грађевинско или друго *одговарајуће* вештачење, сходно природи хипотековане непокретности. Није згорега, као што су учинили у суседству, комплетну процену непокретности прецизно и детаљно уредити и посебним законом. То је у правцу „убеђујућег аргумента“ који искључује „опцију“ пристрасности вештака јер и само лице чија је непокретност оптерећена хипотеком има прилику да провери да ли се вештак „држао“ или не норми конкретног закона.

Према нашем мишљењу, сва три корака (судске фазе) суда као „фактора независног трећег“ могу обезбедити највишу могућу транспарентност поступка и уједно отклонити највеће недостатке законских уређења вансудске реализације хипотеке. Током ове фазе, као и претходне, налази и мишљења вештака се морају свакако дати на изјашњење дужнику и хипотекарном дужнику, кад то није исто лице, и пружити му на тај начин прилику да приговори и стави одређене примедбе, што би суд размотрио и узео у обзир у обе фазе.

Приликом доношења закључка, као и приликом утврђивања висине хипотекаревог потраживања и вредности хипотековане непокретности, дакле у све три претходне фазе, постоје и објективне могућности да се стране нагоде, тако што би закључили споразумно разрешење спора, а суд би у записник примио такво поравнање. Уколико не дође до нагодбе, онда је на суду да „овлашћеном лицу“ које је приликом склапања уговора о хипотеци „именовано за спровођење продаје“ закључком наложи продају непокретности.

Том приликом суд би имао „власт“ да ако, на основу доказа дужника из облигације или хипотекарног дужника или других општепознатих чињеница, посумња у интегритет уговором именованог лица, у смислу његове независности, непристрасности, неспојивости његове професије с тим пословима, по свом нахођењу одреди друго лице за спровођење продаје, одржаваће аукција и уновчење хипотековане непокретности.

То је битна претпоставка евентуалног преуређења вансудске реализације хипотеке, будући да увек треба имати у виду адхезиони карактер правног посла којим је успостављена хипотека као предуслов за добијање кредита, односно зајма. Наиме, суд би тиме отклонио последњу сумњу у законитост поступка и стварност – правичне равнотеже.

Будући да, за сада, не постоје професионалне службе које би биле подвргнуте јасној контроли и правилничком уређењу надлежног ресора правде, суд би тај поступак једино могао да повери, по дискреционој оцени, јавном бележнику, то јест нотару.

Искључујемо сваку могућност да се тај поступак додели неком другом „трећем лицу“, ¹³⁵³ сем ако се стране о томе пред судом писмено и изрично не споразумеју.

¹³⁵³ У претходном делу смо детаљно објаснили да то не могу бити никакве комисије, адвокати или агенције за промет непокретности, а томе додајемо и јавне извршитеље. Ствари су врло деликатне. Јавни бележници су већином из реда правосудних професија, често и бивше судије, тужиоци, адвокати, па познају по наслеђеној

2.4. Фаза контроле и јустификације вансудске реализације хипотеке

Коначна фаза би била уједно и завршна. Одређено лице, односно јавни бележник, имало би кореспонденцију суда у складу са законом, обавило задатак и напоследку поднело одговорајући извештај суду. Евентуално, за случај успешне продаје, добијени новац би био уплаћен на рачун јавног бележника/нотара, све док суд финалним закључком не наложи располагање тим новцем према законом утврђеним приоритетима намирења.

Такав би закључак имао деклараторно дејство, али ако хипотекарни дужник одбија да се мирним путем исели и преда продату непокретност новом имаоцу права својине, онда би тај закључак садржао и кондемнацију, то јест став чинидбене нарави којим би суд наложио и принудну депосесију бившег имаоца права својине, а поступак би спровео судски извршитељ уз евентуалну помоћ, тзв. асистенцију полиције. Тиме би и дуготрајна парница просто *отпала*.

Напоменули бисмо да поступак кореспондирања између суда и јавног бележника/нотара, или пак „несумњивог“ лица из правног посла којим је заснована хипотека, мора бити крајње транспарентан. У ту сврху то лице би имало изричну дужност да направи посебан веб-сајт, како би свако на свима доступној интернет страници могао све време да прати ток одвијања поступка вансудске реализације и да види резултате аукција.

У народу је позната пословица да „конац дело краси“. Треба бити опрезан и на почетку, али још много више на крају, па су зато наша указивања правно превентивне природе јер би исход, завршетак поступка могао да компромитује и суд и закон.

Учешћем суда у поступку вансудске реализације хипотеке евентуално би се остварила почетна хипотеза – успостављање правичне равнотеже, а погрешан правни трансплант битно би се исправио. Власник хипотековане непокретности би стекао знатно виши степен правне сигурности, а хипотекарни поверилац не би „остао на голој својини и *провлачио* се кроз парнице“.

Хипотекар би имао реалан резултат, па и ако својим потраживањем „купи“ хипотековану непокретност, стекао би могућност да је, сада с државином, слободно прода и дође до оног што је за сваког банкара, најчешћег хипотекара, сама суштина – до новца ради даљих пласмана и оплодње.

Наравно да свако уређење није неподложно витоперењу, то јест и из тако постављених правила поступка може доћи до злоупотреба, али су оне значајно и најпретежније сведене, редуковане на минимум. „Простор за то“ је тиме скупчен до највиших могућих граница.

Несумњиво је оправдана критика постављања нових правила поступка вансудске реализације хипотеке, као код увођења јавних извршитеља, на пример, да морају бити стално на релацији „од суда и назад“, чиме се потиरे њихова ефикасност. Али, јасан одговор на такве критике је да је заиста презахтевно такав „криви“ трансплант „исправити“ и примерити

природи тих правосудних делатности и професионалне стандарде понашања и нарочито законске последице. За сада је, по нашем мишљењу, стање такво.

европској породици права и правној традицији, нарочито у земљама у транзицији, са оштећеним системом, што наши у свему јесу.

3. Три правна исходишта вансудске реализације хипотеке

3.1. Задржавање постојећег стања вансудске реализације хипотеке

Прво исходиште би било да постојећи закон остане исти, непромењен, а да *de lege ferenda* „очекујући“ законик поставља стање на нешто другачијим темељима од оних „које је саградио претходник (ЗХ)“, али да и даље не пружа ни довољну заштиту дужнику хипотеке ни делотворност хипотекару.

Сматрамо да такво стање није само бескорисно него и врло опасно. Стрепимо да је наша популација свикла на таква и слична решења. Зато она трају. Народи су, по елити, пасивна материја коју власти обликују како им се свиди, да би служили њима – елитама на власти.

Некад су власти то чиниле огољеном силом, сада то најчешће чине путем права. А појединци ћуте, „праве се да не знају шта се збива“. Уз часне изузетке, то је ипак овде правило. Тешко је пробудити неког „који се прави да спава“. Па се десио и овај *англо-српски* „правни бућкуриш“. То је постао „уходан“ систем, систем – неговања неодговорности.

Сматрамо да све процесне норме треба да „исцуре“ из Грађанског законика, па да се систематски уреде Законом о грађанском поступку. Без тог, поузданог, предвидљивог, сваком разумном, схватљивог правног процеса и знања о последицама које могу проистећи, не може бити правне сигурности.

Правни поредак би тиме био заокружено кодификован. Материја грађанског права се кодификује с потпуно оправданим разлозима, а исто тако треба учинити с поступцима у грађанским стварима, из било које сфере грађанског материјалног права.

Тиме ће систем бити уређен на потпун начин и моћи ће да „прохода“.

Дакле, постојеће материјално грађанско право не пружа нимало поуздања да је у стању да понуди „нешто више“ и биће недовољно уколико остане такво, „на једној ноzi“, то јест без систематизоване грађанске кодификације и процесног права.

То је у бити – аксиом.

3.2. Преуређење поступка вансудске реализације хипотеке

Друго исходиште је у томе да ће, док се не кодификује процесна материја „расута“ по разним материјалним законима, за то време законодавац решити питање независног трећег, то јест суда као незаобилазног фактора стабиловања тог, сад већ неспорног правног иританта, што ће можда дати неке резултате.

Судска власт је нужна.

У сваком фазном аспекту, који смо претходно навели, објаснили смо и правну важност сваке фазе. Такво „огољено“ непреуређено правно стање би утицало и на старе, али и на нове озбиљне конфузије, што одаје карактер историјски ишчезлог (дејствима општепросвећеног, правног развоја друшва) – првобитно приватно извршење у првобитној људској заједници.

Макар било и правно, то преуређење тек непотпуне, а заправо палијативне нарави законске интервенције извршене озакоњењем јасног императивног укључења суда је, рекли бисмо, од пресудне важности за евентуално поправљање правне парадоксалне ситуације, али и за отворање пута ка пуноправном и дефинитивном уразумљењу и оздрављењу.

3.3. Абрагација поступка вансудске реализације хипотеке

Треће и, према нашем мишљењу, најлегитимније исходиште јесте потпуно укидање квазиправног института вансудске реализације хипотеке, сваког средства којим се врши продаја, аукција и уновчавање непокретности. Тиме се потпуно отклањају све дате, али и све потенцијалне опасности. Сложићемо се да капацитет извора опасности није занемарљив.

То није теоретски захтев или тек нека аберација или само побуда, већ очувана здраворазумска потреба. За сâм здрав разум реализам има суштински значај. Здравим разумом, или довољно просветљеним здравим разумом, прави се разлика између појаве и стварности. Моја је теза да се реализам не може ни демонстративно показати ни оповргнути, као ни све друго што је ван логике и коначне аритметике, и да се не може демонстративно извести; док су емпиријске научне теорије оповргљиве, реализам није.¹³⁵⁴

Отворен је за спорење и тежина аргумената огромним делом иде у његову корист. Здрав разум је несумњиво на страни реализма. Прихватам да је, према теорији здравог разума, истина кореспондентна са чињеницама (са стварношћу) или, још прецизније, да је теорија истинита ако и само ако кореспондира са чињеницама.¹³⁵⁵ Сматрамо да здраворазумско знање и чињенице захтевају ту абрагацију.

Судија је дужан да тумачи правни поредак, али истовремено и да му као појединац служи. Његова је дужност да закону прибави високу етичку важност и да притом своје лично изворно осећање жртвује декларисаној ауторитативној правној заповести. Тако је уосталом учинио и Сократ када је одбио да бекством избегне извршење пресуде. Могло би се закључити да је његово инсистирање на безусловном покоравању правним актима управо експлицитно исказанао у речима: „Или ти мислиш да може да постоји (...) држава у којој једном изречена судска пресуда, не важи него је обични људи обеснажују и уништавају?“

Томе се, дакако, може супротставити (а тада смо изван догматског метода) Бизмарково обраћање Фридриху Вилхелину: „Заклео сам се да ћу савесно поштовати устав, али шта ако

¹³⁵⁴ Вид. Карл Попер, *Објективно сазнање – еволутивни приступ* (изворно објављено 1971, односно 1978), Паидеиа – ЦИД, Београд – Подгорица 2002.

¹³⁵⁵ *Ibid.*

ми савест налаже да га не поштујем?“ Самоуправни социјализам и *еврокомунизам* су раније инсистирали на одумирању државе на два начина: прво, инфлацијом прописа; друго, држава више угрожава право кад сопствене прописе крајње извитоперује и гази по њима.

У тоталитарним режимима научник (и правник-практичар) слабашан је појединац који се растрже између истине и добити коју му држава нуди (односно казне са супротстављање „званичним ставовима“). Изузев „непокорених“ (којих је мало), остали *плутају* на површини правне науке (и праксе) не усуђујући се да употребе методе и технике које ће као хируршки нож, хладан и оштар, продрети дубље у „ткиво“ и тамо можда открити „рак“. Устав у многим земљама подсећа на излог пун најлепших роба – којих у радњи нема. Подсетимо се Шилера: „Причувајте се (...) да вам се корист државе не учини као правда.“

Подела метода права на методе сазнања права, стварање права и примене права само се условно може прихватити. Лоше право и рђави прописи не говоре о слабости догматског метода него о слабом законодавцу који не зна свој основни посао. Језик је био и остао мост између правне мисли и правног дела и његову важност осећа не само правник-научник него и законодавац и правник-практичар, настојећи да се правно изразе, да добро савладају језичке облике, да погоде тачно значење. Одмах уочавамо да је правни језик – логички језик и да се језичко тумачење не може одвојити од логичког.

Зато је Радомир Лукић у праву кад каже да је „правнички језик логици потчињен језик. Значај семантике у праву је велик. Ово посебно зато што правни теоретичари преображавају појмовни смисао многих речи из народног језика дајући им нова значења“.¹³⁵⁶

Због погрешног превода и неразумевања система у коме функционише наведени правни иритант, уследиле су негативне правне и стварне последице и то чини нашу данашњу трпљиву реалност, која је супротстављена основној логици, језику, појмовним разликама. То заиста не краси углед законодаваца ни њихов кредибилитет. Напротив.

До сада није пронађена парадигма чије би „огледало“ била вансудска реализација хипотеке на континенту, још ближе, понајближе на Балкану, па се изузев различитих изговарања и ексулпирања или правдања и брањења неоправдивог и неодбрањивог, за конкретну установу могу све релевантне околности приписати и глупости.

Глупост је огледало једног времена. Трагати за њом, прогонити је чак, извући је на светлост дана и представити, ма како деловало, није потпуно бескорисно. Та се тврдња може лако подржати јер не представља парадокс. Открити глупост једног времена значи омогућити његово лакше разумевање. Признајемо да, уколико би се збирке глупости умножиле, тиме би се искривиле перспективе. Данас нам нуде само ремек-дела. То је лаж. У свим доменама историја произведена на тај начин живи само кроз изабране делове. Из уџбеника у уџбеник преузима исте ликове, исте вредносне процене, исте забране. Њој недостаје много тога а можда и оно основно. Ко нам, у том манихејству духа, каже да добро искључује зло? Ко нам каже да добро није исто што и зло, под претпоставком да су одвојени? То су луксузни каталози. Они отупљују, и то је све.¹³⁵⁷

¹³⁵⁶ Вид. Милорад Д. Закић, Илија Зиндовић, *Методологија научно-истраживачког рада – с посебним освртом на право и економију*, Пословни биро, Београд 2010.

¹³⁵⁷ Вид. Ги Бештел, Жан Клод Каријер, *Речник глупости – и грешака у расуђивању* (Editions Robert Laffont, Париз 1965), прев. Ивана Уторник, ИК Киша, Нови Сад 2011.

Кад је Наполеон отео из Швајцарске принца Бурбон-Кондеа и недужног га стрељао, два метра преко границе на француској територији, његов министар полиције, славни Фуше, рекао је непревазиђену реченицу: „То Вам није била глупост, величанство, него нешто много горе: То вам је грешка.“ А овде је посреди најпиторескније подвучена *absoluta error*.

4. Одговорност законодавца за „лоше право“

На стручном скупу одржаном у организацији Факултета за европске правно-политичке студије и Фондације „Конрад Аденауер“ – Програм правна држава, Југоисточна Европа¹³⁵⁸ „Владавина права – одговорност и контрола власти“ у Београду, 2009. године, из свих углова су биле разматране многе су теме у вези са одговорношћу, од оних стандардних до специјалних форми односа државе наспрам одговорности њених органа за правила или незаконит рад.

Међутим, ту није било ни заметка отпочињања теме одговорности законодавца за лош закон.

На округлом столу одржаном 2018. године под називом „Србија и реформисање института одговорности“ у организацији Института друштвених наука, Центра за правна истраживања, такође су разматрани сви аспекти одговорности државе, али питање одговорности државе за лош закон није ни тада постављено. Извели смо закључак да је та тематика правно-политичка јерес и да о томе не само да нема никаквих закључака него нема ни било каквих истраживања. Све се своди на вољу политичке већине, која је власна да усвоји одређен предлог који креира, односно однекуд препише, влада конкретне државе.

И ту се сва дебата завршава, све на линији политичке, али не и правне одговорности. Иначе, у легислативи и пракси се и те како познају случајеви одговорности државе за неправилан или за незаконит рад њених органа. У датом контексту, постављамо потпуно легитимно питање: да ли држава одговара за неправилан рад Скупштине Републике Србије као њеног органа? Не. Откуда јој онда толика смелост да преузме очигледно неправилан правни трансплант у српско право и у српски правни систем? Отуда што ниједан законодавац никада и никоме није одговарао за „лоше право“, то јест не постоји никаква одговорност законодавца за створено лоше право, у које спада односни Закон о хипотеци и то у целини.

Тешко да ће се икада успоставити услови, начин и пракса такве правне одговорности, због чега је данашњим неодговорним законодавцима у земљама региона најсигурније и најлакше да прекопирају законе савременог Запада и то покрију различитим препорукама, разних тела Савета Европе. Њиховим мишљењима о „квалитету права“ утиче се на *Контролну листу за владавину права (The Rule of Law Checklist)*, чак њих 12, а три организације имају мандат у области владавине права: *Група земаља за борбу против корупције/GREKO*, *Европска комисија за демократију путем права/Венецијанска комисија* и *Група за борбу против злоупотребе и незаконитог промета наркотика Савета Европе (Помпиду група)*, а под Саветом Европе су и Консултативно веће европских судија (ССЈЕ) и Консултативно веће европских тужилаца (ССРЕ), као саветодавна тела специјализована за област правосуђа. Дакле, читава тврђава мишљења, као алиби за усвајање „лошег права“ и наравно за озбегавање

¹³⁵⁸ Вид. https://idn.org.rs/biblioteka/CPI_Knjiga_sazetaka_sajt.pdf.

било какве одговорности. Бриселска администрација је, са својим разноврсним скупим бирократским телима, сурогат за сувереност у усвајању било кога прописа.

Разнородне су каквоће данас српске топонимске законописне елите, ма како себе да означају. Оне нису кадре одолети времену ни центрима моћи и зато што темељне вредности српске правне историје оне не схватају, у њих не верују, па немају изгледа ни да их сачувају и надограде. Деценије „броморије“, транзиције, безбожњаштва, сиромаштва, раслојавања друштва у труплу апсолутне корупције, као највишег достигнућа, створиле се елите необразованих, похлепних, безузоре за узорнике дубоко узаконене у свести наших потомака, којима туђи свеци светле. Тако је ницало и развијало се до неслућених размера данашње друштво нашег рода, какистрокатија. Проф. Михајло Ђурић је 1972. осуђен на затворску казну због критике уставних амандмана 1971. која је објављена у чланцима „Смишљене смутње“ и „Камен раздора“ 1971. у *Аналима Правног факултета у Београду*, а кроз које је провејавала *сентенца*: „Човек треба да говори само онда када не сме да ћути.“ Дакле, осуђен је, смењен, прогнан. Данас се истина не тамниче критичари који одвајају вредности од невредности а који се усуђују да јавно изнесу критику, јер данас постаје софистицираније методе маргинализације и дифамације људи, те разрађене врсте да се неко поколеба да од озбиљне критике одустане.

Закључимо онда да одговорност законодавца за лоше законе и лоше право никада није постојала – некада су изговори били у идеологијама, сада у директивама и разним актима, са правним стандардима Европске уније. То није случај с вансудском реализацијом хипотеке јер то пресађивање код нас није скопчано са идеологијом ни са правним стандардима ЕУ већ са непознавањем права и функционисања правног поретка, а и са ароганцијом.

Било којим путем да крену, наше законодавце чека некаква одговорност и на неком значајном месту полагање рачуна. Усвојили су законе који садрже системске капиталне грешке и произвели негативне последице, од 2004. и 2005. године па наовамо.

Задржавање таквог правног стања ствари је велики, безизузетни и друштвено опасан подухват и ризик. Преуређење правног стања без увида у стварност може још значајније погоршати те последице. Самим чином аброгације вансудске реализације хипотеке спречиће се даље погоршање, али треба положити рачуне – *redde rationem*.

Сматрамо да није фатално признати грешку, да је кудикамо горе на њој правити још веће грешке, а овим правним порецима и грађанима понестаје време.

Уколико изостане „нормализација“ и барем примерено уподобљавање овог неправог правног транспланта кроз учешће суда у фазама поступка вансудске реализације хипотеке, постоје две легитимне, равноправне правне солуције: или оставити овај процесни механизам инхерентан земљама *common law* система да временом, као и многе друге правне установе и права, остану још једно од многих „мртвих слова на папиру“; или потпуно аброгирати ту установу, укинути је искључењем из закона, и то „неповратно“.

Склонији смо солуцији да се та установа ипак аброгира јер протеклом времена, „и мртво слово у закону постаје закон“, па у одређеним пословима или подручјима може бити искоришћена у неетичке сврхе.

Тако је данас у Црној Гори једина улога фидуцијарног преноса права својине као средства обезбеђења, који у основи можда и није погрешан као средство, да се обезбеди потраживање, али је у „фази реализације“ остао неделотворан, будући да у тој фази

„материјалне норме у акцији“ није регулисан на прецизан и течан начин, па узрокује безмало исте ефекте као вансудска реализација, и у Србији и у Црној Гори.

То средство обезбеђења и данас постоји у ЗСПО неизмењено од онога примарног из 1996. године, али га, примера ради, ниједна банка у Црној Гори не користи. Њим доминира приватно извршење, при чему постоје и сваким даном се јављају разне непознанице, о које су се повериоци добро опекали, једнако као што се данас приликом вансудске реализације све више окрећу – судској реализацији хипотеке. Због такве опасности на коју указујемо, након свих упоредивих података из других земаља и наше праксе, закључујемо да ако *изостане воља законодавца* да суштински законом преобрази тај процесно „удешен“ институт, треба га онда порећи, а све одредбе које се тичу вансудске реализације хипотеке аброгирати.

Није спорно да су законодавци, неспорно у интересу великих банака и привлачења инвеститора, пре свега страних, искорачили из до тада оскудног, функционално девестираног миљеа исписаног „по жељи и вољи“ дужника закона. Али, то је у овом случају учињено потпуно неадекватним и преамбициозним средствима, која немају сопствен правни капацитет и кохерентност, без недовољно слуха за нашу реалност, за функционалност правног поретка који се по ко зна који пут гради наново и дефинитивно – без довољно правног искуства, али и знања.

Када се задатак преписује из погрешне свеске, преписивање је погрешно. Правна историја и књижевност нас упућују да је најбољи „правни лек“ признање грешке, то је у свим областима живота и права први корак, други је аброгација. , Веома добро знамо све слабости „треће гране власти“ у нашим порецима, многе дефиците нашег правосуђа на различитим нивоима. Али, то је стара, дуго грађена и рушена „грана власти“, па утолико пре треба много више да истрајавамо на њеном побољшању, ефикасности, ефективности, на њеном ауторитету код становништва, које, упркос свим дуговечним деривацијама, добро „памти“ и има традицију обраћања на ту адресу.

Народ је, након свих догађања народа и тражења правде, остао – „гладан“ правде. Следствено, ако је задатак правног поретка остварење заједничког добра као оквира у којем сваки појединац може да се развија, онда само правни поредак који остварује захтеве правде обавезује своје адресате и морално, а не само правно.¹³⁵⁹

Према нашем мишљењу, потпуна изолованост и подвојеност правништва, онога из реда правника теоретичара, онога из дела који право практикују, те онога који се баве законским уређењима, основни је узрок мноштва проблема и свих лоших законских решења.

Сматрамо да приликом израде закона треба сјединити сва три дела у једно, како би законска решења била боља, прихватљивија и тек онда и функционисала у пракси. То се подједнако односи на седнице највиших судских инстанци приликом „заузимања“ ставова, па и схватања, али и поводом уједначавања судске праксе, у којима би било корисно и више него пожељно учешће реномираних професора из домена конкретног правног питања, јер овакво задржавања стања осиромашује домаћаје судске власти.¹³⁶⁰

¹³⁵⁹ Вид. Милош Здравковић, Концепт правде у правној теорији Цона Финиса, *Правни живот* 524, 14/2008, 323–333.

¹³⁶⁰ Вид. Слободан Благојевић, *Увод у право*, треће издање, НИУ Сл. лист Црне Горе, Подгорица 2003, 207 и даље.

Наиме, ставови врховне судске инстанце су обавезујући и њима се могу кориговати многа таква, врло неуралгична питања и ојачати сам функционални правни поредак. Искуства правне теорије и праксе могу допринети правном поретку и једна другима, узајамним интеракцијама. Њихова подвојеност је опште штетна појава.

Иако је правна наука „помоћни извор права“, сваки судија мора и мораће преиспитати своје правне ставове и правна схватања, након што се увери у ваљаност аргументације коју има правна наука *per se*, оличена у професури. Они који примењују право нису дужни да прихвате мишљење правне науке о појединим правним питањима, односно случајевима из праксе. Сасвим је друга ствар то што се може прихватити и што се прихвата мишљење правне науке, што се дешава кад се покаже да је оно убедљиво и прихватљиво за примењиваче. Историјски посматрано, то се односи на оне периоде у развоју права у којима је правна наука била извор права. У римском праву, то је било од Августа: *ius publicae respondendi*, то јест право римских правника да дају мишљење и савете о појединим случајевима из праксе, које су судије прихватале, иако на то нису биле обавезане. У феудалном праву, заједничко мишљење правника, односно целокупне правне науке – *communis opinio doctorum*, било је извор права.¹³⁶¹

Правнички сталеж мора себе осећати као велику лигу људских права изнад свих странака, јединственог у гневу побуњеног правног осећаја против сваке повреде права, ко год да ју је учинио, за кога год, против кога год, не због оштећенога, него због самог оштећеног права чије му је свештенство поверено. Права судијска личност редак је срећан случај. Шта је, при субјективности и оспорљивости свих вредновања, правда правосуђа напослетку друго него поверење у правосуђе? Независност судова није ништа друго него слобода науке пренета на практичну правну науку. Пуко случајно знање нигде није опасније него у правној науци.¹³⁶²

Напротив, правници, већ по својој вокацији, морају чувати идеју права и правде и када се она нађе у таласима друштвене катаклизме. Јер, правници себе могу назвати тим именом само онолико колико је право у свом материјалном извору легитимно и у својој примени легално. Изван тога су простори корова и тамо не може бити правника.^{1363, 1364}

¹³⁶¹ Вид. *ibid.*

¹³⁶² Вид. Г. Редбрух, *Правни и други афоризми*, уредник. Д. Баста, Досије Београд 2007, 39 и даље.

¹³⁶³ Вид. С. Перовић, Васкрс права, *Правни живот* 395, 11–12/1991, 1119–1136, и *Својински односи у правном поретку*, Удружење правника Србије. У свом раду професор Перовић је предложио да се донесе закон о неважности правних прописа донетих после 6. априла 1941. све до 28. септембра 1990. (Устав РС), како би се њиме укинули револуционарни и постреволуционарни закони. Имајући у виду да су ти револуционарни прописи „ситуације у току – *facta pendentia*“, за разлику од „свршених факата – *facta praeterita*“, то појашњава потребом да се ранији закони укину јер би у супротном садашњи закон имао ретроактивно дејство, што је уставним поретком забрањено. У прилог таквом правном размишљању следио би и предлог да се све ситуације у току, а тичу се управо вансудске реализације хипотеке, то јест намирења хипотекарних поверилаца, мимо контроле суда и државне власти, а то је несумњиво за случај неугодњавања и немогућности да се уподоби, аброгирају. Пошто је вансудска реализација у временским значењском смислу у зони несвршених чинова фазе *facta pendentia*, аброгација је неминовност јер ће је време свакако аброгирати. Наиме, она је данас не само „начета“ одлуком УС и новелама него је практично неупотребљива, али као таква веома погодна за симуловане правне послове, па је из тог прворазредног разлога треба укинути. Уколико је воља законодаваца таква да све остаје „по старом“, онда се треба спремити за последице, а оне се тад оличавају у сучељавању с одговорношћу. Одговорност је друштвена појава која може имати врло различите облике и садржину. Може се појавити као правна, друштвена, политичка или морална одговорност. Заједничко за све ове облике одговорности је то што појам „одговарати“ значи да је лице о коме је реч прекршило неко до вашећих правила понашања, па ће га због тога погодити одређене по њега неповољне последице. Правна одговорност ће наступити ако се једно лице није понашало онако како је то предвиђено „правним прописом“.

¹³⁶⁴ Вид. Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд 1993.

У најширем смислу, неспорно је да су државна елита и правништво одговорни што је уведен такав поступак. За ту општу штету неко мора сносити одговорност.

Одговорност (правна, морална, политичка, економска, историјска и слично) може се одредити као полагање рачуна за сопствене поступке пред неком инстанцом, која према унапред утврђеним правилима просуђује о њиховој исправности и у случају неповољног суда примењује одређене санкције.

Одговорност се састоји у томе што о поступцима (понашању) једног субјекта просуђује суд, као инстанца која је одвојена од свих страна и отуд непристрасна. Одговарати се може само неком другоме, а не себи самом, јер је за оцену о поступку потребан суд, а он мора бити одвојен од субјекта који полаже рачуне и којем се полагају рачуни.

Појам одговорности обухвата четири обележја. То су:

- а) санкција у случају неповољног суда,
- б) унапред одређена правила по којима се поступци просуђују,
- в) инстанца која просуђује исправност поступка и
- г) санкција у случају неповољног суда.¹³⁶⁵

Савест одмерава поступак познавањем унутрашњег учиниочевог бића, као неумитна правда од које се ништа не може сакрити. Осим гриже савести, као унутрашње санкције за морално недело, учиниоца може погодити и спољна санкција у виду моралне осуде. У овом случају инстанца пред којом се просуђује морална кривица је друштвена заједница у којој учинилац живи.¹³⁶⁶

Право и морал нису потпуно идентични, не чине јединство, али нису ни потпуно одвојени, различити, него се међусобно пресецају, из чега произлази богато поље снага и напетости, које се узајамно додирују, допуњују, али и одбијају. Нема никакве разлике у делокругу и природи циља моралне и правне норме, пошто право мора да оствари правду, а идеја правде је морална идеја. Између њих постоји разлика само у карактеру пошто је правна норма „техничка елаборација“ моралне норме која се у њој „отелотворује и прецизира“.¹³⁶⁷

Забринутости смо због начина дефинисања одговорности на нашим просторима, ненавикнутим на прихватање одговорности, јер се негативне консеквенце преламају „преко леђа“ народа. Живимо у временима када се једна релативно невелика елита исувише обогатила, претежно на нелегитиман начин, често и нелегалан, док је, с друге стране, највећи део популације на граници сиромаштва.

Због тога сматрамо да нашу забринутост треба да поделимо, да не би остала притајена и незбринута. Овако, свако може из свог угла с другима поделити заједничку забринутост за будућност и нараштаје који долазе.

Прокрустова постеља је устаљена синтагма која се употребљава кад се нешто силом покушава укалупити у неодговарајуће оквире или да значи праву меру (ни више, али ни мање), а депривација је стање које се испољава као незадовољство које људи осећају кад

¹³⁶⁵ Вид. Миодраг Орлић, *Правна и морална одговорност, Правни живот* II, 10/2012, 433–449.

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ Вид. Гордана Вукадиновић, *Савремена школа природног права, Правни живот* 558, 12/2012, 607–615.

упореде свој друштвени положај с друштвеним положајима других и схвате да су неоправдано у далеко неповољнијој ситуацији и уопште стању од њих.

Данас је стање у нашим земљама такво да се, кроз све транзиције и ратове деведесетих година прошлог века, „издвојио“ тек мањи део који располаже свим богатствима и моћима (не мислимо на духовна, културна и просветитељска богатства, већ на материјална богатства и моћ власти неспутане законом), а највећи део популације је остао у великом сиромаштву. Реприватизовати већ приватизовано илузорно је и немогуће.

Несвикнут на вредности демократски уређеног друштва, народ је у стању депривације. Уз „нову елиту“ у наш правни поредак је, сем законодавне, извршне и судске власти, учвршћена и четврта грана власти – таблоидна власт која, у функцији извршне власти, односно партијске власти и „моћника“, дезавуше све друге и замајава народ. С друге стране, законодавна и судска власт су остале у запећку извршне власти и отуђене власти. То је објективно Поперово сазнање.

Докле је год један омален „грумен земље“ извршне власти већи од „највећих планина правности“ и од институционализованог правног система, „акцесорне“ – законодавне и судске власти и параподељеног правног уређења, поделе на наводно три независна и самостална дела, правне државе, владавине права реално нема.

Недовршен идентитет и неконсолидован правни систем, уз слабо тржишно искуство, то јесте наша стварност. Зато питање независности судије није само правно питање, него и питање зрелости, просвећености и културе сваког друштва и сваке државе. Кад пишемо „законодавац“, ми искључиво мислимо на власт. Написали смо где лежи власт на нашим просторима. Зато нисмо „укалупљиви“ за ма какве неаутентичности.

Нисмо изучавали сâмо супсумирање појма тог траспланта под владавину права¹³⁶⁸, нисмо се бавили слободним нахођењем, већ смо трагали за циљем таквог нормирања овог правног института у наше поретке и увидели да је циљ промашен. *Nervus probandi* целог испитивања свео се на резиме: да је дошло до аберације, то јест да су наша друштва одступила од „нормалнога“ пута и одлутала неким другим, врло дугим – путевима заблуда.

Закључујемо да не постоји ни етичка ни правна одговорност законодавца за *лоше право*, што се у конкретном случају експлицитно потврдило кроз правну установу вансудске реализације хипотеке. Нема егзонерационих околности које би погодовале да се законодавац може искупити за овај смислено неухватљив подухват, дакле ни логички ни етички предоснов.

Због чега се то нама догодило, а није другима, одговор је јасан. Наиме, иницијално смо образлагали улогу *леверица/полуге*, система *штана и шаргарепе*, а додаћемо и *господарење страхом*. Страх је остати без крова над главом, страх је изгубити егзистенцијалну пословну инвестицију. Први страх ствара нов и експоненцијално ширење, што је незауостављиво и ствара *мрежу страхова*. Постизању потпуне контроле и моћи над оним другим тежи свака страна. Она страна чији је новац угрожен, тежи екстремно.

Правни систем једне државе не сме дозволити да се то догоди, већ мора иницијално довести ону страну која је надмоћнија и која је владала другом страном путем страха да осети

¹³⁶⁸ Неко тек мисли: владавина похлепног капитала, а не владавина права. Ово друго је маска првом.

истински „страх од равнотеже“. И ту се не сме застајкивати него треба нормативно успоставити „равнотежу страха“, што у коначном утире далекосежно важан пут ка *правичној равнотежи*.

Тек кад се увиди објективно стање ствари, одакле и зашто извире та количина конфузије у примени овог правног транспланта, тек тада ће се повући црта и прекинути подржавање, потхрањивање, а самим тим и – одржавање те обмањујуће правне установе. Законодавцу је давно послата порука, гласници су били из академског света, па онда праксе, тако да власт није оскудевала у гласоношама лоших вести.¹³⁶⁹

Познат је средњовековни обичај да, кад неки гласник мора да јави краљу лоше вести, краљ би често свој бес искалио на гласнику, иако он није био ни крив ни дужан, само је пренео лошу вест, али зато би се краљ много боље осећао. Надали су се да ће лоше вести нестати јер више неће бити смелих гласника. Тако је и било, временом су гласници нестали, а краљеви су остали у мраку.

А стварност је онаква каква јесте, она не лаже, не глуми, не представља се оним што није. Тај феномен лежи у томе што решење проблема у друштву треба да почне од друштва, као друштвена потреба, како на појединачној тако и колективној равни. То је најважнија ствар коју треба схватити. У противном, увек ћемо бити подложни да постанемо жртве неког од многих „спаситеља“ који су се добровољно јавили да нас заувек заштите и преузму одговорност и то изворно своју за нас, наравно сада већ за сваког, јер је одговорност врло погодно тло за социјализацију.

Тако се релативизује све, сваки проблем и свака одговорност садржана у лошој намери или у недовољном знању или у обоје.

Страшно је кад једно друштво деградира савесност и знање.

У свим правним моделима друштвеног поретка тежи се да три организоване власти начелно буду подељене међу државним органима (*separation des pouvoirs, separation of powers*), уз истовремено уравнотежавање *кочница и равнотежа (checks and balances)*, али подједнако и са аспекта субјеката у одређеном односу, као што је однос хипотекара и дужника по хипотеци.

Наша слабост је у реално недовољној правној сигурности, да и не говоримо о предвидљивости, без чега нема поставке озбиљније правне државе. Међусобна контрола власти је превентива од злоупотреби, а равнотежа власти условљава да ниједан орган нема критичну количину власти, тако се и подела власти примарно остварује тако што искључује непосредан или посредан утицај, уплив, притисак и надмоћ једне стране над другом у правном односу или на државном нивоу, у случају утицаја извршне и законодавне власти на судску власт. Основни циљ уравнотежавања на свим друштвеним лествицама и нивоима односа јесте подела власти како би власт била ефикасна, контролисана, ограничена. Уколико не увидимо ту потребу и не схватимо њен смисао, правна позорница наших земаља постаће театар апсурда.¹³⁷⁰

¹³⁶⁹ Путања се протеже из мрачног средњовековља, преко мрачног савеза САД, с поруком: *Kill the Messenger* (Убити гласника), до свих наших случајева „гласника лоших вести“.

¹³⁷⁰ Театар апсурда (*Théâtre de l'Absurde*), представа фикције апсурда, означава остварење драмских писаца с правом да се говори о ирационалном, нелогичном, што води до позоришта тишине.

Тако ћемо дати замах општој, али и правној култури и наћи енергију¹³⁷¹ да све то и остваримо. Остајање на нивоу свести и менталитета да ће све проћи само од себе и да су и ранија времена била доба апсурда, експериментисања, није формула за ову правну непогоду.

Пре финалног закључка, поменућемо речи проф. Франсоа Болтера: „Ко год има моћ да те убеди да верујеш у апсурдно има и моћ да те убеди у чињење неправде.“

Тиме смо директно ушли у срж вансудске реализације хипотеке упркос моћи ауторитативног законодавца као „убеђивача“. Јер, неке ствари једноставно нису адекватне (*Bovi imponere clitellas* – стављати вољу самар, на пример).

Зато су наша друштва на путу искушења и ре/деградирања својих виталних интереса, права и слобода. То је неумољива *nuda veritas*.

¹³⁷¹ Френзен ламентира: „Где пронаћи енергију за бављење правном културом која је у кризи, кад се криза састоји у немогућности бављења културом уопште.“

ЗАКЉУЧАК

Према нашем завршном закључку, конкретна тема је до танчина истражена и дефинисана, тако што је из свих релевантних углова дубоко размотрен и образложен – *sedes materiae* – дисертације. Треба се подсетити сентенце: *Ubi ius, ibi remedia*, која не значи само тамо где је право, тамо је и заштита, него је њена суштина у јасној поруци да право не постоји тек да уреди дате друштвене односе и преточи их у правне – него и да заштити слабе.

Подухват хипотекарних уређења Србије и Црне Горе је неспорно оставио дубок траг. Тај траг се огледа у томе:

прво, што је истакао важност хипотеке и фокусирао пажњу јавности и правништва на њену ранију „обесправљеност“;

друго, што је изазвао низ правних и етичких дилема о способностима законодавца „да речи претвори у дела“;

треће, што непажљиво и некритичко преузимање страних правних института, првенствено оних из врло допадљивог, али тешко ускладивог система *common law* најчешће пропадне;

четврто, што законодавац мора повести рачуна о стварним својствима и о постојећем стању живота и степена сиромаштва народа „у чије име“ он прописује „законоправила“;

пето, што наши системи и народ нису имали богзна каква или нису имали никаква искуства с демократским и „нормалним“ правним уређењима и стањем, па се отуд не могу очекивати исти ефекти као у системима који та искуства већ дуго „искушавају“ и поштују вредности које су стекли;

шесто, што је материјално право нераскидиво повезано с процесним правом, са којим чини чини целину, па се због тога одређена друштвена област не може уредити без тог потпуног јединства;

седмо, што се, истовремено с материјалним, мора кодификовати и цело процесно грађанско право, преузимајући по потреби и установе других, али европских земаља и тај систем мора да се оспособи;

осмо, што, као и у свим сферама живота, па и код стварноправних средстава обезбеђења, треба тежити правичној равнотежи;

девето, што је економски напредак, иако интерактиван, условљен функционалним правним поретком који мора да му да потпору;

десето, што стиже „трећа генерација“ обезбеђења потраживања (факторинг, форфетинг итд.), а ми се још бавимо – првом.

Бездржавинска средства обезбеђења, колико год да имају своје економско, општедруштвено и правно оправдање, подразумевају врло висок ризик, „рањивост“ његовог имаоца. На држави јесте обавеза да прописима уреди делотворан правни поступак, али законодавци у Србији и Црној Гири том захтеву нису одговорили.

Функционисање бездржавинских средстава обезбеђења је био и остао круцијални проблем који није решен. Сваки облик бездржавинског стварноправног обезбеђења биће реципран под једним јединим условом – да обема странама пружи правну сигурност. Разлог и развијање целокупне проблематике лежи искључиво у томе што су наши законодавци преузели кардинално погрешан правни поступак изведен из другачије стварноправне установе обезбеђења, из кардинално другачијег система и поретка.

Законодавци за то немају добро оправдање јер се поредак и ствара и руши у пракси и стварности, а не у теоријама заплета и преписивању „спасоносних“ туђих решења. Једном кад буде уређено одговарајуће средство обезбеђења уз „нормалан“ поступак, неће се више јављати овако озбиљни проблеми. Законодавци су одлучили да радикално промене стање, а зна се, и у теорији, па и стварном искуству сваке јединке – сваки радикализам најчешће води супротном.

Нико неће жалити ако се аброгира вансудска реализација хипотеке, неће бити потребан период за, фигуративно речено, некакав „*tempus lugendi*“ ни хипотекарима ни хипотекарним дужницима, јер су они у стварности већ увидели крупне мане и осетили слабости овог квазиправног института, па се окренули другим средствима обезбеђења. Средствима која су делотворна, којим се постижу стварни ефекти, али на један разуман и обема, то јест свим странама, правно сигуран и прихватљив начин.

Свако друштво се, на самом почетку сопственог стварања и развоја и након прекида развоја (што је консеквентан случај у скоро свим земљама посткомунистичких квазисистема) окреће стварању нових истинских вредности са истовременим реституцијама проверених старих вредности, са њиховим свеукупним обједињавањем. Свако друштво које не поступи у таквим ситуацијама на одговарајући начин нужно се сусреће с проблемима. Захваљујући томе, *inter alia*, ми смо се сусрели с проблемом приватног извршења и то још траје.

Ерго, свако друштво се оријентише ка сопственом развоју грађењем својих правних установа и система и заснивањем „на ономе што само друштво објективно има“.

Пренебрегавање реалности „онога што се има“, уз посезање ка туђим вредностима које су други од давнина стекли, пажљиво неговали и развијали према својим потребама и себи својственим традицијама и мери, по неписаном правилу представља – пут у погрешном смеру. Сматрамо да су наши законодавци вођени неприхватљивим степеном неразумевања, али и недовољном свешћу о крајње особеним карактеристикама система *common law*, који има другачије установе и устројства, исхитрено одлучили, па су и зато погрешили.¹³⁷²

За неприхватљиву некохезиозност овлашћења хипотекара важи сентенца: *Similitudo legalis est casuum diversorum inter se collatorum similis ratio; nam quod in uno similitium valet, valebit in altero.* (Законска аналогија лежи у суштини у сличном смислу различитих, међусобно упоредивих случајева; што важи у једном сличном (случају), важиће у другом). Поређење међусобних „сличности“ овде је показало неупоредивост *common law* и *civil law* система, па се даље о сличностима може говорити само са аспекта апстракције и у теоретској научној равни.

Не постоји ниједан оправдан разлог да се таква правна установа одржи. Не постоји ниједан ваљан правни и економски разлог функције и сврхе вансудске реализације хипотеке. Будући да постоји обиље изложених аргумената и приложених аката праксе који захтевају да се тај правни иритант искључи из наших правних поредака, треба га или мењати или – укинути.

Наравно да је израз „изложено“ реторичке нарави јер је посреди наш предлог законодавцима да пажљиво размотре резултате овог научног истраживања, како би за сваку јединку друштва, али и друштви као такво, ствари попримиле добар ред. Све док постоји

¹³⁷² „Река истине путује каналима заблуда“ (Тагоре, индијски књижевник).

