

Александар РАДУЈКО

ХИПОТЕКА И ПРОБЛЕМИ ЊЕНОГ АКТИВИРАЊА

Резиме

Закон о хипотеци има неспорно место у правном систему, јер је обезбедио остварење свог главног циља а то је поједноста-вљење, појефтињење и убрзање процеса уписа хипотека. Примена решења овог закона у пракси је у потпуности искључила примену Закона о извршном поступку односно сада ЗИО, осим у изузетним случајевима постојања закупца који нису спремни да се сагласе са губитком државине на непокретности. Обавеза прибављања њихове сагласности је новим изменама ЗоХ укинута те се може очекивати да се број изузетака још више смањи. Омогућено је да се уместо путем суда заказивањем рочишта на које би приступили и власник и дужник и поверилац и плаћањем такси које су достигале знатне износе хипотека упише одласком власника на шалтер суда и овером изјаве за цену од око 500 динара раније, односно сада одласком код јавног бележника за нешто већу цену, што и даље подразумева мање трошкова и времена него пре доношења ЗоХ.

Са друге стране, реализација хипотеке сходно одредбама ЗоХ у протеклом периоду је представљала више изузетак него правило, било из разлога што је изостајала асистенција органа реда у његовој примени или због радњи дужника у виду уписа хипотеке каснијег реда или жалбе на решење о упису забележбе хипотекарне продаје.

Кључне речи: *појам хипотеке, упис хипотеке, брисање хипотеке, закон о хипотеци, судске хипотеке, вансудске хипотеке, заложне изјаве.*

I Појам

Хипотека обухвата значајну област права, јер поред основне сврхе имовине – која власнику омогућава да је користи, употребљава и присваја њене плодове она имовини даје још једну функцију, омогућавањем коришћења постојеће имовине у једном другачијем смислу од уобичајеног,

односно као средства које помаже власнику да прибави финансијска средства у износу приближном вредности имовине, без продаје имовине, успостављањем заложног права на тој имовини.

Заложно право у свим својим појавним облицима од значаја је за функционисање промета, привредних токова, као и правног система. Начин на који је оно уређено је предмет интересовања сегмената друштва који имају интерес да обезбеде извесност у промету, тј. пословању, а консеквентно томе и правне науке и правне праксе.

Ако дужник има имовину из чије се вредности потраживање сигурно може наплатити, сигурност наплате повериочевог потраживања није спорна. Али, наплату потраживања може дужник одложити за дужи временски период или спречити тиме што би ускратио податке о имовини коју поседује или је пренео на друга лица, као што и други повериоци могу умањити његову имовину наплатом својих потраживања, тако да за повериоца који се није благовремено постарао за обезбеђење наплате свог потраживања, ништа не остане. У таквој ситуацији, заложно право има функцију да спречи евентуалну штету коју би поверилац могао претрпети уколико му дужник не исплати потраживање о доспелости, а у међувремену прикрије, отуђи или дође до умањења његове имовине услед наплате потраживања других поверилаца, тако што се уписом заложног права на ствари она издваја из имовине дужника и унапред одређује као предмет из кога ће се поверилац намирити, ако дуг не буде на време враћен, ма чија она била – власници се могу мењати, поверилац задржава право да се намири се из вредности оптерећене ствари.

Практично, хипотека тако омогућава специфичну употребу права својине, јер власницима непокретности, омогућава да не губећи ни својину ни државину на заложеној ствари, обезбеде могућност коришћења туђих финансијских средстава или коришћење туђих услуга. Са друге стране, залогопримцима хипотека као гаранција наплате потраживања, омогућава да шире пословање, јер могу да послују са ширим кругом субјеката укључујући и оне чији бонитет, ликвидност, солвентност и слично не пружају сигурност да ће моћи да наплате пружене услуге или да поврате пласирани капитал и да наплате цену за његово коришћење, са којима иначе не би пословали, због превеликих ризика.

Из овог разлога, велики део своје примене хипотека налази управу у банкарском пословању, јер банка као финансијска институција, пласира свој капитал на тржиште, и заинтересована је да обезбеди поврат тог капитала, односно извесност да ће бити враћен. Зато је хипотека као

средство обезбеђења потраживања (по основу издатих кредита, гаранција) од изузетног значаја за банку. Управо због тога хипотека своје место у примени првенствено налази у банкама и другим финансијским институцијама, као што је нпр. пореска управа која у пракси често дужницима одобравање одлагање измирења обавеза условљава претходним уписом хипотеке на имовини.

