

Др Владимир Црњански*

ИЗВРШЕЊЕ НА ОСНОВУ УГОВОРА О ХИПОТЕЦИ И ЗАЛОЖНЕ ИЗЈАВЕ**

Сажетак: Извршни поступак има несумњив значај за укупну правну сигурност. Због тога је од посебне важности квалитет законских правила која уређују извршну процедуру. Једно од централних питања извршног поступка јесу законска правила о поступку принудног извршења на основу извршне исправе. Она заслужују нарочиту пажњу, посебно када се усвајају нова законска решења. Једно такво ново законско правило уведено је у извршни поступак Републике Србије 2019. године. Реч је о законском ограничењу приликом спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве. Поменуто законско ограничење посматра се како из перспективе одговарајућих правила грађанско материјалног права, тако и из угла грађанско процесног права. У раду су посебно наглашене проблематичне тачке таквог законског решења и предложене допуне у циљу усвајања целовитог законског правила.

Кључне речи: извршни поступак, извршење на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве

УВОД

Функционисање сваког правног система не може се замислити без извршног поступка. Право на правну заштиту добија свој потпуни смисао тек након успешног завршетка извршног поступка. Извршни поступак представља самосталну и особену правну целину коју опредељују посебна начела и специфичан циљ поступка. Основна разлика између парничног и извршног поступка огледа се у томе што се у парничном поступку расправља и одлучује о субјективним грађанским правима, док се у извршном поступку спроводи реализација тих права.²

* Доцент Правног факултета Универзитета Унион у Београду.

** Коначна и измењена верзија рада у односу на штампану верзију зборника.

¹ E. Schilken, *Zivilprozessrecht*, München, 2010, стр. 4.

² Eberhard. Schilken, *Zivilprozessrecht*, München, 2010, стр. 4

Извршноправна функција остварује се кроз различите врсте извршних поступака. Грађанско извршно право може да се одреди у ширем и ужем смислу. У ширем смислу посматрано, грађанско извршно право представља систем правних правила којима су уређени процесноправни и материјалноправни односи који настају у току и поводом грађанских извршних поступака и поступака обезбеђења. Сходно томе, грађанско извршно право у ширем погледу обухвата и правна правила која уређују поступак грађанског обезбеђења. Грађанско извршно право у ужем смислу чини систем правних правила којима су уређени процесноправни и материјалноправни односи који настају у току и поводом грађанских извршних поступака. У Републици Србији извршни поступак представља скуп правно уређених и функционално повезаних радњи суда, јавних извршитеља, помоћних органа, странака, учесника и трећих лица које имају за циљ принудно намирење потраживања извршног повериоца. Слично томе, поступак обезбеђења представља низ правно уређених и функционално повезаних радњи органа извршног поступка, странака и других учесника које имају за циљ обезбеђење потраживања у складу са законом прописаним правилима.³

Извршни поступак омогућава коначно остваривање одређеног субјективног грађанског права које је претходно утврђено судском или неком другом правно квалификованом исправом. Крајњи циљ правозаштитног захтева у извршном поступку јесте успостављање преко потребне равнотеже између правног стања, које је одређено у извршној или веродостојној исправи, и објективног стања уз примену прописаних средстава и предмета извршења. Приликом одређивања и спровођења извршења може доћи до повреде права странака и других учесника у извршном поступку. Систем правила извршног поступка треба да омогући правичну равнотежу између интереса извршног повериоца за повољним и ефикасним намирењем потраживања и оправдане потребе за поштовањем права извршног дужника гарантованих Уставом и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.⁴