готово потпун „правни и стварни неред“ и што дуже траје све су мањи изгледи и перспективе да се правни систем издигне на виши ниво, да се правни поредак побољша.

Осим што је „из историјске таме“ враћен првобитни антицивизацијски и неетички начин извршења, неоправдано су уведене и нове некогниционе извршне исправе (уговори, изјаве, изводи из регистра...). Такве законске „промулгације“ дају право грађанства и другим уговорима да нађу место међу извршним исправама.

Шта уколико заговорници безнадежно „неизлечивог судства“ затраже да се, рецимо, и уговор о закупу сврста у „нови свет“ извршних исправа? Зашто онда, по истој тој дубокоумној логици легислатора, сâм закуподавац не би иселио закупца или за то ангаживао неког приватно? Дакле, то су питања тек реторичке природе.

Свака форма, особито у правним поступцима, одаје најчешће праву суштину ствари (*forma dat esse rei*), а превара све квари (*fraus omnia corrumpit*). Јер, хипотекарово намирење из хипотековане имовине хипотекаровога потраживања у „форми“ приватног извршења идеална је подлога за сваку врсту злоупотребе. То ствара идеју да је овде форма „стварноправни“ кривац. Погрешно је, како смо и образложили – ако се тај институт ипак не промени, а ако се и не аброгира, створиће се плодно тло за разне симуловане правне послове и недела.

Коначним сазревањем узрока, дошли смо до закључка како треба суштински да изгледа правно „исправљање“ вансудске реализације хипотеке: „оне мимо суда“, дискреционо, то јест приватно намирење хипотекара из хипотековане непокретности.

Указали смо на постојеће узроке, али и на извесне последице, изнели смо два пута ка „нормализацији“ – *de lege ferenda*: један се односи на инклузију суда у фази вансудске реализације хипотеке; други, ако први не буде прихваћен, да се вансудска реализација хипотеке дерогира.

Путања од узрока до последице је изложена,¹³⁷³ а на законодавцу остаје да се определи.

Правни пут наших законодаваца је врло напоран, али једноставан. Уз предстојећу/постојећу кодификацију материјалног грађанског права, треба нужно кодификовати и процесно грађанско право и тиме реуспоставити јединство грађанског права. Материјална норма треба да „има унапред одређен, а пре свега предвидив пут и ток“ да би могла да оствари конкретну друштвену сврху коју јој је законодавац стварно наменио.

Треба значајно издићи правну способност највиших судских инстанци – доктрином; треба искрено и истрајно приступити побољшању и стања и независности судства; не треба „подизати непристрасност хипотекара“ да суди у сопственој ствари¹³⁷⁴; поуздање у јавне књиге треба најпре законом дорећи и прецизирати а онда битно поштрити док не почне уживати и уливати опште поверење; правна преуређења су нам и те како потребна, али се са

¹³⁷³ Ни за шта се не залажемо, ништа не предлажемо, ми само – излажемо (парафраза Огиста Конта: *Je ne suppose, rien, je ne propose rien, „expose“*).

¹³⁷⁴ *Nemo iudex in causa sua*. In law literature, this means: „No one should be a judge in his own case.“ It is a principle of natural law that no person can judge in a case in which they have an interest. У правној литератури ово значи: „Нико не сме да буде судија у свом случају.“ То је принцип природног права да ниједна особа не може да суди у случају у којем има лични интерес.

највишом дозом опреза мора прићи сваком облику преуређивања страних правних установа, јер то може, као што увиђамо, најчешће да прерасте у збрку, противречја и нова несагласја.

С полазишта обе стране које тренутно зазиру и „зависе“ од хипотеке због неосмишљеног, *ордалијског начина намирења*, за обе стране оно тако „скројено“ има тек негативне последице. Наиме, једну страну, то јест хипотекара, води само до границе голог права – *nudum ius*, права својине (*nuda proprietas*), а другу страну, хипотекарног дужника, у голу државину *nudum possessio*, а без правног основа, јер је фактички врши, иако је основ да ту апрехензиону власт врши „вансудски изгубио“. Дакле, сама државина бившег имаоца права својине није легална, али је могуће да није и нелегитимна, као и да није вициозна, јер дужнику по хипотеци није омогућен правично и независно уређен поступак да би могао штитити и вршити права.

Стање изгледа овако: једна страна има право без државине; друга страна има државину без правног основа да је врши и обе стране неспорно природно страхују јер ништа тим не постижу, нити имају разумних очекивања да се ти природни страхови отклоне. Такође, не постоји правни механизам који би могао да реши такав проблем и „одрешити“ бар једну, а камоли обе стране од стања у којем се налазе.

Правни куриозитет исхода правне замисли легислатора, правно арогантних законодавца, јесте – *nuda veritas*.¹³⁷⁵

Правни систем *debtor friendly* је „револуционарно“ преображен у систем *creditor friendly* и сада је више него очигледно да никоме није „пријатељ“. То се потврђује пажљивим „читањем“ постојеће стварности!

Зато аброгација проистекла из лошег закона већ „живи“ у стварности. Због тога бисмо тему завршили познатом мишљу великог чешког председника, филозофа Томаша Масарика: „У 'праву' истина мора да сачека док некоме не постане потребна.“

У нашем друштву је истина била сувише дуго на листи – чекања.

То јесте реалност правних последица. Пошто ником није потребна, вансудску реализацију хипотеке каква данас јесте треба дерогирати. Ова установа, овако изведена и постављена, противуречи сваком правном систему (чак и *common law* систему) те, последично, сваки правни систем чини противречним. Правни системи постају противречне целине, састављене од екстремно супротстављених делова које нико никада не може саставити у целину.

In fine – реализовали смо најсвеобухватнија истраживања, самосталним и несамосталним методологијама циљаним ка сазнању права, прво од сопствених историјских изворишта, преко изворишта стварноправних средстава обезбеђења потраживања, све до оних средстава која су данас најзаступљенија.

У раду смо прихватили еклектицизам¹³⁷⁶ због тога што је то био једини могући методски приступ који нам је омогућио да се не држимо, престрого и преоштро, само једне ригидне парадигме постављених претпоставки и закључака; да из вишеструких изворишта стекнемо

¹³⁷⁵ Ногасје – гола истина.

¹³⁷⁶ Грч. ἐκλέγειν – изабрати.

увиде у тематски феномен; да свесрдно и посвећено трагамо ка утемељеној истини, не исцрпљујући се у скученим оквирима једног система и једне теорије, једне методе; да свеобухватним избором оног релевантног пробамо да сазнамо – највиши ранг истине.

Приступили смо оној животној, а не оној претпостављеној реалности, желећи да укажемо да никада није посредни тек један, већ низ фактора који су предусловили ову и конкретну датост. Зато смо неизбежно размотрили и све уочене пра/узроке и све пра/последнице које разумемо.

Изложили смо еклектичку слојевитост и све рефлексивне датог разлога, због којих су наша друштва и правни пореци у проблемима и због којих такво безизгледно стање правне „ненормалности“ још увек, по ко зна који пут, и безизгледно унедогледно истрајава.

Истакли смо и тешку и грубу истинитост и актуелност велике Поперове мисли, која на примерима наших правних система нимало не губи на важности, већ се, напротив, све снажније и сликовитије појачава, надмашује и лако надјачава и она најнеочекиванија непријатна очекивања: „Кад су у питању извитоперено разумевање и примена правних установа правно уређених и демократски развијених друштва, то чине управо она бивша тоталитарна, понајпре комунистичка друштва, која никако не успевају да после полувековних владавина нађу сопствени пут ка сопственим вредностима, односно да препознају сложеност демократског и правно уређеног света.“

Камо среће да су наша друштва претрпела само таква „доба тоталитарних комуниста“. Напротив, наши правни системи су константно нарушавани. Ниједном се није догодило да „не срушимо све старо“ и да не „направимо све ново“ и ниједном нам се није десио стваран правни, економски општи континуитет.

Свезујућа *црвена нит*¹³⁷⁷ се стално провлачи кроз све плуралитете изналажења решења, па то у збиљи није више питање сврсисходности, него једне осмишљене правне установе која ће бити једноставна и прихватљива. Да поновно или коначно не допустимо казуалистичка, него да одаберемо системска решења. Решења која ће спроводити „нормалне“ кредибилне и одрживе институције, независне и од расположења или нерасположења, умеша или неумеша, тренутне елите на власти. То је општа тежња.

Деташирали¹³⁷⁸ смо, одвојили и одделили, и посебности и целине. Одвагнули смо сва становишта и *за* и *против*. Закључили смо да су меродавне потребе практичног живота, а не „сама“ снага појмова и теоретских „сналажења“ законодаваца.

Водили смо се и тиме да се мора узети у обзир и осећај за правду, правни осећај. Не сме се поступити по норми ако би она у конкретном случају била неподношљиво неправедна или неподношљиво опасна и бескорисна за општи интерес друштва и сваке јединке.

На самом крају, све што је лоше, управо зато што је лоше, има озбиљну извесност, тенденцију да ће трајати заувек, па нам је зато потребан нагли заокрет, а не *пристајање*.

¹³⁷⁷ Црвена нит, по Гетеу, у пренесеном значењу је основна мисао, мотив који се стално понавља. Вид. Милан Шипка, *Зашто се каже?*, Прометеј, Нови Сад 2007, 195.

¹³⁷⁸ Фр. *detacher* – одвојити делове од целине итд.

Највећа опасност за друштво настаје када се једна лоша појава, сегмент, институт, банализује јер се тада дубље завуче у друштвено ткиво, као да је нормална појава. Све девијације и обмане данас имају строге званичне форме, тако је и форма реализације хипотеке „званична форма“ управо законом створена и због узакоњења постоји.

Зато је нужан заокрет јер ће се, у супротном, догодити ентропија и гашење. Сматрамо да је овим тема са свих полазишта и у свим методолошким равнима истраживања – *затворена*.¹³⁷⁹

¹³⁷⁹ *I consider this topic is closed.*

ПРИЛОЗИ

Прилог 1 – Уговор о фидуцијарном преносу права својине на непокретним стварима



~~Vojvodanska banka ad Novi Sad~~ **FILIJALA PODGORICA**

Vojvodanska banka ad Novi Sad
Filijala Podgorica
Broj: 108

Podgorica, 01.02.2000.god.

Član 11. Stav 2.
19 1
18 Stav 1

UGOVOR

o fiducijarnom prenosu prava svojine na nepokretnim stvarima

Zaključen između:

Vojvodanske banke ad Novi Sad Filijale Podgorica , žiro račun broj 50100-623-9-469, mat. br. 8074313, kao davaoca kredita (u daljem tekstu Povjerilac), i
PROFI COMMERCE – AUTO CENTAR, TRG KRALJA NIKOLE 13 PODGORICA (u daljem tekstu Dužnik).
matični broj: 02066190

Član 1.

Dužnik fiducijarno prenosi pravo svojine povjeriocu na svojim sledećim hipotekom neopterećenim nepokretnim stvarima:

koje se vode po listi nepokretnosti br. 742 Opština Podgoica KO Podgorica 1 i to poslovni prostor u vanprivredi površine 127 + 127m2 KAT parcela 1146.

radi obezbeđenja naplate potraživanja **Korisnika kredita PROFIL COMMERCE – AUTO CENTAR po osnovu Ugovora o kreditu broj 106 od 01.02.2000. god.**

Član 2.

Povjerilac stiče fiducijarno pravo svojine na nepokretnostima iz člana 1. ovog Ugovora danom njegovog upisa u javni registar koji vodi Direkcija za nekretnine (u daljem tekstu Direkcija).

Član 3.

Ukoliko Dužnik u dogovorenom roku dospijeća **03.04.2000.god** ne plati cjelokupan dug po odobrenom kreditu obavezan je da na prvi pismeni poziv Povjerioca, najkasnije u roku od 8 dana od prijema poziva , preda nekretnine iz člana 1. ovog Ugovora u cilju njihove prodaje.

Član 4.

Povjerilac ima pravo da naplati cjelokupno potraživanje po odobrenom kreditu iz cijene postignute prodajom opterećenih stvari, uključujući zateznu kamatu obračunatu do dana prodaje i troškove naplate potraživanja.

Član 5.

Ovaj Ugovor nakon ovjere kod nadležnog suda ugovorene strane dostavljaju Direkciji radi upisa u javni registar.

Član 6.

Na bazi ovog Ugovora vrši se zabilježba fiducijarnog prava svojine u zemljišnim ili drugim javnim knjigama u kojima se vode opterećene nepokretnosti.

Član 7.

Sastavni dio ovog Ugovora je potpisana i ovjerena izjava dužnika o visini njegovog duga potvrđena od Povjerioca.

Član 8.

Ovaj Ugovor zaključen je u 4 (četiri) istovjetnih primjeraka po jedan za ugovorene, strane, sud i direkciju.

DUŽNIK
PROFI COMMERCE
AUTO CENTAR
PODGORICA

POVJERILAC
Vojvodanska banka ad Novi Sad
Filijala Podgorica



Прилог 2 - Изјава фидуцијарног дужника са потврдом



Vojvođanska banka od Novi Sad FILIJALA: PODGORICA

U skladu sa odredbom čl.24. Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine (Sl. RCG br. 23/96) Korisnik kredita PROFI COMMERCE AUTO-CENTAR kao fiducijarni Dužnik, dana 01.02.2000. god. daje sledeću

IZJAVU

Sa kojom izjavljujemo da imamo cjelokupan dug po: **Ugovoru o kratkoročnom kreditu broj br. 106 od 01.02.2000. godine u iznosu od 200.000,00 Dem, sa kamatom u skladu sa Ugovorom koja se obračunava od dana puštanja sredstava u korišćenje sa rokom dospeljeća do 90 dana od dana puštanja sredstava tj. 03.04.2000. god.**

DAVALAC IZJAVE

PROFI COMMERCE AUTO-CENTAR, PODGORICA

POTVRDA

Vojvođanska banka Filijala Podgorica potvrđuje izjavu Korisnika kredita PROFI COMMERCE AUTO-CENTAR, PODGORICA da ima potraživanja po **Ugovoru o kratkoročnom kreditu broj br. 106 od 01.02.2000. godine u iznosu od 200.000,00 Dem, sa kamatom u skladu sa Ugovorom i rokom dospeljeća 03.04.2000.god.**

Potraživanje iz prethodnog stava obezbijedeno je Ugovorom o fiducijarnom prenosu prava svojine OV br. 1978/2000 Osnovni sud Podgorica od 01.02.2000. god. zaključenim sa PROFI COMMERCE AUTO-CENTAR, PODGORICA.



Прилог 3 – Решење о упису уговора о фидуцијарном преносу права својине у регистар о фидуцијарном преносу права својине

Republika Crne Gora
VLADA REPUBLIKE CRNE GORE
Direkcija za nekretnine
Područna jedinica Podgorica-
Broj: 954-101-UP-19
Podgorica, 04.02.2000.god.

EXO

U. up. 572/98

Direkcija za nekretnine Područna jedinica u Podgorici, rješavajući po prijavi podnijetoj od VOJVODANSKE BANKE AD NOVI SAD - FILIJALA PODGORICA, kao povjerioca i PRIFI-COMERCE AUTO-CENTAR-PODGORICA, kao dužnika, za upis u registar Ugovora o fiduicijarnom prеносу права својине Ов.бр. 1978/2000 од 01.02.2000.године, на основу čl. 23. став 1 Закона о фидуцијарном преносу права својине ("Sl.list RCG", br. 32/98) i čl. 9. Uredbe о упису Уговора о фидуцијарном преносу права својине ("Sl.list RCG", br. 34/98) д о н о с и -

R J E Š E N J E

DOZVOLJAVA SE upis u registar u listu br. 19 ugovora о фидуцијарном преносу права својине Ов.бр. 1978/2000 од 01.02.2000.године, поднијет од VOJVODANSKE BANKE AD NOVI SAD - FILIJALA PODGORICA, као повјериоца и PRIFI-COMERCE AUTO-CENTAR iz Podgorice, као дуžника.

Način upisa ugovora u registar izvršit će se odgovarajuća promjena upisa u katastarskom operatu.

O b r a z l o ž e n j e

VOJVODANSKA BANKA AD NOVI SAD, kao povjerilac i PRIFI-COMERCE AUTO-CENTAR iz Podgorice, kao dužnik, podnijeli su Područnoj jedinici u Podgorici prijavu za upis u registar ugovora о фидуцијарном преносу права својине Ов.бр. 1978/2000 од 01.02.2000.год.

Uz prijavu странике су поднијеле изјаву о висини потраживања и доспјелости потраживања, уговор о фидуцијарном преносу права својине Ов.бр. 1978/2000 од 01.02.2000.год., list непокретности бр. 742 КО Podgorica I, уговор о кредиту итд.

Područna jedinica u Podgorici upisala je prijavu u knjigu prijava pod br.19.

Područna jedinica u Podgorici je nakon razmatranja prijave i priloženih dokaza ocijenila da su ispunjeni uslovi da se predmetni ugovor upiše u registar u listu br.19.

Na opterećenim непокретностима, izvršit će se po službenoj dužnosti promjena upisa u katastarskom operatu.

Na osnovu izloženog riješeno je kao u dispozitivu ovog rješenja.

PRAVNA POUKA: Protiv ovog rješenja može se izjaviti žalba Direkciji za nekretnine RCG u roku od 15 dana od dana dostavljanja rješenja. Žalba se predaje preko ove Područne jedinice i taksira sa 15,00 dinara administrativne takse.

Прилог 4 – Решење о промени уписа у листу непокретности

Republika Crna Gora
VLADA REPUBLIKE CRNE GORE
DIREKCIJA ZA NEKRETNINE
Područna jedinica Podgorica
Broj:954-101-UP-19
Podgorica,04.02.2000.g.

Direkcija za nekretnine - Područna jedinica u Podgorici, na osnovu čl. 65. 66. i 69. st.1. Zakona o promjeru, katastru i upisima prava na nepokretnostima, po službenoj dužnosti donosi

RJEŠENJE

VRSI SE promjena upisa u listu nepokretnosti br.742 KO Podgorica I, tako što se:

I - u B listu briše dosadašnji vlasnik PROFI KOMERC "Auto Centar" iz Podgorica i upisuje svojina na Vojvodjansku banku AD Novi Sad - Filijala Podgorica.

II - u G listu se upisuje teret zabrana raspolaganja i opterećenja sa zabilježbom fiducijarni prenos prava svojine.

Promjena upisa se vrši po službenoj dužnosti a po osnovu rješenja br.954-101-UP-19 od 04.02.2000.god. o upisu u registar ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine O.v.br.1978/2000 od 01.02.2000.god.

O b r a z l o ž e n j e

Vojvodjanska banke AD Novi Sad - Filijala Podgorica, kao povjerilac i Profi Komerc "Auto Centar" iz Podgorice, kao dužnik podnijeli su ovom Organu, prijavu za upis u registar ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine O.v.br.1978/2000 od 01.02.2000.god.

Uz prijavu su dostavili svu potrebnu dokumentaciju.

Uz naprijed izloženog odlučeno je kao u dispozitivu rješenja.

PRAYNA POUKA: Protiv ovog rješenja može se izjaviti žalba Direkciji za nekretnine RCG u roku od 1 dana od dana dostavljanja rješenja. Žalba se predaje preko ove Područne jedinice i taksira sa 15,00 din.adm. takse.

Dostavljeno:
- stranki
- a/a

N A Č E L N I K

Slavko Simović

Прилог 5 – Лист непокретности са уписаним фидуцијаровим правом својине



Republika Crna Gora
Vlada Republike Crne Gore
DIREKCIJA ZA NEKRETNINE

PODRUČNA JEDINICA
PODGORICA

Broj: 101-956-11-17047/2001
Datum: 11.10.2001
KO: PODGORICA I

Na osnovu člana 110 Zakona o državnom premjeru, katastru i upisima prava na nepokretnostima ("Službeni list RCG" br. 55/2000), postupajući po zahtjevu

SLUŽBENO
iz

izdaje se

LIST NEPOKRETNOSTI - IZVOD 742

Podaci o parcelama								
Broj parcele Broj Podbroj	Broj zgrade	Plan Skica	Datum upisa Broj upisa	Potes ili ulica i kućni br.	Način korišćenja Osnov sticanja	Bon. Klasa	Površina	Prilod
1146 8	1	5 38	-	TRG KRALJA NIKOLJE	Oruštvena stambena zgrada		3442	0 (K)
							3442	0 (K)

Podaci o vlasniku ili nosiocu prava			
Matični broj ili broj i datum upisa	Naziv vlasnika ili naziv nosioca prava Adresa, mjesto	Osnov prava	Obim prava
0000002063608	DRŽAVA SRJ - KORISNIK SMO I VJ PODGORICA	Korišćenje	1/1

Podaci o objektima i posebnim djelovima objekta						
Broj parcele Broj Podbroj	Broj zgrade	Način korišćenja Osnov sticanja Sobnost	PD Godina izgradnje	Spratnost - Sprat Površina	Osnov prava Vlasnik ili nosilac prava, JMBG Adresa, Mesto	
1146 8	1	Poslovni prostor u vanprivredi PRAVNI PROPIS 1	117	1P 127	Svojina VOJVODJANSKA BANKA AD N.ŠAD-PODGORICA	1/1
		Poslovni prostor u vanprivredi PRAVNI PROPIS 3	118	P 127	Svojina VOJVODJANSKA BANKA AD N.ŠAD-PODGORICA	1/1

Ne postoje tereti i ograničenja.

Прилог 6 – Налог за ослобађање оптерећене непокретности од лица и ствари

Republika Crna Gora
OPŠTINA PODGORICA
Sekretarijat za komunalno-stambene
poslove i zaštitu životne sredine
Broj: UP.I.04-371/01-2186
Podgorica, 30.10.2001. godine

Sekretarijat za komunalno-stambene poslove i zaštitu životne sredine - Podgorica, rješavajući po zahtjevu VOJVODANSKE BANKE AD Novi Sad - Filijala iz Podgorice, na osnovu člana 46. Zakona o etažnoj svojini ("Sl.list RCG", br.21/95) i člana 192. ZUP-a, d o n o s i:

R J E Š E N J E

NALAŽE SE "PROFI KOMERC" Auto centar Podgorica da u roku od 3 dana od dana prijema rješenja oslobodi od lica i stvari poslovni prostor, sprat 1P; površine 127 m² i sprat P površine 127 m² upisanih u posjedovnom listu br.742 KD Podgorica I na kat. parceli br.1146, u Bloku V u Podgorici.

Imenovani su dužni postupiti po navedenom rješenju pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

Žalba izjavljena na ovo rješenje ne odlaže njegovo izvršenje.

O b r a z l o ž e n j e

Sekretarijatu za komunalno-stambene poslove i zaštitu životne sredine - Podgorica, obratila se zahtjevom VOJVODANSKA BANKA AD Novi Sad - Filijala Podgorica, za iseljenje "Profi komerca" Auto centar Podgorica iz poslovnog prostora bliže označenog u dispozitivu ovog rješenja.

Postupajući po navedenom zahtjevu ovaj Sekretarijat je zakazao javnu raspravu na kojoj su saslušani Danko Damjanović punomoćnik "Profi komerca" Auto centar, i Vukslavčević Gordana punomoćnik podnosioca zahtjeva za iseljenje.

U svojoj izjavi datoj na zapisnik pred ovim Sekretarijatom Damjanović Danko u najbitnijem je naveo: da se zahtjeva od Direkcije za nekretnine Područne jedinice Podgorica dostava spisa predmeta br.954-101-Up-3810/2000, na osnovu kojih je donijeto rješenje, po osnovu fiducijalnog pravnog posla predmetna nepokretnost prešla u vlasništvo Vojvodanske banke; da tvrdi da rješenje Direkcije za nekretnine Područne jedinice Podgorica kojim je dozvoljen upis prava vlasništva na Vojvodansku banku nikada nije uručeno fiducijalnom dužniku tj., protivnoj strani, te da samim tim rješenje nije postalo ni konačno niti pravosnažno te da se Vojvodanska banka, nije mogla upisati kao vlasnik nepokretnosti.

Punomoćnik podnosioca zahtjeva u svojoj izjavi u najbitnijem je naveo da ostaje u cjelosti pri podnijetom zahtjevu za iseljenje "Profi komerc" Auto centra iz predmetnog poslovnog prostora, a da će dostaviti ovom Sekretarijatu posjedovni list i dokaz od Direkcije za nekretnine o pravosnažnosti osporavanog rješenja.

./...

Odredbama člana 46. Zakona o etažnoj svojini propisano je da ako se neko lice useli u posebne ili zajedničke djelove stambene zgrade bez zaključenog ugovora o zakupu, svako lice koje ima pravni interes može kod organa lokalne uprave da zahtijeva njegovu iseljenje.

U postupku po ovoj upravnoj stvari, iz izjava stranaka i priložene dokumentacije utvrđeno je: da je rješenjem Direkcije za nekretnine – područne jedinice Podgorica br.954-101-UP-3810/2000 od 18.01.2001. godine izvršena promjena upisa u katastarskom operatu KO Podgorica I u listu nepokretnosti br.742 na kat. parc. br.1146 PU 112 sprat 1P objekat 1 PD 117 površine 127 m² i PD 118 površine 127 m² sprat P i upisuje na ime Vojvođanske banke AD Novi Sad Filijala Podgorica; Iz dopisa Direkcije za nekretnine 958-101-14/97/2001 od 12.10.2001. godine utvrđeno je da je rješenjem ove Područne jedinice br.954-101-UP-3810/2000 pravosnažno, a iz izvoda lista nepokretnosti br.742 od 11.10.2001.godine utvrđeno je da je poslovni prostor u vanprivredni sprat 1P površine 127 m² i sprat P površine 127 m² na kat. parc. br.1146 upisani kao svojina Vojvođanske banke AD Novi Sad Filijala Podgorica; da predmetni poslovni prostor koristi "Profi komerc" Auto centar bez zaključenog ugovora o zakupu sa vlasnikom prostora.

Kako je iz naprijed izloženog kao nesporna činjenica utvrđeno da je predmetni prostor vlasništvo Vojvođanske banke AD Novi Sad Filijala Podgorica, a da isti koristi "Profi komerc" Auto centar bez zaključenog ugovora o zakupu, to su stečeni uslovi iz člana 46. Zakona o etažnoj svojini za donošenje rješenja o iseljenju.

Sekretarijat je cijenio navode iz izjave punomoćnika "Profi komerca" Auto centar ali ih nije mogao uzeti kao odlučujuće za donošenje konačne odluke u ovoj pravnoj stvari s obzirom na izjašnjenje Direkcije za nekretnine Područne jedinice Podgorica br.958-101-1497/2001 od 12.10.2001. godine.

Na osnovu izloženog odlučeno je kao u dispozitivu.

PRAVNA POUKA: Na ovo rješenje može se izjaviti žalba Ministarstvu uređenja prostora u roku od 3 dana od dana prijema istog. Žalba se predaje preko ovog organa i taksira sa 0,90 DM adm.takse.

O b r a d i l a,

Miroslava Vujović, dipl. pravnik
M. Vujović
UKOVODILAC ODJELJENJA ZA
UPRAVNO-PRAVNE POSLOVE,
Božidarka Stanovnik, dipl. pravnik
B. Stanovnik



DOSTAVLJENO:

- Strankama i
- a/a.

Прилог 5 – Пресуда Уставног суда Црне Горе У. бр. 919/2006 од 28.12.2006.

UPRAVNI SUD REPUBLIKE CRNE GORE
U. broj 919/2006

U IME NARODA

Upravni sud Republike Crne Gore, u vijeću sastavljenom od sudija, Vojina Lazovića, kao predsjednika vijeća, i Gordane Pot i Predsjednika suda Branislava Radulovića, kao članova vijeća, uz učešće službenika Suda Marine Nedović, kao zapisničara, rješavajući upravni spor po tužbi tužioca AD "Profikomerc", iz Podgorice, koga zastupa punomoćnik Dragan Garić, advokat iz Podgorice, protiv rješenja tuženog Ministarstva zaštite životne sredine i uređenja prostora, broj 070501-585/05 od 10.01.2006. godine, u nejavnoj sjednici održanoj dana 28.12.2006. godine, donio je

P R E S U D U

Tužba se usvaja.
Poništava se rješenje Ministarstva zaštite životne sredine i uređenja prostora, broj 070501-585/05 od 10.01.2006. godine.

O b r a z l o ž e n j e

Osporenim rješenjem odbijena je žalba tužioca izjavljena na rješenje Sekretarijata za komunalno-stambene poslove i zaštitu životne sredine - Podgorica, broj UP-I-04-371/01-2186 od 26.10.2005.godine, kojim je odbijen predlog tužioca za oglašavanje ništavim rješenja tog sekretarijata broj UP.I. 04-371/01-2186 od 30.10.2001. godine.

Tužilac je osporio zakonitost rješenja tuženog organa. U tužbi, u bitnom, navodi da je predlog za oglašavanje ništavim rješenja prvostepenog organa UP-I-04-371/01-21/86 od 30.10.2001.godine, podnio u skladu sa zakonskim odredbama koje regulišu institut obnove. Rješenjem o iseljenju koje je predmet obnove, upravni organi su odlučili o stvari iz nadležnosti redovnog suda. Smatra da su bili ispunjeni uslovi za oglašavanje ništavim rješenja o iseljenju, pa je predložio da Sud tužbu uvaži i poništi osporeno rješenje.

U odgovoru na tužbu, tuženi organ je predložio da Sud tužbu odbije kao neosnovanu.

Odgovor na tužbu podnijelo je i zainteresovano lice, Vojvodjanska banka Novi Sad, tvrdeći da dokazi u spisima predmeta ukazuju na potpunu neosnovanost tužbenog zahtjeva. Opreza radi podnio je tužbu za iseljenje kod Osnovnog suda u Podgorici. Predložio je da Sud tužbu odbije kao neosnovanu.

Nakon razmatranja spisa predmeta, ocjene navoda tužbe i odgovora na tužbu, Sud je našao da je tužba osnovana.

Pravosnažno rješenje o iseljenju tužioca iz poslovnih prostorija, donijeto je uz primjenu člana 46. Zakona o etažnoj svojini ("Sl. list RCG" broj 21/95). Ovom zakonskom odredbom bilo je propisano, da ako se neko lice useli u posebne ili zajedničke djelove stambene zgrade bez zaključenja ugovora o zakupu, svako lice koje je imalo pravni interes moglo je kod organa lokalne uprave da zahtijeva njegovo iseljenje.

Po mišljenju Suda, po zahtjevu za iseljenje tužioca nije se moglo rješavati u upravnom postupku, obzirom da se radilo o obligaciono-pravnom odnosu proisteklom iz ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine, pa je zainteresovano lice svoja prava, koja je steklo po osnovu ovog ugovora, moglo jedino ostvariti u postupku kod redovnog suda. Iz tog razloga promjena prava svojine na poslovnom prostoru nije mogla dati ovlašćenje upravnim organima da u smislu člana 46. Zakona o etažnoj svojini, raspravljaju o pitanju bespravnog useljenja tužioca.

Prema članu 260. stav 1. tačka 1. Zakona o opštem upravnom postupku ("Službeni list RCG" broj 60/03), ništavim se oglašava rješenje koje je u upravnom postupku donešeno u stvari iz sudske nadležnosti, a rješenje se može, po članu 261. stav 1. istog zakona, u svako doba, oglasiti ništavim po službenoj dužnosti ili po predlogu stranke ili državnog tužioca. Obzirom na naprijed iznijeto stanovište Suda u pogledu pravilne primjene člana 46. Zakona o etažnoj svojini, i zakonske odredbe koje se tiču oglašavanja ništavim rješenja, pogrešan je stav tuženog organa da se po zahtjevu za iseljenje radilo o stvari iz nadležnosti upravnog organa i njegov zaključak da nije bilo uslova za primjenu instituta ništavosti. To je razlog zbog kojeg je Sud tužbu uvažio i poništio osporeno rješenje.

U ponovnom postupku tuženi organ će otkloniti povrede na koje je ukazano ovom presudom, (član 57. Zakona o upravnom sporu), te donijeti novo na zakonu utemeljeno rješenje.

Sa iznijetih razloga, a na osnovu člana 37. stav 1. Zakona o upravnom sporu, odlučeno je kao u dispozitivu presude.

UPRAVNI SUD REPUBLIKE CRNE GORE,
Podgorica, 28.12.2006. godine

Zapisničar,
Marina Nedović,s.r.