II Хипотека према ЗоХ

1. Појам

ЗоХ у члану 2. дефинише појам хипотеке и предвиђа да је хипотека 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.

2. Предмет хипотеке

Предмет хипотеке је дакле, непокретна ствар тј. она ствар која се не може са једног места померати на друго, без промене њене суштине и умањења њене вредности. Хипотека обухвата непокретност и то: 1) све саставне делове непокретности, природне плодове који нису одвојени од непокретности, осим ако је уговором о хипотеци друкчије одређено; 2) припатке непокретности одређене уговором о хипотеци, али не и ствари у својини трећих лица; 3) сва побољшања и повећања вредности непокретности до којих је дошло после заснивања хипотеке. У члану 3. Закона таксативно су одређене непокретности које могу бити предмет хипотеке: 1) непокретна ствар (право својине на земљишту, грађевинском објекту и сл.); 2) део непокретне ствари, у складу са одлуком о деоби; 3) сусвојински удео у непокретној ствари; 4) посебан део зграде на коме постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања (стан, пословне просторије, гаража, гаражно место и др.); 5) право на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања, а нарочито право грађења, право прече градње, или располагања у државној, односно друштвеној својини; 6) објекат у изградњи, као и посебан део објекта у изградњи (стан, пословне просторије, гаража, и др.), без обзира да ли је већ изграђен, под условом да је издато правноснажно одобрење за градњу у складу са законом којим се уређује изградња објеката.

3. Вансудски поступак намирења

Закон о хипотеци напушта до тада владајуће начело официјалности садржано у члану 980, став 1. ЗОО и члану 63, став 1. ЗОСПО, који је ступањем на снагу Закона о хипотеци, престао да важи по коме се заложни поверилац, коме заложни дужник није о року платио дуг, могао наплатити из вредности заложене ствари у судском поступку и уводи нову, алтернативну могућност спровођења вансудског поступка намирења, који је регулисан одредба од чл 29-41.

ЗОХ, међутим не искључује судско намирење хипотекарног повериоца, што произилази из члана 24. који одређује да се намирење спроводи у складу са овим законом, односно законом којим се уређује извршни поступак, као и законом који уређује принудну наплату пореских потраживања на непокретностима и члана 48. који предвиђа да хипотека престаје и кад је извршена судска јавна продаја предмета, када се испис хипотеке из регистра непокретности врши на основу правоснажне судске одлуке о намирењу хипотекарних поверилаца. Покретање вансудског поступка намирења подразумева да хипотекарни поверилац коме дужник није исплатио дуг о доспелости, пошаље опомену у писменој форми истовремено дужнику и власнику предмета хипотеке (ако су различита лица), с тим да ова опомена (прва опомена) мора да садржи која садржи законом предвиђене податке, обавештења и информације укључујући:

- рок у коме дужник мора да исплати дуг да би избегао продају непокретности;

- упозорење да ће поверилац, ако дужник не предузме радње одређене у складу са тачком 3) овог става и не исплати дуг, покренути поступак продаје хипотековане непокретности ради наплате потраживања из вредности добијене продајом, те да ће дужник, односно власник непокретности изгубити својину, односно државину на непокретности.

Уколико у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац ће дужнику и власнику непокретности и осталим хипотекарним повериоцима упутити опомену о продаји непокретности која садржи законом предвиђене податке, обавештења и информације за ову опомену.

4. Забележба хипотекарне продаје

Након слања опомене о продаји непокретности поверилац може послати регистру непокретности захтев да се изврши забележба хипоте-

карне продаје у корист повериоца који ће, у року од седам дана од дана пријема захтева за забележбу, извршити забележбу хипотекарне продаје у корист повериоца, и у случају да је пре подношења захтева за забележбу хипотекарне продаје примио више захтева за упис права на истој непокретности. Забележба хипотекарне продаје и решење хипотекарне продаје садржи: 1) изричито овлашћење да хипотекарни поверилац, када 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, у складу са одредбама овог закона; 2) забрану отуђења и било које врсте правног располагања хипотекованом непокретности од стране власника (ранијим прописима је била предвиђена Забрана продаје хипотековане непокретности од стране власника те се сматра да је овим решењем онемогућен један од могућих начина опструкције поступка).