³ Михајло Дика, *Грађанско извршно право*, прва књига, Народне новине, Загреб, 2007, стр. 4-9. Грађанско извршно право у ширем смислу обухвата и грађанско право обезбеђења. Физиономија грађанско извршног права може да се одреди према различитим критеријумима – законском, према обиму, садржини и правној природи односа који се уређују, према правозаштитном циљу који се жели постићи, носиоцима правозаштитних функција, према врсти чинидбе која је непосредни објект принудног извршења или обезбеђења, према томе да ли је реч о извршењу и обезбеђењу с елементом иностраности и слично. Извршни поступак и поступак обезбеђења јесу поступци специјалне егзекуције. Они се спроводе ради остваривања и обезбеђења одређеног потраживања на појединачно одређеним деловима имовине извршног дужника. Реч је о поступцима имовинскоправне егзекуције – непосредни предмет извршења (обезбеђења) јесу делови имовине извршног дужника, а само изузетно и сам извршни дужник.

⁴ Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2022, стр. 15. И поред тога што је основни циљ извршног поступка принудно намирење потраживања извршног повериоца заснованог на извршној или веродостојној исправи, то не значи да се правилима извршног поступка не штите права и интереси извршног дужника.

Извршни поступак представља самосталну целину јер су његова начела и задаци битно другачији од природе и начела парничног поступка. Извршни поступак је двостраначки поступак, осим када је законом одређено да се покреће по службеној дужности (када се у својству странке појављује извршни дужник). Структуру извршног поступка чине два стадијума: фаза одлучивања о предлогу за извршење и фаза спровођења извршења (када се извршни поступак покреће по службеној дужности изостаје фаза одлучивања). Прва фаза извршног поступка не мора увек да се оконча доношењем решења о извршењу (могуће је да предлог за извршење буде одбачен или одбијен). Извршни поступак је окончан и када је решење о одбацивању или одбијању предлога за извршење постало правноснажно. Због тога је исправније закључити да се у оквиру прве фазе извршног поступка одлучује о предлогу за извршење. С друге стране, за спровођење извршења претходно је неопходно да се донесе решење о извршењу. Између две фазе извршног поступка постоји још једна суштинска разлика. Фазу одлучивања о предлогу за извршење доминантно детерминише начело диспозиције, док се у фази спровођења извршења претежно примењује начело официјелности. У оквиру фазе одлучивања о предлогу за извршење доносе се одлуке које могу бити предмет преиспитивања у поступку по правним лековима, док се приликом спровођења извршења претежно предузимају законом прописане конкретне радње у зависности од средства и предмета извршења⁵.

Тежиште овог рада усмерено је на анализу законског ограничења приликом спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве уведеног 2019. године у извршну процедуру Републике Србије. Ово законско правило које ограничава права извршног повериоца посматра се не само из перспективе грађанско материјалног права, већ и са становишта грађанско процесног права. Тако проширен нормативни хоризонт омогућава анализу предметног питања из различитих углова посматрања. Постојеће законско ограничење проблематично је из најмање три разлога. Један се тиче нормативне неусаглашености са материјалноправним правилом, а друга два се односе на неусклађеност са процесним правилима извршног и парничног поступка (чија се правила супсидијарно примењују у извршном поступку). Посебно се напомиње да крајњи циљ овога рада није критика законодавца,

⁵ Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд, 2017, стр. 245-246. Када се извршни поступак покреће по службеној дужности изостаје стадијум одлучивања о предлогу за извршење због једностраначке структуре поступка. У двостраначком извршном поступку, фаза одлучивања о предлогу за извршење обележена је начелом диспозиције, док се у фази спровођења извршења претежно примењује начело официјелности. У фази одлучивања о предлогу за извршење доносе се одлуке које се преиспитују у поступку по правним лековима, док се у фази спровођења извршења, иако се и у њој могу доносити одлуке, претежно предузимају конкретне радње у зависности од средства и предмета извршења.

него намера да се нормира једно целовито законско правило. Полазећи од догматичког метода посматрања, у наставку рада предложена је *de lege ferenda* допуна важећег законског ограничења приликом спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве.

