

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ, мастер
судијски сарадник Привредног суда у Пожаревцу

ВАНСУДСКИ ПОСТУПАК НАМИРЕЊА ХИПОТЕКЕ У НОВОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ

Резиме

Вансудски поступак реализације хипотеке се у досадашњој пракси показао веома проблематичним, па је Преднацији будуће грађанској законика алтернативно предвидео његово укидање или бијно реформисање, како би се успоставила једнакост у односима између поверилаца и дужника. Преднацији Грађанској законика Републике Србије предвиђа две могућности у погледу вансудској намирења хипотеке. Једна јесте да вансудско намирење буде дозвољено ако је хипотека конституирана у облику извршне исправе у форми јавнобележничкој записа. Друга могућност јесте уоварање вансудској намирења између повериоца и солиственика хипотековане неокрећности, али само након доселости обезбеђеној иотраживања.

Кључне речи: вансудско намирење хипотеке, камања, осигурани сјамбени кредити, Преднацији Грађанској законика Републике Србије.

I Увод

Отворити дужнику кредит, дати повериоцу гаранцију, а трећима сачувати њихова права и то све у једно време врло је тежак посао.¹ Овај закључак професора Павловића из 1868. године мора се имати на уму

1 Ђорђе Павловић, *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, Београд, 1868, стр. 82.

данас када се врши реформа нашег хипотекарног права, како се не би занемарила социолошка компонента института хипотеке и нарушила правна равнотежа у односима поверилаца и дужника.² Вансудско намирење хипотекарног повериоца које је дозвољено Законом о хипотеци³ битно је пореметило правну равнотежу и правну једнакост у односу поверилаца и дужника, јер се обезбеђујућа сврха хипотеке у Србији остварује до граница могућности неоснованог обогаћења хипотекарног повериоца.⁴

Према подацима који су доступни на интернет страници Националне корпорације за осигурање стамбених кредита у 2013-ој години је око 200 станова, који су били предмет обезбеђења осигураних стамбених кредита, оглашено на продају од стране банака.⁵ Подаци на порталу добош, где банке оглашавају вансудске продаје непокретности које су биле предмет обезбеђења стамбених кредита, као и продаје хипотекованих непокретности које су биле предмет обезбеђења потраживања банака према правним лицима, говоре да се константно повећава број некретнина које банке излажу вансудској продаји. Забрињавајући статистички податак, који указује на повећану немогућност испуњења обавеза према банкама, јесте да се у Београду сваког месеца за око 10% у односу на претходни месец повећава број некретнина које банке излажу приватној продаји.⁶ Банкарска пракса се приликом вансудске реализације хипо-

2 Материја хипотекарног права представља грдно изузеће од општег грађанског права јер је створено у корист поверилаца, како би се обезбедиле њихове тражбине. Зато када се законодавац брине са једне стране за поверитеље како би им обезбедио тражбине, природно је да и са друге стране штити и права дужника како би се предупредиле разне преваре које би поверитељи ласно спроводили, Ђ. Павловић, *нав. дело*, стр. 55.

3 Закон о хипотеци (*Службени гласник РС*, бр. 115/2005; даље у тексту: ЗОХ) ступио је на снагу 4.1.2006. године, а у примени је од 25.2.2006. године.

4 Више о повећаној опасности вансудског намирења хипотеке за дужнике и такозваном „царском“ положају хипотекарног повериоца, вид. Милош Живковић, *Акцесорноснй заложник й права на нейокрейноснйима*, Београд, 2010, стр. 165–166.

5 Више о непокретностима у поступку вансудске продаје, доступно на адреси: <http://www.nkosk.rs/content/pregled-nepokretnosti-u-postupku-prodaje>, 29.5.2014. Национална корпорација за осигурање стамбених кредита (НКОСК) је до дана 31.12.2013. године осигурала 75.734. кредита, чија укупна главница износи 2.751.836.892,49 еура. Од тога је до 31.12.2013. године проглашено доспелим 592 осигурана кредита. Видети НКОСК, Финансијски извештаји 31.12.2013. године и извештај независног ревизора за НКОСК за 2013. годину, стр. 7, 22, доступно на адреси: http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/Izvestaj%20NKOSK%20-%202013_Final.pdf, 1.6.2014.

6 Вид. чланак *Јавне йродаје – индикатор снйања финансијској йиржишнйа*, доступно на адреси: http://www.dobos.rs/dobosistrazuje/javne_prodaje_indikator_stanja_finansijskog_trzis, 1.6.2014. Више о структури огласа и броју продаја вид. чланак *Некрейнине на добошу – Снйрукнйура оглашених некрейнине на йорнйалу www.dobos.rs у йрвом*

теке креће делимично у границама закона, али су одређена поступања банака у директној колизији са позитивним прописима, те је неопходно створити законско уређење хипотекарног права које на равноправан начин штити оправдане интересе хипотекарних поверилаца и дужника.