Власник, дужник и поверилац који је поднео захтев за доношење решења о хипотекарној продаји, имају право жалбе надлежном органу на решење о забележби хипотекарне продаје у року од 15 дана од дана пријема решења. Надлежни орган мора донети другостепено решење у року од 15 дана од дана подношења жалбе. Другостепено решење коначно је и извршно. Нови Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, у ставу 2, члана 155. предвиђа другачије решење по коме се сматра да је забележба уписана истеком 72 часа од пријема захтева за упис, те ћемо видети да ли ће ова разлика у пракси утицати на оцену практичних могућности појединог поступка намирења.

5. Право на састанак

Дужник, односно власник непокретности може, у року од 10 дана од дана добијања опомене о продаји непокретности, затражити састанак са повериоцем односно његовим представником, који је у обавези да га прими у својим просторијама у току радног времена. Право повериоца да приступи продаји хипотековане непокретности неће бити ограничено или одложено ако се стране не договоре на начин предложен од стране дужника на овом састанку. У смислу ЗОХ, писмено (опомена, обавештење и др.) се сматра урученим дужнику ако је послато препорученом поштом на адресу: 1) хипотековане непокретности; 2) дужника, наведену у уговору о хипотеци, ако је адреса дужника другачија од адресе хипотековане непокретности; 3) власника непокретности, ако власник није дужник.

6. Право продаје повериоца

Ако дужник не исплати дуг до дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје, а од дана издавања тог решења прође рок од 30 дана, поверилац на основу решења може приступити продаји хипотековане непокретности путем аукције или непосредне погодбе. Избор једног начина продаје не искључује могућност примене другог начина продаје. Након коначности решења о забележби хипотекарне продаје, а пре приступања аукцијској продаји, поверилац је дужан да изврши процену тржишне вредности непокретности ангажовањем овлашћеног судског вештака, односно другог лица овлашћеног законом за обављање послова процене (у даљем тексту: процењена вредност). Продаја непосредном погодбом до момента оглашавања аукцијске продаје могућа је по цени која не може бити нижа од 90% од процењене вредности. Ово је решење предвиђено изменама закона, којим је детаљније уређена примена закона, обзиром да иницијална верзија закона није прецизирала минималну цену за непосредну погодбу. У случају да непокретност на првој јавној аукцији остане непродата, поверилац може наставити продају непосредном погодбом, али по цени не нижој од 60% од процењене вредности, или заказати другу аукцијску продају која се мора одржати најкасније у року од 120 дана од дана окончања неуспешне аукције. 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.

Истовремено са доношењем решења из става 6. овог члана, регистар непокретности ће уписати забележбу забране вансудске продаје хипотековане непокретности од стране хипотекарног повериоца у чију корист је била уписана забележба хипотекарне продаје, који се од тог момента може намирити искључиво у поступку судске продаје.

7. Аукцијска продаја

Поверилац може сам организовати аукцијску продају непокретности или је може поверити лицу које се тиме професионално бави. Поверилац је дужан да одржи прву аукцијску продају у року од шест месеци од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје (нови закон). Оглас о одржавању аукцијске продаје мора бити на видан начин објављен у високотиражном дневном листу који се продаје на целој територији Републике Србије и најмање у једном дневном листу који се продаје

у региону у коме се налази хипотекована непокретност, и то најмање 30 дана (раније 45 дана) пре заказане продаје. Поверилац ће истовремено послати дужнику, власнику непокретности, односно трећим лицима која имају права на хипотекованој непокретности обавештење о огласу које садржи: 1) све елементе огласа; 2) изјаву у ком року се може исплатити целокупан дуг да би се избегла продаја.

Почетна цена на аукцији не може бити нижа од 75% процењене вредности.

Ако прва аукција не успе, почетна цена на другој аукцији не може бити нижа од 60% од процењене вредности. Поверилац може дати сопствену понуду на аукцији.

8. Продаја непосредном погодбом

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, по цени не нижој од 90 % односно у случају да непокретност на првој јавној аукцији остане непродата 60% од процењене вредности (ово је ново законско решење које омогућава продају и испод 90% што је био лимит за непосредну погодбу у пракси по првобитном тексту закона који је користио термин „по цени која је приближна тржишној“ што је тумачено као 90% а испод те цене поверилац није могао продати хипотековану непокретност непосредном погодбом). Поверилац и хипотекарни дужник, односно власник хипотековане непокретности, када то није исто лице, се током целог поступка вансудске продаје могу споразумети о продаји непосредном погодбом и условима такве продаје, по цени не нижој од 90% односно у случају да непокретност на првој јавној аукцији остане непродата 60% од процењене вредности.