ВРСТЕ ИЗВРШНИХ ИСПРАВА

У Републици Србији извршне исправе одређене су чл. 41 Закона о извршењу и обезбеђењу („Службени гласник РС“, бр. 106/2015, 106/2016-аутентично тумачење, 113/2017-аутентично тумачење, 54/2019 и 9/2020-аутентично тумачење, даље у тексту: ЗИО). Према садашњем стању српског законодавства јасно се уочавају две групе извршних исправа: оне које настају као резултат спроведеног одговарајућег судског, управног, арбитражног или другог испитног поступка и друге које нису резултат одговарајућег когницијског поступка већ настају као једностранни и двостранни правни акти самих странака. Прву групу чине кондемпнаторне судске пресуде и решења из парничних поступака, кондемпнаторна решења из ванпарничних поступака, обавезујући део решења о извршењу на основу веродостојне исправе, план реорганизације у стечајном поступку који је решењем потврдио стечајни суд, пресуда кривичног суда којом је усвојен имовински захтев оштећеног, одлука Уставног суда којом је усвојен захтев подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне и нематеријалне штете, кондемпнаторна арбитражна одлука, кондемпнаторна одлука суда части при привредној комори, одлука прекршајног суда која гласи на испуњење новчане обавезе ако законом није другачије одређено, одлука органа управе која гласи на испуњење новчане обавезе ако законом није другачије одређено, поравнања из судског и управног поступка. У другу групу извршних исправа које нису резултат вођења одговарајућег испитног поступка спадају заложна изјава и уговор о хипотеци сачињени у складу са одредбама Закона о хипотеци, јавнобележничке исправе сачињене у складу са Законом о јавном бележничтву, извод из Регистра залогe и Регистра финансијског лизинга, обрачун зараде и накнаде зараде коју издаје послодавац, као и споразум о решавању спорова путем посредовања према условима прописаним Законом о посредовању у решавању спорова. За уговор о хипотеци и заложну изјаву прописани су и н додатни законски услови (члан 41, став 2 ЗИО). У корпусу извршних исправа уочава се све већи број извршних исправа које нису резултат когницијског поступка. У њима је такође утврђено постојање потраживања, његова доспелост и легитимација странака. Међутим, поменута утврђења нису резултат одговарајућег когницијског поступка, него најчешће споразума странака који садржи изричиту сагласност да се по доспелости утврђеног потраживања може покренути поступак принудног

извршења.⁶ Треба нагласити да поједине одлуке донете од стране државних органа, организација и лица којима је поверено вршење јавних овлашћења неће имати својство извршне исправе уколико је законом прописан други пут правне заштите. Примера ради, у такве одлуке спада решење којим надлежни орган локалне самоуправе у складу са чланом 78 Закона о становању и одржавању зграда, налаже исељење лица које се без правног основа уселило у стан или заједничке просторије стамбене или пословно-стамбене зграде. Како решење гласи на неновчану обавезу, Законом о становању и одржавању зграда прописано је да се на поступак исељења примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак.⁷

Одредбом члана 41 ЗИО одређене су врсте извршних исправа и њен основни смисао јесте да се на јединствен законски начин одреди интегритет и идентитет извршних исправа у складу с принципом *numerus clausus*. Све извршне исправе које одређује закон (било ЗИО или неки други) у погледу њихове законитости и правилности имају једнак третман и значај у извршном поступку. Због тога надлежни орган извршења (суд или јавни извршитељ) није овлашћен да се упушта у суштинску оцену законитости и правилности одређене обавезе на чинидбу која је утврђена у било којој врсти извршне исправе. Питање оцене законитости и правилности извршне исправе није у надлежности извршног суда, односно јавног извршитеља.