PREDsjedNIK VIJEĆA,
Vojin Lazović,s.r.

~~~~~

## Прилог 6 – Пресуда Управног суда Републике Црне Горе У. бр 148/2005 од 12.7.2005.

UPRAVNI SUD REPUBLIKE CRNE GORE  
U.br. 148/2005

### U IME NARODA

Upravni sud Republike Crne Gore, u vijeću sastavljenom od sudija Biserke Bukvić, kao predsjednika vijeća, Ljubinke Popović – Kustudić i Gordane Pot, kao članova vijeća, uz učešće službenika suda Rajke Milović, kao zapisničara, rješavajući upravni spor po tužbi Stanišić Boža, iz Podgorice, protiv rješenja Ministarstva zaštite životne sredine i uređenja prostora – Podgorica, broj 070501-510/04 od 21.12.2004. godine, u nejavnoj sjednici održanoj dana 12.07.2005. godine, donio je

### PRESUDA

Poništava se rješenje Ministarstva zaštite životne sredine i uređenja prostora, broj 070501-510/04 od 21.12.2004. godine.

### Образложење

Osporenim rješenjem odbijena je žalba tužioca izjavljena protiv rješenja Sekretarijata za komunalno-stambene poslove i zaštitu životne sredine Podgorica, broj UP I.04-1-371-1256/04 od 21.09.2004.godine, kojim je tužiocu naloženo da u roku od 3 dana od dana prijema rješenja oslobodi od lica i stvari stan u Ulici Steva Boljevića, Lamela br.5 u Podgorici.

Tužilac u tužbi osporava zakonitost rješenja tuženog ističući da on nije bespravno useljeno lice jer se u predmetni stan uselio po osnovu valjanog pravnog posla – odluke o dodjeli stana na korišćenje, te ugovora o otkupu predmetnog stana zaključenog sa Javnim preduzećem Željeznica Crne Gore, pa nije bilo mjesta primjeni čl. 46. Zakona o etažnoj svojini. Dalje ističe da se zbog činjenice da je kasnije došlo do zaključenja pravnog posla podobnog za sticanje prava svojine – ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine on ne može smatrati bespravno useljenim licem i tražiti njegovo iseljenje preko organa lokalne uprave, već se o eventualnim pravima po osnovu ugovora o fiduciji mora voditi poseban postupak pred nadležnim sudom. Predlaže da sud osporeno rješenje kao nezakonito poništi.

U odgovoru na tužbu, tuženi organ predlaže da se tužba kao neosnovana odbije.

Odgovor na tužbu preko svog punomoćnika Dragana Markovića, advokata, iz Podgorice, podnio je i Prelević Marinko, kao zainteresovano lice. Ističe da je on po osnovu ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine stekao pravo svojine na predmetnoj nepokretnosti na osnovu kojeg je i upisan kao vlasnik kod Uprave za nekretnine pa ima pravo da konsti svoje pravo svojine u punom obimu i da nije od značaja na koji je način tužilac prethodno stekao pravo svojine. Dalje ističe da

je od trenutka kada je on stekao pravo svojine tužilac predmetnu nepokretnost mogao koristiti jedino zaključenjem odgovarajućeg pravnog posla, a kako između njih nije zaključen nikakav pravni posao o korišćenju jasno je da tužilac istu koristi bez pravnog osnova. Predlaže da sud tužbu kao neosnovanu odbije.

Nakon razmatranja spisa predmeta, ocjene navoda tužbe i odgovora na tužbu, sud je našao da je tužba osnovana.

Rješenja upravnih organa donijeta su uz primjenu odredbe čl. 46. Zakona o etažnoj svojini («Sl.list RCG» br. 21/95). Tom odredbom propisano je da ako se neko lice useli u posebne ili zajedničke djelove stambene zgrade bez zaključenja ugovora o zakupu, svako lice koje ima pravni interes može kod organa lokalne uprave da zahtijeva njegovo iseljenje.

Upravni organi polazeći od činjenice da je rješenjem Direkcije za nekretnine - Područne jedinice Podgorica br.954-101-Up - 4903/03 od 10.11.2003. godine izvršen definitivni upis prava svojine u korist fiducijarnog povjerioca Prelević Marinka na predmetnom stanu ranije vlasništvo tužioca kao fiducijarnog dužnika i da tužilac isti koristi bez zaključenog ugovora o zakupu sa podnosiocem zahtjeva za iseljenje, nalaze da su u konkretnom slučaju ispunjeni uslovi za njegovo iseljenje uz primjenu citirane zakonske odredbe.

Prednji zaključak upravnih organa je po ocjeni suda pogrešan. Tužilac se, a što proizilazi iz spisa predmeta u predmetni stan uselio po osnovu Odluke o dodjeli stana na korišćenje broj 617 od 9.08.1991. godine, te ugovora o otkupu stana broj 670/638 od 14.12.1995. godine. Kod ovakvog činjeničnog stanja, po ocjeni suda nije bilo mjesta primjeni čl. 46. Zakona o etažnoj svojini, jer se tužilac u predmetni stan nije uselio protivno toj odredbi.

Na osnovu izloženog sud nalazi da je osporeno rješenje donijeto uz pogrešnu primjenu materijalnog prava zbog čega je nezakonito, pa je isto valjalo poništiti.

Svoja prava koja je stekao po osnovu ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine podnosilac zahtjeva za iseljenje, može ostvariti jedino u građanskoj parnici podnošenjem tužbe kod nadležnog redovnog suda.

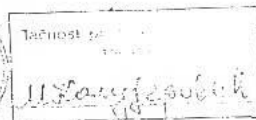
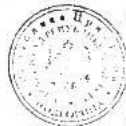
U ponovnom postupku tuženi organ će postupajući po ovoj presudi (član 57. ZUS-a ), donijeti novo zakonito rješenje u ovoj stvari.

Sa iznijetih razloga, a na osnovu člana 37. stav 1. u vezi sa članom 33. stav 6. ZUS-a, odlučeno je kao u dispozitivu ove presude.

UPRAVNI SUD REPUBLIKE CRNE GORE  
Podgorica, 12.07.2005. godine

Zapisničar  
Rajka Milović, s.r.

PREDSJEDNIK VIJEĆA  
Biserka Bukvić, s.r.





# Прилог 7 – Тужба за пренос непокретности у државину фидуцијарном власнику



## ORTAČKO ADVOKATSKO DRUŠTVO IUSTITIA V&D

adv.Vladan S.Bojić i adv.Dragana Tomčić od.  
PIB br.02317028 PDV reg.br.30/31-01613-3  
Žiro račun: 907-51501-41/00-202-0000006.5 kod EuroMarket banke у Podgorici

JT-3365/05  
Pavle

Poslovni broj P-3365/05

adv. Miroslav B.



### OSNOVNOM SUDU U PODGORICI

Tužilac: VOJVODANSKA BANKA AD Novi Sad, koga po punomoćju deponovanom kod naslovljenog suda pod poslovnim brojem SU - VI 59/2004-453 od 05.11.20004.g. zastupa OAD IUSTITIA V&D iz Podgorice.

Tuženi: Privredno društvo » PROFIL COMMERC AUTO CENTAR« sa sjedištem u Podgorici, trg Kralja Nikole broj 13, koga zastupa Dragan Garić, advokat iz Podgorice.

Osnov: Predaja nepokretnosti

Vrijednost predmeta spora: € sa spp.

### TUŽBA

u dva primjerka

sa 8 priloga

Tužilac je na osnovu Ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine na pokretnim stvarima broj 108 od 01.02.2000.g. Ov.broj 1978/2000 postao **definitivni i isključivi vlasnik predmetne nepokretnosti** koju čini poslovni prostor u vanprivredi površine 127+127 m2 kat.parc.br.1146, upisan u List nepokretnosti broj 742 KO Podgorica.

Dokaz broj 1: Kopija ovjerenog Ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine na nepokretnim stvarima broj 108, Ov.broj 1978/2000 od 01.02.2000.g.

Dokaz broj 2: Izjava od 01.02.2000.g.

Dokaz broj 3: List nepokretnosti broj 742 KO Podgorica od 15.09.2005.g.

**Pravnosnažnom i izvršnom** presudom Privrednog suda u Podgorici pod poslovnim brojem P – 506 / 03 od 19.04.2004.g. **pravnosnažno je odbijen** tužbeni zahtjev tužioca (ovdje tuženog) kojim je tražio **poništaj** Ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine na nepokretnosti Ov.broj 1978/2000 od 01.02.2000.g. i to u cjelosti.

Dokaz broj 4: Kopija presude Privrednog suda u Podgorici pod poslovnim brojem P-506/03 od 19.04.2004.

Tuženi je više puta pokušao da izdejstvuje izdavanje privremene mjere na predmetnoj nepokretnosti, ali je Vrhovni sud RCG rješenjem pod poslovnim brojem PŽ-477/04 kasirao izdate mjere obezbjeđenja kao neosnovane.

Dokaz broj 5: Kopija rješenja Vrhovnog suda RCG pod poslovnim brojem PŽ-477/04

Kako tuženi u postupku pred Privrednim sudom u Podgorici pod poslovnim brojem P -506/03 nije uspio da poništi Ugovor o fiducijarnog prenosu prava svojine, iz kojeg proizilazi osnov sticanja prava tužioca, to je u cilju daljeg prolongiranja i nastojanja da se tužiocu onemogući da namiri svoju nespornu tražbinu, podnio i novu tužbu pod poslovnim brojem P - 652/04 – sada sa predlogom da se proglaše ništavim odredbe Ugovora o kratkoročnom kreditu broj 10601 od 01.02.2000.g.i predlogom za izdavanje privremene mjere.

Dokaz broj 6: Kopija presude Privrednog suda u Podgorici pod poslovnim brojem P – 652/04.

**Dakle, TUŽIOČEV OSNOV STICANJA (iustus titulus) JE OPSTAO U CJELOSTI NEDIRNUT, ČIME JE LEGE ARTIS, LEGALNO I LEGITIMNO OPSTAO KAO ISKLJUČIVI VLASNIK PREDMETNE NEPOKRETNOSTI.**

Tužilac je kod nadležnog upravnog organa inicirao postupak administrativnog izvršenja iseljenja iz predmetne nepokretnosti pod poslovnim brojem UP.I.04-371/01-218. Međutim, tuženi već pet godina na razne neprimjerene i neumjesne načine uspješno izbjegava i odlaže da se legalna i legitimna predmetna deložacija sprovede.

Dokaz broj 7: Uvid u spise predmeta pod poslovnim brojem UP.I.04-371/01-218

U cilju nastavljanja daljeg prolongiranja izvršenja svoje nesporno utvrđene obaveze tuženi je nadležnom upravnom organu podnio predlog za oglašavanje ništavim rješenja tog Sekretarijata broj UP.I.04-37111/01-2186 od 30.10.2001.g., koji je odbijen rješenjem tog Sekretarijata broj UP.I.-04-371/01-2186 od 26.10.2005.g., na koje je tuženi uložio žalbu.

Dokaz broj 8: Kopija rješenja Sekretarijata za kom.stamb.posl.broj UP.I.-04-371/01-2186 od 26.10.2005.

Upravni sud RCG je u presudi pod poslovnim brojem U.br. – 148/2005 od 12.07.2005.g. zauzeo stav da »**svoja prava koja je stekao po osnovu ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine, podnosilac zahtjeva za iseljenje, može ostvariti JEDINO u građanskoj parnici podnošenjem tužbe kod nadležnog redovnog suda**«.

Dokaz broj 8: Kopija presude Upravnog suda RCG pod posl. Br. U.br. – 148/05 osd 12.07.20005.g.

Kako tužilac već petu godinu nije u mogućnosti da namiri svoju nespornu tražbinu iz nepokretnosti na kojoj je zakonito stekao i pravnosnažno odbranio pravo svojine, to usled doložnih radni tuženog trpi i štetu - pa u cilju izbjegavanja daljeg neporebnog prolongiranja - ovom tužbom, shodno odredbi iz člana 37 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, a shodno stavu Upravnog suda RCG – tužilac kod naslovljenog suda nastoji ostvariti svoje nesporno utvrđeno pravo i državinu na predmetnoj nepokretnosti.

Prema iznijetom, punomoćnik tužioca predlaže da sud sprovede dokazni postupak, izvede predložena dokazna sredstva i po zaključenju glavne rasprave donese sledeću:

## PRESUDU

**OBAVEZUJE SE tuženi – privredno društvo »Profi commerc Auto Centar » sa sjedištem u Podgorica, trg Kralja Nikole broj 13, da oslobodi od svih lica i stvari i preda u nesmetanu državinu tužiocu – Vojvodanskoj banci AD Novi Sad poslovni prostor koji se nalazi u Podgorici trg Kralja Nikole broj 13, koji u prirodi čini poslovni prostor površine 127+127 m2 kat.parcela 1146, upisan u List nepokretnosti br.742 KO Podgorica i plati troškove postupka – sve u roku od 15 dana od prijema presude, pod prijetnjom prinudnog sudskog izvršenja.**

Podgorica, 21. novembar 2005.g.



**GENERALNI PUNOMOĆNIK TUŽIOCA  
ORTAČKO ADVOKATSKO DRUŠTVO  
IUSTITIA V&D**

adv. Vladan S. Bojić, izvršni direktor

Tel. +381 91 237 771; 237 772 Fax. 237 777; 237 774 E mail: justitia@cg.yu  
Podgorica, ul.13 jul br.6/I, PC «Čelebić»



**OSNOVNI SUD U PODGORICI**, po sudiji Ani Perović Vojinović, u pravnoj stvari tužioca "Vojvođanske banka" AD iz Novog Sada, koga zastupa punomoćnik AOD IUSTITIA, koga je na raspravi zamjenjivala Stevović Aleksandra, radno angažovana kod punomoćnika tužioca, protiv tuženih Radenović Milana iz Podgorice, Bulevar Revolucije broj 16 i "Tehnounia co" DOO iz Podgorice, ulica Nikole Kovačevića broj 12, koje je zastupao punomoćnik Garić Dragan, advokat iz Podgorice, koga je na raspravi zamjenjivala Vujović Mirjana, advokatski pripravnik na radu kod punomoćnika tuženih, radi iseljenja, v.s. 10.001,00 €, nakon glavne rasprave zaključene 25.01.2013. godine u prisustvu zamjenika punomoćnika stranaka, dana 25.02.2013. godine donio je

#### **PRESUDU**

**OBAVEZUJU SE** solidarno tuženi da u roku od 15 dana po prijemu presude, oslobode od svih lica i stvari nepokretnost iz lista nepokretnosti br. 742 KO Podgorica I, koja predstavlja poslovni prostor u vanprivredi, površine 127 + 127 m<sup>2</sup>, na katastarskoj parceli br.1146, pod br.8, zgrada br.1 PD oznake 117 i 118, koja se nalazi u Podgorici, ul. Nikole Kovačevića br.12 – blok V, te da je predaju tužiocu u nesmetanu državinu, pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

**OBAVEZUJU SE** tuženi da tužiocu na ime naknade troškova postupka solidarno isplate iznos od 1.135,00 eura, u roku od 15 dana po pravosnažnosti presude, pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

#### **Obrazloženje**

Tužilac je u tužbi, podnescima i riječi na raspravi preko punomoćnika u bitnom naveo da je na osnovu Ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine broj Ov.br.1978/2000 od 01.02.2000. godine, postao definitivni i isključivi vlasnik nepokretnosti koju čini poslovni prostor u vanprivredi površine 127 + 127 m<sup>2</sup>, na katastarskoj parceli br.1146, upisane u LN br.742 KO Podgorica I. Ističe da je tuženi I reda u navedenoj nepokretnosti otvorio prodavnicu auto djelova, koja posluje u okviru tuženog II reda, čiji je osnivač i direktor tuženi I reda. Navodi da mu tuženi II reda, obavljanjem privredne djelatnost u njegovom objektu, dugi niz godina nanosi veliku štetu. Navodeći da je list nepokretnosti zakonomjeran dokaz o vlasništvu, te da su tuženi u faktičkoj vlasti na predmetnoj nepokretnosti, istakao je da je pravni osnov tužbenog zahtjeva odredba čl.112 Zakona o svojinsko – pravnim odnosima, kojom je predviđeno da vlasnik može zahtijevati od držaoca povraćaj individualno određene stvari, s tim što mora dokazati da ima pravo svojine na stvari čiji povraćaj traži, kao i da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog. Takođe, ističe da iz spisa predmeta St.br.43/08 proizilazi da je predmetna nepokretnost upisana na njega. Zbog navedenog, predložio je da se solidarno obavežu tuženi, da u roku od 15 dana po prijemu presude, oslobode od svih lica i stvari nepokretnost iz lista nepokretnosti br. 742 KO Podgorica I, koja predstavlja poslovni prostor u vanprivredi, površine 127 + 127 m<sup>2</sup>, na katastarskoj parceli br.1146, pod br.8, zgrada br.1 PD oznake 117 i 118, koja se nalazi u Podgorici, ul. Nikole Kovačevića br.12 – blok V, te da mu je predaju u nesmetanu državinu, pri kom zahtjevu je ostao i u završnom izlaganju.

Troškove postupka je tražio na ime sastava tužbe, pristupa na odloženim i održanim ročištima, te na ime takse na tužbu i odluku suda.

zahtijevati od dužnika predaju stvari čim potraživanje dospije za naplatu. Kako je fiducijarni prenos prava svojine, vrsta bez državninskog obezbjeđenja povjerioca (tužioca u ovoj pravnoj stvari) te kako je potraživanje tužioca dospjelo, korisnik kredita nije izmirio svoj dug u roku predviđenim ugovorom niti ima dokaza o tome, to je tuženi na zahtjev tužioca u smislu naprijed navedenih zakonskih odredbi, dužan osloboditi od lica i stvari sporni poslovni prostor i predati isti u posjed tužiocu sa razloga što je tužilac vlasnik istih, a one se nalaze u državini kod tuženog.

Konačno, sud je neosnovnim cijenio prigovor nenadležnosti ovog suda, istaknut od strane tuženih uz obrazloženje da je kod ovog suda po istovjetnoj tužbi, prema istom tuženom, već vođen postupak pod oznakom P.br.99/08, gdje je pravosnažnim rješenjem odlučeno o stvarnoj nenadležnosti suda u tom tog postupku. Naime, iz rješenja Osnovnog suda u Podgorici P.br.99/08 od 14.05.2008. godine, proizilazi da navedeni postupak po tužbi Vojvođanske banke AD Novi Sad, nije vođen protiv istih tuženih kao u ovom postupku, već protiv tuženog DOO "Profi commerc - Auto centar", a istim rješenjem Osnovni sud u Podgorici se oglasio stvarno nenadležnim, obzirom da je nad DOO "Profi commerc - Auto centar" pokrenut stečajni postupak. Znači, nije bilo smetnji da ovaj Sud riješi ispostavljeni tužbeni zahtjev, jer rješavanje istog spada u njegovu nadležnost shodno čl.16 st.2 tač.a) Zakona o sudovima.

Odluku o troškovima postupka sud je donio shodno čl.152 st.1 u vezi sa čl.161 ZPP, obavezujući tužene da tužiocu solidarno na ime naknade troškova postupka isplati iznos od 1.135,00 eura. Navedeni iznos troškova postupka se odnosi na troškove učinjene angažovanjem advokata za punomoćnika za sastavljanje tužbe i zastupanja na 3 održana ročišta u iznosima od po 150,00 eura (4x150=600), pristup na 5 odloženih ročišta u iznosima od po 75,00 € (5x75,00=375), te za taksu na presudu u iznosu od 160,00 eura. Iznosi nagrada za advokata su određeni u skladu sa tar.br.5, 8, i 17 Advokatske tarife.

Sud nije obavezao tužene i na traženu naknadu troškova postupka koji se odnose na taksu na tužbu, obzirom da i pored učinjene opomene, u spisima predmeta nema dokaza da je tužilac platio taksu na tužbu.

Na osnovu izloženog, odlučeno je kao u izreci presude.

**OSNOVNI SUD U PODGORICI**  
Dana, 25.02.2013. godine

**SUDIJA,**  
**Ana Perović Vojinović, s.r.**

**PRAVNA POUKA:**

**Protiv ove presude, dozvoljena je žalba u roku od 15 dana od dana donošenja iste, Višem sudu u Podgorici, a preko ovog suda.**

**Tačnost prepisa ovjerava,**  
**Ivona Vujošević**





**Прилог 9 – Поднесак Адвокатској комори Црне Горе поводом питања спојивости дјелатности адвокатуре с дјелатношћу продаје хипотекованих и založenih ствари у вансудском поступку од 6.9.2012.**



ADVOKATSKO ORTAČKO DRUŠTVO  
IUSTITIA

Adv.Vladan S. Bojić i drugi

PIB 02317028 PDV reg.br.30/31-01613-3 Ž.R.510-18566-20 Crnogorska komercijalna banka

АДВОКАТСКА КОМОРА ЦРНЕ ГОРЕ  
Број 4307/12  
06.09.2012. год.  
ПОДГОРИЦА

**Advokatska komora Crne Gore**  
ul. Bratsva i jedinstva br.7. 81 000 Podgorica

Na pažnju : **Zdravku Begoviću**, predsjedniku Advokatske komore  
Upravnom odboru

**Predmet :** Pitanje nespojivosti djelatnosti advokature sa djelatanošću prodaje hipotekovanih nekretnina i založenih pokrenina u vansudskim postupcima

Poštovani,

Nakon involviranja u naš pravni sistem ustanove vansudske prodaje kao preuzetog instituta iz anglosaksonskog prava, najprije kroz Zakon o hipoteci i Zakon o zalozi kao sredstvu obezbjeđenja plaćanja, koji su propisi potom sublimisani u Zakon o svojinsko-pravnim odnosima («Sl.list CG», br .19/09) pojavio se realan problem i upitanost dopuštenosti i spoјivosti obavljanja tih poslova sa djelatnošću advokata.

Odredbom čl. 2 Zakona o advokaturi (dalje : ZA) je definisan predmet djelatnosti advokature kroz profile pružanja pravne pomoći. Čl. 5 st. 1 tač. 5 je predviđen kao kvalifikacioni uslov za pravo upisa u imenik advokata, da ne obavlja drugu djelatnost. Čl. 10 st. 2 ZA je propisano da se advokat može profesionalno baviti samo advokatskom djelatnošću. Odredbom čl. 29 ZA je određeno da se advokatura može obavljati samo kao jedina djelatnost društva. Čl. 33 st.1 tač.4 ZA je predviđeno da se pravo bavljenja advokaturom gubi brisanjem iz imenika advokatskih ortačkih društava, između ostalog, ako se društvo, pored advokature počne baviti i drugom djelatnošću. Čl. 75 ZA je utvrđeno da je u bavljenju advokaturom advokat dužan da postupa savjesno, a u skladu sa ZA, drugim zakonskim propisima, Kodeksom profesionalne etike advokata (dalje : KPEA) i Statutom AK. Odredbom čl. 89 Statuta AK CG u st.1 tač.2 je kao disciplinski prestup predviđeno bavljenje poslovima koji ne spadaju u poslove advokature, osim Zakonom o advokaturi dozvoljenih. U odsjeku IX KPEA je stavom 8 i 9 nje propisano da se u advokatskoj kancelariji ne može obavljati druga djelatnost, osim advokatske, niti advokat može da radi sticanja prihoda, osim kao prevodilac, da pruža druge usluge, a da nije u suprotnosti, ako je advokat član, rukovodilac ili član rukovodećeg tima u ekspertskim, radnim i drugim stručnim tijelima vladinog ili nevladinog karaktera, u humanitarnim organizacijama, nevladinim organizacijama za zaštitu ljudskih prava i sloboda, izdavačkim savjetima, uređivačkim odborima i sličnim organizacijama, društvima i udruženjima. U poglavlju 2.5. Nespoјiva zanimanja u čl. 2.5.3 Kodeksa advokatske etike EU je predviđeno da se advokat koji djeluje u zemlji domaćina, a želi da direktno učestvuje u trgovačkim ili drugim djelatnostima koje nisu povezane sa pravnom strukom, dužan je da poštuje pravila o zabranjenim ili nespoјivim zanimanjima, pri čemu se nespoјiva zanimanja pominju i u čl. 2.5.2.

Zakonom o klasifikaciji djelatnosti («Sl.list CG»,br. 18/11) u čl. 1 utvrđeno je da ta klasifikacija opšti standard razvrstavanja po djelatnostima, što se odnosi pored navedenih subjekata i na sve druge organizacije koje obavljaju djelatnosti, a čl. 2 da se klasifikacija primjenjuje prilikom upisivanja u privredni ili drugi poseban registar. Pod šifrom 69.1. predviđeni su Pravni poslovi, a u 69.10. šta obuhvataju pravni poslovi, kroz tri alineje, a zadnim stavom šta ne obuhvataju. Pod šifrom 68.31. utvrđena je djelatnost Agencija za nekretnine, šta ona obuhvata, te u zadnjoj alineji da ne obuhvata pravne poslove iz šifre djelatnosti 69.10. U domicilnoj i uporednoj praksi je nesporno da je advokat dužan da izbjegava sve poslove koji mogu dati komercijalni karakter, te da advokat radi sticanja profita ne može pružati druge usluge, osim prevodilačkih.

Naravno i to da je zabranjeno zastupanje interesa dvije strane u svu pravni postupak u kojem su im interesi suprotstavljeni. Uopšteno, advokatu je zabranjeno da se bavi bilo kojom drugom djelatnošću, izuzev u oblasti nauke, književnosti, umjetnosti, publicistike, pedagogije, prevodilaštva i sporta.

Odredbom čl. 288 st.3 ZSPO je u kontekstu vanskudske prodaje predviđeno da zalagoprimac (banka i sl.) može povjeriti sprovođenje javne prodaje stručnom licu koje se redovno bavi takvom djelatnošću. Čl. 289 st.8 ZSPO determiniše solidarnu odgovornost zalagoprimca i lica kome je povjerena prodaja solidarno, ako nastane šteta prilikom prodaje. Vanskudska prodaja hipotekovane nepokretnosti je predviđena čl. 335 st.1 alineja 1 ZSPO. Čl. 342 st.1 ZSPO je propisano da se vanskudska prodaja vrši javnim nadmetanjem koje sprovodi lice određeno ugovorom o hipoteci, a čl. 345 ZSPO je predviđeno da to lice ovlašćeno za prodaju i koje sprovodi prodaju ima ovlašćenje da u ime hipotekarnog dužnika potpiše ugovor o prodaji i da podvrgne ovjeri svoj potpis na tom ugovoru. Čl. 347 st. 1 tač. 2 ZSPO predviđa posebnu komercijalnu naknadu licu ovlašćenom za sprovođenje postupka prodaje.

Prema svemu navedenom u CG je ustanovljena praksa da banke, lizing kompanije i drugi založni tj. hipotekarni povjerioci angažuju ili neke sopstvene Komisije, ali sve redovnije advokate, koji onda oglašavaju prodaje u medijima, vode javna nadmetanja, pregovaraju, posreduju, trguju i naposljetku zaključuju ugovore sa hipotekarnim povjericem koji je redovno zapravo klijent advokata, pa tako advokat u ime i za račun neklijenta kao prodavca zaključuje ugovor o prodaji sa npr. bankom koja je ujedno advokatov klijent. Konačno po prednje navedenoj normi ubire posebnu naknadu kao komercijalni prihod, proviziju ili slično. Ovdje se postavlja više pitanja, kao što je pitanje kontroverzi tzv. ugovora sam sa samim sobom, pitanje konflikta interesa, ali prevashodno spojivosti tj. nespojivosti djelatnosti advokata sa djelatnošću posredovanja, prodaje i bavljanjem poslovima prometa nepokretnosti. Naravno, da ne postoji upitanost angažovanja advokata od hipotekarnog povjerioca, banke ili sl. Vezano za pravnu pomoć oko pružanja svih vidova pravne pomoći oko prodaje, tj. namirenja iz založene stvari, ali jeste veliko pitanje dopuštenosti toga da advokat obavlja samu djelatnost vanskudske prodaje i sva prethodno navedene spornosti.

Budući da ovo AOD ima veliki broj klijenta kao hipotekarnih povjerilaca, iz reda banaka, lizing kompanija, osiguravajućih kuća i sl. to nam je više nego neophodno ODREĐENJE AK CG u vezi ovih upitanosti, jer svakim danom ovakvi zahtjevi klijenta uzimaju sve više maha. Nevezano za ovo AOD ovo pitanje, prije bi ga nazvali gorući problem i trend ka kompromitaciji advokature, objektivno ima veliki prioritet sa stajališta advokature i očuvanja profesionalnog ugleda i same profesije advokat.

Zato najljubaznije molimo da u skladu sa prerogativima AK ovo stanje što hitnije stavite na dnevni red i zauzmete stav koji bi bio obavezujući za sve advokate. Sve prethodno, u pozadini tih prodaja i trgovina pokretnim i nepokretnim stvarima, krije i niz već u javnosti i već sudskim predmetima obelodanjenih trgovina tj. prodaja založenih stvari po multiplikovano nižim cijenama, što po našem sudu može izazvati neprihvatljive kompromitacije advokature uopšte. U zemljama iz kojih je uvezen ovaj institut postoje specijalizovane agencije, te tamo to nije problem, zna se šta je djelatnost advokata, a šta tih specijalizovanih agencija. Smatramo da naš problem trebamo riješiti sami, odgovorno i savjesno, poštujući sopstvenu profesiju.

Podgorica, 6. Septembar 2012.



EUROPOINT

Tel: +382 20 247 711; +382 20 247 712; +382 20 247 713; Fax: +382 20 224 111; E-mail: sekvenca@r-com.me  
Podgorica, PC Europoint - Bulevar Svetog Petra Cetinjskog 1A/VII





Broj: 512/12  
Podgorica, 15.11.2012. godine

**Advokatsko ortačko društvo IUSTITIA, adv. Vladan S. Bojić i drugi  
Podgorica, Bulevar Svetog Petra Cetinjskog 1 A/VII**

**Na pažnju: advokata Vladana S. Bojić, izvršnog direktora**

Predmet: Odgovor na pitanje od 6.9.2012.godine

Poštovani kolega Bojiću,

Svestranim razmatranjem navoda, tvrdnji i pitanja koja ste predstavili 6.9.2012. godine, pod poslovnim broj 435/12, Upravni odbor komore je po provedenim analizama utvrdio nespojivost djelatnosti advokature s djelatnošću prodaje hipotekovanih nekretnina i založenih nekretnina u vansudskim postupcima.

Advokatska komora je stanovišta da stoje razlozi da su u pitanju dvije zasebne i Zakonom o klasifikaciji djelatnosti nezavisne klasifikovane djelatnosti. Tim zakonom je jasno grupisana pod šifrom 69.10 djelatnost Pravnih poslova, a pod šifom 68.31 djelatnost Agencija za nekretnine.

Pri ovom, u domaćoj i komparativnoj advokatskoj praksi nema nikakve dileme da sem prevodilaštva, advokat ne može obavljati druge poslove koji imaju komercijalni karakter i da u tom pravcu za pružanje drugih usluga advokat ne može sticati profit. Važećim odredbama čl.2, čl.5 st.1 tač.5, čl.10 st.2, čl.29, čl.33 st.1 tač.4 i čl.75 Zakona o advokaturi jasno su predviđene obaveze, dužnosti i odgovornosti advokata u profesionalom vršenju advokature. Odredbom čl.89 st.1 tač.2 Statuta AK je kao disciplinski prestup predviđeno bavljenje poslovima koji ne spadaju u oblast advokature. U odsjeku IX Profesionalne etike advokata (st. 8 i 9) je propisano da se u advokatskoj kancelariji ne može obavljati druga djelatnost osim advokatske i to da advokat ne može radi sticanja prihoda, sem kao prevodilac, pružati druge usluge. To korespondira sa poglavljem 2.5 i sa čl. 2.5.3 Kodeksa etike

---

81000 PODGORICA, Bratstva i jedinstva br. 7, Tel: 020/602-805, Fax: 602-807;  
<http://www.advokatskakomora.me> E-mail: [advkomora@t-com.me](mailto:advkomora@t-com.me)

EU, koje pravi jasnu distinkciju da se advokat ne može baviti drugim poslovima koji nisu povezani sa pravnom strukom i da je dužan da poštuje pravila o zabranjenim nespojivim zanimanjima.

U konkretnom kontekstu, smo viđenja da postoji ozbiljna kolizija da se u predmetnim postupcima uključuju advokati i zastupaju interesa suprotstavljenih stranaka. Vansudska prodaja založenih nekretnina i pokretnina u vansudskom postupcima nije u okviru advokature i dijelimo Vaše profesionalno advokatsko stanovište.

U konačnom, izuzev navedenog, zaista postoji i mogu postojati velike nejasnoće, komplikacije i narušavanje ugleda advokature, kada se advokat uključuje u trgovačke poslove, kako pokretnih, tako i nepokretnih stvari, što realno ugrožava dostojanstvo advokatske profesije.

Stoga cijenimo Vašu inicijativu za razjašnjenje te problematike kao odgovornu i savjesnu, pa će zato nadležni organi Advokatske komore u skladu sa svojim ovlaštenjima izvršiti ostale kolege i crnogorsku javnost.



**PREDSJEDNIK  
ADVOKATSKE KOMORE CRNE GORE**  
Zdravko N. Begović, advokat

**Прилог 11 – Захтев за изјашњење поводом одговора Адвокатске коморе Црне Горе од 15.11.2012. (21.11.2012)**

АДВОКАТСКА КОМОРА ЦРНЕ ГОРЕ  
Број: 21.11.2012 год.  
ПОДГОРИЦА

Podgorica, 21.11.2012.godine

**ADVOKATSKA KOMORA  
CRNE GORE**

- **Predsjedniku Advokatske komora  
g-dinu Zdravku Begoviću**
- **ostalim članovima UO**

**PREDMET:** Zahtjev za izjašnjenje povodom Dopisa Predsjednika AK br.512/12 od 15.11.2012. godine

Uvažene kolege,

Dana 20.11.2012.godine, posredstvom više mojih klijenata, dostavljen mi je Dopis Advokatske komora CG, poslovne oznake br.512/12 od 15.11.2012.godine, kojim kolega Zdravko Begović, u svojstvu Predsjednika Advokatske komore Crne Gore, obavještava izvršnog direktora OAD "IUSTITIA" da je Upravni odbor AK "svestranim razmatranjem i po provedenim analizama, utvrdio nespojivost djelatnosti advokature sa djelatnošću prodaje hipotekovanih nepokretnosti u vansudskim postupcima".

Budući da nisam obaviješten o donošenju odluke Upravnog odbora o kojoj se u dopisu govori, jer se ista ne pominje u Zapisnicima sa sjednica Upravnog odbora koji se dostavljaju svim advokatima na teritoriji Crne Gore, niti je članovima AK ikada upućen bilo kakav Zaključak ili odluka u bilo kakvoj drugoj formi, vezano za pomenuto mišljenje Upravnog odbora AK, to ovim putem od Upravnog odbora AK zahtijevam:

- **da se izjasni, kada je, kako i u kojoj formi zauzeo stav o kome predsjednik Advokatske komore CG izvještava izvršnog direktora OAD "IUSTITIA", kolegu Vladana Bojića.**

Takođe, obzirom da se istim Dopisom pominje navodni nezakoniti rad kolega koji sprovode postupke vansudskih prodaja nepokretnosti, cijenim za potrebnim da se ovim putem osvrnem na navode istog Dopisa, kojim neko ko je po Statutu prvi čovjek AK, i ko ima obavezu da brine o interesu svih advokata, više desetina kolege stavlja „van zakona“ i najavljuje protiv njih medijsku hajku i disciplinsko gonjenje, i sve to prije nego li je iste kolege i pozvao da se izjasne u vezi sa pitanjem advokata Bojića.

Stoga, iako lično nisam kao ovlašćeno lice za prodaju proveo ni jedan postupak vansudske prodaje nepokretnosti, nalazim kao neophodno da se obratim Predsedniku I Upravnom



odboru i prije svega ukažem da desetine advokata koji se pružaju usluge kao ovlaštena lica za provodjenje vanskudskih prodaja nemaju u tim postupanjima problem sa advokatskom etikom.

Naime, Predsjednik komore se, obrazlažući svoje stanovište (ili kako se u Dopisu navodi – stanovište Upravnog odbora), poziva na Zakon o advokaturi, tumačeći da se advokat ne može baviti drugom registrovanom djelatnosti, pa u vezi sa prednjim isti nalazi da shodno Zakonu o klasifikacijama pravno zastupanje i posredovanje u prodaji nepokretnosti predstavljaju dvije odvojene djelatnosti.

U vezi sa prednjim treba posjetiti da, shodno članu 68.31 Zakona o klasifikacijama djelatnosti, djelatnost agencije za nekretnine obuhvata pružanje usluga u vezi sa nekretninama od strane agencija za nekretnine, pri čemu (kako se eksplicitno u istom članu navodi) isto ne obuhvata pravne poslove.

Sa druge strane, postupak vanskudske prodaje je zakonska procedura propisana Zakonom o svojinsko pravnim odnosima i Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju, tako da isto ne može biti ništa drugo nego postupak u kome asistenciju nekoj stranci može dati isključivo kvalifikovani punomoćnik, odnosno advokat. Pri tome treba imati u vidu upravo odredbu člana 2 Zakona o advokaturi, na koju se sam potpisnik Dopisa poziva, i koja govori da je advokatura nezavisna i samostalna služba, **koja pruža pravnu pomoć fizičkim i pravnim licima**. Dakle, sprovođenjem postupka vanskudske prodaje nepokretnosti, advokat ne postaje trgovac nekretninama, već se isti pojavljuje isključivo kao stručno lice za sprovođenje veoma komplikovane pravne procedure. Posebno naglašavamo da sprovođenje istog postupka, advokata ne čini profesionalnim trgovcem nekretninama, što bi predstavljalo kršenje člana 10 stav 2 pomenutog zakona, koji propisuje da advokat može da **profesionalno** obavlja samo advokatsku djelatnost.

Inače, analogiju iz odnosa advokat - prodavac možemo primijeniti i prilikom analiziranja odnosa prodavca i sudije, jer i sudija se profesionalno može baviti isključivo sudijskom djelatnošću. Pri tome, Zakon o klasifikaciji djelatnosti, pod šifrom 84.23 navodi da sudske i pravosudne djelatnosti obuhvataju:

- upravljanje sudovima i rad sudova za parnične i krivične postupke, vojnog sudstva i sudskog sistema, uključujući pravnog predstavnika i savjetnika kada je plaćen od strane države;
- izricanje presude i tumačenje zakona,
- arbitražu u građanskim sporovima
- upravljanje zatvorima i kazneno-popravnim domovima, uključujući i rehabilitacione usluge, bez obzira na to da li ove usluge pružaju državne ili privatne ustanove za naknadu

Kako se i može uočiti, Zakon ne propisuje mogućnost suda da obavlja djelatnost prodaje. Međutim, gle čuda, sudovi se svakodnevno bave prodajama, i još je u u svrhu istog donijet i Zakon o izvršenju i obezbjeđenju. Dakle, sud prema pomenutoj klasifikaciji ima pravo da donosi presude, ali ne i da prodaje nepokretnosti, a sa druge strane, kako reče i kolega Begović, Agencija za nekretnine ima pravo na posredovanje u kupovini, prodaji i iznajmljivanju nekretnina. Stoga, samo se postavlja pitanje potpisniku spornog Dopisa: ***Da li se sud prilikom postupka sudske prodaje nepokretnosti miješa u rad Agencije za nekretnine? Prema Zakonu o klasifikaciji proizilazi da se miješa, pa očekujem od Predsjednika AK, da o tome „obavijesti javnost“ I kod nadležnih prvaosudnih organa***



odboru i prije svega ukažem da desetine advokata koji se pružaju usluge kao ovlaštena lica za provodjenje vanskudskih prodaja nemaju u tim postupanjima problem sa advokatskom etikom.

Naime, Predsjednik komore se, obrazlažući svoje stanovište (ili kako se u Dopisu navodi – stanovište Upravnog odbora), poziva na Zakon o advokaturi, tumačeći da se advokat ne može baviti drugom registrovanom djelatnosti, pa u vezi sa prednjim isti nalazi da shodno Zakonu o klasifikacijama pravno zastupanje i posredovanje u prodaji nepokretnosti predstavljaju dvije odvojene djelatnosti.

U vezi sa prednjim treba posjetiti da, shodno članu 68.31 Zakona o klasifikacijama djelatnosti, djelatnost agencije za nekretnine obuhvata pružanje usluga u vezi sa nekretninama od strane agencija za nekretnine, pri čemu (kako se eksplicitno u istom članu navodi) isto ne obuhvata pravne poslove.

Sa druge strane, postupak vanskudske prodaje je zakonska procedura propisana Zakonom o svojinsko pravnim odnosima i Zakonom o izvršenju i obezbjeđenju, tako da isto ne može biti ništa drugo nego postupak u kome asistenciju nekoj stranci može dati isključivo kvalifikovani punomoćnik, odnosno advokat. Pri tome treba imati u vidu upravo odredbu člana 2 Zakona o advokaturi, na koju se sam potpisnik Dopisa poziva, i koja govori da je advokatura nezavisna i samostalna služba, **koja pruža pravnu pomoć fizičkim i pravnim licima**. Dakle, sprovođenjem postupka vanskudske prodaje nepokretnosti, advokat ne postaje trgovac nekretninama, već se isti pojavljuje isključivo kao stručno lice za sprovođenje veoma komplikovane pravne procedure. Posebno naglašavamo da sprovođenje istog postupka, advokata ne čini profesionalnim trgovcem nekretninama, što bi predstavljalo kršenje člana 10 stav 2 pomenutog zakona, koji propisuje da advokat može da **profesionalno** obavlja samo advokatsku djelatnost.

Inače, analogiju iz odnosa advokat - prodavac možemo primijeniti i prilikom analiziranja odnosa prodavca i sudije, jer i sudija se profesionalno može baviti isključivo sudijskom djelatnošću. Pri tome, Zakon o klasifikaciji djelatnosti, pod šifrom 84.23 navodi da sudske i pravosudne djelatnosti obuhvataju:

- upravljanje sudovima i rad sudova za parnične i krivične postupke, vojnog sudstva i sudskog sistema, uključujući pravnog predstavnika i savjetnika kada je plaćen od strane države;
- izricanje presude i tumačenje zakona,
- arbitražu u građanskim sporovima
- upravljanje zatvorima i kazneno-popravnim domovima, uključujući i rehabilitacione usluge, bez obzira na to da li ove usluge pružaju državne ili privatne ustanove za naknadu

Kako se i može uočiti, Zakon ne propisuje mogućnost suda da obavlja djelatnost prodaje. Međutim, gle čuda, sudovi se svakodnevno bave prodajama, i još je u u svrhu istog donijet i Zakon o izvršenju i obezbjeđenju. Dakle, sud prema pomenutoj klasifikaciji ima pravo da donosi presude, ali ne i da prodaje nepokretnosti, a sa druge strane, kako reče i kolega Begović, Agencija za nekretnine ima pravo na posredovanje u kupovini, prodaji i iznajmljivanju nekretnina. Stoga, samo se postavlja pitanje potpisniku spornog Dopisa: ***Da li se sud prilikom postupka sudske prodaje nepokretnosti miješa u rad Agencije za nekretnine? Prema Zakonu o klasifikaciji proizilazi da se miješa, pa očekujem od Predsjednika AK, da o tome „obavijesti javnost“ I kod nadležnih prvaosudnih organa***

**inicira pokretanje disciplinskih postupaka protiv svih sudija koji su vršili prodaje neopkretnosti.**

Posebno su, u smislu prednjeg „miješanja“ upečatljive odredbe člana 172 Zakona o izvršenju i obezbjeđenju („Sl.list CG“ br.36/11), koji govori da se prodaja nepokretnosti vrši se putem usmenog javnog nadmetanja ili neposrednom pogodbom, te člana 174 stav 3 istog zakona gdje se navodi da će se na predlog izvršnog povjerioca ili izvršnog dužnika, datum, mjesto i uslovi prodaje **objaviti u medijima**. Interesantno bi bilo čuti da li navedeno, po stavu Predsjednika, ili stavu Upravnog odbora (kako se zvanično u Dopisu govori), znači da se postupajući sudija, koji vrši postupak prodaje, javno reklamira u medijima, kao prodavac nepokretnosti, odnosno da li javno oglašava da, u svojoj ponudi nudi i usluge Agencije za nekretnine. Takođe, kada već vrši posao Agencije za nekretnine, možda bi, u tom slučaju, isti sudija, prilikom zakazivanja drugog ročišta (na kom se nepokretnosti prodaju po početnoj prodajnoj cijeni koja iznosi 50% od utvrđene tržišne vrijednosti) mogao i na oglasu da istakne **“ekstra povoljno, u pola cijene”**.

Prednja analogija samo potvrđuje da nema nikakvog smisla u tumačenju Zakonskih odredbi, na način predstavljen u Dopisu.

Osim prednjeg stav da advokat može sprovesti postupak vansudske prodaje potvrđuje i presuda Višeg suda u Podgorici, Gž.br.1649/2011-09 od 29.04.2011.godine, odnosno presuda Apelacionog suda PŽ. 231/12 od 07.06.2012.godine, kojima su pravosnažno odbijeni zahtjevi za oglašenje ništavim člana 9 Ugovora o hipoteci, a kojim je propisano da hipotekarni povjerilac može sam sprovesti postupak vansudske prodaje, odnosno da istu prodaju **može povjeriti advokatu**, ili Agenciji za prometovanje nekretnina, po svom nahođenju. Kako sud i po službenoj dužnosti vodi računa o ništavosti pravnog posla, to je nedvosmisleno da se navedenim presudama viših sudskih instance potvrđuje da advokat **ima sva zakonska ovlaštenja da vrši vansudsku prodaju nepokretnosti. Ali opet izgleda da stav našeg Predsjednika i/ili Upravnog odbora imaju veću i jaču snagu od Zakona i pravosnažnih sudskih odluka .**

Takođe, treba podsjetiti da je i Notarska komora Crne Gore, na nedavno održanom savjetovanju, a u prisustvu i uz učešće eminentnih imena iz oblasti svojinsko pravnih odnosa: profesora Rašovića iz Podgorice, te profesora Perovića i Orlića iz Beograda, zauzela stav da hipotekarni povjerilac ne može sam sprovesti postupak vansudske prodaje, niti u tom pogledu može formirati komisiju, pa ukoliko imamo kao nesporno da nemamo registrovanih Agencija za promet nepokretnosti, da još nije zaživio insitut javnih izvršitelja, dolazimo do zaključka da je ustvari stanovište predsjednika Begovića da vansudska prodaja i ne postoji u praksi, već da predstavlja samo pravnu fikciju i da hipotekarni povjerioci i pored zakonom jasno određenih prava i ugovorom preciziranih postupaka, jednostavno ne može provesti vansudsku prodaju nepokretnosti hipotekarnog dužnika.