Поверилац може продавати непокретност самостално или уз ангажовање лица која се баве прометом непокретности, у складу са законом. Ако се продаја врши преко лица из става 3. овог члана, уобичајена провизија може бити укључена у продајну цену. Најкасније у року од 15 дана пре закључења уговора о продаји непокретности, поверилац ће о продаји обавестити дужника, власника непокретности и лица која имају друга права на непокретности, обавештењем које садржи законом предвиђене податке, информације, изјаве и обавештења.

9. Ометање вансудског поступка намирења

Услед проблема везано за обезбеђење асистенције органа унутрашњих послова по доношењу иницијалне верзије ЗОХ, изменама је предвиђено да је у току вансудског поступка намирења, надлежни орган унутрашњих послова дужан да без одлагања, у складу са Законом о полицији, хипотекарном повериоцу, односно његовом заступнику, пружи сву помоћ неопходну за спровођење поступка намирења, у случају да власник, односно други држалац непокретности у поступку њене продаје не дозвољава приступ непокретности, односно одбија да се добровољно исели из непокретности, у законом прописаном року, ако уговором о продаји није одређен дужи рок. Надлежни орган унутрашњих послова, пружа помоћ на основу увида у решење о забележби хипотекарне продаје, односно уговора о продаји непокретности.

10. Непокривеност дуга продајном ценом

У случају да цена остварена на аукцијској продаји или непосредном погодбом не намирује целокупно потраживање повериоца, дужник остаје дужан повериоцу преостали дуг у износу разлике између целокупног потраживања и остварене цене. Преостали дуг из става 1. овог члана биће умањен за износ разлике између 75% процењене цене непокретности и остварене цене, ако је остварена цена нижа од 75% процењене цене, код оба начина продаје. Ако се хипотекарни поверилац намири стицањем права својине на хипотекованој непокретности, сматра се да је потраживање намирено у тренутку стицања права својине. Ако цена хипотековане непокретности, добијена на аукцијској продаји или непосредном погодбом, превазилази висину потраживања, хипотекарни поверилац дужан је да хипотекарном дужнику исплати ту разлику.

Намирење кад је предмет хипотеке објекат у изградњи - Уступање одобрења за градњу. Ако је предмет хипотеке објекат у изградњи, његова продаја ради намирења врши се уступањем права градње утврђеног правноснажним одобрењем за градњу, уз накнаду, и продајом ствари које су уграђене у објекат у изградњи. Орган који је издао одобрење за градњу, на захтев купца објекта у изградњи, издаће без одлагања купцу истоветно одобрење за градњу на његово име и поништити старо одобрење за градњу, у ком случају, купац по самом закону ступа у сва законом дефинисана права и обавезе.

III Проблеми у намирењу

1. Проблеми с обзиром на предмет хипотеке

Предмет хипотеке према ЗОХ може бити и сувласнички део непокретности. Иако фактички идеални део некретнине може послужити као довољно обезбеђење потраживања, у време доношења ЗОХ, имајући у виду могућност опструкције поступка намирења по ЗОХ и одредбе тада важећег члана 101 ЗИП-а, с обзиром да је за дозволу извршења на непокретности потребна сагласност свих осталих сувласника, идеални део као средство обезбеђења, је подразумевао другачији поступак намирења. Закон о хипотеци уводи нови облик хипотеке на објекту у изградњи. Смицао овог института јесте да инвеститор изградње објекта односно купац посебног дела или целог објекта, након добијања одобрења за изградњу, могу уписати хипотеку на објекту у изградњи или једном његовом делу у корист повериоца. Очита је намера Законодавца да на овај начин створи услове за лакше финансирање изградње односно куповину непокретности у изградњи. Поверилац хипотеку на објекту у изградњи стиче уписом у земљишним књигама односно у Катастру непокретности у зависности од тога код кога је уписано земљиште на коме се гради објекат. На тај начин, остаје доследан начелу публицитета и омогућава свим трећим лицима да се информишу да је објекат у изградњи оптерећен хипотеком. Увођење објекта у изградњу као предмета хипотеке је настала као последица потребе грађевинарства, које је у последњој декади код нас у великом маху. Није био редак случај, до доношења Закона, да носилац права коришћења на градском грађевинском земљишту, коме се издаје одобрење за градњу и инвеститор изградње објекта који је финансијски способан да сноси трошак изградње, закључују тзв. Уговор о заједничкој градњи односно суфинансирању. На тај начин се стварају услови и за инвеститора да дође до грађевински атрактивне парцеле и за носиоца одобрења за градњу да затвори финансијску конструкцију изградње започетог објекта. По основу оваквог правног посла на инвеститора се фактички преноси право коришћења, упркос забрани њене преносивости из Закона о планирању и изградњи. Одобрење за градњу, до окончања изградње гласи на иницијалног носиоца права коришћења на грађевинској парцели. До преноса права својине на објекту у изградњи, а самим тим и права коришћења на земљишту на коме се објекат гради долази тек након завршетка објекта у изградњи. И поред тога, мишљења смо да је на тај начин у нашој пракси фактички легализована трговина одобрењем за градњу, а самим тим и правом коришћења. За разлику од закључивања уговора о