II Вансудско намирење хипотеке и економски аргументи за битисање приватне продаје

1. Покретање вансудског поступка намирења по ЗОХ

Ако дужник не исплати дуг о доспелости хипотекарни поверилац из веродостојне исправе или извршне исправе прописане чланом 15 ЗОХ, послаће опомену у писменој форми истовремено дужнику и власнику предмета хипотеке, чиме се покреће поступак вансудског намирења.⁷ Уколико у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац ће дужнику и власнику непокретности упутити опомену о продаји непокретности.⁸ Поверилац истовремено са опоменом о продаји шаље регистру непокретности захтев да се изврши забележба хипотекарне продаје у корист повериоца.⁹ Забележба и решење хипотекарне продаје садрже изричито овлашћење да хипотекарни поверилац, када решење постане правноснажно, али не пре истека рока од 30 дана од дана издавања решења, може у своје име продати непокретност, као и забрану продаје хипотековане непокретности од стране власника.¹⁰ Власник, дужник и поверилац имају право жалбе надлежном органу на решење о забележби хипотекарне продаје у року од 15 дана од дана пријема решења, те другостепени орган мора одлучити по жалби у року од 15 дана од дана подношења жалбе. Жалба ће бити уважена ако дужник или власник непокретности достави регистру непокретности *писмене неспорне доказе* да потраживање не постоји, да хипотека не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен.¹¹

кварталу 2014, доступно на адреси: <http://www.dobos.rs/userfiles/Nekretnina%20na%20Dobo%C5%A1u%20I%20kvartal%202014.pdf>, 1.6.2014.

7 Вид. чл. 29 ЗОХ.

8 Чл. 30 ЗОХ.

9 Чл. 31 ст. 1 ЗОХ. Регистар непокретности у року од седам дана од пријема захтева за забележбу, мора извршити забележбу хипотекарне продаје у корист повериоца и доставити решење о забележби хипотекарне продаје повериоцу, дужнику и власнику непокретности, вид. чл. 31 ст. 2 ЗОХ.

10 Вид. чл. 31 ЗОХ.

11 Другостепено решење по жалби је коначно и извршно и против њега није дозвољена тужба или правни лек, вид. чл. 31 ст. 7 ЗОХ. Сама синтагма „писмени неспорни

Апсолутна немогућност судске заштите хипотекарног дужника у поступку реализације хипотеке јесте једна од највећих мана нашег хипотекарног система, јер се о стварном праву својине на непокретности хипотекарног дужника по његовој жалби коначно одлучује у управном поступку, што је јако забрињавајућа чињеница. По Уставу Републике Србије о грађанским правима треба да одлучује суд имајућу у виду његов специфичан положај који му омогућава самосталност и независност, а наше актуелно стање у хипотекарном праву је такво да о грађанским правима одлучује Катастар непокретности на основу приватних изјава поверилаца (на часну реч поверилаца).¹² Добро решење за проблем који је ЗОХ изазвао у погледу ограничавања уставног права на судску заштиту представља чл. 438 Преднацрта Грађанског законика који дозвољава тужбу сопственика хипотековане непокретности којом може оспоравати право хипотекарном повериоцу намирење из оптерећене непокретности ако у року од 30 дана од обавештења о намирењу поднесе тужбу са писменим доказима да обезбеђено потраживање не постоји, да хипотека не постоји или да је потраживање недоспело.¹³

докази“ је веома лоша формулација јер у пракси неспорни докази не постоје, те уколико поверилац оспорава било који доказ дужника (нпр. чак и признаницу) власник не може користити жалбу у управном поступку, то је власник остављен на милост и немилост хипотекарног повериоца. М. Живковић, *нав. дело*, стр. 164.

- 12 Вид. чл. 32 ст. 1 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006) који прописује да свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама. Како регистар непокретности забележбу хипотекарне продаје врши искључиво на основу изјаве повериоца да дужник није испунио дуг, те како висину доспелог неплаћеног износа обезбеђеног потраживања регистар сазнаје из опомене о продаји у доктрини је овај систем намирења назван и „*намирењем на часну реч њоверуиоца*“, вид. Милош Живковић, „Ново хипотекарно право у Републици Србији“, 2008, стр. 18, чланак доступан на адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/nastava.htm>, 30.12.2009. Више о погрешном приступу законодавца да о својинским правима одлучује Катастар непокретности као управни орган који највише може бити самосталан орган, вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, Београд, 1999, стр. 367; Милош Живковић, „Катастар непокретности као регистар права на непокретностима“, *Фокус*, бр. 1/2011, стр. 24.
- 13 Преднацрт Грађанског законика у члану 438 предвидео је право на тужбу сопственика по угледу на чл. 55 Нацрта закона о хипотеци професора Миодрага Орлића. Упор. Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, њеиша књиџа – Сиварно право* (незванична скица одредаба – прва верзија; даље у тексту: Преднацрт Грађанског законика), Београд, 2014; Миодраг Орлић, *Нацрт закона о хипотеци* (трећи нацрт, даље у тексту НЗОХ), посебан отисак из часописа Правни живот, бр. 11/2005.