Како је изричито прописано да својство извршне исправе мора бити признато законом (члан 41, став 1, тачка 8 ЗИО), српски ЗИО прихвата концепцију строге законитости у погледу одређења својства извршне исправе. У пракси се поставило питање да ли решење којим надлежно јавно тужилаштво усваја захтев (рецимо, браниоца окривљеног) за накнаду трошкова поступка насталим пред овим органом и налаже исплату утврђеног износа може бити признато као извршна исправа. Иако је реч о одлуци надлежног државног органа којом су јасно одређени извршни поверилац, извршни дужник, постојање новчане обавезе и њена доспелост, она нема својство извршне исправе. Да би била подобна за извршења, поред нужних елемената прописаних одредбом члана 47 ЗИО, исправа претходно мора бити *законски* призната као извршна исправа. Судска пракса не може тој исправи да призна својство извршне исправе, јер би то било супротно начелу строге законитости. Законска норма одређује својство извршне исправе и супротно тумачење, чак и када

⁶ Бодирога (*Нови извршни поступак*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2022), *op. cit.*, стр. 200 и 202. Према ставу усвојеном на седници грађанског одељења Врховног касационог суда од 3. марта 2015. године, у групу извршних исправа које јесу резултат когницијског поступка спадају и одлуке донете од стране организација којима је поверено вршење јавних овлашћења. На пример, решење јавног водопривредног предузећа о утврђивању накнаде за коришћење водног земљишта.

⁷ *Ibid*, стр. 201.

долази од стране судске праксе, доводи у питање принцип правне сигурности који је неодвојиви део начела строге законитости. Уколико одређена исправа садржи нужне елементе подобне за извршење, закон као највиши правни акт може и треба да јој призна својство извршне исправе. Следствено томе, поменутој исправи *de lege ferenda* треба признати законско својство извршне исправе јер садржи све законом прописане садржинске елементе потребне за доношење решења о извршењу.⁸

ОГРАНИЧЕНА МОГУЋНОСТ СПРОВОЂЕЊА ИЗВРШЕЊА НА ОСНОВУ УГОВОРА О ХИПОТЕЦИ И ЗАЛОЖНЕ ИЗЈАВЕ

Хипотека је бездржавинско заложно право на непокретној ствари и настаје уписом у регистар непокретности. Као стварно право, хипотека је недељива и одликује се правом следовања.⁹ Хипотека представља реално средство обезбеђења потраживања које доприноси сигурнијем правном положају повериоца и истовремено оснажује правни значај имовинске санкције. Збир овлашћења и обавеза хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника чини правну садржину хипотеке и опредељује њихов правни положај у хипотекарном односу.¹⁰ У оквиру акцесорне хипотеке постоје два самостална правна односа која се налазе у међусобној вези. Примаран однос јесте правни однос између повериоца и дужника, а однос који настаје заснивањем хипотеке између повериоца и дужника или неког трећег лица представља једну врсту „последичног правног односа“.¹¹ Основни субјекти који учествују у поступку хипотекарног обезбеђења јесу: хипотекарни поверилац и хипотекарни дужник. Хипотекарни поверилац је поверилац из основног правног посла, док хипотекарни дужник може бити и неко треће лице а не само дужник из основног правног посла (хипотекарни дужник може бити дужник из основног правног посла или власник хипотековане непокретности који није уједно и дужник из

⁸ Ibid. Професор Бодирога износи супротно мишљење уз напомену да судска пракса својим ставовима треба да призна својство извршне исправе решењу јавног тужиоца којим се усваја захтев за накнаду трошкова насталим пред овим органом и наређује њихова исплата. Посебно истиче да је реч о одлуци надлежног државног органа којом су прецизно одређени извршни поверилац, извршни дужник, постојање обавезе и њена доспелост због чега је та одлука у свему пододна да се на основу ње донесе решење о извршењу на основу члана 47 ЗИО.

⁹ Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, књига прва, Београд, 2015, стр. 225 – 226. Хипотека је заложно право на непокретној ствари, док се залогне непокретних ствари (бродова, ваздухоплова) не сматрају хипотеком него особеним залогима – независно од тога што се и у односу на њих супсидијарно примењују правила хипотекарног права.