суфинансирању где не долази до преноса права коришћења моментом његовог закључења, реализацијом хипотеке на започетој градњи уводи се могућност преноса права коришћења на градском грађевинском земљишту у време када на њему још увек не постоји објекат.

Одобрење за градњу је појединачни непреносив управни акт. Очигледно је да ЗоХ одступа од општег принципа непреносивости одобрења, те налаже органу управе који је издао одобрење за градњу да на основу уговора о куповини објекта у изградњи, закљученог између хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника, носиоца одобрења за градњу, без одлагања изда ново истоветно одобрење за градњу на име купца. Једина нужна измена новог одобрења за изградњу односила би се у том случају на рок завршетка градње који би био одложен с обзиром на реални рок у коме купац, нови инвеститор, може да заврши започети објекат. Ипак, да би се избегло свако одлагање, Закон о хипотеци утврђује да купац као нови инвеститор по самом закону супа у сва права и обавезе бившег инвеститора као ранијег носиоца одобрења за градњу, самим закључењем уговора о хипотекарној купопродаји и пре доношења новог одобрења за градњу које гласи на његово име и има могућност да одмах настави са свим правним и фактичким радњама везаним за изградњу објекта. У пракси се хипотека на објекту у изградњи уписује и на објекту који је фактички завршен али није издата употребна дозвола јер није уписан (исказан) у званичним евиденцијама непокретности, било због тога што није извршен технички пријем објекта, извршено етажирање или неких других разлога, те постоји могућност и да поверилац пристане на овакво обезбеђење не знајући да је употребна дозвола издата и да хипотека није валидна.

Такође, изменама прописа након доношења ЗоХ настао је нови ризик који произилази из одредаба ЗОПИ који предвиђају да грађевинска дозвола престаје да важи ако се објекат не заврши у прописаном року, тако да поверилац може остати без обезбеђења. Поред тога концепт ванкњижне својине, у комбинацији са чињеницом да грађевинска дозвола није преносива, као и чињеницом а да се у пракси та одредба дезавуише путем тзв. уговора о заједничкој градњи, те да је опште познато да се многи инвеститори којима су дозволе издате, често називају лицима на које дозволе гласе и тзв. формалним власницима објеката у изградњи, јер уговорима преносе власништво на становима у фази изградње тј. пре него што се стекну формални услови за пренос и за укњижбу нових власника у јавне регистре, може повериоца који се поузда у прописе који не

предвиђају преносивост грађевинске дозволе а упис својине везују за упис у катастар и на томе базира своју савесност, довести у положај тужене стране у парничном поступку за утврђење ништавости хипотеке уписане у њену корист и то тужене која је несавесно узела као обезбеђење хипотеку на објекту за који је знала (или морала знати) да је делимично отуђен од стране власника, јер је опште познато да продаја објеката функционише по том принципу и да није реално да инвеститор који има објекат са 45% завршености није продао бар неке од станова или других посебних делова у њему, те да није могуће да располаже целим објектом и на њему уписује хипотеку.¹ Тај положај може знатно бити погоршан пратећим репутационим ризицима услед јавних протеста купаца таквих станова. Закон о хипотеци прописује да се објектом у изградњи сматра и физички завршен објекат, односно његов засебни део који није уписан у регистар непокретности, ако задовољава услове за упис хипотеке на објекту у изградњи. Посебно интересантно код намирења реализацијом хипотеке на објекту у изградњи може бити и превазилажење недоступност пројектне и грађевинске докумен-тације за објекат, услед које се не може установити квалитет изведених радова, те елиминисати по том основу утицај на цену при продаји оваквих објеката. Овај проблем је последица праксе која тежи да поједностави процес уписа, у коме ова документација није потребна и природе поступка намирења који је принудан и у коме власник неретко има потребу да опструира намирење повериоца, те ускраћује помоћ повериоцу.