2. Манљивости вансудске продаје хипотековане непокретности по ЗОХ

Хипотекарни поверилац по правноснажности решења о забележи хипотекарне продаје и по протеку рока од 30 дана од дана издавања тог решења може приступити вансудској продаји путем аукције или непосредне погодбе.¹⁴ Пре приступања продаји поверилац је дужан да утврди оријентациону тржишну вредност непокретности ангажовањем овлашћеног судског вештака.¹⁵ Одређење закона да се процењује оријентациона тржишна вредност непокретности, имало је за последицу да се непокретности приликом вансудске продаје процењују на знатно ниже износе у односу на процену непокретности када је одобрен кредит, иако није било значајних флукуација цена на тржишту некретнина.¹⁶ Тренд обезвређивања вредности хипотекованих непокретности од стране овлашћених проценитеља, када се процене врше за потребе банкарских вансудских продаја константован је у финансијским извештајима НКОСК још од 2010. године.¹⁷ Почетна цена на аукцији

- 14 Поверилац истовремено са оглашавањем аукцијске продаје шаље обавештење о огласу дужнику, власнику непокретности, трећим лицима која имају права на хипотековану непокретности, а које садржи поред свих елемената огласа и изјаву у ком року се може исплатити целокупан дуг да би се избегла продаја, вид. чл. 35 ст. 4 ЗОХ.
- 15 Чл. 34 ст. 3 ЗОХ. Поверилац може сам организовати аукцијску продају или је може поверити лицу које се тиме професионално бави, вид. чл. 35 ЗОХ.
- 16 На приватним продајама које спроводе банке, хипотековане непокретности се продају по најнижим ценама које су и до три пута ниже од тржишних, вид. чланак, *Одузети станови до три пута јефтинији*, објављен у дневном листу Блиц, дана 12.7.2013. године, доступно на адреси: <http://www.blic.rs/Vesti/Ekonomija/324229/Oduzeti-stanovi--do-tri-puta-jeftiniji>, 1.6.2014. Проблеми у погледу процене вредности хипотекованих непокретности узроковани су непостојањем јасних, објективних критеријума по којима би проценитељи морали да поступају. Добар пример за регулацију процене вредности оптерећених непокретности постоји у Немачкој где проценитељи морају да врше процене вредности оптерећених непокретности по строгим критеријумима који су прописани Законом о фанбрифима (*Pfandbriefgesetz*) и Правилником о процени вредности оптерећених непокретности (*Beleihungswertermittlungsverordnung*). Цитирани прописи доступни су на адреси: http://www.pfandbrief.org/cms/_internet.nsf/tindex/en_111.htm?OpenDocument&D3AB2136BA63F843C12576A2003D6F7C, 1.4.2015.
- 17 Тренд обезвређивања непокретности од стране проценитеља приликом вансудске продаје од стране банака, забележен је управо овом синтагмом у финансијским извештајима НКОСК за 2010, 2011. и 2012. годину. Вид. НКОСК, Финансијски извештаји 31.12.2010. године и извештај независног ревизиора за НКОСК за 2010. годину, стр. 25, доступно на страници: http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/NKOSK_Izvestaj%202010_Final.pdf; НКОСК, Финансијски извештаји 31.12.2011. године и извештај независног ревизиора за НКОСК за 2011. годину, стр. 26, доступно на адреси: http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/NKOSK_Izvestaj%202011_Final_0.pdf; Финансијски извештаји 31.12.2012. године и

не може бити нижа од 75% процењене вредности, те ако прва аукција не успе на другој почетна цена не може бити нижа од 60% процењене вредности.¹⁸ Поверилац може у своје име продати непокретност непосредном погодбом по цени која је приближна тржишној.¹⁹ Може се рећи да је законодавац дао широко дискреционо овлашћење повериоцу одређењем да непокретност може продати по цени приближној тржишној.²⁰ Под тржишном ценом сматра се уобичајена цена која се може постићи продајом те непокретности у доброј вери, у време хипотекарне продаје.²¹ Проблем дефинисања тржишне цене постоји уколико је локација непокретности неатрактивна, те тржишна цена не постоји јер нема промета непокретности или је због слабог промета тржишна цена некретнина далеко мања од стварне грађевинске цене.²²

Преднацрт Грађанског законика предвиђа правичније решење за сопственике хипотекованих непокретности, обзиром да вансудска продаја може бити спроведена само јавним надметањем, где почетна цена на првој продаји не може бити нижа од вредности непокретности која се узима као основица за одређење пореза на имовину, осим уколико се странке споразумно не договоре другачије након доспелости обезбеђеног потраживања.²³

3. Намирење банака по основу осигураних стамбених кредита од НКОСК

НКОСК осигурава 75% нето губитка банке код хипотекарног стамбеног кредита, али је у уговорима НКОСК са пословним банкама осигурана сума одређена непрецизно.²⁴ Повећање броја одузетих не-

извештај независног ревизора за НКОСК за 2012. годину, стр. 35, доступно на адреси: http://www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/izveštaj2012_0.pdf.

