

Др Ненад ТЕШИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

КАКО РАСПЛАКАТИ ЕСХИЛА? - О ПРАВНОТРАГИЧНОЈ РЕСТРИКТИВНОСТИ У ТУМАЧЕЊУ ПОЈМА „ПРЕЛАЗ ПОТТРАЖИВАЊА“ -*

*Tantum praecedentia habent de
lege quantum habent de iustitia.*¹

Резиме

Током 2015. године у Републици Србији усвојен је нови Закон о извршењу и обезбеђењу који је почео да се примењује од 01.06.2016. године. Без било каквог устезања се може рећи да је доношење овог Закона још једном „усмерило рефлекторе“ на неколико кључних недостатака нашег савременог законодаписања:

1) Пренормираност (хиперинфлација норми). О овој злоћудној појави у нашој нормативној пракси довољно говори околност да је Закон о извршном поступку (2004)² имао само 306 чланова, Закон о извршењу и обезбеђењу (2011)³ нешто више: 363 члана, а нови закон Закон о извршењу и обезбеђењу (2015) укупно 551 члан.⁴ Околност да је Нови закон за 200

* Овај научни чланак је резултат истраживачког рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду: „Идентитетски преображај Србије“ за 2017. годину.

1 Прецеденти (ранија пракса, одлуке донесене раније у сличним случајевима) вреде онолико по закону колико су у складу са правичношћу. Ante Romac, *Latinske pravne izreke*, Zagreb 1982, 556.

2 Закон о извршном поступку – ЗИП, *Сл. гласник РС*, бр. 125/2004.

3 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО (2011), *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 - одлука УС, 55/2014 и 139/2014.

4 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО (2015), *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015 и 106/2016 - аутентично тумачење. Ова тенденција је у српском праву уочљива и у другим његовим грамама. Примера ради, Закон о привредним друштвима (2004), *Сл. гласник РС*, бр. 125/04, је имао 457 чланова, док је нови Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Сл. гласник РС*, бр.

чланова дужи од свог претходника указује на „апсолутно неподобан покушај“ законодавца да казуистички уреди све појединачне ситуације наивно заборављајући да тако нешто до сада, нити једном законодавцу није пошло за руком. Реалност је много инвентивнија од било ког законописца. Отуда овај свестан своје несавршености мора исту признати, креирајући унапред, одговарајуће инструменте, као што су: правна начела (принципи) и правни стандарди који су подобни за разрешење свих потенцијално спорних ситуација. Као што је за привреду једне државе прихватљива само умерена инфлација у погледу пораста нивоа цена и смањења куповне моћи новца, тако је и за њен правни систем неконтролисано гомилање закона и других прописа нека врста „порочне зависности која рађа потребу за новом и све већом дозом“. Хиперинфлација норми разара саму суштину правног поретка. Лаички речено, „од шуме се не види дрвеће“.

2) Недоследност (непостојаност). Измена неког закона још увек не значи промену на боље. Свака законодавна новина донекле утиче на правну сигурност, нарочито ако се ради о потпуном одступању од традиције као што је то чест случај у српском праву. Извлачење или померање „једне цигле“ из сложене творевине правног поретка може да доведе до урушавања целог система или његовог значајног дела. Ако свака нова влада има потребу да се похвали сетом системских – материјалноправних и процесних закона, онда правни систем који на овим законима почива не може да се подичи нарочитом правном сигурношћу. Ово нарочито ако се има на уму да правни систем једне државе не чине само закони, већ и пракса судова и управних органа која не може да се устали ако се закони бесомучно мењају у све краћим временским интервалима. По правилу у периоду од две до три године надлежни органи на основу „тазе прописа“ донесу неколико одлука које буду испитане на вишим инстанцама и потом објављене, тако да учесници у правном промету назире како правосуђе „дише“ у погледу одређене норме. Међутим, већ у следећем тренутку се на неком форуму, често и под утицајем „добро плаћених надриконсултаната“, закључује да ово до сада уопште није ваљало, усваја се нови закон и све почиње „Јово наново“.⁵ „Страни инвеститори“ који затраже

36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015, захваљујући бројим изменама стигао до броја од 600 чланова.

5 У овом контексту се без оклевања као на ретку „ендемску врсту“ у нашем правном систему, може указати на Закон о облигационим односима који се у континуитету примењује, без значајнијих измена, у периоду дужем од 30 година. Ово довољно говори о унутрашњој снази

тумачење одређене норме у српском праву најчешће остају затечени њима неразумљивом интерпретацијом уобичајеном за примену права код нас, „тако је било по старом закону, по новом закону је нешто другачије, али не мора да значи да ће судови тако и судити”. Оно што се у тој врсти „законодавног авантуризма” нарочито заборавља јесте околност да је један закон далеко лакше усвојити него применити,⁶ те да одличну оцену заслужује само закон који је добро написан и још боље примењен.⁷ Све напред наведено чини немогућим објављивање поузданих коментара таквих закона од стране доказаних „правних ауторитета” који би са своје стране одговарајућим смерницама свакако допринели уједначеној примени права.

Управо ови недостаци који се збирно могу описати и као општа правна несигурност, посматрани кроз конкретну правну ситуацију судског тумачења норме из члана 48 ЗИО (2015), доспели су у овом раду, у средиште пажње нашег истраживања.

Кључне речи: промена имаоца тражбине, пренос и прелаз потраживања, форма уговора о цесији, збир тражбина, уступање тражбине обезбеђене извршном хипотеком.

І „Коперникански обрт“ или необележена „опасна кривина“

По правилу поступак извршења бива инициран од лица у чију корист гласи одговарајућа извршна исправа. Ипак, у неким случајевима, правно дозвољена сукцесија доводи до неусклађености између субјекта који је као поверилац назначен у извршној исправи и лица које је као поверилац наведено у предлогу за извршење. Што је временски период између извршности неке исправе и иницирања принудног намирења дужи

нормативних решења из овог закона, али и о изузетној вештини законописања која је прославила професора Михаила Константиновића као његовог истинског творца.

- 6 Нови ЗИО је показао и друге типичне недостатке нашег савременог законописања као што је *неусклађеност (противречност)*. У многим својим деловима Закон је неусклађен са другим граничним прописима, на пример са Законом о хипотеци и Законом о државном премеру и катастру. Опет као „општа бољка“, и код овог Закона приметна је *недореченост* у погледу прелазних и завршних одредби које су од нарочитог значаја за однос старог и новог закона (тзв. интертемпорални сукоб закона).
- 7 Према проф. Водинелићу, примена права, доношење судске одлуке је увек стваралачке природе у двоструком погледу. С једне стране, суд у примени на основу опште норме ствара појединачну норму. С друге стране, норма која се примењује, не непримењује се ни аутоматски ни механички, већ стваралачки тумачењем, одн. конкретизовањем. Владимир Водинелић, *Грађанско право*, Београд 2012, 160.

то су могућности за наступање таквог несклада веће. У последњих неколико месеци, како се то популарно каже „постале су виралне“ неке одлуке Привредног апелационог суда у Београду у којима се расправља управо о одступању од начела формалног легалитета, односно о праву лица које није назначено у извршној исправи као поверилац да се на основу овереног уговора о цесији у извршном поступку појави као извршни поверилац. ПАС, како се акронимски уобичајно назива у правничким круговима овај суд, износи становиште које представља оштар заокрет по овом правном питању и засновано је негацији истоветности појмова „пренос и прелаз потраживања.“⁸

У конкретном случају извршни поверилац је била компанија из Вршца, основ извршење је представљао уговор о хипотеци оверен код Првог основног суда у Београду. Хипотекарни поверилац по тој извршној исправи је компанија основана и постојећа на Британским девичанских острвима, дужник је компанија инкорпорисана на Кипру, док је хипотекарни дужник предузеће из Београда. Уговором о уступању потраживања компанија са Девичанских острва је пренела потраживање на компанију из Вршца с тим да је заједно са потраживањем на пријемника прешла и хипотека. Поступајући по предлогу за извршење уз који је достављен Уговору о хипотеци, Уговор о уступању потраживања и Извод из листа непокретности на којима се предлаже извршење, првостепени суд је донео решење о извршењу. Пазећи по службеној дужности на правилну примену материјалног права, у овом случају материјалног права из чл. 48 Закона о извршењу и обезбеђењу, Привредни апелациони суд је нашао да је жалба извршног дужника основана. „Овај суд налази да актуелни Закон о извршењу и обезбеђењу, сада дозвољава могућност да се извршни поступак води, а тиме и одреди извршење и на предлог и у корист лица које као извршни поверилац није означено у извршној исправи, само у случају прелазу потраживања. Дакле не и у случају преноса потраживања... Могућност преноса потраживања када је у питању извршна, а сада по први пут и веродостоја исправа, актуелни Закон о извршењу и обезбеђењу у чл. 48 не познаје и не прописује. У том смислу, једино одступање од начела формалног легалитета јесте у ситуацији када је реч о прелазу потраживања...“ „Стога имајући у виду да је реч о одступању од начела формалног легалитета, те имајући у виду ранија решења из претходних закона који су регулисали поступак извршења..., према налажењу Привредног апелационог суда нема места ширем тумачењу чл. 48 Закона

8 Решење Привредног апелационог суда 3 Иж 713/16 од 05.01.2017. године (из архиве Суда).

о извршењу и обезбеђењу, тј. да се под прелазом потраживања сматра и пренос потраживања. *Наиме до прелаза потраживања долази на основу чињеница утврђених законом, док је код преноса потраживања другачије, јер пренос подразумева да једно лице путем правног посла пренесе другом лицу потраживање*, а што се десило у овом случају уговором о уступању потраживања. „Имајући горе наведено у виду“ како привредно друштво из Вршца није лице које је као извршни поверилац назначено у извршној исправи, а није реч о прелазу потраживања него је потраживање пренесено, то се ово лице не може основано легитимисати као извршни поверилац на основу Уговора који за предмет има пренос потраживања јер Закон о извршењу и обезбеђењу не прописује такву могућност.“⁹

Све ово је отворило неколико сложених дилема:

- да ли је наше право извршења до сада правило било какву разлику између преноса и прелаза потраживања или је пренос потраживања престављао један од начина прелаза потраживања?