2. Проблеми с обзиром на основ настанка хипотеке

а) Вансудска извршна хипотека

Дакле, сагласно одредби члана 15. Закона о хипотеци једнострана хипотека и уговорна хипотека имају снагу извршне исправе, уколико садрже горе назначена упозорења и овлашћења. Својевремено је својство извршне исправе у пракси судова и органа унутрашњих послова тумачено у контексту, основних закона које примењују тј ЗИП и Закон о полицији, те заузет став да извршна исправа у смислу ЗоХ није извршна исправа у смислу других закона. Тумачењем Врховног касационог суда² ова пракса је промењена, а изменама ЗоХ искључена је потреба за тумаче-

1 Пресуда III-3 У.9462/13 Управног суда, Одељење у Новом Саду.

2 Закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда, 04.10.2010. године.

њем, експлицитним стављањем знака једнакости између извршних исправа у смислу различитих закона.

б) Законска хипотека

Проблем око намирења може настати и везано за намирење потраживања по основу пореских обавеза. Као што је већ речено хипотека се по ЗоХ стиче уписом у званичне евиденције непокретности, независно од основа настанка. На овај начин код хипотеке се обезбеђује обавештавање трећих заинтересованих лица о постојању хипотеке (начело публицитета). Према ранијим прописима законско заложно право настајало је ех леге и за његово стицање упис у званичне евиденције непокретности није услов. Имајући у виду изложено произилази да се код законског заложног права одступало од начела публицитета. Трећа лица нису могла знати колико има заложних права и колики је износ потраживања које је сваким од њих обезбеђено.

То је био један од узрока правне несигурности, имајући у виду чињеницу да је законско заложно право имало право првенства у наплати у односу на уговорно заложно право. Ова несигурност је отклоњена чланом 8 Закона о хипотеци којом је прописано да: „Хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокретности“, без разлике шта је основ настанка хипотеке. Произилази дакле, да се и хипотека која настаје на основу закона стиче уписом у регистар непокретности. На тај начин је у новом Закону учињен значајан напредак и створена могућност за потпуну афирмацију начела публицитета.

в) Заједничка хипотека – редослед намирења

Закон предвиђа да поверилац који има заједничку хипотеку може потраживање да наплати по свом савесном избору из вредности једне или више непокретности. Пракса тек треба да одреди шта је то савестан избор, тј. може ли се очекивати да ће се хипотекарни поверилац који има хипотеку на више некретнина, ако има могућност избора и одређивања приоритета покретања поступака или њихове динамике, бирати да се прво намирује из вредности некретнине на којој постоји хипотека другог реда повериоца Б, или настојати да прво у што већем износу наплати своје потраживање из друге непокретности, како би оставио што мањи износ за наплату из хипотеке чији ред претходи хипотеци повериоца Б, како би се он наплатио у што већем износу.

з) Учесће катастра у поступку

Након обједињавања земљишних књига као евиденције о правном статусу непокретности и катастра као евиденције о фактичком стању непокретности, преузимањем надлежности од стране катастра, сада евиденцију о правном статусу непокретности води катастар, из ког разлога има и значајну улогу у поступку вансудског намирења, које се састоји од уписа забележбе хипотекарне продаје у корист повериоца. У време доношења Закона о хипотеци, улога катастра је подразумевала и доношење одлуке по жалби на решење о забележби хипотекарне продаје, али је каснијим изменама прописа ова улога пренета на Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре. Проблем се јављао, међутим, код примене одредбе члана 49. Закона о хипотеци која је предвиђала да права доцнијих поверилаца остају резервисана, што је у пракси тумачено да нема услова за брисање касније уписане хипотеке ако потраживање обезбеђено хипотеком није измирено. При томе, постојао је ризик уписа хипотеке на непокретности у корист Пореске управе или трећег лица уз сарадњу власника, ради обезбеђења дугова старог власника, у периоду од дана вршења увида у статус непокретности у евиденцији катастра пре продаје у вансудском поступку до момента подношења захтева за укњижбу новог власника на основу продаје у вансудском поступку, јер ЗОХ није забрањивао власнику оптерећење непокретности након уписа забележбе хипотекарне продаје већ само њено отуђење, а Пореској управи за упис хипотеке није ни била потребна сарадња власника.