18 Поверилац и власник, односно дужник могу приликом организовања аукцијске продаје писмено уговорити да се непокретност може продати и по нижим ценама, вид. чл. 35 ст. 7 ЗОХ.

19 Чл. 36 ст. 1 ЗОХ.

20 Стојан Јокић, „Хипотекарни повериоци и њихова судска, вансудска и разлучна намирења“, *Билтен судске праксе Врховној суда Србије*, бр. 3/2007, стр. 414.

21 Чл. 36 ст. 2 ЗОХ.

22 С. Јокић, *нав. чланак*, стр. 415.

23 Вид. чл. 435 ст. 3 Преднацрта Грађанског законика. На следећим продајама цена се може спустити до 2/3 вредности утврђене приликом прве продаје, те уколико непокретност не буде продата у року од 24 месеци од приступања продаји, поверилац се може намирити само судском продајом. Вид. чл. 435 ст. 4–5 Преднацрта Грађанског законика.

24 Модел уговора НКОСК са пословним банкама о регулисању међусобних обавеза у пословима осигурања потраживања по основу стамбених кредита предвиђа да осигу-

покретности од стране банака може се уочити из годишњих извештаја НКОСК за пословање у којима су приказани подаци о парничним поступцима ове институције.²⁵ Нето губитак банке је одређен исувише екстензивно, јер банке у обезбеђено потраживање сврставају и потраживања која не би смела спадати у ранг обезбеђених.²⁶ Банкарска пракса подразумева да ради одобравања хипотекарног кредита траже од зајмопримца отварање рачуна код ње, те уколико дужник задоцни са исплатом рате кредита, банке обрачунавају најпре камате по основу дозвољеног минуса, а касније недозвољеног, као и уговорене затезне камате, па све ове камате воде на партији кредита и сврставају их у обезбеђено потраживање.²⁷ Тако са високим и бројним банкарским

гурана сума представља 75% износа који чине неисплаћена главница по кредиту, доспела редовна камата, други документовани трошкови реализације наплате из продаје имовине и/или инструмената обезбеђења по доспелом кредиту које банка буде имала, осим трошкова адвоката. Вид. чл. 11 модел уговора, доступно на адреси: http://www.nkosk.rs/sites/default/files/infopage_documents/UGOVOR_O_REGULISANJU_MEĐUSOBNIHOBAVEZA_U_POSLOVIMA_OSIGURANJA_cyr.pdf, 1.6.2013.

- 25 НКОСК је у току 2012. године водила десетак парница за регрес исплаћене осигуране суме, против грађана који су изгубили станове, а код којих је банка исказала нето губитак и наплатила осигурану суму. Осигурана сума, односно 75% нето губитка банке код само једног кредита може нарасти и до износа од 77.524,85 швајцарских франака са каматом. Овај износ исплатила је НКОСК једној банци након првостепене пресуде, вид. Финансијски извештај ревизиора за НКОСК за 2012. годину, стр. 31, доступно на адреси: www.nkosk.rs/sites/default/files/info_page_documents/izveštaj2012_0.pdf, 1. јун 2013.
- 26 Кршење начела специјалности у погледу обима обезбеђеног потраживања проузроковала је индиректна трансплантација „*all money claims*“ клаузуле, која је уобичајена код моргида у наше хипотекарно право, која подразумева да се стварноправним средством обезбеђења обезбеђују сва постојећа и будућа потраживања у односу између банке и клијента, без обзира на њихов правни основ. Више о кршењу начела специјалности у погледу обезбеђеног потраживања и „*all money claims*“ клаузули вид. Срђан Стојилковић, „Вансудско намирење хипотеке – стање и потенцијални правци развоја“, *Правни животи*, бр. 10/2013, стр. 503–506; Christoph U. Schmid, *et al.*, *Real Property Law and Procedure in the European Union*, European University Institute, Florence, 2005, стр. 89–92.
- 27 Имајући у виду да се камате по основу дозвољеног минуса крећу од 20,19% па до 38,42% на годишњем нивоу, а по основу недозвољеног минуса и до 62,84% на годишњем нивоу, док се уговорене затезне камате банака крећу на нивоу од 0,1 до 0,5% дневно, потраживања по основу камата често пређу сам износ главнице и за годину дана уколико дође до неуредних отплата. Тако је потраживање банке према једном правном лицу за само три године по основу камате достигло чак три пута виши износ у односу на главницу. Вид. М. Живковић, *нав. дело*, стр. 114. Међутим ове камате имају основ у другим банкарским услугама банке и клијента, а не у уговору о кредиту који је предмет обезбеђења, те се не би се смеле сврставати у ранг обезбеђеног хипотекарног потраживања. Више о висини наведених камата видети на интернет страници Народне Банке Србије, доступно на адреси: http://www.nbs.rs/internet/latinica/15/saopstenja/20140507_kamate_pojasnjenje.pdf, 1.6.2014.