- да ли је код законодавца постојала било каква намера да се у сфери овог изузетка од начела формалног легалитета било шта промени, а ако је и постојала таква намера да ли је она била усмерена на ширење или сужавање овог изузетка?

- да ли наше облигационо право прави било какву разлику између преноса и прелаза потраживања, односно да ли се негде у правничкој литератури може пронаћи каква дефиниција по којој до прелаза потраживања долази искључиво на основу чињеница утврђених законом, док до преноса потраживања долази правним послом?

9 Уз мала одступања у образложењу у сличним правним ситуацијама када је са извршним повериоцем закључен уговор о уступању потраживања, ПАС је одлучивао идентично. „Дакле имајући у виду да је реч о одступању од начела формалног легалитета, а имајући у виду и ранија решења из претходних закона, који су у својим одредбама садржали и пренос и прелаз потраживања по оцени другостепеног суда, одредба члана 48 ЗИО мора се тумачити онако како гласи, те до промене извршног повериоца означеног у извршној исправи и оног означеног у предлогу може доћи искључиво прелазом, а не и преносом потраживања.“ Решење Привредног апелационог суда 5 Иж 337/16 од 10.11.2016. године, (из архиве Суда). „Како је у питању остваривање новчаног потраживања на основу извршне исправе из чл. 41, став 1, тачка 4 Закона о извршењу и обезбеђењу (залошне изјаве) у којој извршни поверилац није означен, извршни поверилац је био у обавези да докаже да је потраживање из извршне исправе прешло на њега“. Међутим, по становишту Суда „уговор о уступању потраживања ... нема снагу исправе у смислу члана 48 Закона о извршењу и обезбеђењу“. Решење Привредног апелационог суда 6 Иж 268/17 од 02.03.2017. године, (из архиве Суда).

- да ли би корекција у наслову уговора о цесији тако да се овај једноставно назове уговор о прелазу потраживања, те да се израз прелаз потраживања надаље доследно и без изузетка користи у самом тексту уговора нешто променила, или би се можда убрзо у „правном простору“ сучинили са констатацијом да је такав уговор ништав, пошто се прелаз потраживања уопште и не може стипулисати уговором.

II Законодавни оквир у погледу промене имаоца тражбине

Преиспитивање понуђеног тумачења нормe¹⁰ из члана 48 актуелног Закона о извршењу и обезбеђењу као што смо већ истакли неминовно отвара питање: да ли се у нашем правом поретку из угла права извршења, облигационог и привредног права до сада правила каква разлика између израза „пренос и прелаз потраживања“, односно да ли су ова два појма алтернативна или имају исто значење?

1. Промена имаоца тражбине у праву извршења

Чини се да је за правилно разумевање норми новог закона у једном правном систему потребно осврнути се уназад па погледати, да ли је неки правни институт из новог закона у том правном систему и раније био регулисан и како. Да ли ће се нека од раније позната норма примењивати на исти начин и након доношења новог закона зависи од неколико околности. Пре свега од чињенице да ли је нова норма по свему текстуално идентична са претходном нормом, да ли је онако како је раније гласила нека норма изазивала недоумице у примени, односно, да ли су неке друге норме из новог закона другачије интониране тако да то условљава различиту примену ове од раније познате норме.

а) Према Закону о извршном поступку (2004)

Закон о извршном поступку (2004) у наслову предметног члана користи израз „пренос потраживања“. „Извршење се одређује и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни поверилац, ако оно јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин пре-

10 Тумачење права или правна херменаутика је мисоани процес којим се утврђује значење, тј. смисао правне норме. Нити једна норма није довршена творевина, па је свака интерпретација стваралачка делатност и достварање права. Опширније вид.: Nikola Visković, „Тумачење у праву“, *Pravni život* 7-8/1988, 999-1016.

шло, а ако то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правоснажном односно коначном одлуком донесеном у парничном, односно управном и прекршајном поступку.¹¹

У некој врсти коментара уз Нацрт Закона о извршном поступку из 2004 године, аутори наглашавају да је терет доказивања таквог „прелаз за потраживања“ на повериоцу. „Ако се као поверилац или дужник у извршном поступку појаве лица која нису означена у извршној исправи, они стичу процесно својство странака у поступку, али ће се извршење дозволити и спровести само ако поверилац на законом прописани начин докаже да је потраживање прешло на њега“.¹² Другим речима, суд ће одбити да донесе решење о извршењу ако се као поверилац не појављује стварно легитимисано лица. Писци Нацрта додатно истичу да се „редовно као странке у извршном поступку појављују иста лица која имају својство повериоца и дужника према извршној исправи, па се извршна исправа редовно појављује као акт о легитимацији странака. Али, то не мора увек бити тако, могуће је да од времена настанка извршне исправе до покретања извршног поступка наступе извесне промене које утичу на стварну легитимацију странака. На пример, могуће је да лице означено као поверилац или дужник у извршној исправи умре пре покретања извршног поступка; поверилац може своје потраживање цедирати трећем лицу; обавезу дужника може на себе преузети треће лице; правно лице се може поделити или припојити другом правном лицу, итд. Тада се отвара питање начина на који ће извршни суд утврдити стварну легитимацију лица која се појављују као извршни поверилац или извршни дужник. Извршење ће се одредити на предлог лица које у извршној исправи није назначено као поверилац, ако то лице докаже јавном исправом (или по закону овереном исправом) да је потраживање пренесено или на други начин прешло на њега. Као јавна исправа у овим случајевима може се употребити, на пример, оставинско решење, оверени уговор о цесији, извод из земљишне књиге, зато што у случају извршења на непокретности, укњижено заложно право повериоца овлашћује на намирење из непокретности и кад се њен власник промени, итд. У случају да поверилац не може да прибави јавну (или по закону оверену) исправу, мора покренути

11 ЗИП, чл. 37, ст. 1.

12 Борис Беговић, Јелисавета Василић, Владимир Водинелић, Лепосава Карамарковић, Гашо Кнежевић, Бошко Мијатовић, Гордана Михајловић, Владимир Павић, Весна Ракић-Водинелић, Драгор Хибер, *Нови закон о извршном поступку. Уз нацрт Закона о извршном поступку*, Београд, 2004, 16.

парницу и тражити утврђење да је потраживање прешло на њега. Тада се легитимација доказује правноснажном парничном пресудом ... Стварна легитимација странака не може се доказивати ниједним другим доказним средством осим оних изричито одређених у ЗИП¹³.

На сличан начин резонују и други аутори. Тако у свом коментару Закона о извршном поступку, Шаркић и Николић пренос потраживања схватају далеко шире од промене повериоца на основу уговора. Пренос потраживања доказује се не само уговором о цесији, већ и правноснажном одлуком донетом у оставинском поступку... изводом из регистра суда, односно органа који води регистар предузећа..., као и изводом из земљишних књига¹⁴.

б) Према Закону о извршењу и обезбеђењу (2011)

Закон о извршењу и обезбеђењу (2011) чини се без преке потребе усложњава наслов предметног члана користећи синтагму „пренос и прелаз потраживања“. Тако односна норма гласи: „Извршење се одређује и спроводи и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни поверилац, ако оно јавном или у складу са законом овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренето или да је на њега на други начин прешло пре или у току поступка, а ако то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правноснажном, односно коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку“¹⁵.

У случају преноса или прелаза потраживања са извршног повериоца на треће лице након доношења решења о извршењу, стицалац ступа на место извршног повериоца.¹⁶

На предлог стицаоца који јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или прешло, суд односно извршитељ закључком утврђује да је стицалац ступио на место ранијег извршног повериоца.¹⁷

13 Одлука ВСХ Рев 307/83 од 21. 06. 1983. ППП1984/12; Б. Беговић и други, 17.

14 Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Београд, 74.

15 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 1

16 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 3.

17 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 4.

Стицалац прима поступак у стању у каквом се налази и према противној страни има иста права која је његов претходник имао.¹⁸

У Коментару уз чл. 23 ЗИО (2011) између осталог стоји: „Ако извршни поверилац није доказао да је на њега прешло потраживање на законом прописани начин (на пример: уговором о цесији), суд ће поднети предлог одбацити као непотпун.“¹⁹ Другим речима, аутор Коментара тврди да управо уговор о цесији основ прелаза потраживања.

в) Према Закону о извршењу и обезбеђењу (2015)

Закон о извршењу и обезбеђењу (2015) у наслову предметног члана из непознатих разлога задржава само фразу „прелаз потраживања“. Тако да односна норма сада гласи:

„Извршни поступак води се и на предлог и у корист лица које као извршни поверилац није означено у извршној или веродостојној исправи, ако јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешло на њега, а ако такав доказ није могућ – ако прелаз потраживања докаже правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.“²⁰

„Кад после доношења решења о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе потраживање пређе са извршног повериоца на друго лице, на предлог стицаоца закључком се утврђује да је он ступио на место извршног повериоца, ако прелаз докаже јавном или по закону овереном исправом“.²¹

Стицалац ступа у извршни поступак у стању у коме се налази у часу ступања.²²

18 ЗИО (2011), чл. 23, ст. 6.

19 Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012, 95.

20 ЗИО (2015), чл. 48, ст. 1.

21 ЗИО (2015), чл. 48, ст. 2.

22 „Одредбу члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу треба разумети тако да суд који решава о предлогу за извршење дужан је да утврди истоветност дужника наведеног у извршној исправи и извршног дужника наведеног у предлогу за извршење. Ако те истоветности нема, дужан је да затражи да извршни поверилац достави јавну или по закону оверену исправу којом доказује да је обавеза прешла с дужника који је наведен у извршној исправи на треће лице које је наведено у предлогу за извршење. Ако таквом исправом не располаже дужан је да прелаз обавезе докаже правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку. Наведена правила важе и када је прелаз обавезе предви-

Сматрамо да то што је законописац у „налетима креативности“ наслов предметног члана мењао од онога у коме се појављује само израз „пренос потраживања“, преко наслова у коме се један уз другог стоје „пренос и прелаз потраживања“ до наслова у коме се појављује само фраза „прелаз потраживања“ чини се суштински није много мењало.²³ Обичним речником речено радило се „козметичким корекцијама“. Мање разлике у језичкој формулацији текста постоје, као последица различитих редакторских склоности у избору речи и израза, али је њихова природа таква да не указује на измењен приступ законодавца овом правном питању.²⁴

г) У упоредном праву извршења

За тумачење права у Републици Србији понекад је од значаја и упоредноправна анализа оних правних система у региону Југоисточне Европе у којима право има исте корене, а правни термини који се користе у законима и правној пракси углавном исто значење.