¹⁰ Видети: Мирослав Лазић, *Хипотека – нужност њеној реформисања као захтев ирришине иривреде*, Правни живот, број 10/1996, стр. 149.

¹¹ Драган Клепић, *Хипотека као реално средство обезбеђења ираждине ирема дужнику*, Београд, 2004, стр. 59.

основног правног посла).

Изменама ЗИО из 2019. године, између осталог, прописано је да се на основу извршних исправа, уговора о хипотеци и заложне изјаве, извршење може спровести само на предмету заложног права (члан 41, став 3 ЗИО). Законодавац се приликом нормирања цитираног законског правила пре свега руководи правном природом уговора о хипотеци, односно заложне изјаве. С обзиром на то да је заложна изјава каузални правни посао, код заложне изјаве као извршне исправе предмет и средство извршења морају бити конкретизовани. Заложна изјава „није прихватљива као извршна исправа у односу на целокупну имовину“.¹² У српском праву залога се може дати како за обезбеђење сопственог дуга, тако и за обезбеђење туђег дуга. Код залогe за обезбеђење сопственог дуга, дужник обезбеђеног потраживања истовремено је и власник предмета залогe (стварни дужник). С друге стране, код залогe за обезбеђење туђег дуга, дужник обезбеђеног потраживања није истовремено и власник предмета залогe.¹³ Следствено томе, лични дужник гарантује заложном повериоцу за исплату дуга својом имовином, док реални дужник трпи намирење обезбеђеног потраживања само из вредности предмета залогe.¹⁴

Иако је овакво промишљање оправдано са становишта општих принципа заложног права, оно ипак има одлике једностраног приступа. Пре свега, мањкаво је и у погледу материјалног права, јер занемарује одредбу члана 25 Закона о хипотеци („Службени гласник РС“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015-одлука УС и 83/2015) којом је прописано право избора хипотекарног повериоца приликом намирења. Он може да захтева да своје доспело потраживање намири: 1) најпре из вредности хипотековане непокретности, а затим из остале имовине дужника, 2) истовремено из вредности хипотековане непокретности и из дужникове имовине, или 3) најпре из дужникове имовине, па тек потом из вредности хипотековане непокретности. Усвојено законско ограничење приликом спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве у супротности је са цитираном одредбом Закона о хипотеци

¹² Видети о томе: Ненад Тешић, *О извршности заложне изјаве*, Правни живот, бр. 10/2019, стр. 489-518. Кауза уговора о хипотеци, односно заложне изјаве усмерена је на хипотековану непокретност и када је реални дужник дао заложну изјаву за туђи дуг. Законским изменама из 2019. године извршење на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве може се спровести само на предмету заложног права. Тиме је питање каузе уговора о хипотеци, односно заложне изјаве у оквиру извршног поступка „коначно стављено *ad acta*.“

¹³ Хидер, Живковић (*Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, 2015), *op. cit.*, стр. 76. У зависности од чињенице да ли је дужник обезбеђеног потраживања истовремено и власник предмета залогe (тзв. стварни дужник), разликује се залога за обезбеђење сопственог дуга и залога за обезбеђење туђег дуга.

¹⁴ Мирослав Лазић, *Права реалној обезбеђења*, Ниш, 2009, стр. 106. Према термији права обезбеђења, лични дужник гарантује заложном повериоцу за исплату дуга својом имовином, док је реални дужник дужан да трпи намирење обезбеђеног потраживања само из вредности предмета залогe.