каматама, са високим трошковима намирења, продајом хипотековане непокретности по ниској цени, која не покрива њихово потраживање према клијенту банке исказују значајан нето губитак, а затим 75% свог нето губитка наплаћују од НКОСК. Просечан износ осигуране суме које су банке наплаћивале од НКОСК по једној активираној хипотеци износи 23.306,46 евра.²⁸

III Приватна продаја хипотекованих непокретности у упоредном праву

Приватна продаја хипотековане непокретности без икакве улоге суда каква постоји у Србији је у континенталној Европи могућа у сличном облику само још у Украјини.²⁹ Вансудско намирење хипотеке могуће је у континенталној Европи уговорити још у Русији, Естонији и Словенији, али само након доспелости обезбеђеног потраживања чиме се омогућава равноправан положај уговорних страна приликом закључења уговора о зајму.³⁰ Преднацрт Грађанског законика предвиђа могућност да хипотекарни поверилац и сопственик хипотековане непокретности по доспелости обезбеђеног потраживања закључе накнадни споразум по основу кога поверилац може спровести вансудску продају.³¹

Увођење вансудског намирења у Србији по узору на институт моргиц (*mortgage*) система општег права је изразито убрзало поступке намирења хипотеке, те заједно са Холандијом представљамо државе у којима се поступци намирења спроводе најбрже у Европи, у року од шест месеци од почетка намирења и то са коришћењем свих правних средстава дужника која му дозвољава правни оквир.³² Поређења ради у

28 Банке су у току 2013. године продале 27 непокретности, ради намирења потраживања која су била осигурана код НКОСК, од чега је код 20 продаја исказан нето губитак банке. НКОСК је банкама за 20 кредита исплатила губитак у износу од 54.071.000,00 динара, односно око 466.129,31 евра. Вид. НКОСК, *Финансијски извештаји* 31.12.2013. године и *извештај независног ревизиора за НКОСК за 2013. годину*, стр. 30.

29 М. Живковић, „Ново хипотекарно право у Републици Србији“, стр. 16–17. Приватна продаја оптерећене непокретности је уобичајена код института *mortgage* (моргиц) у систему општег права који представља фидуцијарно средство обезбеђења. Више о овом институту вид. С. Стојилковић, *нав. чланак*, стр. 499–501.

30 European Bank for Reconstruction and Development, *Mortgages in transition economies*, London, 2007, стр. 28.

31 Вид. чл. 432 и 445 Преднацрта Грађанског законика.

32 Вид. Otmar Stocker, Rolf Stürner (red.), *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real property in Europe, Volume III*, Berlin, 2010, стр. 81. Чак се ни у Уједињеном Краљевству приватна продаја непокретности код института моргиц

државама са стабилним економским и правним оквиром попут Немачке, Француске и Русије поступци намирења хипотеке или земљишног дуга трају у просеку око две године, док поступци намирења хипотеке у Италији, Шпанији, Грчкој, Пољској, Чешкој и Словенији трају преко две године па чак и између пет до седам година уколико дужник користи сва правна средства која му стоје на располагању.³³ Последњим реформама значајно смо скренули са курса континенталног права о чему говори чињеница да се ни земљишни дуг као фидуцијарно средство обезбеђења не може намирити вансудски.³⁴

Међународне финансијске институције које су заговорници либералних решења у хипотекарном праву како би се омогућио развој секундарног хипотекарног тржишта у својим предлозима реформи хипотекарног права за земље у транзицији не предлажу избацавање судова из поступка намирења хипотекарног повериоца. Тако Европска банка за обнову и развој предлаже да суд треба имати своју улогу у поступку реализације хипотеке ако дужник оспорава висину, постојање или доспелост обезбеђеног потраживања при чему овај судски поступак по

не може спровести у овако кратком периоду када се ради о некретници која служи за становање, јер постоји посебна заштита корисника финансијских услуга, која омогућава суду да у оправданим ситуацијама (у случају болести, губитка посла или развода) одложи вансудску продају и исељење корисника кредита у периоду не мањем од 39 недеља па до две године. Вид. Roger J. Smith, *Property Law*, London – New York, 1998, стр. 568–569.

33 Вид. European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 40, фн. 5. Истраживање Удружења немачких фанбриф банака (*Verband Deutscher Pfandbriefbanken*) је указало на недостатак истраживања Европске банке за обнову и развој у погледу дужине трајања поступка намирења стварноправних средстава обезбеђења, јер су се објављени подаци односили на ситуацију уколико дужник не оспорава наводе повериоца и не користи правна средства која му стоје на располагању. Према потпунијем истраживању Удружења немачких фанбриф банака уз Холандију, Србија јесте лидер у брзини спровођења поступка намирења. Вид. O. Stocker, R. Sturmer (red.), *нав. дело*, стр. 80–81.