У праву Републике Српске предметни члан носи наслов „прелаз потраживања или обавезе“, док текст односне норме гласи: „Извршење се одређује и на приједлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као тражилац извршења ако оно јавном или овјереном приватном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин прешло. Ако се пренос не може доказати на тај на-

ђен законом или другим прописом.“ Аутентично тумачење одредбе члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/15, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2016.

- 23 Ако се израз „пренос потраживања“ сагледа у контексту осталих норми ЗИО нема места закључку да до преноса потраживања долази искључиво добровољно на основу правног посла. Тако се на пример извршење на новчаном потраживању извршног дужника (принудно спроводи пленидбом и *преносом* потраживања ради намирања извршног повериоца (ЗИО, чл. 259). О *преносу* потраживања на извршног повериоца доноси се закључак. (ЗИО, чл. 274, ст. 1). „*Преносом* уместо испуњења потраживање *прелази* на извршног повериоца до износа који је *пренесен*, с дејством уступања потраживања уз накнаду“ (ЗИО, чл. 286, ст. 1).
- 24 Са одређеним жаљењем се може констатовати да таква „терминолошка инвентивност“ која се на томе, по правилу, и не досеже даље од тога, није ништа необично за наше законописце. Примера ради, код нас су практично исти правни институт – увођења бесправно изграђених објеката у легалне токове регулисали: Закон о посебним условима за издавање грађевинске дозволе, односно употребне дозволе за одређене објекте, *Сл. гласник РС*, бр. 16/97, Закон о планирању и изградњи из 2003, 2006, 2009. и 2011, Закон о посебним условима за упис права својине на објектима изграђеним без грађевинске дозволе, *Сл. гласник РС*, бр. 25/2013 од 15. марта 2013. године, Закон о легализацији објеката, *Сл. гласник РС*, бр. 95/2013 и 117/2014, Закон о озаконјењу објеката, *Сл. гласник РС*, бр. 96/2015.

чин, странке своја права везана за пренос потраживања могу доказивати само у парничном поступку“.²⁵

У праву Црне Горе предметни члан Закона о извршном поступку (2004) је носио наслов „Прелаз потраживања или обавезе“ тако да је односна норма гласила: „Извршење се одређује и на предлог лица које у извршној исправи није означено као повјерилац, ако оно јавном или по закону овјереном исправом докаже да је потраживање на њега пренешено или је на други начин прешло, а за случај да то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правоснажном одлуком донешеном у парничном поступку“.²⁶

У новом Закону о извршењу и обезбеђењу (2011) црногорски законодавац мења наслов предметног румбрума у „пренос потраживања или обавезе“ са једва приметним разликама у формулацији норме. „Извршење се одређује и спроводи и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни повјерилац ако то лице јавном или, у складу са законом, овјереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин прешло, а ако није у могућности да докаже на тај начин, пренос или прелаз потраживања доказује се правоснажном извршном исправом.“²⁷

У хрватском праву одговарајући члан носи наслов „пријенос тражбине или обавезе“, док односна норма гласи: „Оврха се одређује на приједлог и у корист особе која у овршној исправи није назначена као вјеровник ако она јавном или овјеровљеном приватном исправом докаже да је тражбина на њу пренесена или да је на њу на други начин прешла. Ако се пријенос не може доказати на тај начин, пријенос тражбине доказује се правомоћном одлуком донесеном у парничном поступку“.²⁸

Из такве упоредноправне анализе законских текстова који користе исте правнотехничке изразе „прелаз и пренос потраживања“ може се извући јасан закључак да су ова два термина једнозначна, да се појављују наизменично на истом месту у тексту норме, те да један израз долази на

25 Закон о извршном поступку, *Сл. гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 и 67/13, 98/14, чл. 30, ст. 1.

26 Закон о извршном поступку Црне Горе, *Сл. лист Републике Црне Горе*, бр. 23/2004 од 5.4.2004. године, чл. 23.

27 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени лист Црне Горе*, бр. 36/2011 од 27.7.2011. године, чл. 28.

28 Ovršni zakon, *Narodne novine*, бр. 112/12 25/13, 93/14, 55/16, чл. 32.

место другог без промене суштине нормe.²⁹ Другим речима, језички метод тумачења анализираних норми не указује на било какву разлику између „преноса и прелаза потраживања“, а ако се она и прави онда се ова два појма не искључују, већ је прелаз потраживања схвата као шири појам који укључује и пренос потраживања као један од начина промене имаоца тражбине (деривативног стицања потраживања).

2. Промена имаоца тражбине у облигационом праву

а) Према Закону о облигационим односима

Системско тумачење нормe из чл. 48 ЗИО налаже њено сагледавање у оквиру правног система као целине, како би се отклонила њена противречност у односу са другим законима. У Закону о облигационим односима, као матичном закону за персоналну суброгацију, изрази пренос и прелаз потраживања наизменично се појављују у уговорном контексту уступања.

„Поверилац може уговором закљученим са трећим пренети на овога своје потраживање, изузев оног чији је пренос забрањен законом или које је везано за личност повериоца, или које се по својој природи противи преносу на другога.“³⁰ „Са потраживањем прелазе на пријемника споредна права, као што су право првенствене наплате, хипотека, залога, права из уговора са јемцем, права на камату, уговорну казну и сл.“³¹

б) У теорији облигационог права

У трагању за одговором на питање постоји ли у облигационом праву каква разлика између преноса и прелаза тражбине ваља се присетити речи једног од наших највећих цивилиста Лазара Марковића. „Пренос тражбине може бити на основу правног посла или уговора закљученог између досадашњег повериоца и новог повериоца. То је најчешћи и најубичајнији основ преноса тражбине, и на тај основ се најчешће и мисли када се говори о цесији. Међутим, једна тражбина *прелази* у извесним случајевима на новог повериоца на основу законског прописа, без

29 У прилог такве тврдње говори и околност да је у законима и правној књижевности на светским језицима тешко пронаћи било какву термилошку и суштину разлику између преноса и прелаза потраживања: (енгл. *transfer of claim, assignment, cession*, нем. *die Abtretung, die Zession*, франц. *cession de créance*).

30 ЗОО, чл. 436, ст. 1.

31 ЗОО, чл. 437, ст. 1.

икаквог споразума странака. То су случајеви законског *преноса*. То бива најчешће код наслеђа, али постоје и други случајеви прелаза са досадашњег повериоца на друго лице по самом закону...³² „Законски и судски преноси могу се сматрати као изузетни случајеви. Најчешће бива пренос тражбине по уговору или споразуму странака.“³³

Приступ овом правном питању није се мењао ни у новијој правној теорији. Према проф. Радишићу, правно дејство цесије састоји се у томе што потраживање *прелази* са цедента на цесионара. Цедент престаје бити поверилац, а на његово место долази цесионар као нови поверилац. На цесионара *прелази* не само главно, него и споредна потраживања.

Из свега напред наведеног чини се да Закон о облигационим односима и српска правна књижевност из области облигационог права користи изразе пренос и прелаз потраживања једнозначно без обзира да ли је промена субјекта на активној страни у облигационом односу заснована на уговору или закону.

3. Промена имаоца тражбине у привредном праву

а) Према Закону о привредним друштвима

Правне последице статусне промене наступају даном регистрације статусне промене у складу са законом о регистрацији. Као једна од последица статусних промена наводи се и то да имовина и обавезе друштва преносиоца прелази на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе.³⁴

б) У теорији привредног права

Код правних лица, разлози за наступање универзалне сукцесије могу бити различити и пре свега зависе од врсте самог правног лица и циљева његовог оснивања. Иако се о универзалној сукцесији може говорити и у контексту правних лица као што су задужбине, фондови³⁵ и

32 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 335.

33 Л. Марковић, 336.

34 ЗПД, чл. 505, ст. 1, тач. 1.

35 О статусним променама код задужбина и фондација вид.: Закона о задужбинама и фондацијама, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2010 и 99/2011 - др. закон, чл. 54. О расподели преостале имовине задужбина и фондација вид.: Закона о задужбинама и фондацијама чл. 55.

удружења,³⁶ за правни промет су далеко значајнији случајеви универзалне сукцесије код привредних друштава. Ова сукцесија наступа као последица статусних промена³⁷ (припајања, спајања, поделе и издвајања)³⁸ привредних друштава услед чега имовина и обавезе друштва преносиоца прелазе на друштво стицаоца, у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе. С обзиром да правне последице статусних промена наступају даном регистрације и пренос права се доказује одговарајућим изводом из регистра привредних друштава,³⁹ а по потреби и одговарајућим уговором о статусној промени, односно планом поделе ако само једно друштво учествује у статусној промени.

„Уговор о статусној промени између осталог садржи и означавање вредности имовине и висине обавезе које се статусном променом преносе на друштво стицаоца и њихов опис, као и начин на који се тај пренос врши друштву стицаоцу.“⁴⁰

Из напред наведеног је више него јасно да се и у привредном праву изрази пренос и прелаз потраживања употребљавају са истим значењем. И код статусне промене основ промене повериоца је уговор у коме се описује и назначавача вредност потраживања које се преноси друштву стицаоцу.

III Досадашње судско разумевање „преноса и прелаза потраживања“ у контексту извршења

Судска пракса у српском праву се до сада у више наврата изјашњавала о томе када је услед промене имаоца тражбине одступање од начела формалног легалитета допуштено, а када није.

Углавном су се судови држали правила да Закон о извршном поступку који прокламује начело формалног легалитета, „овлашћује суд да одреди извршење само у ситуацији када постоји идентитет означених

36 О припајању, спајању и подели удружења вид.: Закона о удружењима, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 99/2011 - др. закони, чл. 45-48. О примаоцу имовине у случају престанка рада удружења вид.: Закона о удружењима, чл. 42-43.

37 „Статусном променом се једно друштво (друштво преносилац) реорганизује тако што на друго друштво (друштво стицалац) преноси имовину и обавезе, док његови чланови у том друштву стичу уделе односно акције.“ Мирко Васиљевић, *Компанијско право, Право привредних друштава*, Београд 2013, 519.