јер негира право избора које је хипотекарном повериоцу признато правилима материјалног права.¹⁵

Законом прописана процесна ограничења прихватљива су само ако су правно оправдана. Поред нсведене недоследности у погледу материјалног права, једностраност законског ограничења приликом спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве огледа се и у томе што се занемарују процесноправне последице које поменуте извршне исправе производе у извршном поступку. Прописаним законским ограничењем институт литиспенденције уводи се на „мала врата“ у извршни поступак. У извршном поступку и поступку обезбеђења сходно се примењује закон којим се уређује парнични поступак, ако одредбама ЗИО или другим законом није другачије одређено (члан 39 ЗИО). Литиспенденција јесте процесни институт парничног поступка који има не само процесноправне него и материјалноправне последице. Овом приликом ћемо издвојити основну процесноправну последицу литиспенденције. Она пре свега подразумева да се између истих странака о истом тужбеном захтеву не могу водити две паралелне парнице. Процесна последица таквог правила јесте да се у парници која је почела касније да тече тужба одбацује услед постојања процесне сметње за вођење спора. Исто правило важи и када парница тече између истих странака у погледу исте правне ствари о којој је раније правноснажно и мериторно одлучено, зато што се институт литиспенденције везује за доношење мериторне одлуке о основности тужбеног захтева. Имајући у виду изнете напомене, може се закључити да литиспенденција има двоструки функционални значај. Пре свега, она служи рационалном функционисању правосуђа због забране вођење већег броја парничних поступака у истој правној ствари. Други функционални израз јесте заштита правне сигурности из које проистиче забрана да се о истом тужбеном захтеву донесу две различите одлуке.¹⁶ Међутим, задаци и начела извршног поступка разликују се од парничне процедуре. Основни циљ извршног поступка јесте ефикасно намирење потраживања извршног повериоца у складу са законским правилима. Извршном повериоцу је дозвољено да ради намирења новчаног потраживања против истог извршног дужника покрене

¹⁵ Слично, Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, четврто измењено и допуњено издање, Београд, 2022, стр. 144.

¹⁶ Видети више о томе, Боровоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, шеснаесто измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 2010, стр. 290-291. Достављање тужбе туженом производи и одређена материјалноправна дејства. Као најважнија, могу се издвојити следећа: 1) уколико поверилац пре парнице није позвао дужника да испуни своју обавезу за коју рок испуњења није уговором или законом одређен, достављањем тужбе дужник пада у доцњу, 2) од пријема тужбе, тужени савесни држалац одговара као несавесни држалац под условом да изгуби спор по захтеву за предају ствари, 3) у случају постојања активне солидарности, тужени дужник достављањем тужбе везује се за повериоца који је и поднео тужбу.

два или више извршних поступака. Другим речима, нема процесне сметње да се против истог извршног дужника за намирење истог новчаног потраживања предложи више средстава извршења. Извршни поверилац је овлашћен да против истог извршног дужника у једном извршном поступку предложи једно средство извршења, а у другом друго средство извршења.¹⁷ Законска последица такве процесне активности извршног повериоца испољава се у одлуци о трошковима извршног поступка. Уколико је извршни поверилац подношењем више предлога за извршење против истог извршног дужника захтевао одвојено намирење више потраживања која су се могла намирити у истом извршном поступку, он има право на накнаду само оних трошкова које би имао да је ради намирења тих потраживања поднео само један предлог за извршење (члан 34, став 2 ЗИО). Ово законско правило сходно се примењује и када је извршни поверилац подношењем више предлога за извршење против истог извршног дужника захтевао потпуно или делимично намирење главнице једног потраживања, камате или трошкова поступка (члан 34, став 3 ЗИО).

De lege lata законско ограничење приликом спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве нарушава и законско јединство извршних исправа. Основна функција извршне исправе огледа се у ефикасном намирењу потраживања извршног повериоца и због тога све врсте извршних исправа имају равноправан третман приликом спровођења извршења. Уколико би се у извршни поступак увела појмовна категоризација извршних исправа „вишег и нижег реда“, тиме би се суштински компромитовало начело формалног легалитета. Основна начела и општа правила извршног поступка не прихватају поделу на извршне исправе „вишег и нижег ранга“ чиме се оснажује јединствени законски режим уређења интегритета и идентитета свих врста извршних исправа. Идентитет извршних исправа одређен је њиховим конститутивним елементима, док се снагом извршности потврђује њихов интегритет. И једно и друго одређује се искључиво нормама законске снаге.

