

др Ненад ТЕШИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О ПРОЦЕСНОМ ПОЛОЖАЈУ НОВОГ ВЛАСНИКА (ХИПОТЕКОВАНЕ) НЕПОКРЕТНОСТИ У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Резиме

Усвајајући Закон о хипотеци (2005), српски законодавац је као један од основних правнополитичких циљева пред себе поставио ублажавање негативних ефеката начела официјелности у намирењу обезбеђеног потраживања. Повериоцу и дужнику је дата могућност да сачине уговор о хипотеци, односно једнострану заложну изјаву дужника у форми извршне исправе, у прво време пред судом, а касније, од почетка пуне примене Закона о јавном бележнику (2014) и пред јавним бележником. Таквим законодавним приступом који промовише вансудски поступак намирења обезбеђених потраживања, наплата потраживања је значајно убрзана. Међутим, као и друге „правне новотарије“ засноване на потребама тржишта и ова је поред значајних предности донела и мноштво недоумица у њеној примени.

Усвајање Закона о извршењу и обезбеђењу (2011) је само „долило уље на ватру“ правној несигурности. У овом Закону, уговор о хипотеци и заложна изјава су наведени на листи извршних исправа, без назнаке да ли су ово извршне исправе у односу на предмет хипотеке или се ради о извршним исправама на основу којих се може покренути извршни поступак у односу на целокупну имовину хипотекарног дужника? Ово дилема не би у толикој мери заокупила пажњу правничке јавности да у пословној пракси није тако честа ситуација када реални (хипотекарни) дужник није уједно и корисник кредита (лични дужник). Поставља се дакле питање кога у таквој ситуацији назначити као извршног дужника: онога који је наведен као дужник у извршној исправи, водећи рачуна о начелу формалног легалитета или онога који је књижни власник непокретности предмета уновчења. Нови Закон о извршењу и обезбеђењу (2015) „улази

у коштац“ са поменутом дилемом. Према актуелној норми, као извршнини дужник у предлогу за извршење назначава се давалац заложне изјаве. У Закону је прописана дужност новог власника непокретности да трпи намирење, али и његово право да му се достављају сви акти у поступку. Међутим, нормотворац не наглашава која то правна средстава, нови власник непокретности може употребити како би иницирао контролу законитости достављених му аката. Све напред описано, отвара питање процесног положаја новог власника (хипотековане) непокретности у извршном поступку, да ли је он странка, треће лице или учесник у поступку?

Аутор, у овом раду, сагледава различите приступе претходно исказаној дилеми указујући на нужност законодавне реформе, али и обавезу јуриспруденције да у таквој правној ситуацији суди у складу са Уставом и ратификованим међународним конвенцијама.

Кључне речи: заложна изјава, нови власник (хипотековане) непокретности, странка, треће лице, учесник у поступку.

1. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Питање процесног положаја новог власника (хипотековане) непокретности у извршном поступку отворено је чини се од самог почетка примене Закона о извршењу и обезбеђењу (2015).¹ Према овом Закону извршне исправе су и уговор о хипотеци, односно заложна изјава.² Таква законодавна поставка у оним ситуацијама када заложни дужник и корисник кредита (лични дужник) нису исто лице, отвара дилему кога у предлогу за извршење назначити као извршног дужника. Ово без обзира да ли је таква „двоглавост“ иницијална и сеже од одобравања кредита или је до ње дошло накнадно услед промене власника непокретности без преузимања дуга.³ Ова недоумица је убрзо доживела и свој судски епилог. Тако у једном поступку суд закључује да је стицалац заложене непокретности, односно лице које је накнадно стекло право својине на непокретности, дужно да трпи намирење на непокретности, али да није извршни дужник.

„У конкретном случају заложно право стечено је „Споразумом о заснивању заложног права 17.09.2008. године када је неспорно у

1 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015 и 106/2016 – аутентично тумачење.

2 ЗИО, чл. 41, ст. 1, тач. 4.

3 Хипотекарни дужик је власник хипотековане непокретности и најчешће и дужник потраживања. Међутим у случају када је власник предмета хипотеке треће лице, онда је он реални дужник, а дужник из облигационог односа је лични дужник. Опширније о субјектима хипотекарног односа Мирослав Лазић, *Права реалног обезбеђења*, Ниш 2009, 105–106.

регистру непокретности као власник било уписано предузеће „СЦ ДОО из Н. То даље значи да је после стицања заложног права дошло до промене власника непокретности.