Важећим ЗОХ, одредбе овог члана су измењене тако да све уписане хипотеке, као и други терети (уписани у регистар после хипотеке ради чијег намирења је извршена продаја, односно закључен накнадни уговор) престају по сили закона и надлежни регистар непокретности врши брисање по службеној дужности, без обзира да ли је потраживање намирено у целости, делимично или је остало ненамирено, те су очекивања да се овај проблем више неће јављати.

д) Намирење потраживања обезбеђеног хипотеком у стечајном поступку

Законом о хипотеци прописано је да уколико је потраживање обезбеђено хипотеком, поверилац има право да се намири у стечајном поступку, као разлучни поверилац, из вредности заложене непокретности. Закон о стечају предвиђа да се отварањем стечајног поступка разлучно право остварује искључиво у стечајном поступку, осим у случају доно-

шења одлуке о укидању забране извршења и намирења у складу са овим законом. Закон о стечају предвиђа и да се пријаве могу поднети по истеку рока одређеног решењем стечајног судије, али најкасније у року од 120 дана од дана објављивања огласа у Службеном гласнику Републике Србије, а све пријаве поднете по истеку рока од 120 дана биће одбачене као неблаговремене. То практично значи да је рок за пријаву потраживања преклузиван, те да пропуштање повериоца да поднесе пријаву практично значи губитак могућности да наплати своје потраживање из хипотековане имовине стечајног дужника. С обзиром да дерогира одредбе ЗоХ веома је важна одредба ЗоС која предвиђа да разлучна права стечена извршењем или обезбеђењем за последњих 60 дана пре дана отварања стечајног поступка ради принудног намирења или обезбеђења престају да важе и такви повериоци нису разлучни повериоци. Уобичајено објашњење ове одредбе је да се заснива на претпоставци да је дужникова несолвентност у том периоду могла или морала бити позната повериоцима и усмерено је на спречавање омогућавања повољнијег положаја појединим повериоцима у предстојећем стечајном поступку. При томе, ЗоС предвиђа да су разлучни они повериоци који имају заложно право на непокретности и имају право на првенствено намирење из средстава остварених продајом имовине, односно наплате потраживања на којој су стекли то право, а заложни повериоци су повериоци који имају заложно право на непокретностима, а немају новчано потраживање према стечајном дужнику које је тим заложним правом обезбеђено. На тај начин хипотека, практично искључује могућност да се други повериоци намире из вредности хипотековане непокретности уколико не успеју да успешно оспоре право разлучном или заложном повериоцу да се приоритетно намире из вредности остварене продајом. Заложни повериоци нису стечајни повериоци и нису разлучни повериоци. Заложни повериоци су дужни да у року за подношење пријаве потраживања обавесте суд о заложном праву, уз достављање доказа о постојању заложног права и изјаве о износу новчаног потраживања према трећем лицу које је тим правом обезбеђено на дан отварања стечајног поступка, чиме стичу својство странке. Заложни повериоци не могу да бирају и да буду бирани у скупштину и одбор поверилаца. Намирење разлучних и заложних поверилаца мора бити извршено у року од пет дана од дана када је стечајни управник примио средства по основу продаје имовине, односно наплате потраживања.

Али, статус разлучних и заложних поверилаца може бити доведен у питање путем побијања правних радњи специфичног за стечајни поступак, који предвиђа да ако захтев за побијање правног посла или друге

правне радње буде правноснажно усвојен, побијени правни посао односно правна радња немају дејства према стечајној маси, а противник побијања је дужан да у стечајну масу врати сву имовинску корист стечену на основу побијеног посла или друге радње. Што значи да уколико би хипотека била успешно побијена, она практично нема дејство, као да је избрисана. Према чл. 119. ЗоС правне послове и друге правне радње закључене односно предузете пре отварања стечајног поступка, којима се нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца или оштећују повериоци, као и правне послове и друге правне радње којима се поједини повериоци стављају у погоднији положај (у даљем тексту: поговдавање поверилаца), могу побијати стечајни управник, у име стечајног дужника и повериоци, у складу са одредбама овог закона. При томе, закон прави разлику између уобичајеног намирења, неуобичајеног намирења, непосредног оштећења поверилаца, намерног оштећења поверилаца, послова и радњи без накнаде или уз незнатну накнаду.