Савремено процесно право има карактер секундарног права јер се примењује ради остваривања и заштите материјалног права.¹⁸ Грађанско процесно право као инструментално право нема засебан друштвени циљ јер служи заштити материјалноправног поретка субјективних грађанских (и сродних) права. Грађанско процесно право чини систем правних правила којима се

¹⁷ Билтен Врховног касационог суда, бр. 3/2015, стр. 150-151. У делу билтена који је посвећен саопштењима судова, наводи се следеће: Извршни поверилац против истог извршног дужника ради намирења потраживања из исте извршне исправе може да води два извршна поступка. Циљ извршног поступка је намирење потраживање извршног повериоца. Нема процесне сметње да извршни поверилац против истог извршног дужника на основу исте извршне исправе покрене два извршна поступка, у једном предмету једним средством извршења, а у другом предмету другим средством извршења.

¹⁸ Између осталог, видети: Matteo Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palermo, 1994, str. 59.

уређују грађански судски поступци.¹⁹ Законско ограничење у погледу права извршног повериоца приликом спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве прописано је као опште процесно правило независно од материјалноправног положаја извршног дужника. Другим речима, оно се примењује без обзира на чињеницу да ли извршни дужник има положај стварног дужника (залога за обезбеђење сопственог дуга) или заложног дужника (залога за обезбеђење туђег дуга). Треба истаћи да је заложна изјава много чешћа врста извршне исправе у односу на уговор о хипотеци. Међутим, поред каузе која одређује њихову материјалноправну природу, поменуте извршне исправе имају и извршноправну функцију. Када извршни дужник има материјалноправни положај стварног дужника, извршноправна функција извршних исправа, уговора о хипотеци и заложне изјаве, није ограничена само на предмет заложног права. За извршног повериоца то је само једно од могућих средстава и предмета извршења (али не и једино), јер има на располагању и друга законом призната средства извршења. У супротном би се у значајном погледу смањила могућност ефикасног намирења потраживања извршног повериоца што је у директној супротности са основним циљем извршног поступка. Насупрот томе, када извршни дужник има материјалноправни положај заложног дужника, извршноправна функција извршних исправа, уговора о хипотеци и заложне изјаве, усмерена је само на предмет заложног права јер извршни дужник није стварни дужник. Због сложене материјалноправне и процесноправне позиције извршног дужника, законодавно решење у погледу спровођења извршења на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве мора да уважи како правила грађанско материјалног права, тако и правила грађанско процесног права. Јасније речено, законско решење мора да испуни два основна циља: да не доводе у питање материјалноправну природу уговора о хипотеци и заложне изјаве и да потврди њихову извршноправну функцију. У том погледу, као целовито решење, предлаже се следећа законска формулација: „*На основу извршних исправа, уговора о хипотеци и заложне изјаве, извршење се може сировести само на предмету заложног права уколико извршни дужник није стварни дужник, већ заложни дужник извршног повериоца.*“

Предложено решење било би системски усаглашено и са законским правилима која уређују поступак извршења ради намирења новчаног потраживања на непокретности. Законом је прописано ограничено спровођење извршења у случају да се после стицања заложног права промени власник непокретности. Ако се после стицања заложног права на непокретности промени власник

¹⁹ Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, седамнаесто измењено и допуњено издање, Београд, 2015, стр. 30. Грађанско процесно право нема самостални друштвени циљ јер служи заштити материјалноправног поретка субјективних грађанских (и сродних) права. Оно је због тога инструментално право.

непокретности, заложни поверилац назначава у предлогу за извршење новог власника непокретности, као извршног дужника. Тада се извршење може спровести само на непокретности на којој постоји заложно право (члан 153 ЗИО). У описаној правној ситуацији, нови власник непокретности фигурира као заложни дужник и као такав ступа у позицију извршног дужника услед чега се извршење може спровести само на непокретности на којој постоји заложно право.