38 ЗПД, чл. 485.

39 Н. Шаркић, М. Николић, 75.

40 М. Васиљевић, 523.

странака у предлогу за извршење и у извршној исправи⁴¹. Ипак, Суд је дозвољавао сукцесију у оним случајевима када је поверилац приложио доказ о правном следбеништву. Примера ради код:

а) уговора о купопродаји стечајног дужника – „Извршни поверилац који уз извршну исправу достави адекватне доказе да је потраживање из извршне исправе прешло на њега, као што је Уговор о купопродаји стечајног дужника и решење Агенције за упис у судски регистар о уписаним статусним променама, доказује да је дошло до статусних промена код тужиоца из извршне исправе и да је на основу законске цесије на њега прешло потраживање из приложене извршне исправе, те се стога, сходно члану 37. Закона о извршном поступку, процесно легитимише за подношење предлога за одређивање извршења, иако у приложеној извршној исправи није означен као поверилац.“⁴²

б) уговора о спајању уз припајање – у пракси привредних судова није спорно да је одступање од начела формалног легалитета допуштено код промене повериоца услед статусних промена као што је спајања уз припајање. Тако се у једној одлуци наводи: „Након тога, правно лице настало спајањем уз припајање је поднело предлог за промену извршног повериоца, односно прелаз потраживања јер је код извршног повериоца извршена статусна промена спајања уз припајање по решењу АПР-а, на основу закљученог уговора о спајању уз припајање при чему је извршни поверилац престао да постоји и брисан из регистра“.⁴³

в) плаћања туђег дуга од стране јемца – до законске цесије долази и у случају плаћања туђег дуга. „На јемца који је намирио повериочево потраживање прелази то потраживање са свим споредним правима и гаранцијама његовог испуњења. Јемац који је исплатио повериоцу његово потраживање може захтевати од дужника да му накнади све што је исплатио за његов рачун као и камату на дан исплате.“⁴⁴

С друге стране, судови нису дозвољавали одступање од идентитета означених странака у предлогу за извршење и у извршној исправи код:

41 Решење Вишег трговинског суда, Иж. 1068/2007 од 14.5.2007. године, *Paragraf Lex*.

42 Решење Привредног апелационог суда, Иж. 3033/2010 од 19.9.2010. године, *Paragraf Lex*.

43 Ипак, суд није дозвољавао прелаз потраживања између наведених правних субјеката, ако је предлог за промену повериоца поднет након што је решење о извршењу постало правноснажно и извршно. Решење Привредног апелационог суда, Иж. 344/2011 од 1.4.2011. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 1/2011, *Paragraf Lex*.

44 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6321/2008(2) од 11.11.2008. године, *Paragraf Lex*.

а) уступања тражбине из веродостојних исправа – тако у једној одлуци суд истиче да се чл. 37 Закона о извршном поступку, који регулише могућност одређивања извршења у случају промене повериоца или дужника, односи само на извршење по извршној, а не и по веродостојној исправи.⁴⁵ Суд је сматрао да у оним ситуацијама „када се извршење спроводи на основу веродостојне исправе, не постоје законски услови да се дозволи промена повериоца без доношења новог решења о извршењу, чиме се поштује принцип формалног легалитета“.⁴⁶ Међутим, тако искључив став је претрпео и одређене корекције. Односни члан Закона о извршењу и обезбеђењу регулише прелаз, односно пренос потраживања и обавеза по основу извршне исправе. Међутим, „решење о извршењу на основу веродостојне исправе које је постало правноснажно у обавезујућем делу, у коме има природу платног налога, стиче извршност, па прелаз и пренос потраживања, односно обавезе после његове извршности може бити основ промене странке у извршном поступку“.⁴⁷

б) уговора о пуномоћству – судови су углавном негирали могућност наплате трошкова поступка у корист пуномоћника. У једној одлуци се тако указује да „овлашћење које је садржано у уговору о пуномоћству да пуномоћник наплати трошкове поступка у име и за рачун властодавца, није довољан законит основ за пренос и прелаз потраживања у извршном поступку са извршног повериоца – властодавца у корист пуномоћника“.⁴⁸

в) добровољне ликвидације – „Како се добровољна ликвидација привредних субјеката, сагласно одредбама Закона о привредним друштвима, не спроводи у судском поступку, то у случају престанка друштва ликвидацијом нема места прелазу потраживања са ликвидираниог друштва на његове осниваче, у смислу члана 48. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, јер у вансудској ликвидацији не постоји одлука која има

45 Решење Привредног апелационог суда, Иж. 818/2010(2) од 4.3.2010. године, *Paragraf Lex*.

46 Решење Привредног апелационог суда, Иж. 344/2011 од 1.4.2011. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 1/2011, *Paragraf Lex*.

47 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015., 4.11.2015. и 26.11.2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2015, *Paragraf Lex*.

48 Решење Вишег трговинског суда, Иж. 2529/2008 од 11.12.2008. године, *Paragraf Lex*.

својство јавне исправе, којом би потраживање ликвидираниог друштва било пренето на његове осниваче“.⁴⁹

Напред наведене одлуке и употребљено називље за промену повериоца ничим не указују на било какву разлику између прелаза и преноса потраживања. У правној теорији,⁵⁰ али ни у релевантној судској пракси се не наводи да је „прелаз потраживања“ искључиво заснован на закону. И код уговора о цесији и уговора о статусној промени промена повериоца је добровољна. И у једном и другом случају сукцесија у праву (правни континуитет) се може доказивати овереном приватном исправом, али и јавном исправом – изводом из катастра непокретности (код цесије потраживања обезбеђеног извршном вансудском хипотеком), односно изводом из регистра привредних друштава (код промене повериоца услед статусне промене).

Системско тумачење неке норме заснива се на идеји да је свака правна норма део једне сложене целине (система), чији су делови међусобно уско повезани. Као интегрални део правнога поретка свака позитивноправна норма заузима одређено место у односу на друга правна правила и са њима је у смисленој вези. Норма коју тумачимо може послужити у одгонетању смисла других норми, као што остале норме помажу у појашњењу смисла тумачене норме.⁵¹ Ако се пажљиво сагледа значење израза „пренос потраживања“ и „прелаз потраживања“ у односу са другим нормама исте целине, на пример у односу са нормама ЗИО, као истог правног извора (ужа целина), и у односу са нормама ЗОО и ЗПД као других правних извора (шира целина), нема места закључку да је с једне стране „пренос потраживања“ увек добровољан, тј. искључиво вољна сукцесија, а да је, с друге стране, „прелаз потраживања“ заснован на закону и одвија се мимо воље уговорника. Прибавилац у оба случаја изводи своје право из права претходника. Ако је неко право преносиво његов стицалац на основу закона и на основу уговора (ако уговорна воља није другачија) стиче онолико права колико је имао његов претходник. Идеја

49 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 7.11.2016. и 8.11.2016. године и на седници Одељења за привредне преступе одржаној дана 10.11.2016. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2016, *Paragraf Lex*.

50 Вид: Ненад Тешић, „Пренос права и обавеза у оквиру начела формалног легалитета“, *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2014, 319-349.

51 Damir Aviani, Dario Đerđa, „Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49, 2/2012, fn. 9, 372.

да сукцесор на основу закона стиче више права од сукцесора на основу уговора једноставно није у складу са природом деривативног стицања које почива на правном континуитету.

IV (Не)постојање законодавне *animus novandi*

Једно од питања које отвара претходно наведено рестриктивно тумачење норме из чл 48 ЗИО гласи: да ли је законодавац имао намеру да се у сфери овог изузетка од начела формалног легалитета било шта промени и надаље ако је таква намера постојала, да ли се правнополитички циљ „нове норме“ огледао у проширењу круга лица која могу покренути извршни поступак иако у исправи подобној за покретање извршног поступка нису назначени као повериоци, или је законодавац, управо супротно, имао жељу да круг ових лица битно ограничи?

Чини се да у откривању одговора на ова питања може добро да послужи историјски метод тумачења права. Проучавање записника о раду законодавне комисије, различитих верзија нацрта Закона, текстова које потписују чланови комисије из тог периода, њихових наступа у медијима и на стручним скуповима може бити од нарочите користи. Овом приликом посебну пажњу смо посветили Образложењу уз нацрт Закона, јавној расправи о нацрту Закона, као и скупштинској расправи о предлогу Закона. Свака појединачно, а поготово у међусобној интеракцији као заокружена целина ове припремне активности у доношењу Закона указују на могуће правце тумачења предметне норме о промени имаоца потраживања у извршном поступку.

1. Образложење уз нацрт Закона

У образложењу уз нацрт ЗИО (2015) нема ни помена о томе да чл. 48 доноси неку новину, а нарочито нема упозорења да је дошло до потпуног заокрета у овој области.⁵² С тим у вези неколико је могућих сценарија: први да је овде свесно оступљено од уобичајне законодавне технике, други да је услед номотехничке грешке законодавац пропустио да укаже на значајну измену досадашњег нормативног решења и трећи који се нама чини најверљивијим да суштинске измене у садржини тумачене нор-

52 Законодавац би вероватно и овом институту да је у питању нормативна новост посветио дужну пажњу, као што је, на пример, жалба у извршном поступку појашњена на неколико страница. Вид.: „Објашњење основних правних института и појединачних решења“, *Нацрт закон о извршењу и обезбеђењу*, 11. септембар 2015, 165 и даље. Извор: Министарство правде РС, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 16.04.2017.

ме нису ни планиране, нити је до њих дошло. Да је законодавац заиста желео да одступи од досадашње концепције, он би то без оградe урадио и подвукао без увијања.