Na kraju, možemo prihvatiti da je sve prednje navedeno pogodno različitim tumačenjima, na osnovu čega čak i zlonamjerni mogu pronaći uporište za svoje stavove u pojedinim interpretacijama zakona, a sve u svrhu pokušaja diskreditovanja rada više desetina kolega advokata koji se pojavljuju kao ovlašćena lica u postupcima vansudskih prodaja i od kojih su neki očigledno nelojalni predsjedniku Komore. Međutim Zakon o izvršenju i obezbjeđenju ima i član koji nije podoban nikakvom različitom tumačenju i shvatanju, a to je član 201, čija odredba propisuje: **„Na vansudsku prodaju nepokretnosti koja je opterećena hipotekom, a radi namirenja potraživanja hipotekarnog povjerioca**



**shodno se primjenjuju odredbe ovog poglavlja, ako zakonom kojim se uređuju svojinskopравни odnosi nije drukčije određeno. Hipotekarni povjerilac može ovlastiti javnog izvršitelja, ADVOKATA ili registrovanu agenciju za promet nepokretnostima da izvrši prodaju nepokretnosti iz stava 1 ovog člana, u skladu sa zakonom.**

Dakle, zakonska odredba kojom se advokatu daju ovlašćenja u vansudskom postupku prodaje, ne može biti preciznije definisana od citirane formulacije. Zbog toga, sviđala se ona nekome ili ne, ista proizvodi pravno dejstvo sve do momenta eventualnih izmjena Zakona, prestanka važenja Zakona, ili oglašavanja da je sporna odredba Zakona suprotna Ustavu.

Zbog navedenog, ostaje pitanje, o čemu će to Predsjednik da izvijesti javnost, i o kakvim disciplinskim odgovornostima u svom Dopisu govori. Da li će informisati medije da će protiv pojedinih advokata biti procesuirani postupci utvrđivanja disciplinske odgovornosti, jer postoji osnovana sumnja da isti primjenjuju Zakon, ili će konačno javno izaći i reći da pokušava da kazni kolege koji s pravom drugačije misle, koristeći upit kolege Bojića ili možda želi da se advokatima uzme I ono malo posla koji je preostao nakon uvođenja notara I javnih izvršitelja ,

Moram naglasiti da se radi o jako osjetljivoj temi, obzirom da su u pitanju postupci prodaje nepokretnosti koje mahom predstavljaju domove hipotekarnih dužnika. Obzirom na ovu činjenicu, jasno je da nije ni logično da dužnik bude ravnodušan prema čovjeku koji prodaje njegov dom, nosila ta osoba titulu sudije, notara, izvršitelja ili advokata.

Stoga, ukoliko bi predsjednik Begović ispunio svoju namjeru i **„obavijestio javnost o nezakonitim postupanjima advokata“**, od istih kolega bi napravio legitimnu metu, pa bi se moglo reći da bi otvorio sezonu lova na „nepodobne advokate“. Pri tome bi se vjerovatno neko od dužnika koji bi pribjegao bilo kakvoj nedozvoljenoj radnji protiv nekog od advokata mogao jasno pozvati na mišljenje našeg Predsjednika ili Upravnog odbora.

Imajući u vidu sve prednje izneseno jasno je da ne može postojati nikakva zabrana advokata da pruži pravnu pomoć klijentu, na način što će sprovesti postupak vansudske prodaje, isto kao što pruža pravnu pomoć klijentu kada sačinjava podnesak ili predstavku u njegovo ime, pa smatram da najmanje što Predsjednik I Upravni odbor mogu da učine u ovom trenutku I umanje štetu koju su napravili je da se ograde od navedenog Dopisa . A kako će u tom slučaju obavijestiti javnost neka sami odluče.

S poštovanjem

Vanja Mugoša, advokat



**Прилог 12 – Пресуда Апелационог суда Црне Горе Пж. бр. 231/12 од 7.6.2012.**

APELACIONI SUD CRNE GORE  
Pž.br. 231/12

APELACIONI SUD CRNE GORE, u vijeću sastavljenom od sudija Marije Marinković, kao predsjednika vijeća, Mevlide Muratović i Lidlje Ivanović, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužioca "KRIVOKAPIĆ COMPANY" D.O.O., Herceg Novi, koga zastupa punomoćnik Vukašin Šimrak, advokat iz Herceg Novog, protiv tuženog "HYPO ALPE-ADRIA BANK" AD, Podgorica, koga zastupa punomoćnik Vanja Mugoša, advokat iz Podgorice, a ovog zamjenjuje Zoran Mijović, advokat iz Podgorice, radi utvrđenja, odlučujući o žalbi tužioca izjavljenoj protiv presude Privrednog suda u Podgorici Pž. br.526/11 od 26.12.2011. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 7.06.2012. godine donio je

P R E S U D U

Odbija se žalba kao neosnovana i potvrđuje presuda Privrednog suda u Podgorici P. br. 526/11 od 26.12.2011. godine.

O b r a z l o ž e n j e

Presudom Privrednog suda u Podgorici P.br.526/11 od 26.12.2011. godine, odlučeno je:

"Odbija se tužbeni zahtjev kojim je traženo da se utvrdi da je odredba člana 9 ugovora o hipoteci zaključenog između „Hypo Alpe-Adria Bank“, AD, Podgorica i Mitrović Špira Anke, Sacramento, California, ovjeren kod Osnovnog suda u Herceg Novog, pod Ov. br. II-208/2007, od 30.04.2007. godine, ništava i ne proizvodi pravno dejstvo od trenutka zaključenja i ovjere ugovora, te da se sve pravne posljedice proizvedene tom odredbom ugovora smatraju ništavim.

Odbija se predložena privremena mjera kojom je traženo da se zabrani tuženom sprovođenje započete vansudske prodaje nepokretnosti upisanih u LN 562. KO Bijela i to: katastarska parcela br. 1688, plan 12, skica 330, površine 555 m<sup>2</sup>, katastarska parcela br. 1689, plan 12, skica 330, površine 338 m<sup>2</sup>, katastarska parcela br. 1690, plan 12, skica 330, površine 971 m<sup>2</sup>, katastarska parcela br. 1691, plan 12, skica 330, površine 3342 m<sup>2</sup>, izvrši upis privremene mjere u javnu knjigu po zahtjevu tužioca kao predlagača kod nadležne Uprave za nekretnine Crne Gore, područna jedinica Herceg Novi, te zabrani tuženom postupanje u skladu sa članom 9 ugovora o hipoteci, ovjerenog kod Osnovnog suda u Herceg Novom, pod Ov. br. II-



odluke. Naime, u konkretnom slučaju Ugovor je zaključen u pisanoj formi, ovjeren od strane nadležnog organa i sadrži sve ostale bitne elemente predviđene navedenom zakonskom odredbom ( ime, naziv i sjedište Hipotekarnog dužnika i hipotekarnog povjerioca, potraživanje koje se obezbjeđuje predmet hipoteke sa svim potrebnim elementima, prava i obaveze ugovornih strana rok dospjeća, kao i kome će biti povjerena vansudska prodaja nepokretnosti), kako se to pravilno navodi u pobijanoj odluci.

Odredba člana 11 Zakona o hipoteci ne isključuje mogućnost da se vansudska prodaja povjeri hipotekarnom povjeriocu, niti je ta mogućnost u suprotnosti sa ostalim odredbama Zakona o hipoteci.

Imajući u vidu naprijed izloženo prvostpeeni sud je praviln primijenio materijaln pravo kad aje odbi tužbeni zahtjev nalazećći da sporna odrefba člana 9. Ugovora o hipoteci nije ništava u smislu člana 103. ZOO, jer nije u suprotnosti sa odredbom člana 11. Zakona o hipoteci, obzirom da je ugovor zaključen kao izraz slobodne volje ugovarača .

Sa izloženom odlučeno je kao u izreci - član 382. ZPP-a.

APELACIONI SUD CRNE GORE  
Podgorica, 7.06.2012. godine

PREDSJEDNIK VIJEĆA  
Marija Marinković s.r.luje  
Ovlašćeni službenik suda  
*Marija Marinković*

17.05.2011

Gž.br. 1649/2011-09

VIŠI SUD U PODGORICI, kao drugostepeni, u vijeću sastavljenom od sudija Ranke Vuković, kao predsjednika vijeća, Senke Danilović i Verice Sekulić, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužioca Peročević Muja iz Bara, koga zastupa Mirović Milić, advokat iz Bara, protiv tuženog „Hipo Alpe Adria Bank“ AD Podgorica, koga zastupa punomoćnik Mugoša Vanja, advokat iz Podgorice, radi poništaja ugovora v.s. 500.00 Eura, odlučujući o žalbama stranaka protiv presude Osnovnog suda u Danilovgradu P.br. 275/10-09 od 05.02.2011. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 29.04.2011. godine, donio je

#### PRESUDU

POTVRDJUJE SE presuda Osnovnog suda u Danilovgradu P.br. 275/10-09 od 05.02.2011. godine u odbijajućem dijelu prvog stava izreke i žalba tužioca odbija kao neosnovana.

PREINAČAVA SE ista presuda u usvajajućem dijelu prvog stava izreke i izriče:

ODBIJA SE kao neosnovan zahtjev tužioca da se utvrdi da je dio odredbe čl. 9 Ugovora o hipoteci Ov.br. 7809/07, koji glasi „odnosno da ima pravo da tu prodaju povjeri advokatu ili agenciji za promet nekretnina po svom naodjenju“ a koji je zaključen između parničnik stranaka 04.12.2007. godine, ništav i da ne proizvodi pravno dejstvo.

Obavezuje se tužilac da plati tuženom iznos od 375,00 eura na ime parničnik troškova.

#### Образложење

Jovović, Mugoša & Vuković  
ADVOKATSKA KANCELARIJA  
20. 05. 2011  
P A L J E N O

Prvostepenom presudom odlučeno je:

„DJELIMIČNO SE USVAJA tužbeni zahtjev tužioca, pa se utvrđuje da je dio odredbe čl. 9 Ugovora o hipoteci, zaključen između parničnih stranaka dana 04.12.2007. godine, ovjeren kod Osnovnog suda u Podgorici pod Ov.br. 7809/07, koji glasi „Odnosno, da ima pravo da tu prodaju povjeri advokatu ili agenciji za promet nekretnina, po svom nađđenju“, ništav i da ne proizvodi pravno dejstvo, dok se za preostali dio zahtjeva, koji glasi „ugovorne strane su saglasne da hipotekarni povjerilac može sam sprovesti vansudsku prodaju založene nepokretnosti“, tužbeni zahtjev odbija kao neosnovan.

Svaka stranka snosi svoje troškove spora“.

Protiv te presude parnične stranke su blagovremeno podnijele žalbe.

Tužilac pobija presudu zbog bitnih povreda odredbi parničnog postupka i pogrešne primjene materijalnog prava, pa predlaže da se tužbeni zahtjev u odbijajućem dijelu usvoji, ili ukine i predmet vrati na ponovno sudjenje.

Tuženi pobija presudu u usvajajućem dijelu zbog svih zakonskih razloga, predlažući da se ukine i predmet vrati na ponovno sudjenje.

Ispitujući pobijanu presudu u smislu čl. 379 ZPP, ovaj sud nalazi da je žalba tužioca neosnovana, dok je žalba tuženog osnovana.

Prvostepena presuda u odbijajućem dijelu izreke donijeta je na osnovu potpuno i pravilno utvrdjenog činjeničnog stanja, pravilnom primjenom materijalnog prava i bez počinjenih bitnih povreda odredbi ZPP. Za svoju odluku taj sud je dao jasne i valjane razloge koje prihvata i ovaj sud i na njih upućuje žalioaca.

Pravilno je odlučio prvostepeni sud kada je odbio zahtjev tužioca da se utvrdi da je ništava odredba čl. 9 Ugovora o hipoteci koji su zaključile parnične stranke a koja se odnosi na mogućnost da tuženi



sa odredbom čl. 26 Zakona o hipoteci (Sl. list RG br. 52/04), prema kojoj hipotekarni povjerilac može pristupiti vansudskoj prodaji nepokretnosti opterećenih hipotekom, pod uslovima predviđenim odredbama navedenog zakona, zbog čega je aktivno legitimisan u postupku vansudske prodaje, nasuprot žalbenim navodima tužioca.

Prvostepena presuda u usvajajućem dijelu donijeta je bez počinjenih bitnih povredi odredbi ZPP, na osnovu pravilno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja, ali uz pogrešnu primjenu materijalnog prava, zbog čega je preinačena.

Naime, iz spisa proizilazi da su parnične stranke zaključile 04.12.2007. godine Ugovor o hipoteci, čiji su predmet nekretnine opisane u čl. 1 Ugovora, radi obezbjedjenja potraživanja hipotekarnog povjerioca – tuženog, prema hipotekarnom dužniku – tužiocu, po osnovu ugovora o hipotekarnom kreditu u iznosu od 80.000,00 eura. Prema odredbi čl. 9 ugovora, ugovorne strane su se saglasile da hipotekarni povjerilac – ovdje tuženi, može sam sprovesti vansudsku prodaju založene nepokretnosti, što je u skladu sa čl. 26 Zakona o hipoteci, odnosno da ima pravo da tu prodaju povjeri advokatu ili agenciji za promet nekretnina, po svom naodjenju. Dakle, radi se o saglasnosti volja ugovarača, a ta odredba nije u suprotnosti sa odredbom čl. 11 Zakona o hipoteci, niti ostalim odredbama tog zakona. Navedena odredba predviđa da ugovor o hipoteci sadrži, između ostalog, naziv ili ime i adresu ili sjedište lica kome će biti povjerena vansudska provjera. Ugovorne strane su prema sadržini odredbe čl. 9 Ugovora, dovoljno odredile lice koje je ovlašćeno da sprovede vansudsku prodaju, a to naravno može biti advokat, agencija, notar i sl. koje će u postupku vansudske prodaje imati odgovarajuće ovlašćenje za to, što se i podrazumijeva budući da je hipotekarni povjerilac nosilac vansudske prodaje, a kako se radi o pravnom licu, to se podrazumijeva da ovlašćeno lice za njegov račun vrši potrebne radnje u tom pravcu. Dakle, odredba čl. 9 Ugovora, nasuprot navodima tužioca, kao i zaključku prvostepenog suda nije ništava u smislu čl. 103 ZOO, što je razlog da se tužbeni zahtjev u ovom dijelu takodje odbije kao neosnovan.

Zakon o hipoteci svojim odredbama propisao je između ostalog da se hipotekarni dužnik obavještava blagovremeno o postupku vansudske prodaje, pri čemu predviđa formalne i materijalne uslove, decidno nabrojane, pa hipotekarni dužnik, a tužilac u ovoj parnici na taj način, a i ostalim odredbama, zaštićen je u potpunosti, pa je sporno i pitanje pravnog interesa za ništenje odredbe čl. 9 zaključenog ugovora, ali to nije odlučujuće u ovoj pravnoj stvari.

Ovaj sud je obavezao tužioca da plati tuženom parnične troškove u iznosu od 375,00 eura, u smislu čl. 152 ZPP, te odredbi važeće AT CG, a isti se odnose na troškove pristupa od strane advokata na četiri odložena ročišta po 37,50 eura, sastava odgovora na tužbu – 75,00 eura i sastava žalbe – 150,00 eura, prema vrijednosti spora koja je u smislu čl. 31 ZPP označena u tužbi na iznos od 500,00 eura. Neprivatljiva je vrijednost spora označena na iznos od 50.000,00 eura, jer iako je tuženi ukazivao da ista ne može biti 500,00 eura, o tome se u toku postupka do zaključenja glavne rasprave nije odlučivalo. Ovaj sud je prihvatio samo troškove koje je tuženi opredijelio na ročištu od 18.05.2010. godine, dok ostale tražene nije prihvatio imajući u vidu da ih na završnoj raspravi nije precizirao, a da je troškovnik dostavio nakon roka koji mu je odredio sud (8 dana) a ovo u smislu čl. 161 ZPP.

Sa izloženog, odlučeno je kao u izreci primjenom čl. 382 i 387 tač. 4 ZPP.

VIŠI SUD U PODGORICI  
dana 29.04.2011. godine

PREDSJEDNIK VIJEĆA-SUDIJA  
Ranka Vuković, s.r.

Tačnost otpravka tvrdi i ovjerava  
ovlašćeni službenik suda





**Prikaz odluke suda**

**Broj predmeta:** 899/12  
**Sud:** Vrhovni sud Crne Gore  
**Odjeljenje:** Građansko odjeljenje  
**Vrsta predmeta:** REV - Revizija  
**Vrsta odluke:** Presuda  
**Datum odluke:** 26.12.2012.  
**Prethodna odluka:** -

VRHOVNI SUD CRNE GORE  
Rev.br.899/12

VRHOVNI SUD CRNE GORE, u vijeću sastavljenom od sudija Radoja Oroviča, kao predsjednika vijeća, Vesne Begović, Dušanke Radović, Dragice Milačić i Gavrila Čabarkape, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužioca D.D., iz K., protiv tužene K. D. iz K., i N. R. iz P., koga zastupa punomoćnik J.B.N., advokat iz P., uz učešće N.R. iz B. i R.D iz K., koji je ujedno i punomoćnik N.R., oboje kao umješaci na strani tužioca, radi ništavosti ugovora o hipoteci i duga, v.s. 10.500,00 €, odlučujući o reviziji tužioca i umješaca, izjavljenoj protiv presude Višeg suda u Podgorici Gž.br.5220/11-08 od 11.05.2012.godine, u sjednici vijeća održanoj dana 26.12.2012.godine, donio je

**P R E S U D U**

Revizija se odbija kao neosnovana.

**O b r a z l o ž e n j e**

Presudom Osnovnog suda u Podgorici P.br.1784/10 od 28.03.2011. godine odlučeno je: "Djelimično se usvaja tužbeni zahtjev, pa se obavezuje tužena I reda da tužiocu na ime duga isplati iznos od 40.000,00 €, uz obračun pripadajuće zakonske zatezne kamate od 12.02.2009.godine pa do konačne isplate, u roku od 15 dana po pravosnažnosti presude.

Odbija se tužbeni zahtjev u dijelu kojim je traženo da se obaveže tužena I reda da na dosudjeni iznos duga tužiocu isplati zakonsku zateznu kamatu obračunatu i za period od 04.09.2007.godine do 12.02.2009.godine, kao neosnovan.

Odiya se tužbeni zahtjev u dijelu kojim je traženo da se solidarno sa tuženom I reda obaveže i tuženi II reda da tužiocu na ime duga isplati iznos od 40.000,00 €, kao i u dijelu kojim je traženo da se utvrdi da je ništav ugovor Ov.br.31341/07 od 13.09.2007.godine, kao neosnovan.

Obavezuje se tužilac da tuženom II reda na ime naknade troškova postupka isplati iznos od 1.000,00 €, u roku od 15 dana po pravosnažnosti presude."

Presudom Višeg suda u Podgorici Gž.br.5220/11-08 od 11.05.2012. godine odlučeno je: "Odbijaju se žalbe tužioca i umješaca kao neosnovane i potvrđuje presuda Osnovnog suda u Podgorici P.br.1784/10 od 28.03.2011.godine u stavu prvom, drugom i trećem izreke.

Preinačava se rješenje o troškovima postupka sadržano u stavu četvrtom izreke prvostepene presude i izriče:

Obavezuje se tužilac da tuženom drugog reda na ime troškova postupka isplati iznos od 2.100,00 €."

Protiv drugostepene presude tužilac i umješaci su blagovremeno izjavili reviziju zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka i pogrešne primjene materijalnog prava. Predložili su da se nižestepene presude ukinu i predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno sudjenje ili da se iste preinače na način što će se usvojiti postavljeni tužbeni zahtjev.

Odgovor na reviziju nije podnjet.

Po razmatranju spisa predmeta, ovaj sud je ispitao pobijanu presudu u smislu odredbe



čl.401 ZPP, pa je našao da je revizija neosnovana.

Pobijana i prvostepena presuda ne sadrže bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl.367 st.2 tačka 12 ZPP-a, na čije postojanje ovaj sud pazi po službenoj dužnosti.

Neosnovano se revizijom ukazuje da je počinjena bitna povreda postupka koja bi se sastojala u tome da nižestepene presude imaju nedostataka, jer da je izreka nerazumljiva i protivrječna razlozima same presude, da nijesu navedeni razlozi o odlučnim činjenicama i da postoji protivrječnost između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržini pojedinih isprava i samih tih isprava, odnosno zapisnika (čl.367 st.2 tač.15 ZPP). Prvostepeni sud je u obrazloženju svoje presude dao jasne i potpune razloge o svim odlučnim činjenicama, koji su u skladu sa izrekom presude i koji međusobno nijesu kontradiktorni. Drugostepeni sud je u obrazloženju pobijane presude dao potrebne razloge koji su bili odlučni za ocjenu osnovanosti bitnih žalbenih navoda.

Neosnovano se revizijom ukazuje na pogrešnu primjenu materijalnog prava.

Iz činjenica utvrđenih u postupku pred prvostepenim sudom proizilazi da je tužilac prvotuzženoj, koja mu je kćerka, pozajmio iznos od 40.000 €, za dug njenog preduzeća "B." DOO iz P., koji dug je to preduzeće imalo prema preduzeću "L." DOO iz B.. Dalje je utvrđeno da je tužilac prvotuzženoj dao punomoćje za zaključenje Ugovora o hipoteci na nepokretnosti koja je upisana na tužioca, a u cilju garancije vraćanja navedenog duga, po kojem punomoćju je prvotuzžena dana 13.09.2007. godine zaključila Ugovor o hipoteci.

Pravilno su nižestepeni sudovi odlučili kada su prvotuzženu obavezali da tužiocu isplati traženi iznos duga, a isti zahtjev prema drugotuzženom odbili kao neosnovan, kao i zahtjev za utvrđenje ništavosti ugovora o hipoteci.

Polazeći od utvrđenog činjeničnog stanja, pravilan je zaključak nižestepenih sudova da postoji obaveza prvotuzžene kao zajmoprimca da tužiocu kao zajmodavcu, na ime duga - pozajmice isplati iznos od 40.000 €. Prema drugotuzženom ne postoji takva obaveza jer tuženi nije vršio pozajmicu od tužioca i ne može biti solidarno odgovoran sa prvotuzženom prema tužiocu.

Pravilan je i zaključak nižestepenih sudova da tuženi nijesu pasivno legitimisani u odnosu na tužbeni zahtjev za utvrđenje ništavosti pobijanog ugovora. Prema Ugovoru o hipoteci, ugovorne strane su tužilac, kao hipotekarni dužnik i DOO "L." kao hipotekarni povjerilac, koji su ugovor zaključili preko tuženih kao svojih punomoćnika. Tužilac je tužbenim zahtjevom, kojim traži utvrđenje ništavosti ugovora o hipoteci, obuhvatio samo punomoćnike ugovornih strana, koji su u ime svojih poslodavaca potpisali ugovor, te stoga kao punomoćnici ugovornih strana ne mogu biti pasivno legitimisani u odnosu na zahtjev za utvrđenje ništavosti pobijanog ugovora.

Revizijski navodi kojima se ukazuje da je Ugovor o hipoteci zaključen bez saglasnosti umješaača, a odnosi se na imovinu na koju umješaači imaju pravo susvojine, po osnovu nasljedja iz smrti njihove majke, a tužioceve supruge - su bili žalbeni navodi, na koje je drugostepeni sud dao potpun odgovor.

Sa iznijetih razloga, primjenom čl.408 ZPP-a, odlučeno je kao u izreci.

VRHOVNI SUD CRNE GORE  
Podgorica, 26.12.2012.godine

PREDSJEDNIK VIJEĆA,  
Radoje Orović s.r.

**Prikaz odluke suda**

**Broj predmeta:** 1016/12  
**Sud:** Vrhovni sud Crne Gore  
**Odjeljenje:** Građansko odjeljenje  
**Vrsta predmeta:** REV - Revizija  
**Vrsta odluke:** Presuda  
**Datum odluke:** 19.12.2012.  
**Prethodna odluka:** -

VRHOVNI SUD CRNE GORE  
Rev.br.1016/12

Vrhovni sud Crne Gore, u vijeću sastavljenom od sudija Julke Badnjar, kao predsjednika vijeća, Natalije Filipović, Branimira Femića, Rade Kovačević i Radojke Nikolić, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužioca S.R. iz D., koga zastupa punomoćnik J.B-N., advokat iz P. protiv tuženih: H.A.A.B. – AD P., koga zastupa punomoćnik V.M., advokat iz P., a po zamjениčkom punomoćju P.K. diplomirani pravnik, R.R. iz D. i U.N. PJ D., radi utvrđenja ništavosti ugovora, odlučujući o reviziji tužioca izjavljenoj protiv presude Višeg suda u Podgorici Gž.br.886/12-11 od 03.07.2012. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 19.12.2012. godine, donio je,

**P R E S U D U**

Revizija se odbija kao neosnovana.  
Svaka stranka snosi svoje troškove revizijskog postupka.

**O b r a z l o ž e n j e**

Presudom Višeg suda u Podgorici Gž.br.886/12-11 od 03.07.2012. godine, odbijena je kao neosnovana žalba tužioca i potvrđena presuda Osnovnog suda u Danilovgradu P.br.45/11 od 19.10.2011. godine, kojom je odlučeno:

„Odbija se tužbeni zahtjev kojim je tužilac tražio da se utvrdi ništavost ugovora o hipoteci br.721/07 od 10.10.2007.godine, zaključenog između tuženih I i II reda, kao neosnovan.

Odbija se tužbeni zahtjev kojim je tužilac tražio da se obavežu tuženi da mu solidarno nadoknade štetu na ime nezakonitog stavljanja nepokretnosti iz lista nepokretnosti br.701 KO Glavica pod hipoteku, kao neosnovan.

Obavezuje se tužilac da tuženom I reda nadoknadi troškove postupka u iznosu od 750,00 eura u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti presude.“

Protiv drugostepene presude tužilac je blagovremeno izjavio reviziju zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Predložio je da se presude nižestepениh sudova preinače i usvoji tužbeni zahtjev tužioca ili pak, da se iste ukinu i predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno sudjenje.

U odgovoru na reviziju prvotužena je u cjelosti osporila navode iste, ukazujući da su isti neosnovani a sa predlogom da se revizija tužioca odbije kao neosnovana, a tužilac obaveže da prvotuženoj naknadi troškove postupka na ime sastava odgovora na reviziju po AT-u i takse na odgovor na reviziju.

Po razmatranju spisa u smislu čl.401. ZPP-a, ovaj sud je našao da je revizija neosnovana.

U postupku kod nižestepениh sudova nije počinjena bitna povreda odredaba parničnog postupka iz čl.367. st.2. tač.12. ZPP-a, na čije postojanje ovaj sud pazi po službenoj dužnosti.

Neosnovano se revizijom ukazuje i na pogrešnu primjenu materijalnog prava. Naime, u postupku koji je prethodio donošenju pobijane presude a na osnovu provedenih dokaza, koji su pravilno cijenjeni u smislu čl.9. ZPP-a je utvrđeno da je prvotuženi, u svojstvu hipotekarnog

povjerioca sa drugotuženim, kao hipotekarnim dužnikom dana 10.10.2007. godine, zaključio ugovor o hipoteci, kojim se drugotuženi, inače sin tužioca saglasio da se izvrši upis hipoteke na nepokretnostima upisanim u listu nepokretnosti br.701 KO G., a radi obezbjeđenja potraživanja hipotekarnog povjerioca prema dužniku "Š.T." DOO iz D. po osnovu ugovora o kreditu br.Kr 720/07 od 10.10.2007. godine, u iznosu od 50.000,00 eura. U postupku je utvrđeno da su nekretnine koje su bile predmet ugovora o hipoteci od formiranja drugog operata za KO G., koji je stupio na snagu 1981. godine u popisnom listu br.401 na kat. 2086 bile upisane na drugotuženog, a potom i na osnovu rješenja Komisije za izlaganje na javni uvid podataka premjera katastarskog klasiranja zemljišta i upisa prava na nepokretnosti br.389 od 18.06.1993. godine, a da je tužilac uknjižen kao nosilac prava svojine na predmetnim nekretninama rješenjem U.N - Područne jedinice D. br.120-954- UP-106/09 od 23.11.2009. godine, a po osnovu ugovora o kupoprodaji Ov.br.l br.4/74 od 04.01.1974. godine, ugovora o poklonu Ov.l br.1812/79 od 01.10.1979. godine, i izjave date na zapisnik dana 16.03.2009. godine.

Kod naprijed navedenog činjeničnog utvrđenja prvostepenog suda i po nalaženju ovog suda, nižestepeni sudovi su pravilno primjenili materijalno pravo kada su tužbeni zahtjev tužioca odbili, kao neosnovan, nalazeći da ugovor o hipoteci nije apsolutno ništav u smislu čl.103. ZOO-a, koji je važio u vrijeme zaključenja ugovora.

Bez osnova su navodi revizije da je ugovor o hipoteci apsolutno ništav, uz isticanje da je tužilac isključivi vlasnik i držalac nekretnina upisanih u listu nepokretnosti br.701 KO G., koje je stekao na osnovu ugovora o poklonu Ov.br.1812/79 od 01.10.1979. godine. Jer, nasuprot navodima revidenta u postupku je utvrđeno da su u vrijeme zaključenja ugovora o hipoteci nekretnine, koje su bile predmet ugovora bile upisane kao svojina drugotuženog 1/1, u listu nepokretnosti br.701 KO G., a da je tužilac nakon dvije godine, od zaključenja ugovora izdejstvovao uknjižbu na svoje ime rješenjem U.N. - Područne jedinice D. br.120-954-UP-106/09 od 23.11.2009. godine, što znači da je tužilac shodno čl.33. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa pravo svojine na predmetnim nepokretnostima, po osnovu pravnog posla - ugovora o poklonu stekao upisom 2009. godine a ne kako to revident tvrdi 1979. godine.

S druge strane, kako je drugotuženi u vrijeme zaključenja ugovora o hipoteci bio upisan kao vlasnik spornih nekretnina 1/1, to nasuprot navoda revizije nije bila potrebna tužiočeva saglasnost za zaključenje ovog ugovora.

Imajući u vidu naprijed navedeno reviziju tužioca je valjalo odbiti kao neosnovanu.

Odluka o troškovima postupka je donesena saglasno odredbi čl.152. st.2. u vezi čl.153. st.1. ZPP-a, na osnovu kojih je odlučeno da svaka stranka snosi svoje troškove revizijskog postupka.

S izloženog, a primjenom čl.408. ZPP odlučeno je kao u izreci.

VRHOVNI SUD CRNE GORE  
Podgorica, 19.12.2011. godine

Predsjednik vijeća,  
Julka Badnjar,s.r.



## Прилог 18 – Уговор о континуираној хипотеци



Br. 600-68/3

### UGOVOR O KONTINUIRANOJ HIPOTECI

Zaključen u Beranama, dana 29.01.2010. godine između:

1. **HIPOTEKARNE BANKE AD Podgorica**, sa sjedištem u Podgorici, ulica Josipa Broza Tita br. 67, mat. br. 02085020, koju zastupaju izvršni direktori Esad Zaimović i Ana Golubović, (u daljem tekstu: HIPOTEKARNI POVJERILAC) i

2. **GAMA-KOM DOO**, ul. Velimira Jakića bb, sa sjedištem u Pljevljima, PIB 02179067, kojeg zastupa izvršni direktor Čepić Duško (u daljem tekstu: HIPOTEKARNI DUŽNIK)

3. **Čepić Duško** iz Pljevalja, ul. Velimira Jakića bb, JMBG 3005959290027, (u daljem tekstu: HIPOTEKARNI DUŽNIK)

#### PREDMET UGOVORA

##### Član 1.

Hipotekarni dužnik se obavezuje da, radi obezbjeđenja potraživanja hipotekarnog povjerioca, dozvoli upis u katastar nepokretnosti založnog prava - hipoteke na nepokretnosti u svojoj **GAMA-KOM DOO**, upisanoj u Listu nepokretnosti broj 341 KO Pljevlja, Uprava za nekretnine, Područna jedinica Pljevlja i to na:

-katastarskoj parceli broj 5918, skica 218 potes Varoš, ukupne površine 418 m<sup>2</sup>, po načinu korišćenja: dvorište površine 337 m<sup>2</sup>, porodična stambena zgrada, broj zgrade 1, površine 81 m<sup>2</sup> te na  
- porodičnoj stambenoj zgradi, broj zgrade 1, spratnost P, površine 81 m<sup>2</sup> u osnovi sa: PD 1, nestambeni prostor, spratnost 1P, površine 16 m<sup>2</sup> i PD 2, stambeni prostor, spratnost P, površine 65 m<sup>2</sup>, koja se nalazi na katastarskoj parceli broj 5918,

te na:

- hipoteke na nepokretnostima u svojoj **Čepić Duška** upisanim u Listu nepokretnosti broj 564 KO Pljevlja, Uprava za nekretnine, Područna jedinica Pljevlja i to na:

katastarskoj parceli broj 2894 podbroj 3, plan 23, skica 65 potes Strazica, po kulturi Livada 2 klase površine 2964 m<sup>2</sup> kao i na svim objektima koji se nalaze i budućim objektima koji se izgrade na pomenutim parcelama,

u korist Hipotekarne banke AD Podgorica, a hipotekarni povjerilac se obavezuje da po prestanku njegovog potraživanja, dužniku izda potvrdu radi brisanja hipoteke iz javne knjige.

#### POTRAŽIVANJE KOJE SE OBEZBJEĐUJE HIPOTEKOM

##### Član 2.

Hipoteka se ustanovljava radi obezbjeđenja potraživanja iz Ugovora o kreditu br.600-68/2 zaključenog između Hipotekarne banke AD Podgorica i **GAMA-KOM DOO**, dana 29.01.2010. godine, u iznosu od **80.000,00 €** (slovima: **osamdesethiljada i 0/00 eura**) uvećanom za redovnu kamatnu stopu od **4,5 %** na godišnjem nivou, zateznu kamatu, naknade i druga sporedna potraživanja i eventualne troškove prinudne naplate, a koja potraživanja dospjevaju do **01.08.2017.** godine.

#### KONTINUIRANA HIPOTEKA

##### Član 3.

Ul. Josipa Broza Tita 67, 81000 Podgorica, Crna Gora  
tel: +382 (0) 20 444 301; fax: +382 (0) 20 444 362  
www.hb.cg.yu hipotekarna@hb.cg.yu



## **HIPOTEKARNA BANKA**

Ugovorne strane su saglasne, da će hipotekom, biti obezbjeđeno i potraživanje hipotekarnog povjerioca prema hipotekarnom dužniku iz ugovornog odnosa nastalog nakon nastanka hipoteke, a koje dospijeva za isplatu prije namirenja obaveze za čije je obezbjeđenje hipoteka nastala.

Ugovorne strane su saglasne, da nastala hipoteka obezbjeđuje potraživanja iz novog ugovornog odnosa nakon izmirenja obaveze za čije obezbjeđenje je hipoteka nastala do iznosa utvrđenog ugovorom o hipoteci (kontinuirana hipoteka).

### **CLAUSULA INTAMBULANDI**

#### **Član 4.**

Hipotekarni dužnik je saglasan da se na ime hipotekarnog povjerioca upiše u katastar nepokretnosti hipoteka na nepokretnostima bliže opisanim u članu 1. ovog Ugovora.

### **PRAVA I OBAVEZE UGOVORNIH STRANA**

#### **Član 5.**

Hipotekarni dužnik ima pravo da drži i upotrebljava nepokretnost opterećenu hipotekom, da je izdaje u zakup ali nema pravo da je otuđi, bez saglasnosti hipotekarnog povjerioca.

Hipotekarni dužnik ima pravo da nakon izmirenja cjelokupnog duga traži od hipotekarnog povjerioca potvrdu da je izmirio cjelokupni dug radi brisanja hipoteke iz katastra nepokretnosti.

#### **Član 6.**

Hipotekarni dužnik dužan je osigurati nepokretnosti opterećene hipotekom.

Hipotekarni dužnik je dužan čuvati nepokretnost opterećenu hipotekom s pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina.

Hipotekarni dužnik je dužan da obavijesti hipotekarnog povjerioca o svim promjenama koje nastanu na nepokretnostima, a naročito o pogoršanju njenog stanja ili gubljenju vrijednosti, inače odgovara za prouzrokovanu štetu.

Hipotekarni dužnik je saglasan da mu se dostava svih pismena koja proizilaze iz ovog Ugovora uručuju lično ili upućuju na adresu iz ovog ugovora, te da se smatraju dostavljenim danom prijema, odnosno danom predaje preporučene pošiljke pošti.

Hipotekarni dužnik je dužan obavijestiti hipotekarnog povjerioca o svakoj promjeni adrese stanovanja. U suprotnom, saglasan je da će se svaka dostava pismena koja proizilaze iz ovog Ugovora smatrati urednom, danom predaje preporučene pošiljke pošti, bez obzira da li je dostava uspjela ili ne.

#### **Član 7.**

Hipotekarni povjerilac je ovlašten da suprostavi svoje pravo svim trećim licima, kao i hipotekarnom dužniku, a posebno da zahtijeva zaštitu povrijeđenog založnog prava sredstvima koja se koriste za zaštitu knjižnih prava.

### **ROK DOSPIJEĆA I NAČIN NAMIRENJA**

#### **Član 8.**

Rok dospijeća potraživanja je **01.08.2017** godine.

Ukoliko obezbijedeno potraživanje ne bude namireno u roku iz prethodnog stava ovog člana, potraživanje će se namiriti vanskodnom ili sudskom prodajom, u skladu sa odredbama Zakona o svojinsko-pravnim odnosima.

Ugovorne strane su saglasne da ukoliko, na osnovu Ugovora iz člana 2 ovog ugovora, dospijeće potraživanja nastupi prije roka predviđenog u stavu 1 ovog člana, Hipotekarni povjerilac ima pravo da namiri svoje potraživanje sudskom ili vanskodnom prodajom nepokretnosti.

Ugovorne strane su saglasne da će se za slučaj sudske ili vanskodske prodaje iz stava 2 i 3 ovog člana Ugovora, kao početna kupoprodajna cijena nepokretnosti opterećene hipotekom, uzeti iznos preostalog duga koji proizilazi iz Ugovora iz člana 2. ovog ugovora, uvećan za kamate i ostala sporedna potraživanja.

Ugovorne strane su saglasne da dokaz o visini i postojanju duga predstavlja izvod iz poslovnih knjiga Hipotekarnog povjerioca.

#### **Član 9.**

Ul. Josipa Broza Tita 67, 81000 Podgorica, Crna Gora  
tel: +382 (0) 20 444 301; fax: + 382 (0) 20 444 362  
www.hb.cg.yu hipotekarna@hb.cg.yu

Hipotekarni povjerilac ima pravo da traži namirenje svog potraživanja iz vrijednosti nepokretnosti opterećene hipotekom, bez obzira da li se ona i dalje nalazi u svojini hipotekarnog dužnika ili je prešla u svojinu trećeg lica.

**LICE KOJEM ĆE BITI POVJERENA VANSUDSKA PRODAJA**

**Član 10.**

Vansudsku prodaju izvršiće Hipotekarna Banka AD Podgorica, ulica Josipa Broza Tita br. 67, Podgorica, odnosno Komisija za vansudsku prodaju nepokretnosti koju će posebnom Odlukom imenovati izvršni direktori banke.

**Član 11.**

Vansudska prodaja će se obaviti javnim nadmetanjem koje sprovodi Komisija iz prethodnog člana. Opterećena nepokretnost će biti prodana licu koje ponudi najvišu cijenu.

**Član 12.**

Hipotekarni povjerilac je dužan nakon namirenja potraživanja od dobijene podajne cijene razliku vratiti hipotekarnom dužniku u roku od 8 dana. Ukoliko u roku od 8 dana ne isplati hipotekarnom dužniku preostali iznos plaća propisanu zateznu kamatu.

**OSTALE ODREDBE**

**Član 13.**

Svi troškovi oko Ovjere ovog Ugovora i drugi troškovi u vezi za upisom hipoteke padaju na teret hipotekarnog dužnika.

Ovaj Ugovor se smatra zaključenim kada ga ugovorne strane potpišu i ovjere kod Osnovnog suda.

**Član 14.**

Na sve što ovim Ugovorom nije regulisano primjenjivaće se odredbe Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, kao i drugih važećih zakonskih propisa.

**Član 15.**

Ugovorne strane su saglasne da eventualne sporove povodom ovog Ugovora riješe sporazumno i mirnim putem. Ukoliko to nije moguće, spor će riješiti nadležni sud.

**Član 16.**

Ovaj ugovor je zaključen u 5 (pet) istovjetnih primjeraka.

HIPOTEKARNI POVJERILAC  
HIPOTEKARNA BANKA AD Podgorica  
IZVRŠNI DIREKTOR  
Zr Ana Golubović  
Esad Zaimović  
EKSPLOZITIVA  
BERANJE  
PODGORICA

HIPOTEKARNI DUŽNIK  
GAMA-KOM DOO ĆEPIĆ DUŠKO  
GAMA-KOM  
D.O.O.  
PODGORICA





ul. Marka Miljanova 46, Podgorica  
++382 81 625 615; 440 440  
info@opportunitybank.cg.yu  
www.opportunitybank.cg.yu

Broj :HP/037/08  
Datum:28.05.2008.god

## UGOVOR O HIPOTECI

Ovaj ugovor o hipoteci (u daljem tekstu: ugovor) zaključen je u *Kotoru* , dana **28.05.2008.god**.izmedju:

1.»OPPORTUNITY BANKA« AD, Podgorica, ul. Marka Miljanova br.46, koga zastupa director Darko Keković (u daljem tekstu: hipotekarni povjerilac)

i

2. KERŽIĆ ZVONKA iz Kotor, ul. Plagenti ( Blok A) JMBG 1106943230028 (u daljem tekstu hipotekarni dužnik)

### *Predmet ugovora*

#### Član 1.

Hipotekarni dužnik je nosilac prava svojine na nepokretnosti u obimu prava 1/1 na nepokretnostima upisanim u LIST NEPOKRETNOSTI br.1405 KO: DOBROTA I označenim :

\* na katastarskoj parceli br. 1988, broj zgrade 1, kao stambeni prostor površine 66 m2, spratnosti P4, PD 9/919, Kotor, Plagenti ( Blok A ).

Hipotekarni dužnik je saglasan da se u korist hipotekarnog povjerioca u katastru nepokretnosti na nepokretnosti opisanoj u stavu 1 ovog člana zasnjuje hipoteka u skladu sa ovim ugovorom.

### *Potraživanja obezbijedjena hipotekom i način plaćanja*

#### Član 2.

Hipotekom iz člana 1. ovog ugovora obezbjeđuju se glavno i sporedna potraživanja hipotekarnog povjerioca prema dužniku –korisniku kredita . **KERŽIĆ ZVONKA iz Kotor, ul. Plagenti ( Blok A) JMBG 1106943230028** iz Ugovora o kreditu br.LD 08148/00050 zaključenog **28.05.2008.godine** (u daljem tekstu: ugovor o kreditu), prema uslovima i rokovima iz tog ugovora, kao i troškovi koji nastanu u vezi sa prinudnom naplatom ili drugi troškovi u vezi sa ugovorom o kreditu ili ovim ugovorom o hipoteci

Iznos kredita obezbijedjenog hipotekom je 15 000 EUR , sa redovnom godišnjom kamatnom stopa od 25 % , rokom otplate kredita od 60 mjeseca , i mjesečnim obrocima u iznosu od 440.57 EUR-a, koji dospjevaju na naplatu svakog 28-og u mjesecu počev od 28.06.2008.god , tako da ukupni iznos kredita mora biti plaćen najkasnije do 28.05.2013.god.



***Rok dospjeća potraživanja***

**Član 3.**

Kako je ispunjenje o roku bitan element Ugovora o kreditu br. **LD 08148/00050** od **28.05.2008 god** ,neizvršenje obaveze vraćanja kredita na način i o rokovima kako je ugovoreno u članu 2.citiranog Ugovora za posledicu ima pravo davaocu kredita- hipotekarnom povjeriocu da pristupi naplati tog potraživanja putem prodaje nepokretnosti koja je založena ovim Ugovorom o hipoteci.

Potraživanja po osnovu Ugovora o kreditu br. **LD08148/00050** od **28.05.2008.god** dospijevaju na naplatu **najkasnije do dana 28.05.2013.god** ,odnosno **momentom raskida ili otkaza predmetnog Ugovora o kreditu.** .

Zakašnjenjem pri ispunjenju, raskidom ili otkazom hipotekarni povjerilac stiče pravo naplate putem prodaje založene nepokretnosti.

***Kontinuirana hipoteka***

**Član 4.**

Hipotekom iz čl.1 ovog Ugovora obezbeđuje se potraživanje hipotekarnog povjerioca prema dužniku –**korisniku kredita KERŽIĆ ZVONKU iz Kotora, ul. Plagenti ( Blok A) JMBG 1106943230028** iz ugovornog odnosa nastalog nakon nastanka hipoteke ,a koji dospijeva za isplatu prije namirenja obaveza za čije je obezbeđenje hipoteka nastala .

***Upis, Clausula Intabulandi i brisanje***

**Član 5.**

Ovaj Ugovor stupa na snagu sa momentom upisa hipoteke kod nadležnog državnog organa na propisan način.

Hipotekarni povjerilac se obavezuje da, u roku od 8 dana po prestanku svog potraživanja obezbijedenog hipotekom iz ovog ugovora, dužniku izda potvrdu o izmirenju duga radi brisanja hipoteke iz katastra nepokretnosti

***Prava hipotekarnog dužnika***

**Član 6.**

Hipotekarni dužnik ima pravo da nepokretnost opterećenu hipotekom drži i upotrebljava prema njenoj uobičajenoj namjeni i da je izdaje u zakup, **ali nema pravo da otuđi predmetnu nepokretnost, bez pisane saglasnosti hipotekarnog povjerioca.**



*Nadležni sud*

**Član 12.**

U slučaju spora u vezi sa ovim ugovorom mjesno je nadležan sud u **Kotoru**.

*Primjerci ugovora*

**Član 13.**

Ovaj ugovor je sačinjen u šest istovjetnih primjerka, po 1 za svaku ugovornu stranu i jedan za nadležni sud koji vrši ovjeru, te dva za nadležnu područnu jedinicu Uprave za nekretnine.

**HIPOTEKARNI POVJERILAC :**  
OPPORTUNITY BANK AD  
po punomoćju Nebojša Vučurović



Handwritten signature of Nebojša Vučurović over a circular stamp of the Opportunity Bank. The stamp contains the text: "OPPORTUNITY BANK AD", "PRAVNA OSOBNOST", and "KOTORSKI ŽUPAN".

**HIPOTEKARNI DUŽNIK :**

Keržić Zvonko



Handwritten signature of Keržić Zvonko over a horizontal line.

## Прилог 20 – Уговор о хипотеци бр. 2



ERSTE BANK AD PODGORICA  
Ulica Marka Miljanova 46, 81000 Podgorica  
Tel: 020 440 440  
Fax: 020 440 432

www.erstebank.me  
info@erstebank.me

Broj: ~~16.12.2010~~  
Datum: 16.12.2010.god.

### UGOVOR O HIPOTECI

Ovaj ugovor o hipoteci (u daljem tekstu: ugovor) zaključen je u Podgorici dana **16.12.2010.god.** između:

**1. ERSTE BANK AD** Podgorica, ul. Marka Miljanova br.46, koju zastupa Glavni izvršni direktor Aleksa Lukić (u daljem tekstu: hipotekarni povjerilac)

**2. ~~PORODIČNA STAMBENA ZGRADA~~**, iz Podgorice, adresa: ~~Marka Miljanova, JMBG 16257240303~~ (u daljem tekstu: hipotekarni dužnik),

#### Predmet ugovora

##### Član 1.

Hipotekarni dužnik je nosilac prava svojine obima prava 1/1 i to: na nepokretnosti upisanoj u LISTU NEPOKRETNOSTI br. ~~16257240303~~, KO: GOLUBOVCI, označena na kat.parceli br. ~~16257240303~~, broj zgrade 1- kao PORODIČNA STAMBENA ZGRADA, spratnosti P1, površine 136m<sup>2</sup>, sa PD1 kao GARAZA KAO DIO ZGRADE, sprat P, površine 26m<sup>2</sup>, PD2 kao STAMBENI PROSTOR, sprat P, površine 69m<sup>2</sup>, PD3 kao STAMBENI PROSTOR, sprat P1, površine 50m<sup>2</sup>, sa zemljištem ispod objekta, NJIVA 1 KLASA, površine 1346m<sup>2</sup> i DVORIŠTE, površine 500m<sup>2</sup>, sve na istoj kat.parceli, ukupne površine ~~1402m<sup>2</sup>~~, potoe Golubovci, Podgorica.

Hipotekarni dužnik je saglasan da se u korist hipotekarnog povjerioca u katastru nepokretnosti na nepokretnostima opisanim u stavu 1.ovog člana zasnjuje hipoteka I reda u skladu sa ovim ugovorom.

#### Potraživanja obezbijedjena hipotekom i način plaćanja

##### Član 2.

Hipotekom iz člana 1 ovog ugovora obezbjeđuju se glavno i sporedna potraživanja hipotekarnog povjerioca prema dužniku-korisniku kredita ~~PORODIČNA STAMBENA ZGRADA~~, iz Podgorice, adresa: ~~Marka Miljanova, JMBG 16257240303~~, iz Ugovora o kreditu LD ~~16257240303~~ od 16.12.2010.god. (u daljem tekstu: Ugovor o kreditu), prema uslovima i rokovima iz tog ugovora, kao i troškovi koji nastanu u vezi sa prinudnom naplatom ili drugi troškovi u vezi sa predmetnim ugovorom ili ovim ugovorom o hipoteci.

Iznos kredita obezbijedjenog hipotekom je 21.862,00EUR (dvadesetjednahiljadaosamstotinašesdesetdvaeura), sa redovnom godišnjom kamatnom stopom od 14%, rokom otplate kredita od 180 mjeseci, tako da ukupni iznos kredita mora biti plaćen najkasnije do 16.12.2025. god.

Potraživanja hipotekarnog povjerioca-banke iz prethodnih stavova ovog člana uvećavaju se za ugovorne kamate, zatezne kamate, kao i bilo koje druge tražbine koje Banka može imati prema Dužniku po bilo kojoj osnovi (ugovornoj ili vanugovornoj) iz poslovnog odnosa s Dužnikom, te naknade i troškove prinudne naplate, bilo sudske ili vansudske prirode. Ugovorne strane izričito pristaju da je izvod iz poslovnih knjiga Banke dokaz o visini i dospjelu potraživanja Banke iz prethodnog stava.

**Rok dospjeća potraživanja****Član 3.**

Kako je ispunjenje o roku bitan element Ugovora o kreditu br. ~~LD/107200143~~ od 16.12.2010.god., neizvršenje obaveze vraćanja kredita na način i o rokovima kako je ugovoreno u članu 2. Ugovora za posledicu ima pravo davacu kredita-hipotekarnom povjeriocu da pristupi naplati tog potraživanja putem prodaje nepokretnosti koja je založena ovim Ugovorom o hipoteci.

Potraživanja po osnovu Ugovora o kreditu br LD/~~107200143~~ od 16.12.2010.god. dospjevaju na naplatu najkasnije do dana 16.12.2025.god, odnosno momentom raskida ili otkaza predmetnog Ugovora o kreditu.

Zakašnjenjem pri ispunjenju, raskidom ili otkazom hipotekarni povjerilac stiče pravo naplate putem prodaje založene nepokretnosti.

**Kontinuirana hipoteka****Član 4.**

Hipotekom iz čl.1 ovog Ugovora obezbjeđuje se potraživanje hipotekarnog povjerioca prema dužniku-korisniku kredita ~~Red Br. 107200143~~, iz Podgorice, adresa: ~~M/2, bb, JMBG~~, iz ugovornog odnosa nastalog nakon nastanka hipoteke, a koji dospjeva za isplatu prije namirenja obaveza za čije je obezbjeđenje hipoteka nastala.

Nastala hipoteka može obezbjeđivati potraživanje iz novog ugovornog odnosa nastalog nakon izmirenja obaveza za čije obezbjeđenje je hipoteka nastala do iznosa utvrđenog ugovorom o hipoteci (kontinuirana hipoteka).

**Upis, Clausula Intabulandi i brisanje****Član 5.**

Hipotekarni povjerilac ovlašćen je da nadležnoj upravi za nekretnine podnese zahtjev za upis hipoteke u svoju korist na nepokretnosti opisane u čl.1 stav 1 ovog Ugovora.

Hipotekarni povjerilac se obavezuje da, u roku od 8 dana po prestanku svog potraživanja obezbjeđenog hipotekom iz ovog Ugovora, na zahtjev dužnika izda potvrdu o izmirenju duga radi brisanja hipoteke iz katastra nepokretnosti.

**Prava hipotekarnog dužnika****Član 6.**

Hipotekarni dužnik ima pravo da nepokretnost opterećenu hipotekom drži i upotrebljava prema njenoj uobičajenoj namjeni i da je izdaje u zakup, ali nema pravo da otuđi ili opteret predmetnu nepokretnost, bez pisane saglasnosti hipotekarnog povjerioca.

VANSUDSKA PRODAJA NEPOKRETNOSTI  
-NEPOSTOJANJE RAZLOGA NIŠTAVOSTI UGOVORA  
O KUPOPRODAJI-  
(Čl. 23, 32 i 35 Zakona o hipoteci, čl. 336 i 345 ZOSPO i čl. 91 ZOO)

**Lice ovlašćeno za sprovođenje postupka vansudske prodaje nepokretnosti ovlašćeno je da potpiše i ovjeri ugovor o prodaji u ime hipotekarnog dužnika, te ugovor o kupoprodaji nije ništav zbog nepostojanja posebnog punomoćja hipotekarnog dužnika za prodaju.**

Iz obrazloženja:

„Predmet spora u ovoj pravnoj stvari je zahtjev tužioca za utvrđenje ništavosti ugovora o kupoprodaji Uzz.br.382/13 od 27.12.2013. godine. Tužilac je svoj zahtjev temeljio na tvrdnji da je postupak vansudske prodaje hipotekovnih nepokretnosti vlasništvo hipotekarnog dužnika sprovelo neovlašćeno lice – B. V., s jedne strane, a s druge da je to lice zaključilo sporni ugovor, bez punomoćja tužioca kao vlastodavca s pozivom na odredbu čl.91. ZOO-a.

Kod naprijed navedenog činjeničnog utvrđenja prvostepnog suda, koje prihvata i drugostepeni sud, nižestepeni sudovi su zaključili da u konkretnom slučaju ne postoji razlog ništavosti, pa su sledstveno tome tužbeni zahtjev odbili kao neosnovan.

I po nalaženju ovog suda, a nasuprot navodima revizije, nižestepeni sudovi su pravilno primjenili materijalno pravo, kada su zahtjev odbili kao neosnovan.

Neosnovano se revizijom ukazuje da B. V, advokat iz P., nije bio ovlašćen za sprovođenje postupka vansudske prodaje, uz ukazivanje da to lice nije navedeno u ugovoru o hipoteci od 07.02.2007. godine.

S tim u vezi za ukazati je revidentu da je isti izgubio iz vida odredbu čl.9. ugovora o hipoteci, od 07.02.2007. godine koji je zaključen između tužioca, kao hipotekarnog dužnika i banke, kao hipotekarnog povjerioca, kojom su se ugovorne strane saglasile da hipotekarni povjericilac može prodati hipotekovanu nepokretnost lično ili uz angažovanje trećih lica, koje povjericilac može po svom nahodjenju ovlastiti i angažovati za sprovođenje prodaje, te da je tužena po ispunjenju uslova iz čl.8. ugovora započela postupak vansudske prodaje, koje je sprovelo ovlašćeno lice – B. V., advokat iz A. k. "J., M. i V.", iz P. a po punomoćju Uzz.br.471/12 od 20.07.2012. godine. Dakle, prednje upućuje na zaključak da je upravo B. V. bilo ovlašćeno lice za postupak vansudske prodaje, koja je sprovedena u skladu sa odredbama čl.23 - 35. Zakona o hipoteci ("Sl.list RCG", br.71/04) odnosno odredbama čl.336 - 345. sada važećeg Zakona o svojinsko pravnim odnosima ("Sl.list CG",br.19/09).

S druge strane, bez osnova su navodi revizije da je sporni ugovor ništav, jer je potpisan od strane B. V., koji nije imao punomoćje izdato od strane tužioca, s tim u vezi pozivanje na odredbu čl.91. ZOO-a.

Ukazani razlog apsolutne ništavosti i po nalaženju ovog suda ne postoji. Jer, saglasno čl.32. Zakona o hipoteci odnosno čl.345. Zakona o svojinsko pravnim odnosima lice koje sprovodi postupak prodaje je ovlašćeno da u ime hipotekarnog dužnika potpiše ugovor, kojim se svojina na nepokretnosti opterećenoj hipotekom prenosi na kupca i da ovjeri svoj potpis na tom ugovoru. Dakle, kako je B. V. bio ovlašćeno lice za sprovođenje postupka vansudske prodaje, to je bio ovlašćen da potpiše i ovjeri sporni ugovor u ime tužioca kao hipotekarnog

VANSUDSKA PRODAJA NEPOKRETNOSTI -NEPOSTOJANJE RAZLOGA NIŠTAVOSTI  
UGOVORA O KUPOPRODAJI - (Cl. 23, 32 i 35 Zakona o hipoteci, cl. 336 i 345 ZOSPO i cl. 91  
ZOO)

**Lice ovlašćeno za sprovođenje postupka vansudske prodaje nepokretnosti ovlašćeno je da potpiše i ovjeri ugovor o prodaji u ime hipotekarnog dužnika, te ugovor o kupoprodaji nije ništav zbog nepostojanja posebnog punomoćja hipotekarnog dužnika za prodaju.**

Iz obrazloženja:

„Predmet spora u ovoj pravnoj stvari je zahtjev tužioca za utvrđenje nistavosti ugovora o kupoprodaji Uzz.br.382/13 od 27.12.2013. godine. Tužilac je svoj zahtjev temeljio na tvrdnji da je postupak vanskudske prodaje hipotekovnih nepokretnosti vlasništvo

hipotekaranog dužnika sprovedo neovlašćeno lice - B. V., s jedne strane, a druge da je to lice zaključilo sporni ugovor, bez punomoćja tužioca kao vlastodavca s pozivom na odredbu čl.91. ZOO-a. Kod naprijed navedenog činjeničnog utvrđenja prvostepenog suda, koje prihvata i drugostepeni sud, nizestepeni sudovi su zaključili da u konkretnom slučaju ne postoji razlog nistavosti, pa su sledstveno tome tužbeni zahtjev odbili kao neosnovan.

I po nalaznju ovog suda, a nasuprot navodima revizije, nizestepeni sudovi su pravilno primjenili materijalno pravo, kada su zahtjev odbili kao neosnovan. Neosnovano se revizijom ukazuje da B. V., advokat iz P., nije bio ovlašćen za sprovedjenje postupka vanskudske prodaje, uz ukazivanje da to lice nije navedeno u ugovoru o hipoteci od 07.02.2007. godine. S tim u vezi za ukazati je revidentu da **je isti izgubio iz vida odredbu čl.9. ugovora o hipoteci, od 07.02.2007. go dine koji je zaključen između tužioca, kao hipotekarnog dužnika i banke, kao hipotekarnog povjerioca, kojom su se ugovorne strane saglasile da hipotekami povjerilac može prodati hipotekovanu nepokretnost licno ili uz angazovanje trećih lica, koje povjerilac može po svom nahodjenju ovlastiti i angazovati za sprovedjenje prodaje, te da je tužena po ispunjenju uslova iz čl.8. ugovora započela postupak vanskudske prodaje, koje je sprovedo ovlašćeno lice - B. V., advokat iz A. k. "J., M. i V.", iz P. a po punomoćju Uzz.br.471/12 od 20.07.2012. godine. Dakle, prednje upućuje na zaključak daje upravo B. V. bilo ovlašćeno lice za postupak vanskudske prodaje, koja je sprovedena u skladu sa odredbama čl.23 - 35. Zakona o hipoteci ("Sl.list RCG", br.71/04) odnosno odredbama čl.336- 345. sadavazeceg Zakona o svojinsko pravnim odnosima ("Sl.list CG", br.19/09). S druge strane, bez osnova su navodi revizije da je sporni ugovor nistav, jer je potpisan od strane B. V., koji nije imao punomoćje izdato od strane tužioca, s tim u vezi pozivanje na odredbu čl.91. ZOO-a. Ukazani razlog apsolutne nistavosti i po nalaznju ovog suda ne postoji. Jer, saglasno čl.32. Zakona o hipoteci odnosno čl.345. Zakona o svojinsko pravnim odnosima lice koje sprovedi postupak prodaje je ovlašćeno da u ime hipotekarnog dužnika potpiše ugovor, kojim se svojina na nepokretnosti opterećenoj hipotekom prenosi na kupca i da ovjeri svoj potpis na tom ugovoru. Dakle, kako je B. V. bio ovlašćeno lice za sprovedjenje postupka vanskudske prodaje, to je bio ovlašćen da potpiše i ovjeri sporni ugovor u ime tužioca kao hipotekarnog dužnika, saglasno citiranoj odredbi, pa posebno pisanu punomoćje tužioca nije bilo ni potrebno."**

*(Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. br. 205/16 od 13.04.2016. godine)*

## Прилог 22 – Опомена о доспелим обавезама по кредиту

# HIPOTEKARNA BANKA

Br. 101-1017

Podgorica, 29.03.2012 godine

KORISNIK            **RADENKO DOO**

ULICA **SV.PETAR CETINJSKI 31**

GRAD                **PODGORICA**

### OPOMENA

#### o dospjelim nepodmirenim obavezama po kreditu

Ovim putem Vas obavještavamo da obračunate dospjele nepodmirene obaveze na dan **29.03.2012.** godine, po ugovoru o kreditu broj: 101-5201/2, zaključenom **29.12.2009.**god. između Banke i **RADENKO DOO**, iznose:

|                |                  |
|----------------|------------------|
| Glavnica       | <b>4499.71 €</b> |
| Kamata         | <b>1157.62 €</b> |
| Zatezna kamata | <b>68.85 €</b>   |
| Opomene        | €                |
| Ukupno:        | <b>5726.18 €</b> |

Molimo Vas da dospjela potraživanja u ukupnom iznosu od **5726.18 €** podmirite **najkasnije u roku od 8 dana** od dana predaje preporučene pošiljke pošti, uplatom sredstava na račun broj **52059000000000548**. U protivnom ugovor će se smatrati raskinutim a kreditne obaveze dospjele u cjelosti i Hipotekarna banka AD Podgorica će pokrenuti postupak prinudne naplate.

S poštovanjem,

**HIPOTEKARNA BANKA AD**



Ul. Josipa Broza Tita 67  
81000 Podgorica, Crna Gora  
tel: +382 (0) 77 700 001  
fax: +382 (0) 77 700 067  
e-mail: hipotekarna@hb.co.me

## Прилог 23 – Уговор о продаји непокретности

**HIPOTEKARNA BANKA A.D.**  
PODGORICA

Broj 02-2570

Podgorica, 04.05 2010 god.

### UGOVOR O PRODAJI NEPOKRETNOSTI

Zaključen u Bijelom Polju, dana 04.05.2010. godine između:

**1. VELIČKOVIĆ ROSE iz Bijelog Polja**, JMBG: 2211949285012, predsjednika Komisije za vansudsku prodaju nepokretnosti, po odluci br. 02-535 od 09.02.2009. godine (u daljem tekstu: PRODAVAC) i

**2. HIPOTEKARNE BANKE AD Podgorica**, sa sjedištem u Podgorici, ul. Josipa Broza Tita br. 67, m/b 02085020, koju zastupaju izvršni direktori Esad Zaimović i Jelena Vuletić (u daljem tekstu: KUPAC)

#### Predmet

##### Član 1.

U skladu sa članom 345 Zakona o svojinsko pravnim odnosima, Prodavac prodaje nepokretnosti upisane u upisane u listu nepokretnosti broj 118 KO Zaton, Uprave za nekretnine PJ Bijelo Polje, i to:

- katastarsku parcelu broj 1585, plan 5, skica 12, potes Lijekovac, po načinu korišćenja dvorište površine 488 m<sup>2</sup> i porodična stambena zgrada, broj zgrade 1, površine 43 m<sup>2</sup>,
- katastarsku parcelu broj 1586, plan 5, skica 12, potes Vrt, po načinu korišćenja njiva 5. klase površine 80 m<sup>2</sup> i pašnjak 4. klase površine 371 m<sup>2</sup>,
- katastarsku parcelu broj 1594, plan 5, skica 12, potes Lijekovac, po načinu korišćenja njiva 7. klase površine 3482 m<sup>2</sup>,
- katastarsku parcelu broj 1595, plan 5, skica 12, potes Lijekovac, po načinu korišćenja livada 6. klase površine 6733 m<sup>2</sup>,
- katastarsku parcelu broj 1596, plan 5, skica 12, potes Lijekovac, po načinu korišćenja pašnjak 5. klase površine 1092 m<sup>2</sup>,
- katastarsku parcelu broj 1597, plan 5, skica 12, potes Lijekovac, po načinu korišćenja voćnjak 4. klase površine 681 m<sup>2</sup>,
- katastarsku parcelu broj 1623, plan 5, skica 12, potes Gaj, po načinu korišćenja šume 3. klase, površine 6594 m<sup>2</sup>,
- i porodičnu stambenu zgradu, broj zgrade 1, spratnost P, površine 43 m<sup>2</sup>, koja se nalazi na katastarskoj parceli broj 1585.



## Cijena

### Član 2.

Ugovorne strane konstatuju da je kupac na dan zaključenja ovog ugovora izmirio obavezu plaćanja kupoprodajne cijene, uplatom iznosa od **9.317,07 €**.

## Clausula intabulandi

### Član 3.

Prodavac je saglasan da se na ime Kupca, u Katastru nepokretnosti, izvrši uknjižba prava svojine na nepokretnostima iz člana 1. ovog ugovora u obimu 1/1.

## Porez i troškovi

### Član 4.

Troškove ovjere ugovora i upisa prava svojine u katastar nepokretnosti kao i troškove poreza i ostalih dažbina snosi Kupac.

## Sudska nadležnost

### Član 5.

Ugovorne strane su saglasne da eventualne sporove iz ovog ugovora rješava nadležni sud.

## Primjerci ugovora

### Član 6.

Ovaj ugovor je sačinjen u 6 (šest) jednakih primjeraka.

PRODAVAC

KUPAC




On: 1696/2010  
Preovlađuje se da Veseljko ROSA  
preuz. SPATIJE MURSAK  
od UGROVA (u slučaju plaćanja II. stepa potpis  
na ovaj listić)

Ime i prezime osiguranika, ili osiguranice je na osnovu ovog listića iz \_\_\_\_\_

iznos \_\_\_\_\_  
20 \_\_\_\_\_ od \_\_\_\_\_ odnosa pojednina \_\_\_\_\_ čija je

autorizacija \_\_\_\_\_  
Također je o svemu odetud \_\_\_\_\_ €42 \_\_\_\_\_  
Osiguranik \_\_\_\_\_

Dana 04. 05. 2010. \_\_\_\_\_  


UGOVOR O FIDUCIJARNOM PRENOSU PRAVA SVOJINE  
-NEPOSTOJANJE RAZLOGA ZA NIŠTAVOST-  
(Član 101 ZOO u vezi sa čl. 308 i 327 ZOSPO)

**Zaključenjem ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine ne može se dovesti u pitanje namirenje potraživanja hipotekarnog povjerioca iz nepokretnosti nad kojima je uspostavljena hipoteka, te to što hipotekarni dužnik nije tražio od hipotekarnog povjerioca saglasnost za zaključenje ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine ne može biti razlog za njegovu ništavost.**

Iz obrazloženja:

„Tužilac tužbom tvrdi da je sporni ugovor o fiducijarnom prenosu prava svojine protivan prinudnim propisima i moralu društva, te čl.3 Ugovora o kontinuiranoj kreditnoj hipoteci saglasno kojem je predmetna nepokretnost mogla biti otudjena ili opterećena od strane hipotekarnog dužnika samo i isključivo uz pismenu saglasnost tužioca, kao hipotekarnog povjerioca. Iako tužilac tvrdi da se radi o ništavom pravnom postulu, tužbeni zahtjevom je tražio poništaj predmetnog ugovora, a ne utvrđenje njegove ništavosti.

Polazeći od prednjih činjeničnih utvrđenja, nižestepeni sudovi su zaključili da predmetni ugovor o fiducijarnom prenosu prava svojine nije protivan prinudnim propisima, a samim tim ni ništav pravni posao, u smislu odredbe čl.101 Zakona o obligacionim odnosima. Ovo sa razloga što se, a imajući u vidu odredbu čl.308 Zakona o svojinsko pravnim odnosima („Sl.list CG“, br.19/09), zaključenjem ugovora ne može dovesti u pitanje namirenje potraživanja tužioca iz nepokretnosti nad kojima je uspostavljena hipoteka. Osim toga, hipotekarni dužnik, shodno odredbi čl.327 istog Zakona, ima pravo da drži i upotrebljava nepokretnost opterećenu hipotekom, da je izdaje u zakup ili otudji bez saglasnosti hipotekarnog povjerioca, čime se pravo hipotekarnog povjerioca ni u čemu ne umanjuje. Sa tih razloga, po pravnom rezonu nižestepenih sudova, to što hipotekarni dužnik nije tražio od tužioca saglasnost za zaključenje spornog ugovora ne predstavlja razlog za njegovu ništavost, budući je u čl.6 st.2 ugovoreno da hipotekarni povjerilac ne gubi pravo da traži namirenje iz vrijednosti opterećene nepokretnosti putem njene prodaje za slučaj da je nepokretnost sa ili bez pismene dozvole prešla u svojinu ili državinu trećeg lica čime se ne može dovesti u pitanje namirenje potraživanja tužioca kao hipotekarnog dužnika.

I po ocjeni ovog suda, pravilno su postupili nižestepeni sudovi kad su odlučili na izloženi način.

Naime, nije sporno, da su tužilac, kao hipotekarni povjerilac, i drugotuženi, kao hipotekarni dužnik, u odredbi čl.3 st.3 Ugovora o kontinuiranoj kreditnoj hipoteci ugovorili da za vrijeme trajanja hipotekke, konstituisane u korist ovdje tužioca, hipotekarni dužnik može nepokretnost otudjiti ili prenijeti u državinu ili pravo korišćenja zakupom samo uz pismenu saglasnost hipotekarnog povjerioca.

Međutim, iz činjeničnih utvrđenja u postupku proizilazi da hipotekarni dužnik nije nepokretnost opterećenu hipotekom otudjio, niti opteretio zakupom, a koja raspolaganja od strane hipotekarnog dužnika su ugovorne strane uslovile davanjem saglasnosti od strane hipotekarnog povjerioca, već je zaključio ugovor o fiducijarnom prenosu prava svojine, a obaveza za davanje saglasnosti hipotekarnog povjerioca u smislu opterećenja fiducijom hipotekovane nepokretnosti nije ugovorom predviđena, niti je zakon propisuje.“

*(Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. br. 223/16 od 16.03.2016. godine)*

## Прилог 25 – Решење Вишег суда у Бијелом Пољу Гж. бр. 2838/16 од 6.12.2016.

22-12-2016



Gž.br.2836/16

Viši sud u Bijelom Polju, u vijeću sastavljenom od sudija Jadranke Čulafić, kao predsjednika vijeća, Gorice Đalović i Binase Bektašević Erović, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužilje Todorović Velisavke iz Bijelog Polja, koju zastupa punomoćnik Kasim Dizdarević, advokat iz Bijelog Polja, protiv tužene Hipotekarne banke AD Podgorica - filijala Bijelo Polje, koju zastupa punomoćnik AOD „Iustitia“ iz Podgorice, radi utvrđenja ništavosti ugovora o kupoprodaji, odlučujući o žalbi tužilje, izjavljenoj protiv rješenja Osnovnog suda u Bijelom Polju P.br.777/2016/15 od 05.09.2016. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 06.12.2016 godine, donio je

### RJEŠENJE

Ukida se rješenje Osnovnog suda u Bijelom Polju P.br.777/2016/15 od 05.09.2016. godine i predmet vraća istom sudu na ponovan postupak.

Medjutim, kako se predmetnim tužbenim zahtjevom traži ništavost ugovora o prodaji nepokretnosti Ov.br.1696/10 od 04.05.2010.godine, pa se s toga na strani tuženih moraju naći obje ugovorne strane (kupac i prodavac), obzirom da su jedinstveni suparničari i predstavljaju jednu stranku. Da bi otklonio navedene nedostatke shodno rješenju Vrhovnog suda Rev.br.304/16 od 07.06.2016.godine prvostepeni sud je na raspravi od 21.07.2016.godine rješenjem naložio tužilji da preko svog punomoćnika uredi, odnosno dopuni tužbu tako što će naznačiti kao tuženog i prodavca predmetnih nepokretnosti. Kako je prvostepeni sud na odnosnoj raspravi naložio, tako je punomoćnik tužilje pismenim podneskom koji je podniet prvostepenom sudu 29.07.2016.godine kao tuženog naznačio Veličković Rosu koja je u konkretnom slučaju u svojstvu prodavca zaključila predmetni ugovor čija se ništavost tužbom traži. Proizilazi da je punomoćnik tužilje postupio po nalogu prvostepenog suda i obuhvatio kao tuženog i prodavca predmetnih nepokretnosti Veličković Rosu, predsjednika Komisije za vansudsku prodaju nepokretnosti koja je i potpisala pomenuti ugovor o prodaji nepokretnosti, kao prodavac po ovlaštenju izvršnog direktora iz Odluke br.02-535 od 09.02.2009.godine pa prema tome prvostepeni sud nije mogao tužbu odbaciti već po istoj postupti, što se osnovano žalbom tužilje ukazuje.

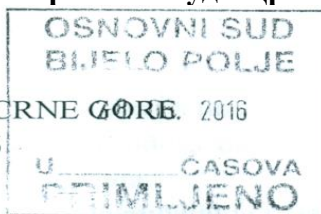
Medjutim, kako se predmetnim tužbenim zahtjevom traži ništavost ugovora o prodaji nepokretnosti Ov.br.1696/10 od 04.05.2010.godine, pa se s toga na strani tuženih moraju naći obje ugovorne strane (kupac i prodavac), obzirom da su jedinstveni suparničari i predstavljaju jednu stranku. Da bi otklonio navedene nedostatke shodno rješenju Vrhovnog suda Rev.br.304/16 od 07.06.2016.godine prvostepeni sud je na raspravi od 21.07.2016.godine rješenjem naložio tužilji da preko svog punomoćnika uredi, odnosno dopuni tužbu tako što će naznačiti kao tuženog i prodavca predmetnih nepokretnosti. Kako je prvostepeni sud na odnosnoj raspravi naložio, tako je punomoćnik tužilje pismenim podneskom koji je podniet prvostepenom sudu 29.07.2016.godine kao tuženog naznačio Veličković Rosu koja je u konkretnom slučaju u svojstvu prodavca zaključila predmetni ugovor čija se ništavost tužbom traži. Proizilazi da je punomoćnik tužilje postupio po nalogu prvostepenog suda i obuhvatio kao tuženog i prodavca predmetnih nepokretnosti Veličković Rosu, predsjednika Komisije za vansudsku prodaju nepokretnosti koja je i potpisala pomenuti ugovor o prodaji nepokretnosti, kao prodavac po ovlaštenju izvršnog direktora iz Odluke br.02-535 od 09.02.2009.godine pa prema tome prvostepeni sud nije mogao tužbu odbaciti već po istoj postupti, što se osnovano žalbom tužilje ukazuje.



**Прилог 26 – Решење Врховног суда Црне Горе Рев. бр. 304/16 од 7.6.2016.**

VRHOVNI SUD CRNE GORE, 2016

Rev.br.304/16



VIŠI SUD  
BIJELO POLJE

21. 06. 2016

PRIMLJENO

Vrhovni sud Crne Gore, u vijeću sastavljenom od sudija Radoja Orovića, kao predsjednika vijeća, Dušanke Radović, Nataše Božović, Ranke Vuković i Dragice Milačić, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužilje Velisavke Todorović iz Bijelog Polja, koju zastupa punomoćnik Kasim Dizdarević, advokat iz Bijelog Polja, protiv tužene Hipotekarne banke AD Podgorica-Filijala Bijelo Polje, koju zastupa AOD „Iustitia“ iz Podgorice, radi utvrđenja ništavosti ugovora, odlučujući o reviziji tužene izjavljenoj protiv presude Višeg suda u Bijelom Polju Gž.br.2999/15 od 12.01.2016.godine, u sjednici vijeća održanoj dana 07.06.2016.godine, donio je

**R J E Š E N J E**

Ukidaju se presuda Višeg suda u Bijelom Polju Gž.br.2999/15 od 12.01.2016.godine i presuda Osnovnog suda u Bijelom Polju P.br.142/2015 od 28.10.2015.godine i predmet vraća prvostepenom sudu na ponovno suđenje.

Postupak prodaje je vodila Komisija u naprijed navedenom sastavu, a kupac je tužena što po ocjeni ovog suda nije bilo zakonskih smetnji da se tužena javi kao kupac, jer ona nije lice koje je vodilo postupak vansudske prodaje.

S obzirom na navode revizije da vrijednost predmetne nepokretnosti je znatno veća u odnosu na potraživanje iz Ugovora za ukazati je da nesrazmjera između vrijednosti potraživanja i vrijednosti nepokretnosti ne predstavlja razlog koji sprečava izvršenje.

Međutim, predmetnim tužbenim zahtjevom se traži ništavost ugovora o prodaji pa se stoga na strani tuženih moraju naći obje ugovorne strane (kupac i prodavac), obzirom da su jedinstveni suparničari i predstavljaju jednu stranku. Zato je potrebno otkloniti navedeni nedostatak, a što će učiniti prvostepeni sud u ponovnom postupku tako što će pozvati tužioca da izvrši potrebne ispravke.

## Прилог 27 – Тужба зарад предаје у посјед непокретности

Bođelić  
P-1139/17

OSTRANJE OPOVIJENUTA  
NA PLAGANJE TAKSE  
40,00€ XK

### OSNOVNOM SUDU U PODGORICI Ulica 13. jula broj 2

**TUŽILAC:** AD „Hipotekarna banka“ Podgorica, ulica Josipa Broza broj 67, PIB 02085020, koga zastupa punomoćnik Marija Bujišić, advokat iz Podgorice, Ulica 13. jula broj 6 II/3,

**TUŽENI:** 1. Mitar Martinović iz Podgorice, ulica Nikole Kovačevića broj 35, JMB 2802965250014,  
2. Božidar Martinović iz Cetinja, ulica Luke Ivaniševića broj 4, JMB 0707959250029,

### TUŽBA

**Radi:** Ispražnjenja i predaje u  
posjed nepokretnosti  
**Vr. sp.** Neprocjenjiva

Tužilac je u postupku vansudske prodaje stekao pravo svojine na nepokretnosti koja je upisana u

-LN broj 7053 KO Podgorica PJ Podgorica III, katastarska parcela broj 212/2, broj zgrade 1, po načinu korišćenja stambeni prostor, PD164, spratnosti P4, površine 125m<sup>2</sup> i broj zgrade 1, po načinu korišćenja stambeni prostor, PD165, spratnosti P4, površine 50m<sup>2</sup> i

-LN broj 524 KO Donji Kokoti, katastarska parcela broj 206, po načinu korišćenja pašnjak četvrte klase, površine 756m<sup>2</sup> i po načinu korišćenja livada pete klase površine 2.489m<sup>2</sup>.

**DOKAZ:** 1. Notarski zapis ugovora o kupoprodaji sačinjen pred notarom Sonjom Radović iz Podgorice pod poslovnom oznakom UZZ broj 805/2016 od 23.12.2016. godine,

2. Rješenje Uprave za nekretnine PJ Pogorica broj 954-101-up-14362/16 od 24.01.2017. godine, kojim je dozvoljena promjena vlasništva na predmetnoj nepokretnosti koja je bila upisana na ime tuženog kao vlasnika iste u obimu prava 1/1 i

3. Prepis LN broj 7053 KO Podgorica PJ Podgorica III i LN broj 524 KO Donji

Kokoti

Predmetne nepokretnosti se bez pravnog osnova nalaze u faktičkoj vlasti tuženih koji odbijaju da ih oslobodi od lica i stvari i predaju u nesmetan posjed tužiocu, čime tužilac trpi štetu koja se protekom vremena značajno uvećava.

**DOKAZ:** 4. Nesporno da se predmetne nepokretnosti bez pravnog osnova nalaze u faktičkoj vlasti tuženog

Članom 112 stav 1 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, previđeno je da vlasnik može tražiti od držaoca povraćaj individualno određene stvari, ukoliko, shodno stavu 2 navedenog člana, dokaže da na stvari čiji povraćaj traži ima pravo svojine, te da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog.

Kako je, u konkretnom, tužilac dokazao da je na predmetnim nepokretnostima stekao na zakonom predviđen način pravo svojine (osnovom Ugovora o prodaji), koje pravo je uredno uknjiženo kod nadležne područne jedinice Uprave za nekretnine, to predlažem da naslovni sud donese sledeću

#### P R E S U D U

**USVAJA SE** tužbeni zahtjev pa se obavezuju

-**tuženi prvog reda** da oslobodi od svih lica i stvari nepokretnosti koje su upisane u LN broj 7053 KO Podgorica PJ Podgorica III, katastarska parcela broj 212/2, broj zgrade 1, po načinu korišćenja stambeni prostor, PD164, spratnosti P4, površine 125m<sup>2</sup> i broj zgrade 1, po načinu korišćenja stambeni prostor, PD165, spratnosti P4, površine 50m<sup>2</sup> i iste preda u nesmetan posjed tužiocu, a

-**tuženi drugog reda** da oslobodi od svih lica i stvari nepokretnosti koje su upisane u LN broj 524 KO Donji Kokoti, katastarska parcela broj 206, po načinu korišćenja pašnjak četvrte klase, površine 756m<sup>2</sup> i po načinu korišćenja livada pete klase površine 2.489m<sup>2</sup>, te da iste preda u nesmetan posjed tužiocu,

kao i da tužiocu solidarno nadoknade troškove parničnog postupka u iznosu od \_\_\_\_\_ eura, sve prednje u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti ove presude pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

Podgorica, 09.02.2017. godine,

**PUNOMOĆNIK TUŽIOCA**  
Marija Bujšić

**Troškovnik:**  
Sastav tužbe po Tarifnom broju 11 AT-a

**Прилог 28 – Тужба зарад предаје у посјед непокретности бр. 2**

P. 6844/16 DONJEVIĆ

25. 10. 2016  
PRIMLJENO

OSNOVNOM SUDU U PODGORICI

**TUŽILAC:** AD „Hipotekarna banka“ Podgorica, ulica Josipa Broza broj 67, PIB 02085020, koga zastupa punomoćnik Marija Buišić, advokat iz Podgorice, Ulica 13. jula broj 6 II/3,

**TUŽENI:** Mitar Martinović iz Podgorice, ulica Nikole Kovačevića broj 35, JMB 2802965250014,

**TUŽBA**

STRANICA 1  
NA PLAĆANJE TARE  
406 ps

**Radi:** Ispražnjenja i predaje u posjed nepokretnosti

**Vr. sp.** Neprocjenjiva

Tužilac je u postupku vanskudske prodaje stekao pravo svojine na nepokretnostima koje su upisane u LN broj 391 KO Donji Kokoti PJ Podgorica, i to:

- katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, po načinu korišćenja pašnjak četvrte klase, površine 2.656m<sup>2</sup>,
- katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, broj zgrade 1, po načinu korišćenja stambeno-poslovne zgrade, površine 318m<sup>2</sup>, spratnosti P1 i u okviru iste po načinu korišćenja poslovni prostor u vanprivredi, PD 1, spratnosti P, površine 274m<sup>2</sup> i po načinu korišćenja stambeni prostor, PD 2, spratnosti P1, površine 163m<sup>2</sup>,
- katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, broj zgrade 2, po načinu korišćenja pomoćna zgrada, spratnosti P, površine 179m<sup>2</sup>,
- katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, broj zgrade 3, po načinu korišćenja pomoćna zgrada, spratnosti P, površine 90m<sup>2</sup>.

- DOKAZ:** 1. Notarski zapis ugovora o prodaji sačinjen pred notarom Svetozarem Bogavcom iz Bijelog Polja pod poslovnom oznakom UZZ broj 462/16 od 19.07.2016. godine,
2. Rješenje Uprave za nekretnine PJ Podgorica broj 954-101-UP-7565/16 od 26.08.2016. godine, kojim je dozvoljena promjena vlasništva na predmetnim nepokretnostima koje su bile upisane na ime tuženog kao vlasnika istih u obimu prava 1/1



### 3. Prepis LN broj 391 KO Donji Kokoti PJ Podgorica

Predmetne nepokretnosti se bez pravnog osnova nalaze u faktičkoj vlasti tuženog koji odbija da ih oslobodi od lica i stvari i preda u nesmetan posjed tužiocu, čime tužilac trpi štetu koja se protekom vremena značajno uvećava.

**DOKAZ:** 4. Nesporno da se predmetne nepokretnosti bez pravnog osnova nalaze u faktičkoj vlasti tuženog

Članom 112 stav 1 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, predviđeno je da vlasnik može tražiti od držaoca povraćaj individualno određene stvari, ukoliko, shodno stavu 2 navedenog člana, dokaže da na stvari čiji povraćaj traži ima pravo svojine, te da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog.

Kako je, u konkretnom, tužilac dokazao da je na predmetnim nepokretnostima stekao na zakonom predviđen način pravo svojine (osnovom Ugovora o prodaji), koje pravo je uredno uknjiženo kod nadležne područne jedinice Uprave za nekretnine, to predlažem da naslovni sud donese sledeću

### PRESUDU

**USVAJA SE** tužbeni zahtjev pa se **obavezuje tuženi** da oslobodi od svih lica i stvari nepokretnosti koje su upisane u LN broj 391 KO Donji Kokoti PJ Podgorica, i to:

-katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, po načinu korišćenja pašnjak četvrte klase, površine 2.656m<sup>2</sup>,

-katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, broj zgrade 1, po načinu korišćenja stambeno-poslovne zgrade, površine 318m<sup>2</sup>, spratnosti P1 i u okviru iste po načinu korišćenja poslovni prostor u vanprivredi, PD 1, spratnosti P, površine 274m<sup>2</sup> i po načinu korišćenja stambeni prostor, PD 2, spratnosti P1, površine 163m<sup>2</sup>,

-katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, broj zgrade 2, po načinu korišćenja pomoćna zgrada, spratnosti P, površine 179m<sup>2</sup>,

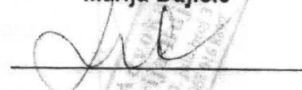
-katastarska parcela broj 205/1, potes Donji Kokoti, broj zgrade 3, po načinu korišćenja pomoćna zgrada, spratnosti P, površine 90m<sup>2</sup>

i iste preda u nesmetan posjed tužiocu, te da mu nadoknadi troškove parničnog postupka u iznosu od \_\_\_\_\_ eura, sve prednje u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti ove presude pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

Podgorica, 10.10.2016. godine,

**PUNOMOĆNIK TUŽIOCA**

**Marija Bujišić**



**Troškovnik:** Sastav tužbe po AT-u





Република Србија  
Врховни касациони суд  
Прев 134/2015  
26.11.2015. године  
Београд

#### У ИМЕ НАРОДА

Врховни касациони суд, у већу састављеном од судија: Бранка Станића, председника већа, Гордане Ајншилер-Поповић и Браниславе Апостоловић, чланова већа, у парници по тужби тужиоца В.Р. д.о.о. у стечају, кога заступа пуномоћник В.К., адвокат из Б., против туженог В.И. а.д. из Б., и умешача на страни туженог Г. а.д. из Б., кога заступа пуномоћник Г.Р., адвокат из Б., ради утврђења, вредност предмета спора 1.500.000 евра, одлучујући о ревизији умешача на страни туженог, изјављеној против пресуде Привредног апелационог суда Пж бр. 4442/13 од 22.01.2015.године, у седници већа одржаној дана 26.11.2015.године, донео је

#### ПРЕСУДУ

**ОДБИЈА СЕ** као неоснована ревизија умешача на страни туженог Г. а.д. из Б., изјављена против пресуде Привредног апелационог суда Пж бр. 4442/13 од 22.01.2015.године.

#### Образложење

Пресудом Привредног суда у Београду П бр. 6116/12 од 21.03.2013.године, у ставу првом изреке усвојен је тужбени захтев и утврђено да је у целости престало потраживање туженог као хипотекарног повериоца према тужиоцу по основу уговора о дугорочном кредиту број 00-420-1303308.5 од 07.05.2010.године. Ставом другим изреке усвојен је тужбени захтев и утврђено да је престало založno право извршна вансудска хипотека уписана у корист туженог према тужиоцу по основу наведеног уговора о дугорочном кредиту на шестособном стану од 235 м<sup>2</sup> и гаражи од 31,94 м<sup>2</sup> у Б. ... бр. ..., ЛН.бр.... кп.бр... КО С.в. са свим њеним саставним деловима. Ставом трећим изреке одлучено је да пресуда има служити као основ за брисање залог наведене извршне вансудске хипотеке уписане у корист туженог на непокретности ближе наведеној у ставу другом изреке. Ставом четвртим изреке, констатовано је повлачење тужбе да се утврди да је престало založno право извршна вансудска хипотека уписана у корист туженог према тужиоцу по основу наведеног уговора о дугорочном кредиту, а на пословној згради за коју није утврђена делатност за производњу и дистрибуцију лекова у С. улица ... бр. ... ЛН ... кп.бр.... КО С., са свим њеним саставним деловима. Ставом петим изреке, обавезан је тужени да тужиоцу на име трошкова парничног поступка исплати износ од 1.210.000,00 динара.

**Сентенца  
(извод из одлуке)**

"Релевантним одредбама Устава Републике Србије утврђено је да је правни поредак јединствен ... и да законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита ... Оцењујући сагласност оспорене одредбе Закона са Уставом, Уставни суд је пошао од тога да је упис забележбе хипотекарне продаје једна врста уписа у регистар непокретности, која је на системски начин уређена Законом о државном премеру и катастру, јер има сва правна обележја забележбе из члана 81. тог закона. Како је одредбом члана 180. Закона о државном премеру и катастру изричито предвиђено да се против другостепених решења донетих у складу са овим законом може водити управни спор, то по оцени Уставног суда, нема уставноправног утемељења законска одредба којом се у односу на одређена решења истог органа – органа надлежног за вођење регистра непокретности, а која су донета поводом уписа у регистар који тај орган иначе врши у складу са Законом о државном премеру и катастру, искључује сваки вид судске заштите када је правни основ за доношење решења посебан закон, као што је у конкретном случају Закон о хипотеци. Према томе, за Уставни суд није спорно да је, према одредбама члана 31. Закона о хипотеци, решење о забележби хипотекарне продаје управни акт који, у управном поступку, доноси орган државне управе надлежан за вођење регистра непокретности (катастра) и да је, стога, другостепено решење донето у том поступку, сагласно одредбама Закона о општем управном поступку ... коначно и извршно, али Суд налази да, са становишта уставног начела којим се утврђује јединство правног поретка у Републици Србији и уставног принципа судске контроле законитости управе, нема уставноправног утемељења да се против таквог решења искључи судска заштита у управном спору. Ово тим пре што је вођење парнице, као могући вид судске заштите, изричито искључено одредбом члана 15. став 3. тачка 2) Закона, кроз прописивање једног од обавезних елемената уговора о хипотеци, односно извршне заложне изјаве. С обзиром на све претходно изложено, Уставни суд је утврдио да одредба члана 31. став 7. Закона о хипотеци, у делу који гласи: 'и против њега није дозвољена тужба или правни лек', није у сагласности са одредбама члана 4. став 1. и члана 198. став 2. Устава."

Уставни суд у саставу: председник Весна Илић Прелић и судије др Оливера Вучић, др Марија Драшкић, Братислав Ђокић, др Горан П. Илић, др Агнеш Картаг Одри, др Милан Марковић, др Боса Ненадић, др Драгиша Б. Слијепчевић, Милан Станић, др Драган Стојановић, др Томислав Стојковић, Сабахудин Тахиризовић и Предраг Ђетковић, на основу члана 167. став 1. тачка 1. Устава Републике Србије, на седници одржаној 9. априла 2015. године, донео је

**ОДЛУКУ**

Утврђује се да одредба члана 31. став 7. Закона о хипотеци („Службени гласник РС", број 115/05), у делу који гласи: „и против њега није дозвољена тужба или правни лек", није у сагласности са Уставом.

**Образложење**

Уставном суду је поднета иницијатива за покретање поступка за утврђивање неуставности одредбе члана 31. став 7. Закона наведеног у изреци, у којој се истиче да је оспореном одредбом Закона изричито предвиђено да је другостепено решење из става 5. члана 31. Закона којим се одлучује о жалби изјављеној против првостепеног решења о забележби хипотекарне продаје – коначно и извршно и да против њега није

**Прилог 31 – Допис о Хипотекарне банке о броју и роковима процесуираних поступака вансудске продаје (2017)**



Broj 03-164  
Podgorica, 28.04.2017. godine

**ADVOKATSKO ORTAČKO DRUŠTVO IUSTITIA**  
adv. Vladan S. Bojić i drugi

Poštovani,

u skladu sa Vašim zahtjevom, a vezano za projekat doktorske disertacije pod nazivom "Vansudska realizacija hipoteke", Hipotekarna banka AD Podgorica Vas obavještava da je do sad procesuirala 123 postupka vansudske prodaje, od kojih je u tom postupku realizovano ukupno 9 nepokretnosti.

Postupak realizacije nepokretnosti je najkraće sproveden za 5 mjeseci, dok je najduži postupak trajao 35 mjeseci.

S poštovanjem,

**HIPOTEKARNA BANKA AD PODGORICA**  
**IZVRŠNI DIREKTORI**

Aleksandar Mitrović      Esad Zaimović

DDD

HIPOTEKARNA BANKA AD PODGORICA  
81000 Podgorica, Josipa Broza Tita 67  
tel: +382 (0)77 700 001 fax: +382 (0)77 700 071  
hipotekarna@hb.co.me www.hb.co.me



## Прилог 32 – Допис Ерсте банке о броју и роковима процесуираних поступака вансудске продаје (2017)



ERSTE BANK AD Podgorica

Ulica Arsenija Boljevića 2A,  
81000 Podgorica  
Tel: 020 440 440  
Fax: 020 440 432  
www.erstebank.me  
info@erstebank.me

ADVOKATSKO ORTAČKO DRUŠTVO IUSTITIA ADV. VLADAN S. BOJIĆ I DRUGI  
Podgorica, ul. Svetlane K. Radević broj 3