34 Земљишни дуг се у немачкој пракси конституише у облику извршне исправе, али се поступак продаје непокретности мора спровести у судском извршном поступку сходно одредбама Закона о принудној продаји и принудној управи (*Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung: ZVG*). Земљишни дуг се судским путем реализовао и у државама које су га трансплантирале као што је то Словенија, вид. Томаж Керестреш, „Земљишни дуг у новом стварноправном уређењу Републике Словеније“, *Будимпештански симпозијум – Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе*, Бремен, 2003, стр. 144. Једино је у Србији предложено вансудско намирење земљишног дуга у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима (НЗС), вид. Министарство правде Републике Србије, *Ка новом стварном праву Србије*, Београд, 2007. Вансудску реализацију земљишног дуга (вид. чл. 620 ст. 4 и 622 НЗС) сматрају изузетно либералном чак и немачки стручњаци, вид. Урлих Дробниг, „Мишљење о нацрту српског Законика о својини и другим стварним правима“, *Ка новом стварном праву Србије*, стр. 166.

приговору дужника треба бити хитан.³⁵ Студија Европске банке је показала да иако судови имају активну улогу у намирењу хипотеке у државама у развоју попут Летоније, Литваније, Естоније и Словеније извршење јесте ефикасно и карактерише га висок ниво правне сигурности.³⁶

Наше хипотекарно право, како је већ описано, онемогућава судску заштиту хипотекарног дужника у поступку намирења, а како ни за стицање извршне исправе није потребно вођење парничног поступка, то представљамо једину државу у Европи у којој се намирење у коме дужник оспорава постојање, висину или доспелост обезбеђеног потраживања може спровести без икакве улоге суда. Да вансудско намирење хипотекарног повериоца у ЗОХ није на адекватан начин уређено није јединствен став само наше правне теорије, већ и страних експерата који раде на уједначавању стварних права обезбеђења на непокретностима у Европи, чије истраживање показује да у Србији хипотекарни дужници имају најнижи ниво права у поступку намирења у поређењу са свим европским државама. Процедура утврђења постојања и висине потраживања је веома једнострана код вансудског намирења хипотеке, те је сав терет доказивања да потраживање не постоји или не постоји у обиму како наводи поверилац пребачен на дужника без могућности судске заштите.³⁷

IV Спорни елементи вансудског намирења хипотеке у пракси

Упоредно-правна анализа стварноправног обезбеђења потраживања у Европи указује да смо једина држава у којој суд нема никакву улогу у поступку намирења, осим уколико поверилац не покрене судски поступак извршења хипотеке. Повериоци обезбеђени вансудском хипотеком у Србији су у једном периоду кренули судским путем реализовати хипотеке услед техничке грешке у самом ЗОХ који је прописао да након вансудске продаје права доцнијих хипотекарних поверилаца остају резервисана.³⁸ Претежни став судске праксе до 2010. године био је да се вансудска хипотека не може реализовати у судском извршном поступку пре него што се добије адекватна извршна исправа, обзиром

- 35 European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 26-27. Уколико дужник не оспорава висину, постојање и доспелост обезбеђеног потраживања студија предлаже намирење без улоге суда.
- 36 European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 28.
- 37 Оваква процедура утврђивања потраживања, по истраживању Удружења немачких фанбриф банака представља најмањи ниво права који хипотекарни дужници имају на континенту, вид. О. Stocker, R. Sturmer (red.), *нав. дело*, стр. 64-65.
- 38 Вид. чл. 49 ЗОХ.

да је вансудска хипотека извршна исправа само за спровођење вансудског поступка намирења, што је био и првобитни предлог става судије известиоца по спорном правном питању грађанском одељењу највише судске инстанце.³⁹ Грађанско одељење Врховног касационог суда донело је закључак по коме вансудска хипотека има својство извршне исправе на основу које се може спровести судско извршење.⁴⁰ Врховни суд није разматрао могућност заузимања става да је повериоцима по вансудској хипотеци неопходно стицање извршне исправе у парничном поступку ради утврђења висине и доспелости обезбеђеног потраживања, јер овакав исход сматра повредом уставног права на имовину хипотекарног повериоца.⁴¹ Како би се отклониле дилеме да ли је уговор о вансудској хипотеци извршна исправа, Законом о извршењу и обезбеђењу из 2011. године исти је изричито проглашен извршном исправом.⁴² Преднацрт Грађанског законика прописује да уговор о хипотеци може бити закључен са својством извршне исправе у форми јавнобележничког записа, али је остало отворено питање да ли ће се дозволити вансудско намирење овако конституисане хипотеке.⁴³ Преднацрт је предвидео

39 Вид. Стојан Јокић, „Судска надлежност за спровођење поступка извршења на основу извршне вансудске хипотеке као извршне исправе“, *Осамнаестито савейовање судија привредних судова Републике Србије – Радни материјал II*, Златибор, 2010, стр. 13–14.