2. Јавна расправа о нацрту Закона

Не можемо се отети утиску да нико од правника који су проучавали ЗИО током јавне расправе није уочио „жељу законодавца“ да у чл. 48 додатно ограничи изузетак од начела формалног легалитета. Напротив, недовосмислено су исказане сасвим супротне тенденције. Тако у предлогу Америчке привредне коморе стоји: „Нацрт дозвољава спровођење извршења на основу извршне исправе на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни поверилац, ако оно јавном или у складу са законом овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренето или да је на њега на други начин прешло пре или у току поступка, те би предложена допуна става 1 члана 44 Нацрта омогућила да се извршни поступак под истим условима води и на предлог и у корист лица које у веродостојној исправи није означено као извршни поверилац, а обзиром да нема разлога да се исто не дозволи и када је у питању веродостојна исправа ... Тренутно решење онемогућава компаније које се баве откупом потраживања, да након откупа потраживања заснованих на фактурама као веродостојним исправама, своја права остварују директно покретањем извршних поступака против дужника, већ су принуђене да се кроз парнични поступак – добијањем правоснажне судске одлуке, најпре легитимишу као нови поверилац, да би тек након тога покретањем извршног поступка на основу добијене одлуке као извршне исправе, остваривале своја права и наплаћивала своја потраживања према дужницима. Овим су компаније које се баве откупом потраживања, натеране да воде два судска поступка у циљу намирења свог потраживања, што значајно увећава трошкове компанијама и продужава време потребно за намирење судским путем.“ На основу напред наведеног Америчка привредна комора предложила је допуну односног члана⁵³ тако да гласи „Извршни поступак води се и на предлог и у корист лица које у извршној исправи или веродостојној исправи није означено као извршни поверилац, ако то лице јавном или у складу са законом овереном исправом докаже да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешло на

53 Предложена измена Става 1, члана 44 Нацрта ЗИО, Америчка привредна комора, https://www.amcham.rs/upload/F%20AmCham_Nacr%20Zakona%20o%20izvr%C5%A1enju%20i%20obezbedenju.pdf, 16.04.2017.

њега, а ако то није могуће – ако пренос или прелаз потраживања докаже правноснажном, односно коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.⁵⁴

Несумњива потреба праксе за ширењем круга лица која нису иницијални имаоци тражбине, али могу покренути и водити извршни поступак је правилно препозната од стране законодавца. Лица која се баве откупом потраживања по фактурама сада су потенцијални извршни повериоци. На овај начин је кроз законодавну интервенцију олакшан посао факторинга у чијој основи лежи уговорна цесија.⁵⁵ Према нашим позитивноправним прописима, факторинг је финансијска услуга купопродаје постојећег недospelог или будућег краткорочног новчаног потраживања, насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.⁵⁶ Продају сваког потраживања одређеног уговором о факторингу уступилац врши уз истовремену предају фактору: уговора (оригинал или копија оверена од стране надлежног органа) и/или фактуре и других докумената којима се доказује основ и врши идентификација потраживања.⁵⁷

3. Скупштинска расправа о предлогу Закона

Ако се посматра скупштинска расправа у вези предлога Закона о извршењу и обезбеђењу може се приметити да народни посланицу нису у чл. 48 уочили неку нарочиту новину у односу на претходна законодавна решења. Није предложен било какав амандман на овај члан, иако су у односу на остатак закона у том послу посланици били прилично ревносни. Примера ради на члан 38 предлога ЗИО који уређује новчану казну за непоштовање суда, јавног извршитеља и других ученика у поступку амандман је заједно поднело неколико народних посланика.⁵⁸ Слично је и са

54 Притом је предложено да се у ставу 3 члана 44 Нацрта ЗИО пропише да на решење којим се утврђује да је стицалац ступио на место извршног повериоца није дозвољена жалба. У случају цесије, дужник нема право да се противи промени повериоца, па није јасно зашто би имао право на жалбу на решење којим се та промена утврђује, нити који би то били разлози за жалбу. Предлог 15, Релевантни члан Нацрта: чл. 44,

https://www.amcham.rs/upload/F%20AmCham_Nact%20Zakona%20o%20izvr%20C5%A1enju%20i%20obezbedenju.pdf, 16.04.2017.

55 Опширније о појму факторингу: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2006, 290.

56 Закон о факторингу, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2013, чл. 2, ст. 1, тач. 1.

57 Закон о факторингу, чл. 23, ст. 1, тач. 1.

58 Амандман су заједно поднели народни посланици Гордана Чомић, Весна Марјановић, Драгољуб Мићуновић, Драган Шутановац, Јован Марковић и Јована Јовановић. Записник са седнице

чланом 41 предлога ЗИО⁵⁹ који уређује врсте извршних исправа, као и чланом 52 предлога ЗИО који уређује врсте веродостојних исправа.⁶⁰ Сматрамо да тако значајна измена досадашње концепције у овој сфери, да се промена субјеката на активној страни у извршном поступку више не дозвољава на основу уговора о уступању, већ само на основу законских чињеница, свакако не би промакла искусним парламентарцима, те да би макар неки од правнички образованих посланика покушао да у томе делу амандманима утиче на предлог Владе.

4. Коментари новог Закона

У сусрет ступању на снагу новог ЗИО (2015) на тржишту правничке литературе појавио се његов Коментар и то из пера искусних аутора у сфери обезбеђења и извршења, од којих се неки овим питањима баве на теоријској равни, док су други изразити практичари. Нико од Коментатора код чл. 5 не указује на неку новину у сфери одступања од начела формалног легалитета, нити код чл. 48 на околност да је напуштена „шира концепција“ по којој се промена субјекта на активној страни у извршном поступку допушта у случају „преноса потраживања“ и „прелаза потраживања“, односно да је усвојена „ужа концепција“ по којој се прави оштра разлика између прелаза и преноса потраживања,⁶¹ те наглашава да се поступак извршења може водити у корист лица које није назначено као поверилац у извршној исправи само у случају „прелаза потраживања“.⁶²

НСРС, Привремене стенографске белешке (нередиговане и неауторизоване), Република Србија, Народна скупштина, Девета седница Другог редовног заседања Народне скупштине Републике Србије (Четврти дан рада) 01 Број 06-2/537-15 17. децембар 2015. године, Београд.

59 Амандман су заједно поднели народни посланици Дубравка Филиповски и Велимир Станојевић, *ibid.*

60 Амандман су заједно поднели народни посланици Дубравка Филиповски и Велимир Станојевић, као и народни посланик Олгица Батић, *ibid.*

61 Уместо свих види: Јасмина Стаменковић, „Поступак извршења на основу веродостојне исправе“, *Приручник за примену Закона о извршењу и обезбеђењу*, Јануар 2016, 40.

62 О концепцијском заокрету нема ни помена на стручним скуповима организованим од стране Привредне коморе Београда, „Поводом доношења Закона о извршењу и обезбеђењу“, „Сл. гласник РС“, бр. 106/15, чија примена почиње 01. јула 2016. године, Привредна комора Београда у сарадњи са Комором извршитеља Републике Србије организовала је прво од низа представљања нових решења Закона о извршењу и обезбеђењу. Нова законска решења представили су водећи стручњаци из ове области и чланови радне групе за израду новог ЗИО и то: Александра Трешњев, председник Коморе извршитеља РС; Јован Кордић, председник Привредног суда у Београду; Зоран Рогић, судија Првог основног суда у Београду и члан рад-

Сводећи напред казано, можемо закључити да се историјском методом тумачења норме из члана 48 ЗИО на основу проучених припремних радова с тим у вези, не може доћи до закључка да предметну норму треба уско тумачити. Ако је и постојала намера законодавца да нешто у овој норми промени, онда је планирана измена ишла у сасвим другом правцу ка ширењу изузетка од начела формалног легалитета, а не ка његовом сужавању.

Образложење таквог поступања законодавца није нарочито правно сложено. Уступањем потраживања из извршне исправе или веродостојене исправе позиција дужника се не мења, Ако дужнику остају на располагању сва правна средства која је имао према иницијалном повериоцу нема разлога да нови поверилац у погледу правних средстава усмерених на остварење свог потраживања буде у горем положају од свог правног претходника. Ако је нека тражбина постала подобна за извршење, њеним уступањем она из имовине цедента долази у имовину цесионара, али не губи своја претходно стечена својства.

V Примерен доказ промене имаоца тражбине на основу уговора

У судској одлуци која се на неки начин може назвати поводом нашег истраживања, поступајући суд закључује да уговор о цесији не може бити основ „прелаза потраживања“ и да као такав нови ималац тражбине није подобан да поднесе предлог за извршење, не улазећи притом у питање форме овог уговора. Иако бављење формом основа уступања донекле одступа од главне линије наше анализе оно је свакако од значаја за њену заокруженост. Ово нарочито јер је питање форме таквог уговора изазвало озбиљне недоумице у пословној пракси.

У одлукама српских судова доминантно је становиште да „уговор о цесији представља самостални правни посао и писмена форма није услов његове пуноважности, већ се у погледу форме примењују општа правила, осим уколико се уговором уступа неко потраживање, које потиче из уговора, који по закону мора да се закључи у прописаној форми, у

не групе за израду ЗИО; Мирјана Банић, извршитељ.“ „Представљање нових решења закона о извршењу и обезбеђењу“, http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/c_privprav/Detaljnije.aspx?veza=18734, 16.04.2017.

ком случају и споразум о уступању тог потраживања мора бити закључен у истој форми.⁶³

Такво резонувања судова одраз је владајућег става у нашој теорији облигационог права да форма основног посла одређује форму цесије.⁶⁴ Према мишљењу проф. Перовића, ако се уговором уступа потраживање из уговора који по закону мора да се закључи у прописаној форми, тада и споразум о уступању потраживања мора бити закључен у истој форми.⁶⁵

У том смислу, наша правна књижевност, чини се следи решење аустријског права, где је за цесију довољан неформални споразум, осим ако форма није потребна за ваљаност основног посла.⁶⁶

Међутим, у правној литератури се јавља и становиште по коме код уступања потраживања из уговора о промету непокретности треба правити разлику између уступања потраживања на предају непокретности и цесије потраживања на исплату цене. „Ако је извор тражбине уговор о промету непокретности за који је у нашем праву предвиђена форма солемнизоване исправе, чини се да приступ по коме сваки уговор о цесији потраживања које потиче из таквог извора мора бити солемнизован код јавног бележника није примерен. Ако се уступа потраживање купца на предају куће, овај уговор мора бити закључен у форми коју закон захтева за промет непокретности“.⁶⁷ Међутим, ако се уступа новчано потраживање, па макар и потраживање цене из уговора о продаји непокретно-

63 Пресуда Врховног суда Србије број Рев. 667/07 од 15. маја 2008. године и Пресуда Окружног суда у Новом Саду, посл. бр. Гж. 3525/05 од 5. октобра 2006, *Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду*, бр. 14/2008, Intermex, Београд, аутор сентенце: М. Жежељ Јовановић, судија. „Уколико се уговором уступа неко потраживање које потиче из уговора који по закону мора да се закључи у прописаној форми, тада и споразум уступања тог потраживања мора бити закључен у истој форми.“ Видети: Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 5724/2007 од 4. септембра 2008. године, *Paragraf Lex*.