U vezi Vašeg zahtjeva za projekat doktorske disertacije "Vansudska realizacija hipoteke", ukazujemo na sedeće podatke:

Od početka 2016 godine do danas je kancelarijama predato 60ak kredita – što je ( na godišnjem nivou ) - znatno manje nego npr , prošlih godina. Razlog je pojačana angažovanost Banke u cilju naplate potraživanja i naravno- smanjenje eksternih troškova Banke, tamo gdje se može smanjiti .

Vansudske prodaje u najvećem broju slučajeva ne rezultiraju prodajama na zakazanim ročištima. Odnosno – procentualno je zanemarljiv broj prodaja u vansudskom postupku ( eventualno atraktivni kolaterali, cijene koje idu znatno ispod vrijednosti, na 2-im ili 3-im prodajama, itd.) Svakako, dopis advokata i oglas za prodaju u medijima predstavljaju jak psihološki argument, od velikog uticaja na klijenta ili hipotekarnog dužnika. Nakon pokrenutog postupka utuženja - u najvećem broju slučajeva postignemo dogovor sa klijentom oko plaćanja, što je i razlog zašto imamo i priličan broj stopiranih, zašto se i pokrenuti postupci najčešće ne okončaju prodajama u vansudskom postupku.

Dakle :

U postupcima vansudskih prodaja imamo procesne radnje kojim stranke pokušavaju usporiti/osporiti postupak, ostavinski postupak, smrt klijenta ili hipotekarnog dužnika, nedostupnost hipotekarnog dužnika –strani državljanin, itd). Postupci sa tim elementima mogu potrajati i po par godina.

Vrlo je mali procenat nekretnina prodatih na vansudskim prodajama. U periodu od 2016. do danas realizovane su 3 prodaje.

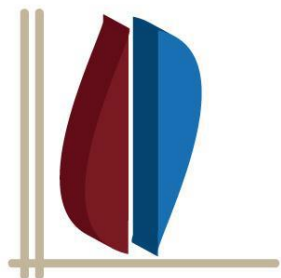
Osim predrasuda (oteto-prokleta ), potencijalni kupac želi u priličnom broju slučajeva "čistu situaciju" (plastično - da Banka prvo postane vlasnik, tj. da preuzme državinu, pa da on kupi od Banke).

Podgorica, 29.05.2017.

Za ERSTE BANK A.D. Podgorica



## Прилог 33 – Обавештење о раскиду уговора о кредиту



ADVOKATSKA  
KANCELARIJA

**ČVOROVIĆ, MINIĆ & RADUNOVIĆ**

Studentska, bb City kvart Lamela 3/5 broj 27,  
81000 Podgorica, Crna Gora  
Tel/Fax: +382 20 223 808  
E-mail: office@adv.co.me  
Web: www.adv.co.me

Podgorica, 25.11.2016 godine

**PEJOVIĆ JASNA  
UL. DESANKE MASKIMOVIC BR. 6  
PODGORICA**

**PREDMET: Obavještenje glavnom dužniku o raskidu Ugovora o kreditu, br. 5103313608, od 05.09.2014 godine.**

Poštovani,

Obraćam Vam se u svojstvu punomoćnika "ERSTE BANK" AD Podgorica i obavještavam Vas o sledećem:

Ugovorom o kreditu, br. **5103313608, od 05.09.2014 godine** "ERSTE BANK" AD Podgorica Vam je odobrila kredit, u ukupnom iznosu od 10.000,00 €.

Obzirom da ne izvršavate obaveze, koje ste preuzeli zaključenjem predmetnog ugovora, "ERSTE BANK" AD Podgorica raskida Ugovor o kreditu, br. **5103313608, od 05.09.2014 godine** i, ujedno, Vas obavještava da će aktivirati sva sredstva obezbjeđenja, u cilju naplate cjelokupnog iznosa preostalog duga, u visini od **9.358,78 €**, a koji se odnosi na:

- iznos od 7.363,62 €, na ime ostatka glavnice;
- iznos od 1.903,69 €, na ime ostatka redovne ugovorene kamate i
- iznos od 89,47 €, na ime zatezne kamate
- iznos od 2,00 €, na ime opomene

Sa poštovanjem,

**Punomoćnik " ERSTE BANK" AD PODGORICA  
Petar Minić, advokat**

**Kontakt osoba  
Petar Minić, advokat  
069/459-359**

TROŠKOVNIK: I:

Obavještenje o raskidu ugovora – 148,75 € (predmetni iznos treba uplatiti na žiro-račun br. 540- 3448-83, koji se vodi kod Erste Bank AD podgorica). Itji,(tiittititii--.,jiiti).

PRILOG: I:

Stanje duga na dan 21.11.2016 godine tj..i

**MAJA ČVOROVIĆ, advokat**  
Mob.tel: +382 69 984 705  
e-mail: maja.cvorovic@adv.co.me

**PETAR MINIĆ, advokat**  
Mob.tel: +382 69 459 359  
e-mail: petar.minic@adv.co.me

**ZORAN RADUNOVIĆ, advokat**  
Mob.tel: +382 69 472 557  
e-mail: zoran.radunovic@adv.co.me

P.br.1393/2016

OSNOVNI SUD U BIJELOM POLJU, sudija Muratović Almir, u pravnoj stvari tužilje Todorović Velisavke iz Bijelog Polja, čiji je punomoćnik Dizdarević Kasim, advokat iz Bijelog Polja, protiv tuženih Hipotekarne banke AD Podgorica filijala Bijelo Polje i Veličković Rose iz Bijelog Polja, čiji je zajednički punomoćnik AOD „Iustitia“ iz Podgorice, radi utvrđenja, v.s.45.000,00€, nakon održane usmene, glavne i javne rasprave, zaključene dana 25.05.2017.godine u prisustvu punomoćnika tužilje i punomoćnika tužene, dana 23.06.2017.godine donio je

#### P R E S U D U

ODBIJA SE tužbeni zahtjev tužilje Todorović Velisavke kojim je tražila da se utvrdi da je ništav ugovor o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br.1696/10 dana 04.05.2010.godine a koji je zaključen između predsjednice Komisije za vansudsku prodaju nepokretnosti Veličković Rose i Hipotekarne banke AD Podgorica.

ODBIJA SE tužbeni zahtjev tužilje Todorović Velisavke kojim je tražila da se obavežu tuženi da joj na ime razlike između procijenjene vrijednosti nekretnina koje su bile predmet ugovora o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br.1696/10 dana 04.05.2010.godine i iznosa odobrenog kredita u iznosu od 7000€ isplate iznos koji će nakon vještačenja biti preciziran.

ODBACUJE SE tužba u dijelu gdje tužilja traži „da u roku od 15 dana po pravosnažnosti ove presude izvrši promjenu upisa-brisanje prava svojine sa tužene Hipotekarne banke AD Podgorica- Filijala Bijelo Polje, na tužilju svih nepokretnosti upisanih u listu nepokretnosti br. 118 KO Zaton, te vrati - upiše ranije podatke o pravu svojine tužilje Todorović Velisavke iz Bijelog Polja“.

OBAVEZUJE SE tužilja da tuženim naknadi troškove parničnog postupka u iznosu od 2.300,00€, u roku od 15 dana po pravosnažnosti presude, pod prijetnjom prinudnog izvršenja.

#### O b r a z l o ž e n j e

Tužilja je u tužbi, žalbenim navodima i riječi na raspravi, preko punomoćnika, u bitnom istakla da je sa tuženom I-reda zaključila ugovor o kontinuiranoj hipoteci br.630-1376 od 21.01.2008.godine, koji je ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov.br.238/08 od 22.01.2008.godine radi obezbjeđenja potraživanja iz ugovora o poljoprivrednom kreditu broj 630-1357, zaključenog između tužene I-reda i Todorović Milomira dana 21.01.2008.godine na iznos od 7.000,00€. Na osnovu ugovora o kontinuiranoj hipoteci zaključenog između tužilje i tužene I-reda na nekretninama tužilje upisana je hipoteka, a koje nekretnine su predmet navedenog ugovora o kontinuiranoj hipoteci. Tužena I-reda je tada izvršila procjenu predmetnih nepokretnosti i to na iznos od 45.000,00€, a od tužilje tražila da kao sredstvo obezbjeđenja priloži polis u osiguranju porodične kuće (koja je predmet navedenog ugovora o kontinuiranoj hipoteci) na iznos od 14.695,68€ kod „Lovćen“ osiguranja AD Podgorica - Filijala Bijelo Polje, po polis osiguranja broj 0513056/2 od 23.01.2008.godine. Kako potraživanje tužene I-reda po gore naznačenom ugovoru o poljoprivrednom kreditu, nije plaćeno u ugovorenom roku ista je pokrenula postupak namirenja putem vansudske prodaje predmetnih nepokretnosti. Ističe da je tužena I-reda na nezakonitoj vansudskoj prodaji kupila založene nekretnine i da je



nakon toga zaključen ugovor o kupoprodaji br.02-2570 od 04.05.2010.godine između Veličković Rose kao prodavca (službenika tužene I-reda u vrijeme zaključenja kupoprodajnog ugovora) i tužene, koji nije ovjeren kod nadležnog državnog organa a nakon toga tužena je nezakonito upisana kao vlasnik istih protivno Zakonu o hipoteci i Zakonu o svojinsko pravnim odnosima.Ovo sa razloga jer je prodaja izvršena dana 04.05.2010.godine, iako se prodaji moglo pristupiti nakon proteka roka od 30 dana od dana upisa obavještenja o prodaji u odgovarajući registar Uprave za nekretnine Crne Gore PJ Bijelo Polje, a obavještenje o prodaji upisano je tek dana 29.07.2010.godine, da je tuženi I-reda tako izvršio prodaju istih prije nego što je to u skladu sa zakonom mogao učiniti.Navodi da u prilog ovih činjenica su i odluke Vrhovnog suda Crne Gore Rev.br.813/11 od 22.09.2011.godine,Osnovnog suda u Bijelom Polju P.br.719/2012/10 od 25.01.2013.godine i Višeg suda u Bijelom Polju Gž.br.564/13 od 19.03.2013.godine, gdje je,izmedju ostalog,navedeno da se predmetno potraživanje tužene I-reda nije moglo namiriti prodajom cjelokupnih predmetnih nekretnina kao i da način na koji je izvršena prodaja nepokretnosti nije u skladu sa zakonom da bi se naplatilo potraživanje koje iznosi 9.317,07€.Ističe da kupac predmetnih nepokretnosti nije moglo biti lice ovlašćeno za vođenje tog postupka.Postupak vanskudske prodaje je,stoga,apsolutno ništav i ne može proizvoditi pravno dejstvo.Petitumom tužbe tužilačka strana je istakla dva tužbena zahtjeva(eventualno spajanje) i to prvi da se utvrdi da je ništav ugovor o kupoprodaji nepokretnosti br.02-2570 od 04.05.2010.godine ili pak da se obavežu tuženi da tužilji na ime naknade razlike u cijeni između vrijednosti predmetnih nekretnina(bliže navedenih u tužbi od 11.02.2015.godine)a koje su upisane u listu nepokretnosti 118 KO Zaton i iznosa odobrenog i realizovanog kredita u iznosu od 7.000,00€ isplati iznos koji će nakon vještačenja biti preciziran.

U završnom izlaganju punomoćnik tužioca je ponovio razloge za usvajanje tužbenih zahtjeva iz riječi tokom postupka i predložio je da sud usvoji jedan od tužbenih zahtjeva,a troškove postupka tražio je određeno.

Tužena I-reda je u odgovoru na tužbu,žalbenim i revizijskim navodima te riječi na raspravi, preko punomoćnika,u bitnom istakla da je tužena u svemu postupala po ondašnjoj pravnoj legislativi pa je i ugovor o prodaji nepokretnosti,koji je zaveden kod tužene pod posl.br.02-2570 od 04.05.2010.godine, ovjerio i pred Osnovnim sudom u Bijelom Polju Ov.br.1696/10 od 04.05.2010.godine, te da je sa tužiljom zaključio ugovor o kontinuiranoj hipoteci br.630-1376 od 21.01.2008.godine ovjeren pred Osnovnim sudom u Bijelom Polju Ov.br.238/08 od 22.01.2008.godine.Dodaje da je tužena I-reda 09.02.2009.godine podnijela Upravi za nekretnine CG, PJ Bijelo Polje zahtjev za upis obavještenja o vanskudskoj prodaji te da se taj datum po čl.12 Zakona o državnom premjeru i katastru podrazumijeva kao dan upisa obavještenja odnosno 15 dana od dana predaje takvog zahtjeva Upravi za nekretnine CG, pa se tako kao dan upisa imao smatrati 24.02.2009.godine,a da to što je Uprava za nekretnine CG donijela formalno rješenje o upisu u listu nepokretnosti godinu i po dana po podnošenju zahtjeva se nikako ne može cijiniti u pravcu nezakonito provedenog postupka namirenja vanskudske prodaje i da je prema tada važećem Zakonu o hipoteci postojala mogućnost hipotekarnog dužnika da ospori pravo namirenja hipotekarnom povjeriocu u vanskudskom postupku podnošenjem tzv. hipotekarne tužbe za koju je propisan rok od 15 dana od dana prijema obavještenja o prodaji od strane hipotekarnog povjerioca. Naglašava i da je tuženi blagovremeno i po zakonu predviđenom procedurom obavijestio tužilju o početku namirenja vanskudskom prodajom nepokretnosti te da pravo hipotekarne tužbe ista nije iskoristila, to je tužilja prekludirana u isticanju navoda o eventualnim manama vanskudskog postupka prodaje od njegovog početka pa do kraja, odnosno do definitivnog upisa prava svojine u katastarski operat.

Tužena II-reda je u riječi tokom postupka u bitnom osporila tužbene navode sadržine kao što je to izložio i tuženi I-reda.

U završnom izlaganju punomoćnik tuženih je predložio je da sud odbije tužbene zahtjeve u cjelosti kao neosnovane iz razloga navedenih u odgovoru na tužbu i riječi tokom postupka, tražeći troškove postupka određeno.

Sud je postupio po rješenjima Vrhovnog suda CG Rev.br.304/16 od 07.06.2016.godine i Višeg suda u Bijelom Polju Gž.br.2836/16 od 06.12.2016.godine pa je radi donošenja pravilne i zakonite odluke u dokaznom postupku izvršio uvid u komplet spise ovog suda P.br.719/2012/10 iz kojih posebno u fotokopiju cjelokupnih spisa predmeta Uprave za nekretnine PJ Bijelo Polje br.954-105-380/1-2010; u spise ovog suda Ov.br.1696/10 a koji se sastoje od uplatnice Hipotekarne banke na ime takse uplaćene Osnovnom sudu u Bijelom Polju, lista nepokretnosti br.118 KO Zaton, rješenja Uprave za nekretnine PJ Bijelo Polje br.954-105-60/1-08 od 25.01.2008.godine, zaključka Direkcije za nekretnine PJ Bijelo Polje br.954-105-60/1-08 od 27.02.2009.godine; u obavještenje o četvrtoj prodaji upućenog od strane tužene I-reda Todoroviću Velisavki i Milomiru od 12.04.2010.godine;u povratnicu na ime Milomira i Velisavke Todorović od 14.04.2010.godine;u pregled stanja duga na dan 04.05.2010.godine na ime Todorović Milomira; u zapisnik o vansudskoj prodaji nepokretnosti od 04.05.2010.godine; u nalog za predaju nepokretnosti upućenog Todorović Velisavki od strane Hipotekarne banke od 11.05.2010.godine; u povratnicu na ime Todorović Velisavke od 12.05.2010.godine; u obavještenje Uprave za nekretnine PJ Bijelo Polje od 22.03.2011.godine br.958-105-155/2011 sa povratnicama na ime Hipotekarne banke i Todorović Velisavke, u ugovor o kontinuiranoj hipoteci Ov.br.238/08 od 22.01.2008.godine, u ugovor o poljoprivrednom kreditu br.638-1357 zaključen između tužene i Todorović Milomira dana 22.01.2008.godine;u potvrde izdate od tužene br.02-8262/2 od 17.12.2012.godine za Veličković Rosu,Igora Kralja i Kristinu Vukčević;u pravosnažnu presudu ovog suda P.br.719/2012/10 od 25.01.2013. godine i u rješenje Vrhovnog suda CG Rev.br.833/11 od 22.09.2011.godine; u kopiju polise osiguranja imovine izdate od Lovćen osiguranja AD Podgorica br.0513056/2 od 23.01.2008.godine i priznanice br.8/08 od 23.01.2008.godine, u predlog za vansudsko rješavanje spora upućeno od tužilje tuženoj I-reda sa potvrdom o prijemu pošiljke; u dopis tužene I-reda od 15.09.2015.godine sa priložima (izvještaj procjenjivača Aleksandra Rakočevića od 03.02.2009.godine,odluka o imenovanju komisije za vansudsku prodaju nepokretnosti od 09.02.2009.godine,zapisnici o vansudskoj prodaji nepokretnosti javnim nadmetanjem od 01.04.2009.godine, od 12.05.2009. godine, kao i ugovor o prodaji nepokretnosti poslovni broj Ov.1696/10 od 04.05.2010.godine).

Nakon provedenog dokaznog postupka i ocjene izvedenih dokaza, kako pojedinačno tako i u njihovoj međusobnoj povezanosti, a u skladu sa odredbom čl.9 ZPP-a, sud je odlučio kao u izreci presude.

Nesporno je da je ugovor o poljoprivrednom kreditu broj 630-1357 zaključen između tužene I-reda i Todorović Milomira dana 21.01.2008.godine na iznos od 7.000,00€ i da su radi obezbjeđenja potraživanja iz istog, tužilja i tužena I-reda zaključile ugovor o kontinuiranoj hipoteci br.630-1376 od 21.01.2008.godine ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju Ov.br.238/08 od 22.01.2008.godine, na osnovu koga je na predmetnim nekretninama upisano hipoteka u korist tužene.Nesporno je da je tužena I-reda,sada, upisana kao vlasnik predmetnih nepokretnosti rješenjem Uprave za nekretnine PJ Bijelo Polje br.954-105-380/1-2010 od 30.07.2010.godine. Nesporno je da se nepokretnosti koje su bile predmet postupka vansudske prodaje i dalje nalaze u državini tužilje,te da tužena I-reda nije od zaključenja ugovora o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br.1696/10 dana 04.05.2010.godine dolazila u posjed predmetnih nekretnina.

Predmet spora je tužbeni zahtjev tužilje kojim je tražila da se utvrdi da je ništav ugovor o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br.1696/10 dana 04.05.2010.godine a koji je zaključen između predsjednice Komisije za vansudsku prodaju nepokretnosti Veličković Rose,kao prodavca i Hipotekarne banke AD



Podgorica kao kupca, a iz razloga što vansudsku prodaju predmetnih nepokretnosti tužena nije sproveda u skladu sa Zakonom o hipoteci, odnosno odredbama ZOSPO koje se odnose na hipoteku ili da se obavežu tuženi da joj na ime razlike između procijenjene vrijednosti nekretnina koje su bile predmet ugovora o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br. 1696/10 dana 04.05.2010. godine i iznosa odobrenog kredita u iznosu od 7000€ isplate iznos koji će nakon vještačenja biti preciziran.

Tužilja je postavila dva tužbena zahtjeva (eventualno spajanje), tj. prvi tužbeni zahtjev kao glavni a drugi kao eventualni, postavljeni samo uslovno, za slučaj da prethodni ne bude osnovan, a što je u skladu sa odredbom čl. 189 Zakona o parničnom postupku.

Iz ugovora o kontinuiranoj hipoteci koji je zaključen 21.01.2008. godine, proizilazi da je ovdje tužilja kao hipotekarni dužnik zaključila ovaj ugovor sa tuženom I-reda kao hipotekarnim povjericom, a radi obezbjeđenja potraživanja iz ugovora o poljoprivrednom kreditu br. 630-1367 zaključenog između Todorović Milomira i tužene dana 21.01.2008. godine za iznos od 7.000€. Članom 8 ovog ugovora predviđeno je da ako potraživanje koje je obezbijedjeno tom hipotekom ne bude namireno do 01.02.2011. godine, potraživanje će se namiriti vansudskom prodajom, te da dokaz o visini i postojanju duga bude izvod iz poslovnih knjiga hipotekarnog povjerioca. Članom 10 ovog ugovora predviđeno je da će vansudsku prodaju izvršiti Komisija za vansudsku prodaju nepokretnosti koju će imenovati posebnom odlukom generalni direktor tužene. Članom 11 ovog ugovora strane ugovornice su saglasne da će se vansudska prodaja obaviti javnim nadmetanjem, te da će opterećena nepokretnost biti prodana onome ko ponudi najveću cijenu. Ovaj ugovor je potpisan od strane ugovornica i ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod brojem Ov. br. 238/08 na dan 22.01.2008. godine.

Iz Odluke broj 02-535 od 09.02.2009. godine utvrđeno je da su izvršni direktori Hipotekarne banke imenovali komisiju za vansudsku prodaju predmetnih nepokretnosti koju čine Rosa Veličković kao predsjednik komisije, Igor Kralj i Kristina Vukčević kao članovi komisije. Ovom odlukom ovlašćena je predsjednica komisije da može u ime hipotekarnog dužnika potpisati ugovor o kupoprodaji i isti ovjeriti kod nadležnog organa. Naznačeno je da odluka stupa danom donošenja.

Iz potvrda izdatih od tužene I-reda a zavedene pod br. 02-8262/2 od 17.12.2012. godine za Veličković Rosu, Igora Kralja i Vukčević Kristinu, utvrđeno je da je Rosa Veličković bila stalno zaposlena u Hipotekarnoj banci AD Podgorica u periodu od 10.02.2007. godine do 30.10.2010. godine, da je u vrijeme kada je bila imenovana za člana komisije za vansudsku prodaju u postupku prodaje protiv hipotekarnog dužnika Velisavke Todorović bila stalno zaposlena kod tužene I-reda na radnom mjestu direktora filijale u Bijelom Polju. Veličković Rosa u navedenom periodu nije bila član upravnog odbora tužene I-reda. Igor Kralj je u vrijeme kada je imenovan za člana Komisije za vansudsku prodaju u postupku prodaje protiv hipotekarnog dužnika Velisavke Todorović bio stalno zaposlen kod tužene I-reda počev od 01.08.2008. godine i nije bio član upravnog odbora tužene I-reda. Utvrđeno je da je Kristina Vukčević raspoređena za v.d. rukovodioca Službe vođenja rizičnih plasmana, zatim da je zaposlena kod tužene I-reda počev od 17.03.2006. godine, da je u vrijeme kada je imenovana za člana komisije za vansudsku prodaju u postupku prodaje protiv hipotekarnog dužnika Veselinke Todorović bila stalno zaposlena kod tužene I-reda, te ista nije bila član upravnog odbora tužene I-reda.

Odredbom člana 317 ZOSPO (čl. 9 Zakona o hipoteci, prestao da važi danom stupanja na snagu Zakona o svojinsko-pravnim odnosima) kontinuirana hipoteka znači da hipoteka može obezbjeđivati i potraživanje iz novog ugovornog odnosa, nastalog nakon izmirenja obaveze za čije obezbjeđenje je hipoteka nastala do iznosa utvrđenog ugovorom o hipoteci, odnosno da hipotekom može biti obezbijedeno i potraživanje hipotekarnog povjerioca prema hipotekarnom dužniku iz ugovornog odnosa nastalog nakon nastanka hipoteke, a koji dospijeva za isplatu prije namirenja obaveze za čije je obezbjeđenje hipoteka nastala. Kontinuirana hipoteka je jedan vid ugovora o hipoteci i ne



podrazumijeva prethodno postojanje ugovora o hipoteci, a mora da sadrži sve ono što i ugovor o hipoteci.

Član 319 ZOSPO (član 11 Zakona o hipoteci) predviđa, između ostalog, da predmetni ugovor sadrži i naziv ili ime i adresu ili sjedište lica kome će biti povjerena vansudska prodaja. U ovom slučaju dogovaranje da će vansudsku prodaju izvršiti Komisija za vansudsku prodaju nepokretnosti koju će imenovati posebnom odlukom generalni direktor banke, odnosno tužene, u skladu je sa navedenom odredbom. Čl. 32 Zakona o hipoteci (čl. 342 st. 2 ZOSPO) propisano je da kupac nepokretnosti koja je predmet vansudske prodaje ne može biti lice ovlašćeno za vođenje tog postupka. Iz dokaza je utvrđeno da tužena II-reda, kao ni ostali članovi komisije, nije bila kupac nepokretnosti koje su predmet vansudske prodaje. Utvrđeno je da je postupak prodaje vodila i sprovela komisija u navedenom sastavu, a kupac je tužena I-reda za koju nije bilo zakonskih smetnji da se javi kao kupac, jer ona nije vodila postupak vansudske prodaje.

Iz izvještaja procjenjivača Aleksandra Rakočevića od 03.02.2009. godine proizilazi da je procijenjena vrijednost nepokretnosti upisanih u Ln.br.118 KO Zaton i to katastarske parcele br.1585,1586,1594,1595,1596,1597 i 1623, ukupne površine 19.564m<sup>2</sup> na iznos od 28.759,10€ a porodična stambena zgrada br.1 spratnosti P, površine 43m<sup>2</sup> koja se nalazi na katastarskoj parceli br.1585 na iznos od 4.300,00€ što je ukupno 33.059,10€.

Iz pregleda stanja duga na dan 04.05.2010.godine na ime Todorović Milomira utvrđuje se da je stanje duga dužnika Todorović Milomira na dan 04.05.2010.godine u iznosu od 9.317,07€, a odnosi se na glavnicu u iznosu od 7.000,00€, redovnu kamatu 187,73€ i zateznu kamatu u iznosu od 2.129,34€.

Iz zapisnika o vansudskoj prodaji nepokretnosti javnim nadmetanjem od 04.05.2010.godine zaključuje se da je ročište za prodaju održano i da je kao jedini ponudjač bila tužena. Na zapisniku nema konstatacije ko je pristupio na ovo ročište, a Komisija je, pozivajući na odredbe čl.342 ZOSPO, predmetne nepokretnosti prodala tuženoj I-reda kao hipotekarnom povjeriocu i to za iznos od 9.317,07€. Navedena odredba ZOSPO je pravilno primijenjena, jer hipotekarni povjerilac koji učestvuje u javnoj prodaji kao ponudjač ima pravo da, kao kupoprodajnu cijenu, ponudi obezbijeđeno potraživanje što je u ovom slučaju utvrđeni iznos iz pregleda stanja duga na dan 04.05.2010.godine na ime Todorović Milomira. Shodno prednje utvrđenom, nesrazmjera između vrijednosti potraživanja i vrijednosti nepokretnosti i činjenica da je predmet kupoprodaje cjelokupna založena nekretnina koje su upisane u Ln.br.118 KO Zaton na ime tužene I-reda nijesu razlozi koji sprečavaju izvršenje, odnosno zaključenje predmetnog ugovora o prodaji. Bez uticaja je na prednje navedeno data procjena procjenjivača Aleksandra Rakočevića.

Iz zapisnika o vansudskoj prodaji nepokretnosti javnim nadmetanjem od 04.05.2010.godine i ugovora o kupoprodaji Ov.br.1696/10 od 04.05.2010.godine zaključeno je da je dana 04.05.2010.godine održana prodaja, a čl.31 Zakona o hipoteci propisano je da se vansudska prodaja ne može održati prije proteka 30 dana od dana upisa obavještenja o prodaji. Iz rješenja Uprave za nekretnine PJ Bijelo Polje broj 954-105-380/1-2010, utvrđeno je da je upis obavještenja o prodaji broj 642 izvršen 29.07.2010.godine, a prodaja je bila dana 04.05.2010.godine, tj. prije upisa obavještenja o prodaji broj 642. Iz obavještenja o četvrtoj prodaji upućenog od strane tužene I-reda Todorović Velisavki i Milomiru od 12.04.2010.godine i povratnice na ime Velisavke Todorović od 14.04.2010.godine utvrđeno je da je tužilja uredno obaviještena o ročištu za prodaju od 04.05.2010.godine.

Odredbom čl.341 st.1.ZOSPO propisano je da se vansudska prodaja ne može održati prije proteka roka od 30 dana od dana upisa obavještenja o prodaji, da hipotekarni povjerilac i hipotekarni dužnik mogu ugovoriti da se period od 30 dana između upisa obavještenja o prodaji i početka prodaje skрати, ukoliko se ispune svi uslovi u vezi sa oglašavanjem obavještenja o prodaji (st.2.). Istovjetno rješenje predviđala je i odredba čl. 31.Zakona o hipoteci koji je bio u primjeni u vrijeme zaključenja ugovora o hipoteci, a koji

je prestao da važi danom stupanja na snagu ZOSPO. Imajući u vidu utvrđeno iz zapisnika o vansudskoj prodaji nepokretnosti javnim nadmetanjem od 04.05.2010.godine, rješenja Uprave za nekretnine PJ Bijelo Polje broj 954-105-380/1-2010 od 30.07.2010.godine, obavještenja o četvrtoj prodaji upućenog od strane tužene I-reda Todoroviću Velisavki i Milomiru od 12.04.2010.godine i povratnice na ime Velisavke Todorović od 14.04.2010.godine te da nije ugovoreno da se period od 30 dana između upisa obavještenja o prodaji i početka prodaje skрати, u konkretnom sud cijeni da se radi o propustu, odnosno, nepravilnosti u postupku vansudske prodaje, zbog kojeg razloga se stečeno pravo svojine ne može osporavati (čl.344 ZOSPO), a tužilja nije tužbom predviđenom odredbom čl.343 navedenog Zakona osporila pravo namirenja hipotekarnom povjerioci. Shodno naznačenom stoji navodi tužene I-reda da je tužilja imala mogućnost da ospori pravo namirenja hipotekarnom povjerioci podnošenjem tužbe kao hipotekarni dužnik za koju je određen rok od 15 dana od dana prijema obavještenja o prodaji i da je stoga propuštanjem tužilja prekludirana u isticanju navoda o manama vansudskog postupka prodaje.

Bez uticaja je na prednje navedeno što je iz spisa predmeta ovog suda P.br.719/2012/10 utvrđeno je da je pravosnažnom presudom od 25. 01. 2013.godine odbijen tužbeni zahtjev tužene kao tužioca kojim je tražila da se obaveže tužena da oslobodi od lica i stvari, te preda nepokretnosti upisane u list nepokretnosti broj 118 KO Zaton (tamo bliže označenih podataka) a koje su bile predmet i vansudskog postupka prodaje, te da je razlog ovakvoj odluci što predmetni postupak namirenja potraživanja vansudskom prodajom nije u skladu sa Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima koji se odnosi na hipoteku tj. Zakonom o hipoteci (prestao da važi dana 21.03.2009.godine).

Sud nalazi i da je neosnovan tužbeni zahtjev tužilje kojim je tražila da se obavežu tuženi da joj na ime razlike između procijenjene vrijednosti nekretnina koje su bile predmet ugovora o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br.1696/10 dana 04.05.2010.godine i iznosa odobrenog kredita u iznosu od 7000€ isplate iznos koji će nakon vještačenja biti preciziran, jer nije predložila odgovarajuće dokaze (u tužbi i na pripremnom ročištu) kojim bi dokazala da postoji obaveza isplate na strani tuženih te u kojem iznosu, a pri tom imajući u vidu odluku suda iz stava jedan izreke ove presude.

Primjenom navedenih odredbi Zakona o svojinsko pravnim odnosima odnosno Zakona o hipoteci, te čl.101,148,149 ZOO na utvrđeno, sud je odlučio kao u stavu jedan i dva izreke ove presude.

Sud je odlučio kao u stavu tri izreke ove presude jer odlučivanje o ovom zahtjevu ne spada u sudsku nadležnost, već se o istom odlučuje u upravnom postupku.

Cijeneći i ostale izvedene dokaze, uzimajući u obzir utvrđeno činjenično stanje, sud nalazi da su bez uticaja na odlučivanje u ovoj pravnoj stvari.

Sud je obavezao tužilju da tuženim naknadi troškove postupka u iznosu od 2.300,00€ a u skladu sa odredbama čl.152,153 u vezi sa čl.161 ZPP-a, imajući u vidu vrijednost spora, broj tuženih, da tužilja nije uspjela u sporu te vrijeme otkada tužene zastupa zajednički punomoćnik. Troškovi postupka se odnose na ime sastava odgovora na tužbu od punomoćnika koji je advokat u iznosu od 200,00€, na ime zastupanja od punomoćnika koji je advokat na pet održanih ročišta u ukupnom iznosu od 1.100,00€ (4x200,00€ i 1x300,00€), na ime pristupa punomoćnika koji je advokat na dva odložena ročišta u iznosu od 200,00€ (2x100,00€), na ime sastava žalbe od 08.02.2017.godine od punomoćnika koji je advokat u iznosu od 400,00€ i na ime sastava revizije od 22.02.2016.godine od punomoćnika koji je advokat u iznosu od 400,00€ a u skladu sa važećim AT-om. Tuženim nijesu priznati troškovi na ime sastava žalbe od 08.02.2017.godine izjavljene na rješenje ovog suda P.br.1393/16 od 25.01.2017.godine jer sa istom nijesu uspjeli.

Sa iznijetih razloga odlučeno je kao u izreci presude.



OSNOVNI SUD U BIJELOM POLJU  
Dana,23.06.2017.godine

SUDIJA  
Almir Muratović,s.r.

PРАВNA POUKA: Protiv ove presude  
dozvoljena je žalba, u roku od 15 dana,  
od dana donošenja, putem ovog suda,  
za VIŠI SUD U BIJELOM POLJU.



Za tačnost otpredka  
Namještenik suda

Vrhovni Sud CG  
**Rev 78/2020**  
20. Maj 2020

Rev. br. 78/20

U IME CRNE GORE

VRHOVNI SUD CRNE GORE, u vijeću sastavljenom od sudija Branimira Femića, kao predsjednika vijeća, Rade Kovačević, Radojke Nikolić, Vesne Jočić i Natalije Filipović, kao članica vijeća, u pravnoj stvari tužilaca D. I. i Z. I., oboje iz B., koje zastupaju punomoćnici R. Š. i V. Đ., advokati iz K., protiv tuženih "Prva banka Crne Gore" AD P. i First assets management DOO P., koje zastupa punomoćnik D.Đ., advokat iz Podgorice, radi ništavosti, odlučujući o reviziji tužilaca, izjavljenoj protiv presude Višeg suda u Bijelom Polju GŽ. br.1451/19 od 16.10.2019. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 20.05.2020.godine, donio je,

PRESUDU

Revizija se odbija kao neosnovana.

Svaka stranka snosi svoje troškove revizijskog postupka.

Образложење

Presudom Višeg suda u Bijelom Polju, GŽ.br.1451/19 od 16.10.2019.godine, odbijena je kao neosnovana žalba tužilaca i potvrđena presuda Osnovnog suda u Kotoru P.br.400/17/17 od 07.01.2019. godine, kojom je odlučno:

"ODBIJA SE tužbeni zahtjev kojim su tužioci tražili da sud utvrdi da su aspolutno ništavi, ugovor u kupoprodaji UZZ 539/2012 od 29.05.2012 godine zaključen i ovjeren kod notara Irene Polović u Budvi, punomoćje UZZ br. 292/2012 od 18.05.2012 godine ovjereno kod notara Sonje Radović u Podgorici i odluka o izboru najpovoljnijeg ponuđača i dodjeli nepokretnosti na vansudskoj prodaji od 15.05.2012 godine br. 24-012406 i da ne proizvode dejstvo, kao NEOSNOVAN.

Obavezuju se tužioci da tuženima solidarno nadoknade troškove parničnog postupka u iznosu od 5.172,75

parničnog postupka i pogrešne primjene materijalnog prava. Predložili su da se nižestepene presude ukinu i predmet vrati na ponovno sudjenje.

Tuženi su podnijeli odgovor na reviziju predlažući da se ista odbije kao neosnovana, a tužiocu obavežu da im naknade troškove sastava odgovora na reviziju.

- Po razmatranju spisa predmeta u smislu čl.401 ZPP, ovaj sud je našao da je revizija neosnovana.
- U postupku pred nižestepenim sudovima nije počinjena bitna povreda postupka iz čl.367 st.2 tač.12 ZPP, na koju ovaj sud pazi po službenoj dužnosti. Nasuprot navodima revizije pobijana presuda ne sadrži nedostatke zbog kojih se ne bi mogla ispitati, jer su izreke, kako pobijene, tako i prvostepene presude, jasne i razumljive i bez ikakve protivrječnosti sa razlozima koji su potpuni i jasni, saglasni sa činjenicama koje je prvostepeni sud utvrdio pravilnom ocjenom izvedenih dokaza, pojedinačno i u međusobnoj vezi, kao i rezultata cjelokupnog postupka, u smislu čl.9 ZPP. O odlučnim činjenicama ne postoji protivrječnost između onoga što se u razlozima presude navodi o sadržini isprava ili zapisnika o iskazima datim u postupku ili samih tih isprava, pa ne stoji ukazana bitna povreda postupka iz čl.367 st.2 tač.15 ZPP.
- Neosnovano se nižestepene presude osporavaju zbog pogrešne primjene materijalnog prava.
- Među strankama nije bilo sporno, a potvrđuju i izvedeni dokazi, da je radi obezbjedjenja potraživanjem iz ugovora o dugoročnom kreditu br.0501/00288 od 29.06.2007.godine, koji su zaključili "Grmeč produkt" DOO Budva, kao korisnika kredita, preko zakonskog zastupnika, ovdje prvotужиoca i prvotужena banka, kao davalac kredita na osnovu kog se korisniku kredita stavlja na raspolaganje iznos od 300.000,00 €, sa rokom otplate od 60 mjeseci. Radi obezbjedjenja potraživanja po ovom ugovoru prvotужena je sa pomenutim preduzećem zaključila ugovor o kreditnoj hipoteci br.0501/00289 od 29.06.2007.godine, kojim je u korist banke kao hipotekarnog povjerioca konstituisana hipoteka na predmetnim nepokretnostima u svojni prvotужиoca. U oba ugovora je navedeno da u slučaju neizmirenja kredita u ugovorenom roku davalac kredita može odmah raskinuti ugovor o kreditu i u cjelosti naplatiti iskorišćeni kredit sa obračunatom kamatom i troškovima, a da je korisnik kredita saglasan da se u tom slučaju aktivira naplata iz hipotekarne nepokretnosti, bilo vanskudskom, bilo sudskom prodajom, založnih nepokretnosti. Članom 8 ugovora o kreditnoj hipoteci predviđeno je da će vanskudsku prodaju nepokretnosti izvršiti hipotekarni povjerilac, odnosno komisija za vanskudsku prodaju koju imenuje generalni direktor, a čl.9 istog ugovora da će se vanskudska prodaja obaviti javnim nadmetanjem. Takođe, nije sporno da kredit nije izmiren, zbog čega je prvotужena pristupila vanskudskoj prodaji založenih nepokretnosti. U tom cilju je Odlukom izvršnog direktora od 03.04.2012.godine formirana Komisija za vanskudsku prodaju u sastavu M. K. – O., predsjednik, P. K., član i I. P., član. Nakon toga, Glavni izvršni direktor prvotужene je izdao punomoćje koje je sačinjeno u formi notarskog zapisa UZZ br.292/12 od 18.05.2012.godine, pred notarom Sonjom Radović iz Kotora, kojim je ovlastio Milicu Kovač da kao predsjednik komisije zaključi u ime hipotekarnog dužnika ugovor kojim se svojina na nepokretnostima opterećenim hipotekom prenosi na kupca. Ugovor o kupoprodaji UZZ br.539/12 zaključen je pred notarom Irenom Po. u B., 29.05.2012.godine, između prodavca D. I., koga na osnovu čl.8 Ugovora o kreditnoj hipoteci i odredaba Zakona o svojinsko pravnim odnosima zastupa prvotужena, a nju po punomoćju M.K.i kupca First assets management DOO P., ovdje drugotужenog.
- Sporna je zakonitost postupka vanskudske prodaje, a stim u vezi valjanost predmetnog kupoprodajnog ugovora, punomoćja kojim je predsjednik komisije za vanskudsku prodaju bio ovlašćen da potpiše taj ugovor, odluke o izboru napovoljnijeg ponudjača, kao i dodjela nepokretnosti u vanskudskoj prodaji.
- Na temelju iznijetih činjenica, nižestepeni sudovi su pravilno odlučili odbijanjem tužbenog zahtjeva, s pozivom na odredbe čl.319 st.3. tač.8, čl.342 i čl.345 Zakona o svojinsko pravnim odnosima ("Sl.list CG", br.19/09) i odredbe Zakona o izvršenju i obezbjedjenju ("Sl.list CG", br.36/11). Naime, kako korisnik kredita nije vratio kredit koji je obezbijedjen predmetnom hipotekom, prvotужena kao izvršni povjerilac, ovlašćena je da traži namirenje svog potraživanja iz vrijednosti založene stvari vanskudskom prodajom, koja je sprovedena u skladu sa navedenim zakonskim odredbama.
- Nasuprot navodima revizije, Komisija za vanskudsku prodaju imenovana je od nadležnog organa prvotужene, a M. K., predsjednica iste je na osnovu valjanog punomoćja tog organa UZZ.br.292/12 od 18.05.2012.godine, kao lice koje po ugovoru o kreditnoj hipoteci sprovodi vanskudsku prodaju javnim nadmetanjem, bila je ovlašćena da nakon zakonito sprovedenog postupka u skladu sa čl.345 Zakona o



hipotekarnog dužnika, koga zastupa hipotekarni povjerilac, a koji se prvotuzilac prethodno saglasio potpisivanjem ugovora o kreditnoj hipoteci.

- Nižestepeni sudovi su za svoje odluke dali potpune i pravilne razloge, kojima su obuhvaćeni svi revizijski navodi od značaja za presudjenje, koje prihvata i ovaj sud i na njih upućuje revidente. Naime, ovlašćeno lice - subjekt koji će sprovesti vansudsku prodaju može biti pravno ili fizičko lice, a to je svakako prvotuzena, čiji nadležni organ je imenovao Komisiju za sprovođenje postupka prodaje odnosno opunomoćio njenu predsjednicu da potpiše, u ime prvotuzioca ugovor kojim se svojina na nepokretnostima opterećenih hipotekom prenosi na kupca, što je u skladu sa čl.345 Zakona o svojinsko pravnim odnosima, pa se neosnovano revizijom potencira da su to morala učiniti sva tri člana komisije i da je ugovor morao potpisati prvotuzilac, te da se radi o ništavom pravnom poslu.
- Takodje, okolnost da je prvotuzena osnivač drugotuzenog ne predstavlja zakonsku smetnju da drugotuzeni podnese ponudu i učestvuje u postupku javnog nadmetanja, kada se ima u vidu odredba čl.177 Zakona o izvršenju i obezbjedjenju, koja drugotuzenog, kao zasebno pravno lice, ne isključuje kao kupaca. Stoga se ne mogu prihvatiti kao osnovani ni navodi revizije da postoji konflikt interesa između prvo i drugotuzenih i da je zbog toga ugovor o kupoprodaji ništav pravni posao.
- Ne stoji navodi revizije u pogledu povrede odredbi čl.285 i 291 Porodičnog zakona Crne Gore i da drugotuzilja nije dala saglasnost da se predmetne nepokretnosti opterete u korist prvotuzene, jer su opovrgnuti sadržinom punomoćja Ov.br.6483 od 02.07.2007.godine i iskazom svjedoka Draga Ivanića, koji potvrđuju postojanje takve saglasnosti, pa se bez osnova ističe da je predmetni ugovor ništav i sa ovog razloga.
- Drugostepeni sud se detaljno izjasnio i u pogledu neosnovanosti navoda da je povrijeđena procedura obavještanja o licitaciji i objavljivanja prodaje putem štampanih medija, ukazujući da je sproveden postupak javnog objavljivanja - čl.45 Zakona o izvršenju i obezbjedjenju, s tim d se danom posljednjeg obavještenja smatra da je obavještenje o prodaji nepokretnosti od 19.04.2012.godine, i uručeno, na šta upućuju akti prvotuzene, isječki iz novina, fakture i oglasi. Kako je ponuda drugotuzenog, kao jedina, bila blagovremena, kompletna i u cjelosti ispunjava uslove oglasa, to je i odluka o izboru najpovoljnijeg ponudjača i dodjeli nepokretnosti zakonita. Drugotuzeni je potom izvršio uplatu kupoprodajne cijene nepokretnosti iz kreditnog zaduženja, shodno Odluci Odbora direktora od 29.02.2012.godine, pa je ispunjen i posljednji uslov da u roku od sedam dana od dana zaključenja javnog nadmetanja uplati preostali dio kupoprodajne cijene na račun prvotuzene, da bi 29.05.2012.godine bio zaključen kupoprodajni ugovor i realizovana vansudska prodaja predmetnih nepokretnosti.
- Navodi revizije kojima se osporava utvrđeno činjenično stanje, što se odnosi i na procjenu predmetnih nepokretnosti, nijesu od značaja, jer to nije revizijski razlog u smislu čl.400 st.3 ZPP.
- Odluka o troškovima je donijeta u skladu sa odredbom čl.152, 153 i 161 ZPP, te važeće AT CG, o čemu je prvostepeni sud dao pravilne i potpune razloge, a drugostepeni sud iste prihvatio, što čini i ovaj sud, s obzirom da se revizijom ne dovode u pitanje, pa se i odluka o troškovima postupka neosnovano napada.
- Saglasno čl.161 st.1 i čl.153 st.1 ZPP, odlučeno je da svaka stranka snosi svoje troškove revizijskog postupka, jer odgovor na reviziju ne predstavlja obaveznju pravnu radnju i nije od uticaja na odluku o reviziji.
- Sa izloženog, primjenom čl.408 ZPP, odlučeno je kao u izreci.

VRHOVNI SUD CRNE GORE

Podgorica, 20.05.2020 . godine

PREDSJEDNIK VIJEĆA,

Viši Sud u Podgorici  
**GŽ 3231/2018**  
13. Novembar 2018

U IME CRNE GORE

GŽ.br.3231/18-15

VIŠI SUD U PODGORICI, kao drugostepeni, u vijeću sastavljenom od sudija Ranka Vukića, kao predsjednika vijeća, Mirjane Popović i Sonje Drašković, kao članova vijeća, u pravnoj stvari tužilaca M. S. iz Tivta i Z. O. iz Pančeva, koje zastupa punomoćnik B.B., advokat iz Kotora, protiv tužene H.A. R. DOO Podgorica, koju zastupa punomoćnik Vanja Mugoša, advokat iz Podgorice, radi nedopuštenosti vanskudske prodaje, vrijednost spora 11.000,00 €, odlučujući po žalbi stranaka izjavljenim protiv rješenja Osnovnog suda u Kotoru P.br.1551/17/15 od 06.03.2018.godine, u sjednici vijeća održanoj dana 13.11.2018.godine, donio je

RJEŠENJE

UKIDA SE rješenje Osnovnog suda u Kotoru P.br.1551/17/15 od 06.03.2018.godine i predmet vraća prvostepenom sudu na ponovno suđenje.

Obrazloženje

Prvostepenim rješenjem, bliže označenim u izreci, odlučeno je:

„ODBACUJE SE tužba kojom je traženo da se utvrdi da je nedopuštena vanskudska prodaja održana dana 24.06.2015.godine u 11,00 časova u Hotelu „Palma“ u Tivtu i zakazana dana 22.07.2015.godine, koju je u ime i za račun tuženog pokrenuo advokat F.J. iz Podgorice, a odnosi se na nepokretnosti oznake PD1, PD3, PD4 i PD5 u objektu 1 na kat.parc. 3...KO Tivat sve upisane u LN 2... KO Tivat, KAO NEDOZVOLJENA.