Суд даље закључује „да стога није било основа да се у предлогу за извршење на основу извршне исправе, као извршни дужник означи нови власник физичко лице АА, нити да се извршење одреди према њему. АА као нови власник непокретности, односно као лице које је накнадно стекло право својине на непокретности, па му се у смислу чл. 153, став 2 ЗИО морају достављати сви акти суда, јавног извршитеља и писмена странака, али он није извршни дужник, како се основано жалбом указује, јер обавеза није прешла на њега. У супротном извршни поверилац као правни следбеник банке, имао би право да намири целокупно своје потраживање из целокупне имовине АА као извршног дужника ако продајом непокретности оно не би могло бити намирено у целисти, што свакако не би било правилно будући да обавеза није ни прешла на њега.“⁴

У напред наведеном случају суд је одлучивао о правној ситуацији „накнадне дихотомије (двојења) на дужничкој страни“. То је такав правни заплет у области хипотекарних кредита у коме је испрва хипотекарни дужник уједно и дужник по кредиту (корисник кредита),⁵ али у неком каснијем тренутку долази до раздвајања ове две улоге и то тако да прибавилац непокретности постаје реални дужник који је сходно принципу следовања дужан да трпи намирење из вредности хипотековане непокретности. Ово иако није преузео дуг према повериоцу, односно није постао лични дужник који дугује повериоцу по основу кредита. Ипак, чини се да описани правни заплет није тако честа појава на савременом хипотекарном тржишту. Ово из разлога што је мало ко спреман на купити непокретност оптерећену хипотеком, а да притом он или неко повезано лице није уједно и дужник по кредиту. Изгледа да је у пракси много чешћа правна конструкција која се може описати као „иницијална дихотомија (двојење) на дужничкој страни“ у којој хипотекарни дужник од самог почетка, тј. од исплате кредита није лични дужник, онај који прима зајам, већ само реални дужник који даје хипотеку за туђи дуг.⁶ Ако се ради о куповини непокретности на кредит правна конструкција

4 Привредни апелациони суд, *Билтен судске праксе привредних судова* 1/2017, 114–115.

5 „Хипотека се типично даје за обезбеђење потраживања зајмодавца према зајмопримцу (обезбеђење кредита). Притом обавеза враћања зајма настаје тек када се зајам прими.“ Милош Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд 2010, 55.

6 Зависно од тога да ли је дужник обезбеђеног потраживања истовремено и власник предмета залога (тзв. стварни дужник), разликује се залога за обезбеђење сопственог дуга и залога за обезбеђење туђег дуга. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 76.

која подразумева „двоглавост“ на дужничкој страни се данас може оквалификовати као правилност. На тржишту је дакле уобичајно да продавац непокретности даје заложну изјаву пословној банци кредитору за кредит који узима купац непокретности.⁷ Одобрени наменски кредит и не долази на рачун корисника кредита, већ бива директно исплаћен продавцу непокретности. Поднети захтев за упис хипотеке у односу на продавца по заснивању хипотеке производи дејство у односу на купца непокретности који се упише као власник (право следовања). Без обзира да ли је хипотека за туђи дуг иницијална или је настала накнадно услед промене власника непокретности дилема остаје иста: кога назначити као извршног дужника? Даваоца заложне изјаве или лице које је као власник непокретности дужно да трпи намирење.

Оно што у претходно цитираној одлуци остаје недоречено је закључак поступајућег суда да стицалац заложене непокретности није извршни дужник, с тим да се суд на било који начин не изјашњава о томе какав је процесни положај овог лица у извршном поступку. Стилизација норми ЗИО је таква да није посве јасно има ли нови власник непокретности право на неко правно средство и да ли ће он користећи се таквим правним средством бити у прилици да делотворно заштити свој несумњиви имовински интерес.

Код таквог стања ствари нарочито треба узети у обзир да је, с једне стране, заложна изјава извршна исправа⁸ чијем настанку није претходио когнициони поступак који почива на принципу

Опширније о хипотеци за туђи дуг и Зоран Рашовић, *Хипотека*, Подгорица 2015, 514–516.

7 Према Закону о хипотеци – ЗОХ, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, чл. 14, ст. 4, упис једностране хипотеке на основу заложне изјаве врши се на захтев повериоца. Из овакве формулације се може закључити да се хипотека ни на основу једностране изјаве не може конституисати без сагласности и знања хипотекарног повериоца. На овом месту, наглашавамо да ћемо надале у овом раду користити термин заложна изјава у нешто ширем смислу као основ за заснивање хипотеке који подразумева и уговор о хипотеци. Разлог таквом опредељењу лежи у избегавању непотребног гомилања речи, али и у околности да се заложна изјава на тржишту појављује као основ за заснивање хипотеке у претежном броју случајева. Из истог разлога избегнуто је и навођење споразума извршног дужника и извршног повериоца у извршном поступку као основа за заснивање хипотеке. У таквим околностима, потписани записник о споразуму странака има снагу судског поравнања. Вид.: ЗИО чл. 427–430.