64 Мада је основ за такво поступање могуће тражити и у аналогiji са правилом о форми повероочевог пристанка на уступање уговора. „Пристанак на уступање уговора је пуноважан само ако је дат у форми у закону прописаној за уступљени уговор“ (ЗОО, чл. 145, ст. 3).

65 Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига I Београд 1980, 990.

66 Видети: J. Krainz, L. Pfaff, A. Ehrenzweig, *Sistem austrijskoga općega privatnoga prava, Opći deo obveza* (prev. Ivan Maurović), Zagreb 1911, 138.

67 Тако у једној одлуци суд наглашава: „Како је посебним законом прописано да се уговор о промету непокретности закључује у писаној форми, закључује се, сходно правилима облигационог права о форми уговора, да је услов писане форме потребно испунити и у другим актима везаним за тај правни посао, па и цесију.“ Вид.: Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 986/2013 од 21.3.2013. године.

сти, не може се бранити теза о „континуитету форме“, пошто форма у овом случају не остварује своју сврху.

За делатност трговине потраживањима је од нарочитог значаја да купац тражбине обезбеђене извршном вансудском хипотеком купујући такву тражбину стекне могућност иницирања судског и вансудског поступка намирења. Према Закону о хипотеци, потраживање обезбеђено хипотеком може да се уступи на основу уговора између повериоца и лица коме се потраживање уступа.⁶⁸ Овај уговор се закључује у форми прописаној за уговор о хипотеци.⁶⁹ Како се уговор о хипотеци, односно заложна изјава у оним случајевима када се уписује у регистре непокретности као „извршна вансудска хипотека“,⁷⁰ закључује, односно даје у форми јавнобележничког записа, правило о „паралелизму форми“ налаже да се и уговор о уступању тако обезбеђене тражбине закључује у истоветној форми.⁷¹ Ако је уговор о извршној хипотеци закључен пре почетка обављања

68 Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 - одлука УС и 83/2015 чл. 20, ст. 1. „Хипотекар може да располаже обезбеђеним потраживањем посредством уступања (цесије) или његовим залагањем (заснивањем надхипотеке).“ Исто дејство као и цесија имају и случајеви законске или уговорне персоналне суброгације. Вид.: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 251.

69 Закон о хипотеци, чл. 20, ст. 3, тачка 1 у погледу форме уговора о уступању потраживања обезбеђеног хипотеком упућује на чл. 10, ст. 1 Закона о хипотеци.

70 Чини се да израз „извршна вансудска хипотека“ у нашем правном поретку не одговара више садржини овог појма. Ово из разлога што поверилац чије је потраживање обезбеђено таквом хипотеком може одредити да ли ће водити вансудски поступак намирења сходно Закону о хипотеци, или ће одговарајућим предлогом иницирати поступак судског намирења сходно Закону о извршењу и обезбеђењу, с обзиром да овај закон наводи уговор о хипотеци и заложну изјаву као извршне исправе. Отуда би правилније било назвати овај институт извршна хипотека. Вид.: ЗИО, чл. 41, ст. 1, тачка 4.

71 С обзиром да се Законописац овде служи упућујућом нормом њена конкретизација допушта различита тумачења. Тако се овом питању може се приступити и нешто другачије узевши пре свега у обзир да се код таквих уступања по правилу, цедирају потраживања из уговора о кредиту. Ако је за уговор о кредиту прописана писана форма (ЗОО, чл. 1066), зашто би за уступање таквог потраживања био потребан строжи степен форме? Ипак, сматрамо да се код уступања обезбеђеног потраживања не може занемарити околност да са таквим потраживањем на прибавиоца прелази и извршна хипотека. Правнополитички циљеви који су навели законодавца да управо код уговора о хипотеци и заложне изјаве као основа за заснивање извршне хипотеке пропише форму јавнобележничког записа, односе превагу и код нашег одређења за истоветну форму код уговора о уступању тако обезбеђене тражбине. У том контексту ваља, пре свега, истаћи заштитну функцију форме која се огледа како у чувању интереса уговорника, тако и јавног интереса. Не сме се занемарити ни контролна функција форме, с обзиром да одговарајућа форма нуди надлежним органима податке о располагању, на пример, о времену и вредности промета. Тако, да порески органи лакше сазнају шта опо-

делатности јавних бележника у нашем правном систему и то у писменој форми, са потписима овереним у суду, онда и уговор о уступању тако обезбеђене тражбине може бити закључен у писменој форми уз оверу потписа странака од јавног бележника. Чини се да оно што купце тражбина у пословној пракси нарочито занима јесте одговор на питање у којој форми треба закључити уговор о уступању скупа (пакета)⁷² потраживања од којих су неке тражбине сасвим необезбеђене, а друге обезбеђене хипотеком која је по правилу извршна.⁷³ Чини се да и овде важи оп-

резовати, а инспекцијски органи једноставније улазе у траг токовима новца, што код неких уговора, на пример, код цесије обезбеђеног потраживања са правом регреса није ни мало једноставно. Опширније о функцијама форме вид: Ненад Тешић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније (2014)*, (ур. Вук Радовић), Београд 2014, 482-511, 509-510. Такво резонавање није неуобичајно у нашем правном систему. Чини се да слични аргументи и поред начела консесуализма опредељују законодавца да усвоји правило о паралелизму форми код пуномоћја. „Форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла“ (ЗОО чл. 90). О циљу због кога је прописана нека форма законодавац води рачуна и код раскидања формалних уговора. Тако формални уговори могу бити раскинути неформалним споразумом, изузев ако је за одређени случај законом предвиђено што друго, или ако циљ због кога је прописана форма за закључење уговора захтева да раскидање уговора буде обављено у истој форми (ЗОО чл. 68). Приступ заснован на континуитету форме доследно се спроводи и код залагања потраживања обезбеђеног хипотеком. Потраживање обезбеђено хипотеком може се заложити на основу уговора између хипотекарног повериоца и надхипотекарног повериоца, с тим да се такав уговор закључује у истој форми у којој је закључен уговор о хипотеци (Закон о хипотеци чл. 21, ст. 1 и ст. 2). На линији која подржава идеју о континуитету форме је и Закон о јавном бележничтву по коме се уговори, односно изјаве којима се мењају правни односи настали закључењем уговора о хипотеци или давањем заложне изјава ако ови садрже изричиту изјаву обвезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење, било судским било вансудским путем закључују, односно дају у облику јавнобележничког записа. Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015, чл. 82, ст. 3.

72 Као и у другим сличним ситуацијама и овом приликом се залажемо за одбацивање туђица и употребу правнотехничких израза из нашег језика, када год је то могуће и наравно смислено. Иако се у нашој пословној пракси запатио израз „портфолио потраживања“ сматрамо да је правилније казати: збир, скуп или пакет потраживања. О уступивости збира постојећих, али и будућих тражбина које су довољно одређене или одредиве. Вид.: Ненад Тешић, *Продаја и пренос потраживања*, Београд 2012, 144-145.

73 Чини се да је једногласно опредељење пословне праксе за овај институт у целости оправдало његово увођење у наш правни систем. Извршна хипотека која омогућава обезбеђеном повериоцу да без претходног вођења парнице покрене извршни поступак у циљу намирења по-

ште правило из чл. 69 ЗОО да уговорне стране могу стипулисати и виши степен форме у односу на прописани,⁷⁴ на пример тако што ће обезбеђена и необезбеђена потраживања у збиру уступити уговором закључним у форми записа. Притом је природно да водећи рачуна о трошковима трансакције, уговорници могу потраживања обезбеђена извршном хипотеком посебно уступити уговором закљученим у форми записа, док ће у погледу необезбеђених потраживања закључити други уговор о цесији у писаној форми са „обичном” овером потписа. Такву логику следи и немачко право, где је уступање тражбине пуноважно и ако је у усменом облику,⁷⁵ па се може се склопити и прећутно,⁷⁶ Ипак, ако је реч о потраживању које је обезбеђено хипотеком уговор о цесији је формалан.⁷⁷

VI *Iura novit curia*

Изрека *суд зна право* не доноси носиоцима правосудне функције само овлашћења, него и одређену одговорност за оно што је изречено у свакој појединачној судској одлуци. Судска независност се у правној теорији обично описује као њена потпуна одвојеност од извршне власти ради спречавања било каквог утицаја на пресуђивање. Како прокламована независност судова изгледа у стварности, у нашим, али и светским условима, опште је позната чињеница. То ипак не значи да се сходно учењу о правном оптимизму, за које се и овде залажемо, независности судства не морамо изнова враћати и истицати је као вечни идеал. Међутим, важно је нагласити да се независност судства и судија не сме разумети као њихова отргнутост од било какве контроле стручне јавности. Правној науци као истинољубивој сумњи поверен је сложен задатак да преиспита резо-

траживања пред судом или приступи вансудском намирењу је у банкарској пракси посве заменила класичну хипотеку утемељену на начелу официјелности. Изузетак је тако сасвим потиснуо правило.

74 „И онда када законодавац пропише одређену форму као битну, то јест када се по закону уговор мора закључити у одређеној форми да би могао да произведе жељена правна дејства, странама остаје слобода да прописану форму поопштре.“ Марија Караникић-Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао* 2/2015, 313–339, 317.

75 Hein Kötz, „Rights of Third Parties, Third Party Beneficiaries and Assignment“, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1992, Vol. VII: *Contracts in General*, A. T. von Mehren (ed.), 75.

76 J. Busche у: J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432 (Erläss, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldner und Gläubigern)*, M. Löwisch (red.), 13. Bearb.– Berlin: Sellier – de Gruyter, 2005, 78.

77 Приликом цесије потраживања обезбеђеног реалним обезбеђењем на непокретности, цесија потраживања мора поштовати правила о преносу хипотеке успостављена § 1117 и §1156 НГЗ.