OBAVEZUJU SE tužioci da tuženom solidarno naknade troškove parničnog postupka u iznosu od 2.925,00eura u roku od 15 dana od dana pravosnažnosti rješenja, pod prijetnjom prinudnog izvršenja“.

Protiv prvostepene presude žalbu su blagovremeno podnijeli tužioci iz svih zakonskih razloga, ukazujući i na počinjenu bitnu povredu iz čl. 367 st.2 tač.15 ZPP-a. U žalbi je navedeno da sud odbacuje tužbu kao nedozvoljenu nalazeći da ne postoji pravni interes tužilaca za vođenje parnice zanemarući pri tome činjenicu da je odlukom od 27.07.2015.godine samo formalno otkazan postupak vanskudske prodaje za predmetne nepokretnosti. Naime, u žalbi se ukazuje da je u ponovljenom postupku, na prvom ročištu



imale uticaja na utvrđenje početne cijene u novo sprovedenom postupku vansudske prodaje. Predloženo je da se usvoji žalba, prvostepeno rješenje ukine i predmet vratiti na ponovni postupak.

U odgovoru na žalbu tuženi je osporio žalbene navode tužilaca i predložio da se žalba odbije kao neosnovana.

Protiv prvostepene presude u odnosu na troškove postupka žalbu je blagovremeno podnio tuženi zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka i pogrešne primijene materijalnog prava, sa predlogom da se usvoji žalba i rješenje o troškovima preinači na način kako je to predloženo žalbom.

Odgovor na žalbu nije podnijet.

Ispitujući pobijano rješenje povodom izjavljenih žalbi, u smislu odredbe člana 379 stav 1 ZPP-a a u vezi sa čl. 396 ZPP-a, ovaj sud je našao da su žalbe osnovane.

Prvostepeno rješenje je donijeto uz počinjene bitne povrede odredaba parničnog postupka, jer je nejasno i nerazumljivo, s obzirom da sud nije na jasan način razjasnio odlučne činjenice u konkretnoj pravnoj stvari, a što je za posledicu imalo, za sada, pogrešnu primjenu materijalnog prava.

Predmet spora u ovoj pravnoj stvari je zahtjev tužilaca da proglašavaju nedopuštenu vansudsku prodaju održanu dana 24.06.2015.godine u 11,00 časova u hotelu "Palma" u Tivtu i zakazanu dana 22.07.2015.godine, koju je u ime i za račun tuženog pokrenuo advokat F. J. iz Podgorice, a odnosi se na nepokretnosti oznake PD1, PD3, PD4 i PD5 u objektu 1 na kat.parc. 3380 KO Tivat sve upisane u LN 272 KO Tivat.

Iz činjeničnog utvrđenja prvostepenog suda proizilazi da je tužilac I reda zaključenjem ugovora o hipotekarnom kreditu br.1621504281 zasnovao obligacioni odnos sa H. A. A. B., te da je na osnovu navedenog ugovora tužiocu I reda stavljen na raspolaganje iznos od 700.000,00 eura sa rokom otplate od 10 godina. Dakle, ugovorom o hipoteci hipotekarni dužnici kao suvlasnici za po 1/2 dijela saglasili su se da se izvrši upis hipoteke na prostorima PD 1, PD 3, Pd 4 i PD 5 upisanim u LN 272 KO Tivat, radi obezbjeđenja potraživanja prema dužniku S. M. po ugovoru o kreditu od 03.09.2007.godine u iznosu od 700.000 eura sa rokom dospelja 03.07.2017.godine. Kako je članom 8 ugovora predviđeno, hipotekarni povjerilac ima pravo da radi namirenja svog potraživanja u skladu sa zakonom o hipoteci u vansudskom postupku prodaje nepokretnosti ukoliko dužnik ne izmiri u roku najmanje dvije uzastopne rate u skladu sa planom otplate ili napravi povredu ugovora, sa čim su se hipotekarni dužnici saglasili, te takođe, da hipotekarni povjerilac može sam sprovesti vansudsku prodaju založene nepokretnosti, odnosno ima pravo da tu prodaju povjeri advokatu ili agenciji za promet nekretnina po svom nahodjenju. Takođe, tužiocu ne spore činjenicu da predmetni kredit nije izmiren, te je došlo do postupka vansudske prodaje nepokretnosti tužilaca, pokrenutog od strane tuženog po osnovu obavještenja o vansudskoj prodaji od 17.04.2015.godine. Prvo ročište prodaje je bilo zakazano za 24.06.2015.godine, a drugo za 22.07.2015.godine, nakon čega je ovlašćeno lice hipotekarnog povjerioca dana 27.07.2015.godine donio Odluku kojom je otkazao postupak vansudske prodaje nepokretnosti upisanih u listu nepokretnosti br.272. KO T. i odredio ponovno sprovođenje postupka vansudske prodaje spornih nekretnina, zakazivanjem novog ročišta za prvu prodaju.

Odlučujući o tako postavljenom tužbenom zahtjevu, prvostepeni sud je obzirom na nepostojanje pravnog interesa za vođenje predmetne parnice od strane tužilaca, tužbu odbacio kao nedozvoljenu s pozivom na odredbu čl. 188 st.2 ZPP-a, cijeneći da donošenjem odluke od 27.07.2015.godine kojom je postupak vansudske prodaje predmetnih nepokretnosti otkazan i zakazano ponovno sprovođenje iste, ukazuje na nedostatak pravnog interesa na strani tužilaca za utvrđenje nedopuštenosti vansudske prodaje održane dana 24.06.2015.godine u 11,00 časova u hotelu "Palma" u Tivtu i zakazanu dana 22.07.2015.godine.

Izloženi zaključak se po nalaženju ovog suda za sada ne može prihvatiti.



Viši Sud u Podgorici  
**GŽ 5587/2018**  
27. Novembar 2018

U IME CRNE GORE

Gž.br. 5587/18

VIŠI SUD U PODGORICI kao drugostepeni, u vijeću sastavljenom od sudija Aleksandra Stojanovića, kao predsjednika vijeća, Mirjane Vlahović i Nenada Otaševića, kao članova vijeća, uz učesće Bojane Moračanin, u pravnoj stvari stvari t. M.T., iz N., koga zastupa pun. Urošević Sonja, adv. iz Nikšića, protiv tužene N.L.B. M.b., koju zastupa adv. kancelarija Velimirović & partneri iz Podgorice, radi poništaja odluke, v.s. 900.000,00 €, odlučujući po žalbama tužioca i tužene, izjavljenim protiv presude Osnovnog suda u Nikšiću P.br. 521/17 od 25.06.2018. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 27.11.2018. godine, donio je

PRESUDU

ODBIJA SE žalba tužioca i POTVRĐUJE presuda Osnovnog suda u Nikšiću P.br. 521/17 od 25.06.2018. godine, u stavu prvom izreke.

UKIDA SE navedena presuda u stavu trećem izreke i predmet u tom dijelu vraća na ponovni postupak.

Obrazloženje

Presudom Osnovnog suda u Nikšiću P.br. 521/17 od 25.06.2018. godine, odlučeno je:

“ODBIJA SE tužbeni zahtjev tužioca, kojim je tražio da se utvrdi da je ugovor o vansudskoj prodaji nepokretnosti UZZ br. 51/2017 od 17.02.2017. godine, ništav i da ne proizvodi pravno dejstvo, te da mu tuženi nadoknadi troškove postupka, kao neosnovan.

UTVRĐUJE SE da je tužba povučana u dijelu zahtjeva kojim je tužilac tražio da se poništi odluka Advokatske kancelarije „Velimirović i partneri“ od 10.02.2017. godine, kojom je prihvaćena ponuda NLB banke Podgorica i ponudjač proglašen kupcem i da se utvrdi da tužena nema pravo namirenja potraživanja u iznosu od 349.650,00€ na nepokretnostima upisanim u listu nepokretnosti br. 494 KO Topla i listu nepokretnosti br. 420 KO Topla.

DUŽAN je tužilac nadoknaditi tuženom troškove parničnog postupka u ukupnom iznosu od 3.932,50 €, a sve navedeno u roku od 15 dana, po pravosnažnosti presude, pod prijetnjom prinudnog izvršenja.“

Protiv pobijane presude u stavu prvom i trećem izreke tužilac je blagovremeno izjavio žalbu iz svih zakonom predviđenih razloga. U žalbi navodi da pobijana presuda nema razloga o odlučnim činjenicama a da su navedeni razlozi nejasni i protivrječni sadržini provedenih dokaza, dok je prvostepeni sud pobijanu odluku donio na temelju pogrešnog tumačenja i primjene čl. 342 i čl. 344 ZOSPO-a. Dalje navodi da suprotno čl. 201. ZIO-a, kojim je propisano da se primjenjuju odredbe ovog poglavlja u postupku vansudske prodaje, tužena nije mogla ovlastiti advokatskog pripravnika za vođenje navedenog postupka, što je učinila punomoćjem datim pred notarom dok se iz zapisnika o vansudskoj prodaji od dana 10.02.2017. godine, ne može utvrditi ko je vodio postupak javne prodaje, tj. ko je od komisije prisutan. Ističe da je pogrešan zaključak da se tužilac nije interesovao za postupak vansudske prodaje, da je preko advokata Milana Vojinovića, pokušao u toku postupka vansudske prodaje da ukaže na nedostatke urađene procjene po zahtjevu NLB banke, zahtijevajući da se dostavi procjena koja je vršena prilikom zaključenja ugovora o hipoteci kada je poslovni prostor bio procijenjen na 1.100.000,00€. Ukazuje da tužena u ovoj pravnoj stvari ne može biti savjesno treće lice, kao hipotekarni povjerilac tj. savjesni kupac-sticalac



Po nalaženju ovog suda, pravilno je postupio prvostepeni sud kada je odlučio na navedeni način, o čemu je dao jasne i dovoljne razloge, koje u svemu prihvata i ovaj sud.

Iz notarskog zapisa ugovora o vansudskoj prodaji nepokretnosti sačinjenog kod notara Aleksandre Krivokapić Kuhar Uzz.br. 51/2017 od 17.02.2017. godine sa priložima zaključenog između Mičković Tomislava, ovdje tužioca koga zastupa advokatska kancelarija „Velimirović i partneri“ iz Podgorice Djuranović Vladan, po punomoćjima iz ugovora o hipoteci i i punomoćja UZZ br. 567/2013 sačinjenog kod notara Čepić Tanje, kao prodavca-hipotekarnog dužnika i NLB Banke AD Podgorica, kao kupca hipotekarnog povjerioca proizilazi da je predmet ugovora poslovni prostor PD 2, prva etaža podruma, površine 106 m<sup>2</sup>, br. zgrade 1, na kat. parceli 614 upisana u „V“ listu lista nepokretnosti br. 420. KO Topla i pomoćna zgrada PD 4 prva etaža podruma površine 431 m<sup>2</sup> br. zgrade 1 na kat. parceli 615 iz „V“ lista lista nepokretnosti br. 494 KO Topla. Predmetnim ugovorom se prodavac obavezao da prenese pravo svojine na kupca u obimu prava sa kojim raspolaže na nepokretnostima koje su označene u rubrumu I ugovora, koje su upisane u „V“ listu lista nepokretnosti br. 420 i 494 KO Topla kod Uprave za nekretnine PJ Herceg Novi i da mu iste preda u državinu na dan zaključenja ugovora /pasus II ugovora/, dok je kupac-hipotekarni povjerilac za ukupnu cijenu ponudio dio dospjelog potraživanja /obezbjeđenog potraživanja/ u iznosu od 349.650,00€, te je definisano da će kupac preuzeti nepokretnosti u državinu i posjed na dan zaključenja ugovora.

Postupak ustanovljenja hipoteke i naplate potraživanja iz hipotekovane nepokretnosti je strogo formalan postupak-postupak vansudske prodaje koji se provodi prema odredbama čl. 336-345 Zakona o svojinsko pravnim odnosima.

Naime, i po ocjeni ovog suda nijesu osnovani žalbeni navodi kojima se ukazuje na ništavost predmetnog ugovora o vansudskoj prodaji, gdje tužilac u žalbenim navodima u bitnom nevaljanost ugovora zasniva na nepravilnoj procjeni nepokretnosti, na tvrdnji da advokatska kancelarija nije bila ovlašćena da vodi postupak te na propustu da se hipotekarnom dužniku dostavi obavještenje o drugoj prodaji, te da zapisnik nije potpisala komisija.

Jer, iz notarskog zapisa punomoćja UZZ br. 567/2013 od 24.06.2013. godine, sačinjenog kod notara Čepić Tanje iz Podgorice proizilazi da su Anton Ribnikar, kao glavni izvršni direktor i R. D. kao izvršni direktor NLB banke AD Podgorica, kao davaoci punomoćja ovlastili advokatsku kancelariju „Velimirović i partneri“ i to advokata Djuranović Vladana i advokatske pripravnike Vujović Anu i Nedović Mariju da mogu u ime i račun banke sprovesti vansudsku prodaju nepokretnosti u postupku prinudne naplate potraživanja, kao i da u skladu sa Zakonom sprovode sve radnje u postupku vansudske prodaje da u ime hipotekarnog dužnika zaključuju ugovore o prodaji hipotekovane nepokretnosti na osnovu kojih se svojina na nepokretnostima opterećenim hipotekom prenosi na kupca, koje punomoćje je izdato na neodređeno vrijeme.

Prednje, nesporno je utvrđenje da kreditni dužnik privredno društvo „D.“ nije uredno i u roku dospjeća izmirivao ugovorene obaveze, (što tužilac u konačnom nije osporio), pa je hipotekarni povjerilac ovdje tužena preko ovlašćene adv. kancelarije „Velimirović i partneri“ Podgorica iste obavijestila o dospelosti duga i početku namirenja putem prodaje od 20.05.2015. godine, nepokretnosti iz lista nepokretnosti br. 420. KO Topla i br. 494. KO Topla, kao sredstvo obezbjeđenja, vlasništvo ovdje tužioca u skladu sa

Vrhovni Sud CG

**Rev 11/2018**

15. Jun 2018

Rev.br. 11/18

U IME CRNE GORE

VRHOVNI SUD CRNE GORE, u vijeću sastavljenom od sudija Radoja Orovića, kao predsjednika vijeća, Vesne Begović, Ranke Vuković, dr Vesne Vučković i Dragice Milačić, kao članica vijeća, u pravnoj stvari tužilje V. T., iz B. P., koju zastupa punomoćnik Kasim Dizdarević, advokat iz Bijelog Polja, protiv tuženih "Hipotekarne banke" AD P., Filijala B. P. i R. V., iz B. P., koje zastupa zajednički punomoćnik AOD "Iustitia" iz P., radi utvrđenja, odlučujući o reviziji tužioca, izjavljenoj protiv presude Višeg suda u Bijelom Polju Gž.br.2144/17 od 13.10.2017. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 15.06.2018.godine, donio je

PRESUDU

Revizija se odbija kao neosnovana.

Svaka stranka snosi svoje troškove revizijskog postupka.

Образложење

Presudom Višeg suda u Bijelom Polju Gž.br.2144/17 od 13.10.2017. godine odbijena je žalba kao neosnovana i potvrđena presuda Osnovnog suda u Bijelom Polju P.br.1393/16 od 23.06.2017. godine, kojom je odlučeno:

" ODBIJA SE tužbeni zahtjev tužilje T. V. kojim je tražila da se utvrdi da je ništav ugovor o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br.1696/10 dana



04.05.2010.godine a koji je zaključen između predsjednice Komisije za vansudsku prodaju nepokretnosti V. R. i Hipotekarne banke AD P.

ODBIJA SE tužbeni zahtjev tužilje T. V. kojim je tražila da se obavežu tuženi da joj na ime razlike između procijenjene vrijednosti nekretnina koje su bile predmet ugovora o prodaji nepokretnosti ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov. br.1696/10 dana 04.05.2010.godine i iznosa odobrenog kredita u iznosu od 7000€ isplate iznos koji će nakon vještačenja biti preciziran.

ODBACUJE SE tužba u dijelu gdje tužilja traži „da u roku od 15 dana po pravosnažnosti ove presude izvrši promjenu upisa-brisanje prava svojine sa tužene Hipotekarne banke AD Podgorica- Filijala Bijelo Polje, na tužilju svih nepokretnosti upisanih u listu nepokretnosti br. 118 KO Zaton, te vrati - upiše ranije podatke o pravu svojine tužilje T. V. iz B. P.“.

OBAVEZUJE SE tužilja da tuženim naknadi troškove parničnog postupka u iznosu od 2.300,00€,u roku od 15 dana po pravosnažnosti presude, pod prijetnjom prinudnog izvršenja."

Protiv drugostepene presude tužilac je izjavio reviziju zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primjene materijalnog prava, predlažući da se nižestepene presude preinače i usvoji tužbeni zahtjev.

Tuženi je podnio odgovor na reviziju, tražio je trošak za sastav odgovora na reviziju.

Po razmatranju spisa predmeta, ovaj sud je ispitao pobijanu presudu u smislu odredbe člana 401 ZPP, pa je našao da je revizija neosnovana.

Pobijana i prvostepena presuda ne sadrže bitnu povredu postupka iz člana 367 st. 2 tač. 12 Zakona o parničnom postupku, na čije postojanje ovaj sud pazi po službenoj dužnosti. Takođe, nema ni druge bitne povrede iz čl. 367 st. 2 tač. 15 ZPP. Naprotiv, nižestepene presude sadrže jasne i valjane razloge o svim odlučnim činjenicama, a drugostepeni sud je ocijenio sve žalbene navode koji su od uticaja za odluku o osnovanosti žalbe.

Bez osnova su navodi revizije kojima se osporava pravilnost primjene materijalnog prava.

Predmet spora jeste zahtjev tužilje za utvrđenje ništavosti Ugovora o prodaji nepokretnosti, koji je zaključen između Ve. R. i Hipotekarne banke AD P. tj. tuženih, i ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju pod Ov.br.1696/10 od 04.05.2010.godine. Takođe se traži i isplata razlike iznosa, između procijenjene vrijednosti nekretnina i iznosa odobrenog kredita, kao i da se izvrši promjena upisa predmetnih nekretnina sa tužene na tužilju.

Iz spisa predmeta se utvrđuje da je između tužene Hipotekarne banke i Todorović Milomira bio zaključen Ugovor o poljoprivrednom kreditu br. 630-1357 dana 21.01.2008. godine i to u iznosu od 7.000,00 €. Radi obezbjeđenja potraživanja iz ovog ugovora zaključen je ugovor između tužilje i tužene Hipotekarne banke, o kontinuiranoj hipoteci br. 630-1376 od 21.01.2008. godine koji je ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju Ov.br.238/08 od 22.01.2008. godine. Kako T. M.nije izmirivao obaveze po navedenom kreditu, to su se stekli uslovi za aktiviranjem hipoteke.

Naime, čl. 8 Ugovora o hipoteci predviđeno je da ako potraživanje koje je obezbijedeno tom hipotekom ne bude namireno u roku, namirit će se vansudskom prodajom nepokretnosti. Čl. 10 pom. ugovora predviđeno je da će vansudsku prodaju izvršiti Komisija za vansudsku prodaju nepokretnosti, koju će imenovati posebnom odlukom direktor tužene - Hipotekarne banke, dok

je čl. 11 istog ugovora predviđeno da su strane ugovornice saglasne da se vansudska prodaja obavi javnim nadmetanjem.

Iz odluke br. 02-535 od 09.02.2009. godine proizilazi da je izvršni direktor Hipotekarne banke imenovao Komisiju za vansudsku prodaju, u sastavu V. R., kao predsjednika, I.K. i K. V., kao članova komisije, i istom odlukom predsjednica komisije je ovlaštena da može u ime hipotekarnog dužnika potpisati ugovor o kupoprodaji. Dalje se iz spisa predmeta utvrđuje da je komisija sprovela vansudsku prodaju i zaključila ugovor o prodaji nepokretnosti sa Hipotekarnom bankom AD Podgorica, koji je ovjeren kod Osnovnog suda u Bijelom Polju Ov.br.1696/10 dana 04.05.2010. godine. Tužena je sada upisana kao vlasnik predmetnih nepokretnosti, a to po osnovu rješenja Uprave za nekretnine - PJ Bijelo Polje br. 954-105-180/1-210 od 30.07.2010. godine.

Iz Zapisnika o vansudskoj prodaji nepokretnosti od dana 04.05.2010.godine da se zaključiti da je prodaja bila prije proteka roka od 30 dana od dana upisa obavještenja o prodaji, koji upis je bio 29.07.2010.godine, a prodaja 04.05.2010. godine. Tužilja je bila uredno obaviještena o ročištu za prodaju, međutim i po ocjeni ovog suda, navedeni propust ne može uticati na stečeno pravo svojine. Takođe je od značaja i to što tužilja tužbom, na koju je imala pravo shodno odredbi čl. 343 Zakona o svojinsko pravnim odnosima ("Sl. list CG", br. 19/2009, s obzirom da je Zakon o hipoteci prestao da važi 21.03.2009. godine), nije osporila pravo namirenja hipotekarnom povjeriocu. Naime, ista je imala pravo podnijeti tužbu u roku od 15 dana od dana prijema obavještenja o prodaji, za slučaj postojanja smetnji za sprovođenje vansudskog postupka prodaje, pa nema mjesta navodima revizije da je postupak vansudske prodaje sproveden protivno zakonom predviđenom postupku.

Nasuprot navodima revizije, i po ocjeni ovog suda, nije bilo zakonskih smetnji da se prvotužena javi kao kupac u postupku vansudske prodaje, jer ista nije lice koje je vodilo taj postupak. Takođe, bez značaja su i navodi kojima se ukazuje na propust tužene da tužilji isplati razliku između procijenjene vrijednosti nekretnina i iznosa odobrenog kredita, ovog zato što su predmetne nekretnine, koje su bile predmet hipoteke prodate za iznos koji je predstavljao stanje duga na dan 04.05.2010. godine (9.317,07 €), na kojem ročištu je bila jedini ponuđač prvotužena, koja je kao hipotekarni povjerilac učestovala u javnoj prodaji i shodno odredbi čl. 342 st. 4 Zakona o svojinsko pravnim odnosima imala pravo da kao kupoprodajnu cijenu ponudi obezbijedeno potraživanje.

Imajući u vidu navedeno, po ocjeni ovog suda nižestepene odluke su donijete uz pravilnu primjenu materijalnog prava, koje razloge nižestepenih odluka u svemu prihvata i ovaj sud i revidenta upućuje na iste bez potrebe da ih ponavlja u ovoj odluci.

Polazeći od ishoda postupka po reviziji, pri činjenici da je tuženi tražio troškove odgovora na reviziju, ovaj sud je primjenom čl. 161 st. 1, čl. 163 st. 1 i čl. 152 st. 1 ZPP, odlučio da svaka stranka snosi svoje troškove revizijskog postupka, jer odgovor nema karakter neophodnog podneska.

Sa izloženog, primjenom čl.408 ZPP, odlučeno je kao u izreci.

VRHOVNI SUD CRNE GORE

Podgorica, 15.06.2018.godine

Прилог 39 – Допис Хипотекарне банке од 2.7.2021.



Br.02-15639/2  
Podgorica, 02.07.2021 godine

Advokatsko ortačko društvo Iustitia, mat. br. 02317028,  
ul. Svetlane Kane Radević, 3 (PC EuroPoint)  
n/r adv. Vladan S. Bojić

Poštovani,

U skladu sa vašim zahtjevom, a vezano za projekat doktorke disertacije pod nazivom „Vansudska realizacija hipoteke“, Hipoteka banka AD Podgorica Vas obavještava da je u periodu od početka 2018. godine do danas procesuirano ukupno 7 postupaka vansudske prodaje nepokretnosti, od kojih je u tom postupku realizovana 1 nepokretnost na način što je Banka stekla predmetnu nepokretnost, 1 postupak vansudske prodaje je i dalje u toku, a preostalih 5 postupaka su obustavljeni.

Postupak u kojem je došlo do realizacije hipoteke, trajao je oko 8 mjeseci (od juna 2018. do februara 2019. godine).

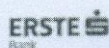
Srdačno Vas pozdravljamo,

  
Snežana Mijušković,  
referentna poslovima zastupanje

DDD

HIPOTEKARNA BANKA AD PODGORICA  
81000 Podgorica, Josipa Broza Tita 67  
tel: +382 (0)77 700 001 fax: +382 (0)77 700 071  
hipotekarna@hb.co.me www.hb.co.me





ERSTE BANK AD Podgorica

Avionik Brijunića 2A, 81000 Podgorica  
Tel: 020 440 400  
Fax: 020 440 402  
www.erstebank.me  
info@erstebank.me

**ADVOKATSKO ORTAČKO DRUŠTVO IUSTITIA ADV.VLADAN S. BOJIĆ I DRUGI**  
Ul. Svetlane K. Rađević broj 3  
Podgorica

U vezi Vašeg zahtjeva zadostavljanje podataka iz naše prakse, a koji su Vam potrebni za projekat doktorske disertacije "Vansudska realizacija hipoteke", ukazujemo na sledeće podatke:

U traženom periodu – u 2019 i posebno u 2020 godini – smo imali tendenciju pada predaje predmeta advokatskim kancelarjama, radi pokretanja vansudskog postupka prodaje hipotekovanih nekretnina.

Smanjen je broj pokretanja vansudskog postupka prodaje hipotekovanih nekretnina, zbog toga što se Erste Banka, a koliko nam je poznato – i većina banaka na tržištu, opredeljuje za postupak prodaje pred javnim izvršiteljima.

Nekoliko je razloga za to, a najvažniji je što postupak pred javnim izvršiteljima rezultira Zaključkom koji predstavlja izvršnu ispravu, pa Banka kada pokrene postupak iseljenja ne mora da sprovodi parnični postupak kako bi ishodovala izvršnu presudu.

Od početka 2016. godine do danas je advokatskim kancelarjama predato ukupno 12 kreditnih aranžmana što je, na godišnjem nivou – znatno manje predmeta nego npr., u 2016 godini.

Većina od tih 12 predmeta je, predata kancelarjama u 2019 godini. S druge strane, 2020 godina je bila specifična, jer je pojava Covida 19 uticala na finansijsko tržište, kao i na cjelokupan system naplate spornih potraživanja. Banka je kroz definisane moratorijume i sporazume sa klijentima nastojala da odloži pokretanje postupaka vansudske prodaje nepokretnosti/utuzenja.

Što se tiče vansudskih prodaja, stav je generalno isti kao u prethodnom dopisu – u najvećem broju slučajeva ne rezultiraju prodajama na zakazanim ročicama, i dalje je procentualno zanemarljiv broj prodaja trećim licima u postupku vansudske prodaje (atraktivni kolaterali, cijene koje idu znatno ispod vrijednosti nepokretnosti itd.)

Nerijetko se dešava da nakon pokrenutog postupka utuzenja postignemo dogovor sa klijentom oko plaćanja, zato imamo i pitčan broj stopiranih postupaka utuzenja.

Ukratko:

- Postupci vansudskih prodaja u prosjeku traju 4-6 mjeseci (ako izuzmemo procesne radnje kojim stranke pokušavaju usporiti/osporiti postupak, ostavinski postupak, smrt klijenta ili hipotekarnog dužnika, nedostupnost hipotekarnog dužnika – strani državljanin, itd). Postupci sa tim elementima mogu potrajati i po par godina.
- Kao što sami navode – vrlo je mali procentualni nepokretnosti prodatih na vansudskim prodajama. Potencijalni kupci žali u nekim slučajevima dođu pravnu situaciju – dakle – da Banka prvo postane vlasnik, pa će on postati nepokretnost kupiti od Banke, čime se lišava nekih mentalitetkih dilemna koje još uvijek postoje u našoj sredini, kada je u pitanju prodaja hipotekovanih nekretnina. Atraktivni kolaterali su interesantniji i uporedo sa interesovanjem i eventualnim uplatama depozita za učešće na licitacijama, imamo i reakcije klijenata koji nerijetko i u posljednjem momentu nađu novac i izmire potraživanje.

Dakle, materija je kompleksna i vrlo živa, uz dosta faktora i situacija koje mogu uticati na dalji tok postupka.

U Podgorici, 13.09.2021 godine

Za Erste Bank AD Podgorica

Registrowana u Centralnom registru privrednih subjekata. Registar broj: 4 – 0201071. PIB: 02551147. Tržišni identifikacioni broj: 027-04001-10



## ЛИТЕРАТУРА

### 1. Монографије, чланци и уџбеници

- Аврамовић, Сима, Античко порекло савремених приципа у правосуђу, *Билтен ВСРС* 3/96.
- Аврамовић, Сима, Станимировић, Војислав, *Упоредна правна традиција*, седмо издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.
- Андрић, Иво, *Развој духовног живота у Босни под утицајем турске владавине*, докторска дисертација (1923. Грац), Етхос, 2017.
- Антић, Оливер, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд 2007.
- Антић, Оливер, *Облигационо право*, седмо издање, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2012.
- Бабић, Данило, *Заложно право на непокретним и покретним стварима и правима и евиденција залогне и тражбине*, ЈП Службени гласник, Београд 2008.
- Бабић, Илија, *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд 2008.
- Бабић, Илија, *Облигационо право*, ЈП Службени гласник, Београд – Сремска Каменица 2009.
- Бабић, Илија, *Основи имовинског права*, ЈП Службени гласник, Београд 2006.
- Бабић, Илија, *Увод у грађанско право и стварно право*, Пројурис, Београд 2009.
- Balić, Ivana, *Komparativna analiza modela obrnute hipoteke u izabranim zemljama*, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Splitu, Split 2016.
- Бартош, Милан, Благојевић, Борислав, *Велики правни приручник*, НИП Привредни преглед, Београд 1972.
- Баста, Данило, Праведност као врлина (судије), *Право и правда*, хрестоматија, ур. Бојан Спаић, Правни факултет Универзитета у Београду и ЦИИ, 2014.
- Беговић, Борис, Лабус, Мирољуб, Јовановић, Александра, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Беговић, Борис, Јовановић, Александра, Радуловић, Бранко, *Економска анализа права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019.
- Бељански, Слободан, *Процесни положај адвоката и адвокатска етика, Заступање и пуномоћство*, ИП Глосаријум, Београд 2007.
- Бештел, Ги, Каријер, Клод Жан, *Речник глупости – и грешака у расуђивању*, ИК Киша, Нови Сад 2011.
- Благојевић, Борислав, *Систем извршног поступка*, Издавачко и књижевско предузеће Геца Кон, Београд 1938.

- Благојевић Борислав, *Уговори по пристанку*, Правни факултет Уневирзитета у Београду, Београд 2013.
- Благојевић, Слободан, *Увод у право*, треће издање, НИУ Службени лист Црне Горе, Подгорица 2003.
- Блекстон, Вилијем, *Коментари права Енглеске*, књига I (William Blackstone, *The Commentaries of the Laws of England*, John Murray, London), 1876.
- Бован, Саша, *Природа јуристичког закључка*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013.
- Бодирога, Никола, *Судска контрола рада извршитеља*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2015.
- Бодирога, Никола, *Вансудско извршење на основу Закона о хипотеци*, *Правни живот* 12/2010.
- Бодирога, Никола, *Теорија извршног поступка*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.
- Бодирога, Никола, *О уставности извршења потраживања путем приватних извршитеља*, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2014.
- Бодирога Никола, *Нови извршни поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.
- Бојић Доловић, Г. Катарина, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.
- Борхарт, Дитер-Клаус, *Абецеда права Европске уније*, Медијска библиотека Европске комисије, © Европска унија, Luksemburg 2010.
- Бркић, Јелена, *Недозвољене одредбе код уговора о залози у нашрем праву*, Правни факултет, Нови Сад 2011.
- Бубало, Ђорђе, *Душанов законик*, ЗУНС, Службени гласник, Београд 2010.
- Бугарски, Ранко, *Увод у општу лингвистику*, Сабрана дела, књига 6, Чигоја, Београд 1996.
- Бујуклић, Жика, *Римско приватно право*, четврто измењено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- Бујуклић, Жика, *Римски корени европског комуитарног права, Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Правни факултет у Београду, Београд 2011.
- Бујуклић, Жика, *Римска држава, право, религија и митови*, Форум Романум, Правни факултет у Београду, Београд 2014.
- Бујуклић Жика, *Вишезначност термина ius и lex и њихов међусобни однос*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013.
- Варади, Тибор, Бордаш, Бернадет, Кнежевић, Гашо, Павић, Владимир, *Међународно приватно право*, петнаесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.
- Вендел, Бредли, *Адвокатска етика*, ЈП Службени гласник РС, Београд 2011.
- Векас, Лајош, *О новом мађарском Грађанском законнику*, *Нова правна ревија* 6, 10/2015.

- Вековић, Виолета, Правни поредак у Србији у доба благоверног цара Стефана Душана, *Правни живот* 10/2010.
- Вишић, Марко, *Законици древне Месопотамије*, Службени лист СЦГ – ЦИД, Београд – Подгорица 2003.
- Владетић, Срђан, *Основи траста англосаксонског права*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Зборник радова Правног факултета LVIII, Крагујевац 2011.
- Водинелић, Владимир, *Грађанско право*, Номос, Београд 1991.
- Водинелић, Владимир, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, ЈП Сл. гласник, Београд 2014.
- Водинелић, Владимир, *Такозвана злоупотреба права*, Номос, Београд 1997.
- Водинелић, Владимир, Основно о Нацрту Стварноправног законика Србије 2006, *Избор судске праксе* 5–8/2007.
- Водинелић Владимир, О језику и номотехници Нацрта Законика о својини и другим стварним правима, *Правни записи* 1/2010.
- Водинелић, Владимир, *Чему посесорни поступак*, *Правни записи* 2/2013.
- Вотсон, Алан, *Правни трансплати (приступ упоредном праву)*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Врачар, Стеван, *Преиспитивање правне методологије*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд 2000.
- Врађанац, Душан, *Увод у правни систем Сједињених Америчких Држава*, Правни факултет Универзитета Унион, Институт за упоредно право, Београд 2008.
- Ћупић, Драго, *Нови Вујаклија*, 11. издање, Штампар Макарије – Октоих, Београд – Цетиње 2011.
- Вујаклија, Милан, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд 2006.
- Вукадиновић, Гордана, Картаг Одри, Агнеш, *Америчка јуриспруденција XX века*, Новосадска асоцијација за теорију етику и филозофију права, Нови Сад 2006.
- Вукадиновић, Гордана, *Савремена школа природног права*, *Правни живот* 12/2012.
- Вукадиновић, Јелена, *Место права ЕУ у правном поретку СР Немачке, Увод у немачко право*, Институт за упоредно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.
- Вукасовић, Предраг, Америка и Рим – има ли основа за аналогију, *Страни правни живот* 1/2008.
- Вукотић, Јасмина, *Начело поуздања у катастар непокретности*, *Правни живот* број 10/2014.
- Вукотић, Јасмина, *СТИЦАЊЕ ЗЕМЉИШНОКЊИНИХ ПРАВА УПИСОМ У ЈАВНЕ РЕГИСТРЕ*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.
- Вуксановић, Драгиња, *Вансудско намирење хипотекарног повјериоца*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2011.
- Вулетић, Владимир, *Ius commune Europaeum – нови термини за старо решење*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011.

- Вучковић, Милица, *Фидуцијарни пренос права својине ради обезбеђења у савременом праву*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2012.
- Гавела, Бранко, *Античка књижевност, Херодотова историја*, 1. и 2. део, Матица српска, Нови Сад 1966.
- Gavela, Nikola, Hano, Erst i dr., *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Narodne novine, Zagreb 2011.
- Gavela, Nikola, *Stvarno pravo*, Zagreb 2008.
- Gavela, Nikola, О односу материјалног и процесног грађанског права у парницама, *Pogled sa stajališta privatnog (građanskog) prava*, zbornik, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 2012.
- Гамс, Андрија, *Основи стварног права*, Научна књига, Београд 1968.
- Гамс, Андрија, *Увод у грађанско право – општи део*, Научна књига, Београд 1967.
- Гамс, Андрија, Подела права на приватно и јавно и утицај те поделе на својинске односе, *Правни живот* 11–12/1991.
- Гамс, Андрија, *Својина*, Правни факултет у Београду, Београд 1987.
- Гаћиновић, Радослав, Глобализација и међународне интеграције, *Правни живот* 524/2008.
- Гершић, Глигорије, *Енциклопедија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011.
- *Гласник права (Herald of Law)*, Правни факултет у Крагујевцу, 2010.
- Главашевић, Драган, *Правна историја*, Београд, 2012.
- Глинтић, Мирјана, Максимална хипотека и њен однос са обезбеђујућим земљишним дугом у немачком праву, *Увод у право Немачке*, Институт за упоредно право, Правни факултет у Београду, 2011.
- Глишовић, Лазар, Немачки грађански законик правног партикуларизма до кодификације грађанског права, *Страни правни живот* 1/2015.
- Горшић, Фрања, *Коментар Грађанског парничног поступка са уводним законом*, књига 1 и 2, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1933.
- Грдинић, Никчевић Јелена, *Поморска хипотека (Mortgagege у енглеском и америчком праву (Mortgage on Ship in English and American Maritime Law)*, *Поморско право „Наше море”* 56, 1–2/2009.
- Гроздић, Борислав, *Увод у правну етику*, ПА, Нови Сад 2017.
- Дабовић, Душан, *Примена преузетог права*, *Правни живот* 14/ 2009.
- Даниловић, Јелена, Станојевић, Обрад, *Текстови из римског права, Практикум за вежбе*, девето издање, ЈП Службени гласник СЦГ, Београд 2003.
- Дворкин, Роналд, *Суштина индивидуалних права*, ЈП Службени лист СРЈ и ЦИД Подгорица 2001.
- Дворкин, Роналд, *Природно право*, Нови Сад 2006.
- Дворкин, Роналд, *Царство права (Law’s Empire)*, Harvard University Press, 1986.
- Дворкин, Роналд, *Озбиљно схватање права (Taking Rights Seriously)*, Harvard University Press, 1977.

- Dika, Mihailo, „Izvanparnična“ i koncilijanska funkcija javnih bilježnika – de lege lata i de lege ferenda, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 6/2009.
- Dika, Mihailo, *Raspra o notarima*, Zbornik radova sa regionalnih konferencija, GTZ, Beograd 2010.
- Dika, Mihajlo, *Građansko ovršno pravo*, NN d.d., Zagreb 2007.
- Доловић, Катарина, Улога јавног бележника код заложног права на непокретности, *Страни правни живот* 2/2010.
- Дубинов, Симон, *Кратка историја јеврејског народа*, Савез јеврејских општина Југославије, Београд 1982.
- Дудаш, Атила, О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије, *Теоријски и практични проблем стварања и примене права ЕУ и Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2014.
- Дукић Мијатовић, Маријана, Хармонизација банкарског законодавства РС у светлу утицаја на развој хипотекарног и финансијског тржишта, *Право и привреда* 2/2009.
- Ernst, Nano, Vučković Matanovac Romana, Prijenos prava radi osiguranja – nedorečenosti i nedovršenosti, *Zbornik pravnoga fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2012.
- Ђорђевић, Љубица, Утицај пресуда Европског суда за људска права на праксу Уставног суда Србије, *Правни живот* 14/2008.
- Ђорђевић, Јован, Поратна држава Слободана Јовановића, *Савременици о Слободану Јовановићу*, ур. Јовица Тркуља, Маринко Вучинић, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд 2009.
- Ђурановић, Стево, Одлагање извршења управног акта, *Билтен Врховног касационог суда РС* 2/2012.
- Ђорђевић, Живомир, Бакић, Војислав, *Основи имовинског права*, Савремена администрација, Београд 1959.
- Ђорђевић, Славко, Ђорђевић, Мирко, О реализацији вансудске извршне хипотеке у праву Републике Србије – критички осврт, *Часопис за домаће, немачко и европско право* 2/2013.
- Ђурђевић, Дејан, *Јавнобележничка делатност*, Досије студио, Београд 2014.
- Жан-Ноел, Робер, *Стари Рим*, Клио, Београд 2009.
- Живковић, Милош, О квалитету новијих грађанскоправних прописа у Србији, *Правни записи* 1/2010.
- Живковић, Милош, *Акцесорност заложних права на непокретностима*, Правни факултет у Београду, Београд 2010.
- Живковић, Милош, О увођењу тзв. неакцесорних заложних права на непокретности у праву Србије, *Актуелна питања грађанске кодификације*, зборник радова, Центар за публикације, Ниш 2008,
- Живковић, Милош, Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Републици Србији, Национални извештај, Форум за грађанско право и југоисточну Европу, Избор радова и анализа, Југословенски преглед, Београд 2010.

- Живковић, Милош, *Ново хипотекарно право у Републици Србији*, Правни факултет, Београд 2010.
- Живковић, Милош, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, ЈП Службени гласник РС, Београд 2006.
- Живковић, Милош, *О вансудској извршној хипотеци у праву Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.
- Живковић, Милош, *The out-of-court procedure for enforcement of hypothec in Serbia*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.
- Живковић, Милош, *Право регистра непокретности (општи део)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2020.
- Живков Дејан, Павков Иван, *Предимензионирање субпримарног хипотекарног тржишта као главни узрок његовог слома*, *Школа бизниса* 3/2012.
- Живковић, Мирослав, *О природи судске власти*, *Правни живот* 12/2010.
- Жил, Детур, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Службени гласник Републике Србије, Београд 2006.
- Закић, Милорад Д., Зиндовић, Илија, *Методологија научно-истраживачког рада – с посебним освртом на право и економију*, Пословни биро, Београд 2010.
- Здравковић, Милош, *Концепт правде у правној теорији Џона Финиса*, *Правни живот* 14/2008.
- Ивошевић, Зоран, *Судска пракса праведног суђења*, *Билтен ВСРС* 4/2008.
- Ивановић, Сретен, *Примјена Закона о општем управном поступку*, 3 М Макарије, Подгорица 2008.
- Јакшић, Александар, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Јакшић, Александар, *Међународно грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.
- Јакшић, Александар, *НАТО интервенција на бившу Југославију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2008.
- Јанковец, Ивица, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд 1993.
- Јанковић, Милош, *Тенденције развоја и механизми регулације хипотекарних тржишта*, докторска дисертација, Факултет за банкарство, осигурање и финансије, Београд 2016.
- Јањић, Дејан, *Европски систем заштите људских права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2014.
- Јевтић, Драгош, Поповић, Драгољуб, *Народна правна историја*, пето издање, Правни факултет у Београду, Београд 2012.
- Јелић, Рајко, *Пренос права својине у англосаксонском праву*, *Развој правног система*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006.
- Јовановић, Небојша, *Појам уговора у англосаксонском праву*, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008.

- Јовановић, Небојша, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, ЈП Службени гласник, Београд 2008.
- Јовановић, Небојша, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009.
- Јовановић, Небојша, *Увод у Common law уговорно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015.
- Камиловска Зороска, Татјана, *Реформе система извршења у државама региона, Хармонизација грађанског права у региону*, зборник радова, 2013.
- Качмар, Олег, Јуриј, Колос, *Реализација вансудске методе намирења хипотековане имовине: Анализа судске праксе*, *Правне новине* 10/2012.
- Карамарковић, Лепосава, *Поравнање и медијација*, Факултет за пословно право, Београд 2004.
- Карамарковић, Лепосава, Ивошевић, Зоран, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2010.
- Караникић Мирић, Марија, *Одговорност јавних бележника у српском грађанском праву*, *Правни живот* 10/2014,
- Качмар, Олег, Автор, *Реализација вансудске методе намирења хипотековане имовине, Анализа судске праксе*, *Јурidична газета* №10, Јуриј Колос, б. 3. 2012.
- Келзен, Ханс, *Главни проблеми теорије државног права*, Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2001.
- Клајн, Иван, Шипка, Милан, *Речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2007.