40 Закључком Грађанског одељења Врховног касационог суда од 4.10.2010. године установљен је став да вансудска хипотека има својство извршне исправе из чл. 30 ст. 1 т. 3 ЗИП, иако су првостепени судови претежно одбијали предлоге за извршење на основу вансудске хипотеке сматравши да она није извршна исправа предвиђена чл. 30 ЗИП, вид. Врховни касациони суд, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 1/2010, стр. 102–113.

41 Веома занимљив став у погледу повреде уставних права код вансудског намирења хипотеке заузео је Врховни суд Шпаније пре 15 година. Иако је изменама шпанског Закона о хипотеци дозвољено намирење хипотеке преко нотара без икакве улоге суда, Врховни суд Шпаније је заузео становиште да се на овај начин крши уставно право грађана на приступ суду, те је одредбе о вансудском намирењу за потребе решавања предмета сматрао противуставним. Вид. Pedro Garido, *Real Property Law and Procedure in the European Union – report from Spain*, European University Institute, Florence, 2005, стр. 41–42.

42 Вид. чл. 13 ст. 1 тач. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11, 109/13; даље у тексту: ЗИО). Према општем ставу теорије услови да неки правни акт стекне својство извршне исправе јесу његова појединачност, квалификованост (потичање од стране суда, државног органа или арбитраже), осуђујућност, подобност за извршење и законска предвиђеност правног акта као извршне исправе. Вид. Драгор Хибер (ур.), *Нови Закон о извршном поступку*, Београд, 2004, стр. 17–19. Иако уговор о хипотеци представља приватну исправу која не садржи већину ових елемената он је у ЗИО одређен као извршна исправа.

43 Вид. чл. 407–408 Преднацрта Грађанског законика који алтернативно предвиђа да се хипотека у форми јавнобележничког записа може реализовати вансудском продајом на начин предвиђен законом, ако тако уговоре странке.

могућност вансудског намирења хипотеке конституисане у форми извршне исправе, али је као алтернатива предвиђена могућност брисања одредби о вансудском намирењу.⁴⁴

V Противзаконити углавци у банкарској пракси код вансудске реализације хипотеке

Главни проблем вансудског намирења био је случај постојања хипотека нижег ранга, које се приликом продаје купцу нису брисале, уколико хипотекарни повериоци нижег ранга не буду намирени из продајне цене. Како су хипотекарни дужници често установљавали хипотеке нижег ранга у корист повезаних лица, омогућена је најпре реализација вансудске хипотеке у судском извршном поступку. Банкарска пракса је отишла корак даље решивши проблем хипотека нижег ранга на једноставан начин, стављањем у касније закључене уговоре о хипотеци углавак о забрани даљег залагања и отуђења хипотековане непокретности. ЗОХ прописује да су ништави углавци о забрани даљег залагања и отуђења оптерећене непокретности.⁴⁵ Међутим пракса банака у Србији, редовно користи углавке којим се хипотекарним дужницима забрањује накнадно залагање и отуђење хипотекованих непокретности. Практика која добија на замаху директно је супротна важећем ЗОХ, а својеврстан парадокс представља чињеница да је Влада Републике Србије усвојила закључке којима се налаже пословним банкама да приликом одобравања субвенционисаних стамбених кредита, уговор о хипотеци мора садржати ове углавке.⁴⁶ Клаузула о забрани накнадног залагања умањује кре-

44 Вид. чл. 438 Преднацрта Грађанског законика који предвиђа као могућност брисање одредби о вансудском намирењу хипотеке (чл. 434–438) која је конституисана у облику извршне исправе (чл. 408). Могућност брисања није предвиђена само за случај накнадног споразума, који је могуће закључити само по доспелости обезбеђеног потраживања (чл. 432, 445).

45 Вид. чл. 13 ст. 3 ЗОХ.

46 Закључком Владе Републике Србије бр. 420–981/2013 од 12.2.2013. године (доступно на адреси: http://www.mod.gov.rs/multimedia/file/Program%20dugorocnog%20stamb_kreditiranja%20PVL%20za%202013.pdf, 1.7.2013) усвојен је Програм дугорочног стамбеног кредитирања професионалних војних лица Војске Србије за 2013. годину. Програмом је предвиђена обавеза пословних банака да у уговоре о кредиту унесу углавке о забрани даљег залагања и отуђења хипотековане непокретности. Закључком усвојени текст уговора о регулисању међусобних односа у пословима стамбеног кредитирања професионалних војних лица Војске Србије, по ком моделу су касније закључени уговор између пословних банака, РС и НКОСК у чл. 3 ст. 2 т. 2–3 предвиђа обавезу банака о уношењу наведених углавака у појединачне уговоре о кредиту. Програм дугорочног стамбеног кредитирања професионалних војних лица Војске Србије за 2014. годину, који је усвојен предвиђа исте ништаве одредбе у члану II став 2. Вид. Влада Републике Србије, *Програм дугорочног стамбе-*