новање судске власти, те укаже на евентуалне пропусте и последице формирања погрешне праксе. Ако тумачење неке норме крене у супротном правцу, правна наука нема право да ћути. Она је дужна да разумевање неке норме врати на прави пут како се непримерено тумачење не би устоличило као владајуће. Сходно напред наведеном, истинским успехом овог научног рада сматрали би иницирање покретања, по службеној дужности, одговарајућег поступка за решавање спорног правног питања пред Врховним касационим судом.⁷⁸ У таквом поступку Суд би могао заузети правно схватање о томе: да ли се појам „пренос потраживања“ разликује од појма „прелаз потраживања“, те да ли евентуална разлика почива на обрасцу по коме је основ „преноса потраживања“ уговор о цесији, док до „прелаза потраживања“ долази по самом закону?

Према становишту Привредног апелационог суда у Београду оштра граница између ова два појма није спорна и може се повући управо по наведеном критеријуму – основа промене повериоца. Начелно говорећи, не може било шта приговорити ставу да је подношење предлога за извршење од лица које у извршној исправи није назначено као поверилац изузетак од принципа формалног легалитета, те да се као и други изузеци у праву и овај мора тумачити што уже. Ипак то не значи да се различити облици сингуларне и универзалне сукцесије,⁷⁹ засновани на правном послу „једним потезом пера“ могу искључити из круга валидних основа за промену субјекта, тако да и поред правне сукцесије нови има-

78 „Ако у већем броју предмета постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању које је од значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима, првостепени суд ће по службеној дужности или на предлог странке покренути поступак пред Врховним касационим судом ради решавања спорног правног питања.“ Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014 чл. 180-185. Опширније вид.: Марија Салма, „Поступак за решавање спорног правног питања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012, 289–298.

79 Сукцесија у извршном поступку наступа и као последица универзалне материјално правне сукцесије. Ранка Рачић, *Сукцесија у процесном односу* (докторска дисертација) Ниш 1996, 125. На пример, ако је по извршној исправи поверилац физичко лице које је умрло, наследници тог физичког лица су овлашћени да на основу постојеће извршне исправе поднесу предлог за извршење, али су дужни да уз предлог приложе и решење оставинског суда којим су оглашени за наследнике. Љиљана Поповић, „Странке и трећа лица у извршном поступку“, *Правни живот* 1/90, вол. 40, *fn.* 50, 221. Према неким ауторима у сличним ситуацијама промене субјекта, својство извршног повериоца најчешће се и доказује достављањем правноснажног решење о наслеђивању основног суда којим је утврђено ко су наследници претходног извршног повериоца. Н. Шаркић, *Коментар закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2016, 75

лац тражбине не може против дужника покренути и водити извршни поступак у своју корист.⁸⁰

Таква рестриктивност ПАС-а у тумачењу чл. 48 ЗИО (2015) озбиљно је узнемирила све оне правнике у Републици Србији задужене за старање о проблематичним пласманима (енгл. „Non performing loans – NPL“). Ако се погледа стварно стање у овој области, подаци доступни јавности су прилично алармантни. Ниво проблематичних кредита у банкарском сектору је износио 426 милијарди динара, односно приближно 3,5 милијарде евра.⁸¹ Удео ових кредита достигао је око 22% у односу на укупан број кредита.⁸² Ови показатељи се истичу као један од највећих проблема банкарског сектора у Србији,⁸³ али и региона југоисточне Европе.⁸⁴ Управо из тог разлога домаће пословне банке су у 2014. и 2015. године продале⁸⁵ или уступиле 94 милијарде динара NPL-ова, уз накнаду од 46 милијарди динара што је око 50%. Од тога 35% је остало у банарском сектору где су банке

-
- 80 Примера ради, по проучавању наведене одлуке, остаје сасвим без одговора питања. Ако по исказаном тумачењу суда до преноса тражбине долази само правним послом, да ли се под правним послом подразумева само посао *inter vivos* или долази у обзир и посао *mortis causa*, као што је тестамент.
- 81 У Србији око 3,5 милијарде евра проблематичних кредита, Тањуг, 08.03.2016, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/u-srbiji-oko-35-milijarde-evra-problematicnih-kredita/xv8stln> (16.04.2017).
- 82 По уделу ненаплативих кредита Србија је, уз Грчку и Кипар, у кругу европских рекордера. Решавање тог проблема један је од кључних задатака трогодишњег програма Србије са ММФ. „Ненаплативи кредити 3,6 милијарди евра“, 15.05.2015, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/nenaplativi-krediti-36-milijardi-evra/hykpdkj> (16.04.2017).
- 83 „Потпредседница Светске банке Лора Так оценила је да је један од највећих проблема банкарског сектора у Србији висок удео ненаплативих кредита“. Так је упозорила да висок удео лоших зајмова доприноси слабој кредитној активности банака и спором економском расту земље. Она, наиме, сматра да тренутно законодавство у Србији не погодује решавању проблема ненаплативих кредита. Вид.: „Так: Ненаплативост кредита успорава економски раст“, Тањуг, 08.06.2014, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/tak-nenaplativost-kredita-usporava-ekonomski-rast/2pjqqbbp> (16.04.2017).
- 84 „Кредитни ризик евидентан је у високом нивоу учешћа некавалитетних кредита у портфолију банака. То је последица неадекватне кредитне активности из времена раста, али и преливања глобалне финансијске и дужничке кризе, нарочито из региона ЕУ у наш систем. Вид: Данијела Нишавић, „Самит гувернера: Највећи изазов региона ненаплативи кредити“, 08.11.2013, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/samit-guverneranaajveci-izazov-regiona-nenaplativi-krediti/er4018q> (16.04.2017).
- 85 Постоји неколико начина да се реши проблем ненаплативих кредита, а један од најефикаснијих је да лоше зајмове банке продају специјализованим фирмама. „Банкама се највише исплати да ненаплативе кредите продају“, Тањуг, 05.07.2014, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:499417-bankama-se-najvise-isplati-da-nenaplative-kredite-prodaju> (16.04.2017).

куповале једне од других, а 65% је изашло из тог сектора.⁸⁶ Дobar део потраживања којима се трговало на нашем тржишту, а свакако највреднији део укупног промета, јесу потраживања обезбеђена извршним вансудским хипотекама. Према општем правилу, хипотекарни поверилац може пренети своје потраживање према дужнику. Заједно са таквим потраживањем на треће лице прелази и хипотека као акцесорно право.⁸⁷ Сама за себе хипотека се не може пренети, као што је немогуће пренети неку хипотеком обезбеђену тражбину без преноса припадајуће хипотеке.⁸⁸

Иако се правничкој јавности чинило да норма из чл. 48 ЗИО није значењски отворена и не дозвољава разноврсност у интерпретацији, читава једна индустријска грана се нашла у чуду суочена са сазнањем да ће сходно исказаном становишту Привредног апелационог суда купци обезбеђених тражбина, без обзира што је њихов правни претходник имао извршну исправу у односу на дужника, своје потраживање стечено на основу уредно овереног уговора о уступању морати да доказују у парници. Након иницијалне реакције да се сигурно ради о „првоаприлској шали“, неверицу је заменило запрепашћење и искрена забринутост за могућност даљег пословања. Ово нарочито, што нити један позитивноправни пропис у Републици Србији не прави било какву разлику између прелаза потраживања и преноса потраживања.

Сматрамо да такво уско тумачење члана 48 ЗИО (2015) једноставно не погађа *ratio legis* предметне нормe. Задатак тумачења правне нормe није у утврђивању њеног језичког већ [...] њеног правог значења.⁸⁹ У конкретном случају, тешко је докучити мотив због којег би законодавац мењао ову норму у правцу сужавања изузетка од начела формалног легали-

86 Тако један од банкара који су узели учешће на „Копаоник бизнис форуму“ – Славко Царић наглашава да је важно да након купопродаје проблематичних потраживања њихова наплата не траје годинама, те „да инвеститор не гледа у пасуљ, већ да има процес који ће бити бржи и ефикаснији“. Вид.: „У Србији око 3,5 милијарде евра проблематичних кредита“, Тањуг, 08. 03. 2016, <http://www.blic.rs/vesti/ekonomija/u-srbiji-oko-35-milijarde-evra-problematичnih-kredita/xv8stln> (16.04.2017).

87 ЗОО, чл. 437, ст. 1. Опширније о преносу права и обавеза код хипотеке, Душко Медић, *Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања – стање и правци развоја*, Бања Лука 2005, 190.

88 Драгољуб Стојановић, Божидар Павићевић, *Право обезбеђења потраживања*, Београд 1997, 275. Ипак, тако схваћена акцесорност хипотеке у савременим правним системима познаје и значајне изузетке. Опширније о одступањима од акцесорности код хипотеке вид.: Милош Живковић, *Акцесорност заложних права не непокретности*, Београд 2010, 190-191.

89 Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 73.

тета. Ово нарочито из разлога што није уочљива било каква промена у јавном интересу, нити у потребама и интересима учесника у овом правном односу. Законодавац је код креирања овог правног института морао водити рачуна о досадашњој пословној пракси и учесталости располагања потраживањима обезбеђеним извршном (вансудском) хипотеком. Купци се углавном и опредељује за куповину одређеног потраживања управо зато што је оно обезбеђено извршном хипотеком, тако да нови ималац тражбине остварује предност у намирењу не само у односу на хипотекарне повериоце слабије по рангу и обичне хирограферне повериоце, већ му на располагању стоји извршна исправа на основу које може без оклевања иницирати извршење. Од тога у ком року купац тражбине може приступити принудном намирењу, по правилу, зависи цена неког потраживања на тржишту. Исцрпљујућа парница, са рочиштима која се заказују на по неколико месеци, трошковно и на све друге начине одвраћа потенцијалне купце. Ако се неки купац и поред тога одлучи на трговину, оно што сигурно добија јесте осећај потпуне беспомоћности у погледу трајања поступка намирења купљене тражбине.⁹⁰

Спорост у раду правосудних органа постала је нека врста нашег „правног фолклора“, за коју неки учесници у процесу доношења закона очигледно сматрају да га треба „љубоморно чувати“. Снагу такве идеологије доказује управо нови Закон о извршењу и обезбеђењу који је извршни поступак свесно или несвесно претворио у „малу парницу“.⁹¹ Лучоноше ове идеје верују да је просечан извршни дужник пензионер који дугује за струју и друге комуналије. Међутим стварност је сасвим другачија, пензионери су најревносније платише. Типичан извршни дужник је „некадашњи тајкун“ који је „преинвестирао“, углавном тако што је кредит одобрен привредном друштву користио за личну потрошњу, ширећи се више него што може да се покрије. Правна замршеност је одлика једног закона коју такав дужник понајвише цени, док остали привредници тону у

90 Ипак, једно је сигурно да такво претварање „вина у воду“ односно потраживања обезбеђеног извршном вансудском хипотеком у потраживање обезбеђено обичном хипотеком неће спречити продају тражбина, већ ће само умањити њихову цену.