Правни посао или друга правна радња предузети у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење на начин и у време који су у складу са садржином његовог права (у даљем тексту: уобичајено намирење), могу се побијати ако је у време када су предузети стечајни дужник био неспособан за плаћање, а поверилац је знао или морао знати за његову неспособност плаћања. Правни посао или правна радња којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето, могу се побијати ако су предузети у последњих дванаест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Обезбеђење које је стечајни дужник дао за зајам, односно друге правне радње које у економском погледу одговарају одобравању зајмова, лицу повезаном са стечајним дужником, у смислу овог закона, осим лица које се у оквиру своје редовне делатности бави давањем кредита или зајмова, у тренутку када је било трајније неспособно за плаћање у смислу овог закона или у року од годину дана пре дана отварања стечајног поступања над друштвом, не производи правно дејство у поступку стечаја над друштвом. Правни посао и правна радња стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду могу се побијати ако су закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. А према ставовима заузетим на саветовању на Златибору у септембру 2015. године јемство и залога стечајног дужника су дефинитивно добродина располагања која се

могу побијати у року од 5 година, јер право регреса које залогодавац и јемац имају се по мишљењу ПАС не сматра накнадом и не чини овај посао теретним.³ Са друге стране, на тему правне природе уговора о јемству Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 1345/2014 од 1.10.2015. године⁴ констатује да се Уговор о јемству не може сматрати уговором без накнаде, јер на страни лица које приступа обавези као јемац постоји мотив и разлог за прихватање обавезе главног дужника, али и право да по испуњењу преузете обавезе од главног дужника захтева накнаду онога што је исплатио за његов рачун, те да имајући у виду правну природу уговора о јемству основ, односно кауза за закључење таквог уговора између јемца и повериоца не мора бити видљив, јер се тај однос између јемца и повериоца не тиче повериоца и не утиче на правно ваљано закључног уговора о јемству, јер се у међусобном односу јемца и повериоца дужник сматра трећим лицем. Поред тога, у случају усвајања плана реорганизације или УППР-а, ЗОС предвиђа да се права заложних поверилаца који нису разлучни повериоци не могу мењати или умањити планом реорганизације без њихове изричите сагласности, али предвиђа одрицање од заложног права као једну од мера за реализацију плана реорганизације, тако да се права разлучних поверилаца могу мењати и без њихове изричите сагласности. Такође, још један изазов може бити и оспоравање разлучног права повериоца од стране стечајног управника - што за последицу има обавезу повериоца да покрене парницу ради признања разлучног потраживања, у року од 15 дана од дана пријема закључка о оспоравању потраживање, а пропуштање да то уради има за резултат губитак разлучног права.

3 Привредни апелациони суд, 23. саветовање судија привредних судова РС, Радни материјал, Златибор 2015. године, Питања и одговори – стечајни поступак, питање број 42.

4 Параграфова збирка судске праксе Привредног апелационог суда, број 5/2015.

Aleksandar RADUJKO

MORTGAGE AND PROBLEMS OF ITS APPLYING

Summary

Mortgage Law has an undeniable place in the legal system, as it achieved its primary objective – simplification, cheaper and quicker registration of mortgages. Application of its solutions in practice has completely excluded the application of the Law on Enforcement and now Law on Enforcement and Security, except in exceptional cases of tenants who are not ready to agree to a loss of possession of immovable property. The obligation to obtain their consent has been abolished by the new amendments to the Mortgage Law and it can be expected that the number of exemptions will be even more reduced. It has been enabled that instead of through the court scheduling of the hearing, at which owner, debtor and the creditor have to access and to make payment of fees that are reaching significant amounts, mortgage can be inscribed by owners going to the counter of the court and upon verification of signature on mortgage statements for the price of about 500 dinars earlier, now by going the public notaries for a higher price, which still means less cost and time than before the adoption of Mortgage Law.

On the other hand, the realization of a mortgage pursuant to the provisions of the Mortgage Law in the past represented the exception rather than the rule, either because of absence of assistance of law enforcement authorities in its implementation or because of acts of the debtor in the form of subsequent mortgage inscription or appeal against the decision on the registration of Mortgage Sales.

Keywords: *mortgage concept, mortgage registration, cancellation of the mortgage, mortgage law, judicial mortgage, extrajudicial mortgage, pledge statement.*