ЗАКЉУЧАК

Законотворац мора свестрано и продубљено да промисли пре него што законски ограничи спровођење извршења на основу појединих извршних исправа, између осталог и због повреде права на правично суђење. Право на правично суђење је саставни део владавине права. Оно подразумева и принцип једнакости процесних средстава. Повреда права на правично суђење постоји уколико један од учесника има или се ставља у неповољнији процесни положај у односу на друге. У складу са *de lege lata* законским ограничењем, извршном повериоцу који у извршном поступку намирује своје новчано потраживање засновано на уговору о хипотеци и заложној изјави неоправдано широко сужава се поље процесних активности у односу на друге извршне повериоце који у извршном поступку намирују своја новчана потраживања заснована на другим врстама извршних исправа.

Правни поредак је јединствен. Таква особеност нужно захтева да се постигне највиши могући ниво нормативне усклађености. Законодавац приликом нормирања процесних правила мора да буде посебно обазрив. Он мора да води рачуна не само о њиховој правној природи (принудноправном карактеру), већ и о њиховом функционалном изразу који првенствено служи заштити материјалноправног поретка. Само на тако пажљив и одмерен начин усвојено процесно правило може да има своју унутрашњу снагу из које проистичу правно засновани закључци.

ЛИТЕРАТУРА:

- Билтен Врховног касационог суда, бр. 3/2015.
Бодирога Никола, *Нови извршни њосџуџак*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2022.
Бодирога Никола, *Нови извршни њосџуџак*, Београд, 2017.
Дика Михајло, *Грађанско овршно њраво*, прва књига, Народне новине, Загреб, 2007.

- Клепић Драган, *Хипотека као реално средство обезбеђења имаждине према дужнику*, Београд, 2004.
- Лазић Мирослав, *Права реалној обезбеђења*, Ниш, 2009.
- Лазић Мирослав, *Хипотека – нужност њеној реформисања као захтев тржишне привреде*, Правни живот, број 10/1996.
- Marrone Matteo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palermo, 1994.
- Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, четврто измењено и допуњено издање, Београд, 2022.
- Познић Боривоје, Ракић Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, седамнаесто измењено и допуњено издање, Београд, 2015.
- Познић Боривоје, Ракић Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, шеснаесто измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 2010.
- Schilken Eberhard, *Zivilprozessrecht*, München, 2010.
- Тешић Ненад, *О извршној заложне изјаве*, Правни живот, бр. 10/2019.
- Хибер Драгољуб, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење имаживања*, књига прва, Београд, 2015.

VLADIMIR CRNJANSKI, PhD*

ENFORCEMENT BASED ON THE MORTGAGE CONTRACT AND NOTARIAL RECORD (ON HYPOTHEC) AS A TYPE OF ENFORCEMENT DOCUMENTS

Summary: Enforcement procedure has an undoubted importance for overall legal certainty. That is why the quality of the legal rules governing the enforcement procedure is of particular importance. One of the central issues of the enforcement procedure is the legal rules on the enforcement procedure based on the enforcement document. They deserve special attention, especially when new legal solutions are adopted. One such new legal rule was introduced into the enforcement procedure of the Republic of Serbia in 2019. It is a legal restriction during implementation of enforcement based on the mortgage contract and notarial record (on hypothec) as a type of enforcement documents. The mentioned legal restriction is viewed both from the perspective of the corresponding rules of civil substantive law and from the point of view of civil procedural law. The paper particularly emphasizes the problematic points of such a legal solution and proposed amendments with the aim of adopting a complete legal rule.

Key words: enforcement procedure, enforcement based on the mortgage contract and notarial record (on hypothec) as a type of enforcement documents.

* Assistant Professor, Union University Law School Belgrade.