91 Са читавим „арсеналом правних средстава“ усмерених на развлачење у спровођењу онога што је већ утврђено као неспорно: жалба и приговор, тужба за недопушеност извршења, захтев за отклањање неправилности и захтев за одлагање извршења. Опширније вид.: Марина Ђукић, „Правна средства у извршном поступку“, *Закон о извршењу и обезбеђењу, Коментари новина у Закону и правних института извршног права на моделима аката*, Београд 2016, 53-67.

„живо благо“ због немогућности принудне наплате, овај „сналажљиви појединац“ у сличним ситуацијама „најбоље плива“.

Као један од својих најважнијих циљева Народна банка Србије наводи унапређење процеса управљања лошом активом у банкама.⁹² Притом се нарочито наглашава да спречавање чишћења биланса банака онемогућава веће кредитирање у будућности без кога нема ни преко потребног привредног раста.⁹³ „Инвестициони фондови су флексибилнији и често ефикаснији у реализацији проблематичних кредита од самих банака,⁹⁴ па је јако важно кроз одговарајућа законодавна решења креирати модеран правни оквир за продају и куповину тражбина. У овом процесу свако треба ради свој део посла – Министарство финансија, НБС, пословне банке, али и судови.⁹⁵ Држава не може и не сме преузети на себе решавање проблема ненаплативих кредита нагомиланих услед погрешних одлука банака, али им мора омогућити да своје билансе растерете од баласта лоших пласмана. Супротно свим настојањима Владе и НБС, Привредни апелациони суд рестриктивним тумачењем синтагме „прелаз потраживања“ спушта „рампу“ за располагање тражбинама, доводећи сасвим у питање ионако спор развој тржишта проблематичних кредита у Републици Србији.⁹⁶

92 Акциони план Народне банке Србије за спровођење Стратегије за решавање проблематичних кредита, http://www.nbs.rs/internet/latinica/55/npl/akcioni_plan.pdf (16.04.2017).

93 Тако бивши гувернер НБС Дејан Шошкић сматра да проблем лоших кредита не треба препустити само банкама да из својих интереса раде на томе. „Важно би било да постоји централизована иницијатива НБС, али и других државних органа да се тај проблем реши тако да не изазива додатне расходе за државу ... Банкама се највише исплати да ненаплативе кредите продају“, Тањуг, 05.07.2014, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:499417-Bankama-senajvise-isplati-da-nenaplative-kredite-prodaju> (16.04.2017).

94 Према речима Владимира Круља: „Ублажавање овог проблема је веома битно питање, јер омогућава „чишћење“ биланса банака, отвара простор за кредитну експанзију пословних банака, али и повољније услове за кредитирање, посебно привреде“. Вид: Аница Телесковић, „Богићевићеви рудници – потенцијални плен Американаца“, среда, 11.05.2016, <http://www.politika.rs/scc/clanak> (16.04.2017).

95 „Идемо на чишћење НПЛ-ова, који ће морати да иду паралелно са решавањем предузећа која не раде“, рекао је министар финансија Душан Вујовић и додао да је учешће НПЛ-ова у укупним кредитима 22 одсто, што је, како навео, неодрживо. Вид.: Јована Рабреновић, На јавној расправи 3,6 милијарди евра, субота, 21.11.2015, <http://www.politika.rs/scc/clanak/343896/Na-javnoj-raspravi-3-6-milijardi-evra> (16.04.2017).

96 На све ово као и на неефикасности оквира за извршење, укључујући одлагања усред преоптерећености судова предметима указује и Влада РС. „Развој тржишта проблематичних кредита омогућио би правовремено и ефикасно решавање проблематичних кредита и помогао би напоре банака у погледу реструктурирања“. Вид: Стратегија за решавање проблематичних кредита, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 72/15. С тим што код таквог стања ствари ни-

Ако се циљно тумачење заснива на тези да се у циљу, односно свр-
си правног акта увек налазе одређене друштвене вредности којима прав-
на норма и служи,⁹⁷ онда се из тумачења ПАС-а исказаног у анализираној
одлуци не може са сигурношћу закључити које друштвене вредности се
таквим разумевањем предметне норме заиста штите. Тврдити да стица-
лац тражбине на основу закона има шири овлашћења од стицаоца тра-
жбине на основу уговора је исто тако „правно логично“ као казати да је
стицалац права својине на основу закона по нечему има друкчије право
од стицаоца права својине на основу уговора. Чини се да је у трагању за
смислом предметне норме кључно уочити да у погледу права на наплату
тражбине нови поверилац ступа на место изворног повериоца. Ова про-
мена се може вршити без било каквог одобрења дужника, али не и на ње-
гову штету. Другим речима, дужников правни положај се уступањем тра-
жбине не мења. Пријемник, као нови поверилац, има према дужнику
иста права која је имао и уступиоца.⁹⁸

Сматрамо да рестриктивно тумачење члана 48 ЗИО (2015) које по-
влачи оштру разлику између прелаза и преноса потраживања не одговара
намери законодавца, али ни логици ствари. Стварање вештачке границе
између ова два појма несумњиво не доприноси успостављању владавине
права и поверењу грађана и привреде у правосудни систем Републике Ср-
бије. Из ових и других напред наведених разлога, убеђени смо да би иска-
зано уско тумачење 48 ЗИО (2015) у решењу Привредног апелационог суда
3 Иж 713/16 требало изнова испитати и у интересу правне сигурности што
пре кориговати у складу са стварним смислом предметне норме.

ко озбиљно и не размишља, на пример о секундарном хипотекарном тржишту на коме се тр-
гује потраживањима обезбеђеним хипотекама израженим у хартијама од вредности. Опшир-
није о овом институту у нашој правној књижевности вид.: Мирослав Лазић, *Права реалног
обезбеђења*, Ниш 2009, 11.

97 Д. Авини, Д. Ђерђа, 371.

98 Из решења Врховног суда Србије Пзз 14/03 од 25. децембра 2003. Наведено према: Здравко
Петровић, Владимир Козар, *Мега збирка судске праксе из облигационог права у два тома*, Бе-
оград 2009, 133.

Nenad TEŠIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

HOW TO MAKE AESCHYLUS CRY? THE TRANSFER OF CLAIM AND JUDICIAL TRAGEDY BASED ON ITS NARROW INTERPRETATION

Summary

In the centre of attention in this paper, the author has laid the Art. 48 in the new Law on enforcement and securing of claims. This provision regulates an exception to the principle of formal legality in enforcement procedure ruling that enforcement shall be ordered and levied also based on the petition and for the benefit of a person who is not designated as creditor in an enforceable document, if such person proves by a public or document authenticated in accordance with law that a claim has been transferred to him or that has been assigned to him in another manner.

In the recent decision rendered by the Commercial Court of Appeal in Belgrade (3 Iž 713/16) as of January 5. 2017., the Court draws a sharp distinction between the transfer of claim by operation of law (srb. „prelaz potraživanja”) and contractual transfer of claim (srb. „prenos potraživanja”), arguing that the succession in all enforcement creditor’s rights is possible only in a first case.

That practically means that the one who has acquired a claim on the basis of companies merger will be entitled to stand in the shoes of the creditor, and on the contrary, the buyer of the claim who concluded the properly notarized assignment contract, could not initiate enforcement proceedings in his favour. Such narrow interpretation of the transfer of claim in enforcement procedure, the author considers totally unacceptable.

Any legal phenomenon can be understood so that is interpreted by a number of methods of interpretation.

i) Linguistic (textual) interpretation of the respective norm in previous pieces of legislation: the Law of Enforcement procedure (2004) and Law on enforcement and securing of claims (2011), and comparative analysis of legal texts in the region of Southeast Europe regulating the same subject-matter, author concludes that the essence of the norm ruling the transfer of claim in enforcement procedure is not changed.

ii) Historical interpretation of the norm as set down in Art. 48 examined on the basis of preparatory work, in particular the explanatory memoran-

dum to the draft law, public hearings on the draft law, as well as the parliamentary debate on the draft law could not come to the conclusion that the relevant norm should be interpreted narrowly.

If there was the intention of the legislator to do some changes in the previous norm, the amendments were planned to be adopted in a completely different direction to spread, not to restrict the exceptions to the principle of formal legality i.e. to cover the assignment of claims on the basis of executive instruments and authentic documents.

iii) Systematic interpretation of Art. 48 of the new Law on enforcement and securing of claims does not assure us to the necessity of a narrow interpretation. Every legal rule is part of a complex entity and could not be interpreted separately from the other rule. If we carefully examine the meaning of the term the transfer of claim in: Law on enforcement and securing of claims as a same legal source, Code of obligation and Company Law as the related legal sources, there is no room for conclusion that the acquirer of the claim under the law obtains wider power than the one who buy the claim under the contract of cession.

iv) The author strongly believes that such narrow interpretation of Art. 48 entirely miss the reason behind the respective norm (ratio legis). This restrictive interpretation of this rule does not correspond to the demands of life, not business practices prevailing in the circle of people involved in the assignment of receivables.

It is not clear what legal values or interest the Court protects exercising such discretion, if the debtor's legal position in enforcement proceedings in any way is not compromised by cession.

On the other side, urging the assignee that already buys the claim with enforceable document (executive extra-judicial mortgage) to the litigation procedure to prove his claim, totally jeopardizes the non performing loans – NPL market.

The creation of artificial boundaries between voluntary assignment and assignment by the law certainly does not contribute to the establishment of the rule of law and the confidence of citizens and businesses in the judicial system of the Republic of Serbia.

For these and other reasons outlined above, the author is convinced that a narrow interpretation of Art. 48 in the Law on enforcement and securing of claims should be reconsidered in the interests of legal certainty and corrected as soon as possible in accordance with the real meaning of the respective norm.

Key words: *transfer of claim, secured creditor, non performing loans, bulk assignment, succession in enforcement procedure.*