- Кнежевић, Предраг, Митровић Душан, *Секјуритизација извор финансирања и начин управљања ризиком банке*, *Правни живот* 12/2007.
- Кнежевић, Предраг, Анђелковић, Жарко, *Положај банака као хипотекарних поверилаца након измена и допуна Закона о хипотеци*, *Правни живот* 11/2015.
- Кнежић Поповић Драгана, *Јавнобележничка делатност у светлу слободе настањивања и слободе пружања услуга у праву Европске уније, Водич кроз право Европске уније*, Институт за међународну политику и привреду, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд 2009.
- Ковачевић, Вељко, Нека питања о природи и структури појединих грана и правних института енглеског права, *Правни записи* 2/2013.
- Коен, Цин, *Преиспитивање људских права демократије и суверенитета у времену глобализације, Људска права – преиспитивање идеје*, Службени гласник, Београд 2011.
- Комар Јањић Марина, *Свест и идентитет*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.
- Константиновић, Михаило, Скица за законик о облигацијама и уговорима, *Гледишта* 10/1969.
- Константиновић, Михаило, *Хипотека на стоци*, Београд 1931.
- Константиновић, Михаило, *Облигационо право, према Белешкама са предавања*, Савез студената Правног факултета у Београду, Београд 1969.

- Кошутић, Будимир, Милисављевић, Бојан, Ракић, Бранко, *Увод у право европских интеграција*, четврто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд 2015.
- Кошутић, Будимир, *Увод у велике правне системе данашњице*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду – ЦИД, Београд – Подгорица 2008.
- Кривокапић, Борис, *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, ЈП Службени гласник, Београд 2010.
- Кркљуш, Љубомирка, *Правна историја српског народа*, шесто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Крстић, Ђурица, *Природа и извори енглеског права*, *Правни живот* 14/2008.
- Крстић, Ивана, Маринковић, Танасије, *Европско право људских права*, СЕ, Београд 2016.
- Крстић, Ивана, *Принудно иселење – универзални међународни стандарди*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013.
- Купер, Адам, Купер, Џесика, *Енциклопедија друштвених наука*, том 1, Службени гласник, Београд 2009.
- Куштримовић Ковачевић, Радмила, Лазић, Мирослав, *Стварно право*, Пунта, Ниш 2006.
- Кристи, Силвија Луција (Cristea, Silvia Lucia), *Регулативе хипотеке у новом румунском грађанском законнику (практички аспекти)*, *Perspectives of Business Law Journal* 2012.
- Лазаревић, Драгољуб, *Државина, појам, облици и заштита*, Пословни биро, Београд 2010.
- Лазаревић, Драгољуб, *Коментар закона о извршењу и обезбеђењу*, прво издање, Пословни биро, Београд 2011.
- Лазаревић, Драгољуб, *Сусвојина, заједничка својина и заштита права својине*, прво издање, Пословни биро, Београд 2011.
- Лазић, Мирослав, *Ранг стварног права*, *Правни живот* 10/2002.
- Лазић, Мирослав, *Значај јавног регистра за хипотеку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2000.
- Лазић, Мирослав, *Заштита потрошача у кредитном односу*, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, 2016.
- Лазић, Мирослав, *Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула*, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, 2015.
- Леградић, Рудолф, *Теорија стварног права и стварно право ФНРЈ*, Правни факултет Универзитета у Скопљу, Скопље 1957.
- Лукић, Радомир, *Систем филозофије права*, пето издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.
- Лукић, Радомир, Кошутић, Будимир, *Увод у право*, двадесет седмо издање, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд 2008.
- Љутић, Бранко, *Банкарско и берзанско пословање, инвестициони приступ*, МБА Прес, Београд 2007.



- Мајер, Томас, *Потреба законских регулисања нових врста уговора у земљама са традицијом грађанског закона* (Tomas Meyer, *The spirit of change reflections on civil law reform*), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009.
- Мајер, Томас, *Структурне разлике између англосаксонског и европског континенталног права својине* (Tomas Meyer, *The spirit of change reflections on civil law reform*), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009.
- Марковић, Јелена, *Шкотски парламент*, истраживачки рад, Библиотека народне скупштине Републике Србије 3-11/12, 2012.
- Марковић, С. Божидар, Правичност и правни поредак, *Право и правда*, хрестоматија, ур. Бојан Спаић, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- Марковић, Вера, Независност судства, *Правни живот* 13/2007.
- Марковић, Лазар, *Грађанско право, прва књига, Општи део и стварно право*, друго издање, Народна самоуправа, А.Д, Београд 1927.
- Марковић, Лазар, *Хипотекарно право*, Геца Кон, Београд 1911.
- Масникоса, Вујадин, *Одговорност јавног извршитеља као предузетника*, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад 2020.
- Матијевић, Ивица, Чулиновић, Фердо, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу Краљевине Југославије*, Београд 1940.
- Медих, Душко, *Право обезбеђења потраживања*, Аперин, Бања Лука 2013.
- Медих, Душко, Хипотека према Закону о стварним правима Републике Српске, *Правни живот* 10/2010.
- Мијатовић Лукић, Мирјана, Хармонизација банкарског законодавства Републике Србије у светлу утицаја на развој хипотекарног и финансијског тржишта, *Право и привреда* 5–8/2009.
- Миланковић Васовић, Љиљана, *Стварноправна средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди*, Библиотека правни информатор, Интермекс 2009.
- Milaković, Goran, Prestanak važenja odgode povjerenja u zemljišne knjige, *Informator* 6460, Zagreb, 6. 3. 2017.
- Милетић, Славица, *Хипотекарни кредити и хипотекарне хартије у развијеним земљама и земљама у транзицији*, Београд 2004.
- Милетић, Славица, *Хармонизација регулативе хипотекарног тржишта Србије са Европском унијом*, докторска дисертација, Универзитет Сингидунум, Београд 2012.
- Милошевић, Мирослав, *Римско право*, Правни факултет, Београд 2012.
- Милојевић, Драгомир, Андрејевић, Снежана, Крстајић, Веско, *Уједначавање судске праксе – изазови и могућа решења*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд 2015.
- Мимица, Аљоша, Богдановић, Марија, *Социолошки речник*, ЗУНС, Република Србија, 2007.
- Мирковић, Зоран, *Карађорђево законик*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008.
- Мирковић, Зоран, *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017.

- Митровић, Добросав, *Клаузуле неодговорности у трговачкој купопродаји са елементом иностраности*, докторска дисертација, Правни факултет, Београду 1966.
- Митровић, Драган, *Теорија државе и права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Митровић, Драган, *Основи права*, пето издање, Факултет Сингидунум, Београд 2008.
- Митровић, Драган, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд 2014.
- Митровић, Коста Д., *Учења два велика светска система права о законитости и њихово приближавање*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2014
- Mihelčić, Gabriјela, *Komisorno ostvarenje ovlasti na namirenje vjerovnika iz vrijednosti pokretnina*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* 1/2010.
- Mihelčić, Gabriјela, *Pravni položaj kupca/vlasnika nekretnine u hipotekarnom režimu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) 30, 1/2009.
- Мишковић, Маша, *Уговор о продаји у англосаксонском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- Мораит, Бранко, *Актуелизација систематизовања правила грађанског права у регији Југоисточне Европе*, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу, Скопље 2012.
- Николић, Младен, Ефикасност судова у извршном поступку (суђење у разумном року), *Билтен ВКС РС* 2/2008.
- Николић, Младен, Нека спорна питања у поступку извршења на непокретности, *Билтен ВКС РС* 3/2012.
- Николић Младен, Ђорђе, Сибиновић, Спасић, Слободан, Шаркић, Небојша, *Извори права о адвокатури у ЕУ*, Београд, 2012.
- Николић, Младен, Сибиновић, Ђорђе, Спасић, Слободан, Шаркић, Небојша, *Право правосудних професија*, ЈП Службени гласник, Београд 2012.
- Никчевић Грдинић, Јелена, Поморска хипотека (mortgage) у енглеском и америчком праву, *Наше море, знанствени часопис за море и поморство* 1–2/2009, Факултет за поморство Котор.
- Векас, Лајош, *О новом мађарском Грађанском законнику*, *Часопис за домаће, њемачко и европско право* (Neue Juristische Umschau O – Zeitschri für einheimisches, deutsches und europäisches Recht), Lajos Vékás: kurz NPR, in das sechste Jahr ihres Erscheinens, /5 Jaxpe1-2/. Rechtsanwalt Dr. Stefan Pürner и Нова правна ревија 6/2015, 21–30.
- Орлић, Миодраг, *Покушаји да се донесе нови Грађански законик*, *Српски грађански законик – 170. година*, Београд 2014.
- Орлић, Миодраг, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд 1993.
- Орлић, Миодраг, *Правна и морална одговорност*, *Правни живот* 10/2012.
- Лазић, Мирослав, Симоновић, Иван, Цветковић, Михајло, *Основе грађанског права ЕУ*, Ниш 2008.
- Павићевић, Александра, *Појам ретенције у домаћем и упоредном праву*, *Правни живот* 10/2015.

- Павићевић, Александра, Начела земљишног дуга као реалног средства обезбеђења, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014.
- Павићевић, Александра, Осврт на сличности и разлике између земљишног дуга и права ретенције, *Право – теорија и пракса* 7–9/2015.
- Павловић, Ђорђе, *О обвезностима и уговорима уопште*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- Паповић, Димитрије, *Примјери филантропије у Црној Гори*, Фонд за активно грађанство, Подгорица 2009.
- Паунд, Роско, *Јуриспруденција*, књига 1, ЈП Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2000.
- Паунд, Роско, *Јуриспруденција*, књига 2, ЈП Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2000.
- Паунд, Роско, *Јуриспруденција*, књига 3, ЈП Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2000.
- Пауновић, Милан, Кривокапић, Борис, Крстић, Ивана, *Међународна људска права*, друго издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Пејановић, Милица, Кочан, Ен, *Значај Директиве ЕУ о уговорима о стамбеном кредитирању у светлу активности Универзитетског ФОНДУНС-а*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2016.
- Пекић, Борислав, *Писма из туђине*, 2015. Лагуна, Дечак Винслоу, Право и Правда, 97.
- Перовић, Слободан, *Коментар ЗОО, књига прва*, Савремена администрација, Београд 1995.
- Перовић, Слободан, *Облигационо право*, књига прва, седмо издање, Београд 1990.
- Перовић, Слободан, *Изванправни чиниоци и правни поредак универзалне вредности и културни идентитет Србије и Републике Српске*, Цавтат 2010,
- Перовић, Слободан, *Васкрс права*, *Правни живот* 11–12/1991.
- Перовић, Слободан, *Скица за један портрет, Класици југословенског права*, Михаило Константиновић, ЈП Службени лист СЦГ, Београд 2006.
- Петражицки Јосифович, Лав, *Теорија права и морала*, ЈП Службени лист СРЈ, Београд 1999.
- Петровић, Бојан, *Право на правично суђење у Републици Србији*, докторска дисертација, Универзитет Цон Незбит, Правни факултет, Београд 2016.
- Петровић, Здравко, Козар, Владимир, *Средства обезбеђења из уговора у привреди*, ДИС публик, Београд 2009.
- Петровић, Здравко, Козар, Владимир, *Уговорна одговорност и накнада штете*, ИП Глосаријум, Београд 2009.
- Петровић, Милан, Прица, Милош, *Увод у велике правне системе*, Ниш 2011.
- Повлакић, Мелиха, *Трансформација стварног права у БиХ*, Сарајево 2009.
- Повлакић, Мелиха, *Стварноправно осигурање кредита у БиХ и стварноправна уређења транзицијских земаља – стање и перспективе*, Загреб 2009.

- Познић, Боривоје, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1970.
- Полојац, Милена, Ђурђевић, Марко, Мирковић, Зоран, *Српски грађански законик – 170 година*, Библиотека *Зборници*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- Полојац, Милена, *Аквилејев закон и правна култура*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015.
- Попер, Карл, *Објективно сазнање – еволутивни приступ*, Паидеиа – ЦИД, Београд – Подгорица 2002.
- Поповић, Драгољуб, Есеј о судској креативности, *Постанак европског права људских права*, Службени гласник, Београд 2013.
- Поповић, Драгољуб, *Европско право људских права*, друго допуњено издање, ЛП Службени гласник, Београд 2016.
- Поп Ливиу, Попа Флорин Ионут, Виду Иоан Стелиан, *Водич извршења обезбеђених облигација*, Правни факултет у Букурешту, Букурешт 2015. (Pop Liviu, Popa Florin Ionut, Vidu Stelian Ioan, *Curs de drept civil obligatiile*, Universul Juridic, Bucuresti 2015).
- Radić, Zinka, Uzroci heterogenosti besposjedovnih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu* 4/2015, 1009–1035.
- Радовановић, Милош, Управни спор поводом вансудског намирења хипотекарног повериоца, *Правни информатор* 2/2014.
- Radovčić, Vesna, *Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, članak „Radovi broj 7“, Izdavački servis Liber, Zavod za hrvatsku povijest Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 1975.
- Ранковић, Ђорђе, *Решавање спорних и сумњивих потраживања у банкама у земљама у транзицији са посебним освртом на Србију*, магистарски рад, Универзитет Сингидунум Београд, Београд 2014
- Радишић, Јаков, *Облигационо право*, Номос, Београд 2008.
- Радишић, Јаков, *Облигационо право, општи део*, десето издање, ЦП Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш 2016.
- Рајчевић, Томо, *Code civil и правосудно стварање права, Увод у право Француске*, Институт за упоредно право, Београд 2013.
- Рашовић, Зоран, *Стварно право*, друго издање, Службени лист СЦГ, Подгорица 2005.
- Рашовић, Зоран, *Коментар закона о фидуцијарном преносу права својине*, Културно-просвјетна заједница Подгорице, Подгорица 1996.
- Рашовић, Зоран, *Коментар закона о хипотеци*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2007.
- Рашовић, Зоран, *Коментар Закона о основама својинско-правних односа са судском праксом*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2007.
- Рашовић, Зоран, *Коментар Закона о својинско-правним односима, теорија и пракса*, друга књига, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2009.

- Рашовић, Зоран, *Право обезбјеђења потраживања*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица 2010.
- Рашовић, Зоран, *Земљишнокњижно право*, Нотарска комора ЦГ, Подгорица 2012.
- Рашовић, Зоран, *Хипотека*, Нотарска комора ЦГ, Подгорица 2015.
- Редбрух, Густав, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд 2007.
- Рибичић, Цирил, *Људска права и уставна демократија*, ЈП Службени гласник РС, Београд 2012.
- Ристић, Живота, *Ново европско берзанско право*, Центар за унапређење правних студија, Београд 2000.
- Ролс, Џон, *Теорија правде*, ЈП Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 1998.
- Ролс, Џон, *Правда као непристрасност*, *Право и правда*, хрестоматија, ур. Бојан Спаић, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.
- Rosenberg, Jerry M., *The concise encyclopedia of the great recession 2007 – 2012*, revised and expanded edition, The Scarecrow Press, Inc Lanham, Toronto – Plymouth 2012.
- Ruždjak Matković, Jožica, *Namirenje fiducijarnog vjerovnika na nekretnini – primjena Ovršnog zakona*, Zbornik broj 6, Pravni fakultet Zagreb, 2009.
- Салма, Јожеф, *О кодификационом историјату мађарског грађанског права и међународних односа*, *Анали Правног факултета Београд* 2/2014.
- Савић, Јадранка, *Право обезбјеђења потраживања промена и ефикасности спровођења у Републици Србији*, докторска дисертација, Универзитет привредна академија у Новом Саду, Правни факултет за привреду и правосуђе у Новом Саду, Нови Сад 2016.
- Сибиновић, Ђорђе, *Право адвокатуре*, ЈП Службени гласник, Београд 2011.
- Simoneti, Petar, *Prava na građevinskom zemljištu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2008.
- Симонети, Петар, *Право грађења – трајање и престанак*, *Зборник Правног факултета у Ријеци* 1/2011, 1–29.
- Симонети, Петар, *Установе правног раздвајања земљишта и зграде и право служности (службености) грађења према Нацрту Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије*, *Правни живот* 11/2008.
- Скалија, Антонин, Грегори, *Књига судије Скалије – Материја интерпретације (Antonin Gregory Scalia, A matter of Interpretation)*, 1997.
- Соловјев, Александар, *Градски Закон у средњовековној Србији*, *Архив за правне и друштвене науке* 16/1928.
- Соловјев, Владимир, *Изабрана дела*, том II, ИЦ Цетиње, ЦИД Подгорица 1995-
- Соловјев, В. Александар, *Постанак и значај Душанова Законика*, Досије, Београд 2001.
- Срећковић, Недељко, Лукић, Драгутин, *Приручник судског извршног поступка*, Правно-економски центар, Београд 1981.
- Спасојевић, Живан, *Аналогија и тумачење, Прилог проучавању метода у приватном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1996.
- Стаменковић, Душан, *Приручник за уписе у земљишну књигу и катастар непокретности*, Савремена администрација, Београд 1991.

- Станковић, Гордана, Злоупотреба права странака у извршном поступку, *Правни живот* 12/2014.
- Станимировић, Војислав, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.
- Станимировић, Војислав, *Хрестоматија за упоредну правну традицију*, треће измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013.
- Станивуковић, Маја, *Уредба о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима (ЕС 2001/44), кроз право Европске уније*, Институт за међународну политику и привреду, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд 2009.
- Станисавић, Митар, *Форфетинг*, Институт за право и финансије, Београд 2015.
- Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, *Стварно право*, Номос, Београд 1999.
- Станковић, Обрен, Водинелић, Владимир, *Увод у грађанско право*, шесто издање, Номос, Београд 2007.
- Станковић, Гордана, Заснивање заложног права на непокретности у поступку обезбеђења, *Правни живот* 11–12/1991.
- Станковић, Емилија, Кодификације грађанског права у земљама источне Европе, *Правни живот* 10/2010.
- Станојевић, Обрад, *Римско право*, Београд 2008.
- Станојевић, Обрад, Римско и англосаксонско схватање својине, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1972.
- Станојевић, Обрад, *Gaius poster, писац првог уџбеника права*, Завод за уџбенике, Београд 2010.
- Старовић, Боривоје, *Коментар закона о извршном поступку (законодавство, теорија, пракса)*, 11. прерађено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 1991.
- Стоиљковић, Срђан, Резултати правне трансплатације у реформи нашег заложног права на покретним стварима, *Правни живот* 10/2012.
- Стојановић, Драгољуб, Антић, Оливер, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2004.
- Стојчевић, Драгољуб, *Римско приватно право*, Београд 1983.
- Стојчевић, Драгомир, Ромац, Анте, *Dicta et regulae iuris*, Савремена администрација, Београд 1989.
- Стошић, Слободан, Реализација заложног права на непокретности, *Мегатренд ревија* 2/2015, 185–200.
- Тасић, Ђорђе, *Увод у правне науке (енциклопедија права)*, Службени лист СРЈ, Београд 1995.
- Телебак, Милорад, *Шта се крије иза етимологије*, Прометеј, Нови Сад 2013.
- Тешић, Ненад, Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања, *Правни живот* 10/2002.

- Тешић, Ненад, О предмету заложног права, *Правни живот* 10/2003.
- Тешић, Ненад, *Регистрована залога*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007.
- Тешић, Ненад, *Доцња заложног дужника као окидач за принудно намирење*, *Развој правног система Србије и хармонизације с правом ЕУ*, ур. С. Табароши, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.
- Тешић, Ненад, *Продаја и пренос потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.
- Тешић, Ненад, Како расплакати Есхила?, О правнотрагичној рестриктивности у тумачењу појма „прелаз потраживања“, *Право и привреда* 7–9/2017.
- Торјанац, Јан, *Приказ летње школе Европског приватног права*, Салзбург 2016, 210–236.
- Трговчевић Прокић, Милена, *Овлашћења јавног бележника и организација бележничтва*, треће измењено и допуњено издање, ЈП Службени гласник, Београд 2012.
- Тирић, Јован, Невоље са упоредним правом, *Страни правни живот* 52, 1/2008.
- Favata, Alesandro, *Dizionario dei termini giuridici*, Casa editrice La Tribuna, Piacenza 1990.
- Фон Јеринг, Рудолф, *Циљ у праву*, ЦИД, Подгорица 1998.
- Фридрих, Карл Јоаким, *Конституционална демократија* (Теорија и пракса у Европи и Америци), ЦИД, Подгорица 2005.
- Фулер, Лон, *Моралност права*, ЦИД, Подгорица 1999.
- Хајек, Фридрих, *Право, законодавство и слобода*, Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица 2002.
- Харт, Херберт, *Појам права*, Службени гласник, Београд 2013.
- *Херодотова историја*, Дерета, Београд 2009.
- Херцог, Томас, *Историјат хипотекарног задуживања с акцентом на гаранције* (*History of Mortgage Finance With an Emphasis on Mortgage Insurance*), Удружење актуара САД, 2009.
- Хибер, Драгор, Закуп стана, *Правни живот* 11–12/1991, 1307–1316.
- Хибер, Драгор, Промена повериоца или новација и застарелост, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013.
- Хибер, Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015.
- Ћосић, Павле и сар., *Речник синонима*, Корнет, Београд 2008.
- Цветић, Раденка, Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015.
- Ћепуло, Dalibor, *Europska pravna tradicija*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2011.
- Ћепуло, Dalibor, *Europska pravna kultura – povijesne i pojmovne odrednice*, Wieacker, 1990/1996.

- Ćepulo, Dalibor, *Predavanja iz predmeta Osnove pravne kulture*, posle diplomski studij Pravnog fakulteta sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2011.
- Џејсон Шварц, Извршење судских одлука у Србији – тренутна ситуација и могућа решења, *Билтен ВС РС* 1/2008.
- Џенкинс, Филип, *Историја Сједињених Америчких Држава*, Филип Вишњић, Београд 2002.
- Џером, Франко, Туцаков, Бранко, *Правни реализам*, Нови Сад 2006.
- Шаркић, Небојша, Почуча, Милан, Извршно и јавно бележничко (нотарско) право, *Правни живот* 12/2012.
- Шаркић, Небојша, Николић, Младен, Критичка анализа појединих одредаба ЗИО, *Правни живот* 11/2011.
- Шаркић, Небојша, Николић, Младен, Како до ефикасног и правичног извршења, *Правни живот* 12/2010, 107–126.
- Шипка, Милан, *За што се каже*, Прометеј, Нови Сад 2007.
- Шолак, Здравко, Уговор о агентури, *Правни живот* 11/2008.
- Штамлер, Рудолф, *Привреда и право*, ЦИД, Подгорица 2001.
- Шулиц, Фриц, *Класично римско право*, Оксфорд 1969. (Schultz F., *Classical Roman Law*, Oxford 1969).
- *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner, Tenth edition, 2014.
- *Велики речник страних речи и израза*, Прометеј, Нови Сад 2007.
- *Енциклопедијски енглеско-српски речник*, Просвета, Београд 2007.
- *Историја Југословенске адвокатуре*, у три тома, Први том, Адвокатска комора Југославије, 2002.
- *Коментар грађанског прицесног права Италије* (Il Codice di procedura civile – commentario con la giurisprudenza, CELT – Casa Editrice La Tribuna SpA, 2002.
- *Латинско-српски речник*, Службени гласник РС, Београд 2009.
- *Лексикон грађанског права*, Номос, Београд 1996.
- *Лонгманов енглеско-енглески речник* (Dictionary of Contemporary English), 2007.
- *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, Inc., Springfield 1964.
- *Мишљење о Нацрту Закона о својини и другим стварним правима Републике Србије*, Дирекција за људска права и владавину права, Београд 2012.
- *Mortgage iz Black's Law Dictionary*, sixth edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1990.
- *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, фототипско издање, Обод – Нови дани, Цетиње – Београд 1998.
- *Пословни лексикон*, ИП Веларга, Београд 2009.
- *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд 1979.
- *Правни речник Henrija Kempbela BLEKA*, West Publishing CO, St. Paul, MINN, 1990.
- *Речник енглеског језика*, четврто издање, Амерички баштина ® Copyright © 2007, Houghton Mifflin Company. Ажуриран 2009.
- *Речник српског језика*, издавач Матица српска, Нови Сад, 2007.



- Студија Јавни извршитељи у Црној Гори, пројекат *Ка ефикасности правосуђа – унапређење развоја професија у вези црногорског правосуђа*, Центар за мониторинг и истраживање ЦеМИ, 2017.
- *Црногорски сенат*, Зборник докумената (1875–1868), Библиотека *Свједочанства*, ЦИД – Обод, Подгорица – Цетиње 1997.

## 2. Извори права

- Акт о оснивању Међународне уније латинских бележника.
- Закон о судском поступку у грађанским парницама од 13. јула 1929. добија обавезну снагу 1. јануара 1932. а у целој држави 1. јануара 1933
- Закон о извршењу и обезбеђењу усвојен прво 1930. године, а од 4. 6. 1937. по чл. 1 Уредбе о увођењу ЗИО, добија обавезну снагу у целој држави коначно 1. 4. 1938.
- Закон о земљишним књигама, *Сл. новине Краљевине Југославије* 146/30, 281/31.
- Уредбе о увођењу Закона о извршењу и обезбеђењу од 4. јуна 1937. ступио је на снагу 1. јануара, односно 1. априла 1938. (на подручју Великог суда за Подгорицу)
- Грађански парнични поступак од 13. јула 1929. Обавезан за целу Краљевину Југославију од 1. јануара 1933.
- Црногорски сенат, Зборник (1875–1868), Свједочанства, ЦИД Подгорица и Обод Цетиње, 1997.
- Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије, *Сл. новине Краљевине Југославије* 220/1930.
- Закон о земљишним књигама са законом о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању
- земљишних књига и Упутствима за прво оснивање земљишних књига, *Збирка закона, Свеска 155*, издавач Издавачка књижарница Геца Кон, 1930. Београд.
- Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. 4. 1941. и за време непријатељске окупације, *Сл. лист ФНРЈ* 86/46, 105/46.
- Закон Украјини „Про іпотеку“, од 5. јуна 2003.
- Федерални закон од 16. јула 1998, Н102-ФЗ „Хипотека (залог) непокретности”
- Закон о хипотеци (Федеральный закон од 16. јула 1998), <http://zakonprost.ru/zakony/ob-ipoteke/>
- Грађански закон 287/2009
- Грађански законик 2011. (Codul Civil. Noul Cod Civil republicat Legea 287/2009), на снази од 1.10.2011, Сл. гласник (М.Оf.нr) 505/11
- Mortgage Repossessions (Protection of Tenants etc.) Act, 2010.
- Повеља о правима Калифорније, 2013.
- Power of Sale Foreclosure Guidelines (водич овлашћења за продају)
- Louisiana Laws 2006-RS 9:5386

- Гласник права (*Herald of Law*), 2010.
- Закон о фидуцијарном преносу права својине, *Сл. лист ЦГ* 23/96.
- Закон о хипотеци, *Сл. лист ЦГ* 71/04.
- Закон о извршењу и обезбјеђењу Црне Горе, *Сл. лист ЦГ* 22/17, 76/17, 25/19.
- Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС* 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14 – др. закон, 121/14, 6/15 и 106/15.
- Закон о нотарима, *Сл. лист ЦГ* 68/05, бр. 49/08, 55/16, 84/18.
- Закон о управном спору, *Сл. гласник РС* 111/09.
- Закон о управном спору, *Сл. лист ЦГ* 54/16.
- Овршни закон (прочишћени текст), *Народне новине* 112/12, 25/13 – измјене и допуне, 93/14, 55/16.
- Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, 2012.
- Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Сл. гласник РС* 57/03, 61/05, 64/06, испр. 99/11 – др. закони и 31/19.
- Закон о финансијском лизингу, *Сл. лист ЦГ* 81/05, 73/10, 40/11.
- Закон о финансијском лизингу, *Сл. гласник РС* 55/03, 61/05, 31/11, 99/11 – др. закон.
- Закон о залози као средству обезбјеђења потраживања, *Сл. лист ЦГ* 38/02, 1/14, 14/14.
- Закон о својинско-правним односима, *Сл. лист ЦГ* 19/09.
- Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, ..., 1/03.
- Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одл. УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ* 31/93 и *Сл. лист СЦГ* 1/03 – Уставна повеља.
- Закон о облигационим односима, *Сл. лист ЦГ* 47/08, 4/11, 22/17.
- Закон о обвезним односима, *Народне новине* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15.
- Закон о земљишним књигама Р. Хрватске, *Народне новине* 91/96.
- Закон о удружењима, *Сл. гласник РС* 51/09, 99/11 – др. закон.
- Закон о задужбинама, *Сл. гласник РС* 88/10, 99/11 – др. закон.
- Закон о невладиним организацијама, *Сл. лист ЦГ* 39/11, 37/17.
- Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС* 115/05, 60/15, 63/15 – одл. УС и 83/15.
- Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС* 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 – др. закон, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18 – одлука УС, 87/18, 88/18 – одлука УС.
- Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС* 72/11, 49/13 – одл. УС, 74/13 – одл. УС и 55/14, 87/18, 18/20.
- Закон о судовима, *Сл. лист ЦГ* 11/15, 76/20.
- Law No. 89/2012 Coll. Civil Code.
- Гражданский кодекс Российской Федерации, 2016.
- Закон о стварним правима Финске (Code of Real Estate), број 540, 1995.
- Стварноправни законик (Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13).
- Облигацијски законик (Uradni list RS, št. 97/07 64/16 odl. US)
- Закон о власништву и другим стварним правима, <https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasnistvu-i-drugim-stvarnim-pravima>.

- Закон о обвезним односима, *Народне новине* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, <https://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima>.
- Закон о земљишним књигама Р. Хрватске, *Народне новине* 91/96.
- Овршни закон, *Народне новине* 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, <https://www.zakon.hr/z/74/Ovršni-zakon>.
- Закон о јавном билежништву, *Народне новине* 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16.
- Закон о облигационим односима БиХ и Р. Српска, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Сл. лист Р. БиХ* 2/92, 13/93, 13/94, *Сл. гласник РС* 17/93 и 3/96.
- Закон о извршном поступку ФБиХ, *Сл. новине ФБиХ* 32/03, 33/06, 39/09.
- Закон о стварним правима, *Сл. новине ФБиХ* 66/13.
- Закон о стварним правима, *Сл. гласник Р. Српске* 124/08, 58/09, 95/11, 60/15.
- Закон о извршном поступку Р. Српске, *Сл. гласник Р. Српске* 59/03, 85/0365, 118/07, 29/10, 57/12, 67/1398/14.
- Закон о сопственост и други стварни права, *Сл. весник на Р. Македонија* 18/2001.
- Закон о извршењу, *Сл. весник на Р. Македонија* 72/16, [http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni%20sistemi Zakon\\_za\\_izvrsuvanje%20precisten\\_tekst.pdf](http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni%20sistemi%20Zakon_za_izvrsuvanje%20precisten_tekst.pdf)
- Закон о облигационете односи, *Сл. весник на Р. Македонија* 18/01, 4/02, 5/03, 84/08.
- Закон о извршењу, *Сл. весник на Р. Македонија* 72/16, [http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni % 20sistemi Zakon\\_za\\_izvrsuvanje%20precisten\\_tekst.pdf](http://www.nbrm.mk/WBStorage/Files/Platni%20sistemi%20Zakon_za_izvrsuvanje%20precisten_tekst.pdf).
- Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. лист РС* 106/15, 106/16113/17, 54/19.
- Закон о банкама, *Сл. гласник РС* 107/05, 91/10, 14/15.
- Закон о банкама, *Сл. лист ЦГ* 17/08, 44/10, 40/11.
- Закон о факторингу, *Сл. гласник РС* 62/13.
- Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС* 115/05, 60/15, 63/15 – одл. УС, 83/15.
- Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС* 106/2015, 106/2016 – аут. тумачење, 113/17 – аутентично тумачење и 54/19.
- Закон о нотарима, *Сл. лист ЦГ* 68/05, 49/08, 55/16.
- Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. лист ЦГ* 36/11, 28/14, 20/15, 22/17, 76/17.
- Закон о спремемби Закона о нотариату, *Урадни лист РС* 91/13.
- Закон о извршби ин заваровању, *Ур. лист РС* 3/07 уратно пречишчено бесед ило, 93/07, 37/08 – ЗСТ-1, 45/08 – ЗАрбит, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – одл. УС, 45/14 – одл. УС, 53/14, 58/14 – одл. УС.
- Закон о финанчних заваровањих, *Ур. лист РС* 67/11 – ло 82/13, 90/15 – одл. УС.
- Закон о власништву и другим стварним правима, *Народне новине* 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14.
- Закон о извршби ин заваровању, Република Словенија, <http://www.lem-computers.net/ZazeniIzvršitelji2009.html>.
- Закон о извршном поступку Федерације БиХ, *Сл. новине ФБиХ* 2003.
- ЗИП Р. Српске, *Сл. гласник Р. Српске* 59/2003.
- Закон о јавним извршитељима, *Сл. лист ЦГ* 61/11, 22/17.
- Директива Савета ЕУ 2008/52/ЕС (и аспекти медијације и у грађанским споровима)

- UNICITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002.
- Закон о посредовању у решавању спорова, *Сл. гласник РС* 55/2014.
- Закон по посредовању, *Сл. лист ЦГ* 030/05, 029/12.
- Закон о мирењу, *Народне новине* 18/11, ..., 57/17.
- Закон о хипотеци, *Сл. лист ЦГ* 52/04.
- Закон о јавним овршитељима, *Народне новине* 139/2010.
- Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС* 98/2006.
- Устав Републике Црне Горе, *Сл. лист ЦГ* 1/07, 38/13.
- Устав Републике Хрватске, *Народне новине* 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14.
- Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС* 31/11, 24/12 – одл. УС.
- Закон о адвокатури Црне Горе, *Сл. лист ЦГ* 79/06, 73/10, 22/17.
- Закон о одвјетништву (прочишћени текст), *Народне новине* 09/94, 117/08, 50/09, 75/09, 18/11.
- Статут Адвокатске коморе Србије, *Сл. гласник* 85/11, 78/12, 86/13.
- Статут адвокатске коморе Црне Горе, *Сл. лист ЦГ* 34/05, 50/07, 60/13, 70/15.
- Кодекс професионалне етике адвоката Србије, *Сл. гласник РС* 17/12.
- Закон о класификацији делатности Србије, *Сл. гласник РС* 104/09.
- Уредба о класификацији делатности Србије, *Сл. гласник РС* 54/10.
- Закон о класификацији дјелатности, *Сл. лист ЦГ* 18/11.
- Закон о проценитељима вредности непокретности Србије, *Сл. гласник РС* 108/16, 113/17.
- Правилник о националним стандардима, кодексу етике и правилима професионалног понашања лиценцираног проценитеља, *Сл. гласник РС* 70/17.
- Правилник о методологији за процјену вриједности имовине, *Сл. лист ЦГ* 05-14967/1 од 26. септембра 2018.
- Закон о управним споровима РС, *Сл. гласник РС* 111/09.
- Закон о државном премеру о катастру, *Сл. гласник РС* 72/09, 18/10, 65/13, 15/15 – одлука УС, 96/15, 47/2017 – аут. тумачење, 27/18, - др. закон, 41/18 – др. закон, и 9/2020 – др. закон.
- Закон о уставном суду, *Сл. гласник РС* 109/07, 99/11, 18/13 – одл. УС, 103/15 – др. закон.
- Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Рим, 4. новембра 1950.
- Први додатни протокол уз Конвенцију о људским правима и основним слободама, Париз 20. марта 1952,
- Закон о полицији, *Сл. гласник РС* 6/16, 24/18, 87/18.
- Правилник о начину обављања полицијских послова, *Сл. гласник РС* 27/07.
- Правилник о начину обављања појединачних полицијских послова *Сл. гласник РС* 63/18, 72/18.
- Закон о унутрашњим пословима, *Сл. лист ЦГ* 44/12, 36/13, 1/15.

- Правилник о условима и начину пружања помоћи државним органима, органима локалне самоуправе и правним лицима у поступку извршења њихових одлука, *Сл. лист ЦГ* 015/13, 020/14.
- Директива 2014/17/ЕУ Европског парламента
- Закон о земљишним књигама, *Народне новине* 91/96, 68/98
- Закон о измјенама и допунама Закона о продаји станова на којима постоји станарско право, 137/99
- Одлука УС РХ, 114/01, 100/04, 107/07, 52/08, 126/10 – ОУСРХ, 55/13 и 60/13.
- Закон о земљишним књигама, *Сл. новине Краљевине Југославије* 146/1930, 281/1931.
- Закон о државном премјеру и катастру непокретности, *Сл. лист ЦГ* 029/07, 073/10, 032/11, 40/11, 43/15, 37/17, 37/17.
- Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Сл. гласник РС* 36/11, 139/14.
- Закон о заштити потрошача корисника финансијских услуга, *Сл. лист ЦГ* 43/15.
- Коментар грађанског процесног права Италије („Il Codice Civile – Commentario con la giurisprudenza“, CELT – Casa Editrice La Tribuna S.p.A.), 2002.
- Manuale di diritto privato, 1999.
- Dizionario dei termini giuridici, A. Favata – Casa editrice La Tribuna – Piacenza 1990.
- Mortgages, charges and taking security – Routledge, [cw.routledge.com/textbooks/9780415497718/downloads/chap23.pdf](http://cw.routledge.com/textbooks/9780415497718/downloads/chap23.pdf)
- Real Estate in Switzerland as PDF – Revi Trust, [www.revitrust.li/.NexiaReal\\_Estate.pdf](http://www.revitrust.li/.NexiaReal_Estate.pdf)
- Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht, 2009.
- Iro, Bürgerliches Recht IV5 (2013) Rz 11/5 ff.
- Реализација хипотеке у Аустрији, <https://rechtsanwalt.co.at>> seminare – Verwertung von Hypotheken in österreich, 2018
- Verwertung von Hypotheken in Österreich de-JÖB, Wien 2018.

## Биографија кандидата

Владан С. Бојић је рођен 27. априла 1962. у Пећи, АП Косово и Метохија, Република Србија, где је завршио основну школу и класичну гимназију. По служењу редовног војног рока уписао је Правни факултет Универзитета у Београду, где је и дипломирао 1987. После рада као адвокатски приправник у адвокатској канцеларији Р. Круља у Београду, положио је правосудни испит 1990. у Београду, да би онда 1991/1992 бр. индекса 91-111 уписао магистарске студије грађанско-правни смер који је водио проф. Обрен Станковић, али по завршеној првој години напустио и почео рад на правним аспектима привредног пословања и радњама правног заступства у ИРО Просвета Београд, да би онда као стручни сарадник, па судија Општинског и Окружног суда обављао судијску функцију у свим судским поступцима. По подацима тзв. Плаве књиге Министарства правде Републике Србије за 1996. остварио је најбољи квантитативно/квалитативни учинак, кроз шестоструку судијску норму а без ниједне укинуте пресуде у јавној конкуренцији ондашњих апрокс. 2.650 судија у Србији. Учествовао је као судија општинског и окружног суда у низу судијских и мешаних семинара/саветовања највиших инстанци: Врњачка Бања, Палић, Копаоник, Брезовица (...) Успешно је извршио дужност истражног окружног судије за целокупно подручје Метохије са седиштем Окружног суда у Пећи у периоду новембар 1998 до краја јуна и – рата 1999. На лични захтев, тј. неопозивом оставком из искључиво моралних разлога, разрешен је судијске дужности октобра 1999. судије Окружног/Вишег суда у Пећи. А, 5. октобра 1999. код Адвокатске коморе Црне Горе уписан је у именик адвоката са седиштем у Подгорици. Недуго, већ 2000. основао је прво адвокатско ортачко друштво Јустиција у бившој СРЈ чији је власник и директор, с референтном листом клијената и 20 запослених, адвоката, те адвокатских приправника и разних компатибилних профила функционалних сарадника. У својству адвоката је успешно водио двогодишњи спор пред Паришком арбитражом одељење Франкфурт, 2019/2021, око наплате неакцесорне државне/општинске гаранције за обезбеђење потраживања 90 мил. евра по немачком, као уговореном меродавном праву. Последиломске академске студије, односно мастер студије, и то имовинско-правни смер Модул 2, уписао је тек крајем 2010. које студије је успешно завршио 2013. одбраном рада под називом: “Судска реализација хипотеке”. Говори енглески и руски језик.

### Изјава о ауторству

Име и презиме аутора Владан Бојић

Број индекса ДС-2014-25

#### Изјављујем

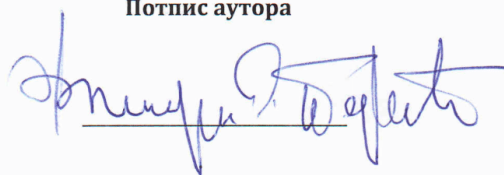
да је докторска дисертација под насловом

ВАНСУДСКА РЕАЛИЗАЦИЈА ХИПОТЕКЕ

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

#### Потпис аутора

У Београду, 30.12.2021.



образац изјаве о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

### Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора Владан Бозић  
Број индекса ДС-2014-25  
Студијски програм ПРАВО, ГРАЂАНСКОПРАВНА УМНА НАУЧНА ОБЛАСТ  
Наслов рада "ВАНСУДСКА РЕАЛИЗАЦИЈА ХИПОТЕКЕ"  
Ментор др Милош Живковић, редовни професор,  
УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ - ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

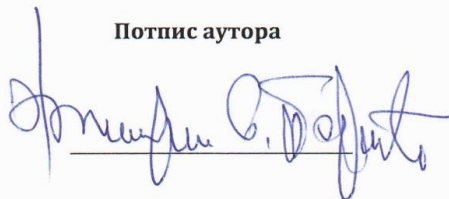
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањивања у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду, 30.12.2021.

Потпис аутора





### Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„ВАНСУАСКА РЕАЛИЗАЦИЈА ХИПОТЕКЕ“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

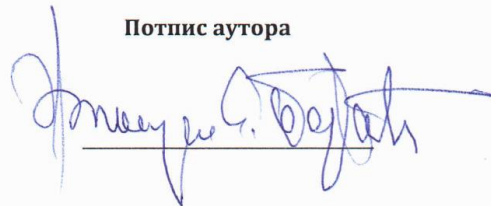
Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.  
Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

У Београду, 30.12.2021.

Потпис аутора



1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.