дитни потенцијал хипотекарног дужника, те је због тога у готово свим развијеним европским државама, као и у већини држава у развоју њено уговарање ништаво.⁴⁷

Преднацрт Грађанског законика у чл. 418 такође предвиђа ништавост клаузула о забрани даљег залагања и отуђења хипотековане непокретности.⁴⁸ Као алтернативу Преднацрт предвиђа могућност да се уговором о хипотеци дозволи забрана отуђења непокретности на период од пет година, која се уписује у регистар, али и код ове алтернативе клаузула о забрани накнадног залагања остаје ништава, што је решење које постоји у већини развијених правних система.⁴⁹

VI Закључак

Наше хипотекарно право налази се у лошем стању, јер постојећи систем вансудског намирења хипотеке у потпуности искључује улогу суда у реализацији хипотеке, што није случај ни у једној европској држави. Непостојање јасних законских захтева за дефинисањем обима обезбеђеног потраживања код хипотеке, има за последицу да банке често крше начело специјалности обезбеђеног потраживања. Овај правни вакуум доводи до ситуације да банке често исказују свој губитак након вансудске продаје хипотекованих непокретности, јер им позитив-

ној кредитирања професионалних војних лица Војске Србије за 2014 годину, доступно на адреси: <http://www.nkosk.rs/content/zakoni-i-uredbe-vlade-rs>, 1.7.2014. Клаузула о забрани отуђења и оптерећења хипотековане непокретности може се разумети са становишта државе да субвенционисаним кредитима жели решити стамбено питање угроженим категоријама, па се овим углавком жели избећи кредитирање лица која би овакве кредите користила ради трговине становима. Међутим иако се за проглашење ове клаузуле обвезном садржином хипотекарних уговора могу наћи разумни социјални мотиви, то се не може оправдати доношење закључака Владе РС који су садржински у овим деловима директно супротни важећем ЗОХ. Посебно штетан може бити углавком о превременом доспећу целокупног износа кредита, који се активира уколико залогодавац прекрши забрану отуђења и накнадног залагања, јер исти може узроковати неосноване хипотекарне продаје и лавину пратећих проблема, обзиром да би у таквом случају продаја била спроведена због прекршаја ништавог углавка уговора о хипотеци.

47 Чешко, хрватско, естонско, пољско, словеначко и наше право прогласиле су клаузулу забране накнадног залагања (*negative pledge clause*) ништавом. Клаузула забране даљег залагања дозвољена је у Мађарској и Словачкој, али нема стварноправно дејство, те уколико сопственик ипак успостави хипотеку нижег ранга биће дужан да исплати штету хипотекару. Клаузула забране даљег залагања је дозвољена и има стварноправно дејство у Русији, Казахстану и Румунији, Вид. European Bank for Reconstruction and Development, *нав. дело*, стр. 20.

48 Вид. чл. 418 Преднацрта Грађанског законика.

49 Вид. чл. 418 (алтернатива) Преднацрта Грађанског законика.

но право дозвољава спровођење продаја по ценама које су знатно ниже од тржишних. Колико је оваква ситуација економски лоша говори статистички податак да су код 3/4 реализованих хипотека за обезбеђење стамбених кредита у 2013. години банке приказале нето губитак. Након тога банке су наплаћивале исти губитак по основу осигурања од Републике Србије (преко НКОСК, која је у апсолутном власништву Републике Србије), који је просечно по једном кредиту износио нешто више од 23.000,00 евра. Вансудско намирење хипотеке доприноси нестабилности домаћег хипотекарног тржишта и узрокује значајне економске губитке хипотекарним дужницима и Републици Србији. Зарад успостављања правне сигурности у нашем правном и привредном оквиру погодна решење у будућем Грађанском законнику било би укидање могућности уговарања вансудске продаје хипотековане непокретности, осим у случају постизања споразума о вансудском намирењу након доспелости обезбеђеног потраживања.

Srđan STOJILKOVIĆ, M.A.

Assistant Judge, Commercial Court in Požarevac

EXTRAJUDICIAL ENFORCEMENT OF HYPOTHEC IN THE NEW SERBIAN CIVIL CODE

Summary

Extrajudicial enforcement of hypothec in practice so far proved to be very problematic, so in the future Serbian Civil Code extrajudicial enforcement of hypothec should be abolished or substantially reformed, in order to establish legal equality in relations between creditors and debtors. Draft Civil Code of the Republic of Serbia provides two options in terms of extra-judicial settlement of the hypothec. One is that the out of court sale of real estate may be permitted if the hypothec constituted in the form of an executive title in shape of a notarial records. Another solution is the legal possibility of contracting out of court enforcement hypothec between the creditor and the debtor, but only after the maturity of the secured claim.

Key words: *extrajudicial enforcement of hypothec, interest, home secured loans, Draft Civil Code of the Republic of Serbia.*