8 „Уговор о хипотеци, односно заложна изјава о једностраној хипотеци, сачињена у складу са овим законом је, у смислу овог закона и закона којим се уређује извршење и обезбеђење, извршна исправа, ако је закључена или дата у форми јавнобележничког записа“, уз испуњенос додатних законом прописаних услова. Опширније о појму и карактеристикама јавнобележничког записа и пословима који морају бити закључени у форми јавнобележничког записа вид.: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014, 111–112.

контрадикторности,⁹ те да је, с друге стране, извршни дужник који није власник непокретности, по правилу, недовољно заинтересован да жалбом побија решење о извршењу.

2. ПОЗИТИВНОПРАВНИ ОКВИР

Према Закону о извршењу и обезбеђењу, „ако се после стицања заложног права на непокретности промени власник непокретности, заложни поверилац назначава у предлогу за извршење залогодавца као извршног дужника, а нови власник дужан је да трпи намирење на непокретности.¹⁰ Акти суда и јавног извршитеља и писмена странака и других учесника у поступку достављају се и новом власнику непокретности“.¹¹

Како је право (у објективном смислу) поред осталог и људска умотворина, једна од иманентних одлика права је и та да га не разуме свако једнако. За право су зато одвајкада карактеристична различита учења и теоријски приступи. Норма из чл. 153 ЗИО је у веома кратком року доживела мноштво различитих тумачења, од којих свако заслужује да буде пажљиво размотрено.

3. СТАНОВИШТЕ ПО КОМЕ ЈЕ НОВИ ВЛАСНИК (ХИПОТЕКОВАНЕ) НЕПОКРЕТНОСТИ ИЗВРШНИ ДУЖНИК

Према Закону „извршни поверилац“ је лице чије се потраживање намирује у извршном поступку;¹² док је „извршни дужник“ лице према коме се потраживање намирује у извршном поступку.¹³

9 Тако у једној одлуци Суд наглашава да је заложна изјава која испуњава услове из члана 15 став 3 Закона о хипотеци извршна исправа подобна за извршење, те тужилац има могућност да приступи хипотекованој непокретности и да се продајом исте намири, без подношења тужбе суду. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 2128/2013 од 21. 10. 2013. године, *Paragraf Lex*. У сличном контексту Суд истиче да уговор о хипотеци и заложна изјава морају садржати одредбу да се заснивањем залоге обезбеђује потраживање на име главног дуга и законске затезне камате од дана падања дужика у доцњу до исплате, да би као извршне исправе били подобни да се на основу истих одреди извршење ради наплате законске затезне камате. Из решења Привредног апелационог суда Иж 550/2016 од 09.12.2016. године. *Билтен Судске праксе привредних судова* 1/2017, 108–109.

10 ЗИО, чл. 153, ст. 1.

11 ЗИО, чл. 153, ст. 1.

12 ...или лице чије се потраживање обезбеђује у поступку обезбеђења. ЗИО, чл. 2, ст. 1, тач. 2.

13 ...лице према коме се потраживање обезбеђује у поступку обезбеђења. ЗИО, чл. 2, ст. 1, тач. 3.

У старијем законодавству, поверилац се означавао као тражилац извршења, а дужник као извршеник.¹⁴ Без обзира на прихваћену терминологију, поверилац остаје активна странка која подноси предлог за извршење ради намирења потраживања, док је дужник пасивна странка против које се извршни поступак води и спроводи. Сличност између странака извршног и странака парничног поступка састоји се у томе што странке морају испуњавати исте процесне претпоставке, на пример оне у погледу постојања странке, те страначке и парничне способности.¹⁵

Ако се запитамо зашто је Законом прописао да се сви акти у поступку почевши од решења о извршењу, достављају и новом власнику непокретности, онда то може бити зато што је законодавац сматрао да у таквом поступку када се предлог за извршење подноси на основу заложне изјаве као извршне исправе на страни извршног дужника постоје два лица:

извршни дужник – заложни дужник из извршне исправе и

извршни дужник – нови власник непокретности који је дужан да трпи намирење.

Извршни поступак је као и парнични заснован на двостраначкој конструкцији поступка.¹⁶ У конкретном случају када се извршни поступак покреће на основу заложне изјаве можемо претпоставити да се више лица нужно налази на дужничкој страни: онај против кога гласи извршна исправа (чиме је задовољено начело формалног легалитета)¹⁷ и онај у односу на кога се изводом из јавних књига може

14 Ова терминологија је доминирала до 1978. године. Уместо свих вид.: Борислав Благојевић, *Систем извршног поступка*, Београд 1938, 100–101. Према Закону о извршном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004) поверилац је лице чије се потраживање у извршном поступку остварује или обезбеђује, а дужник је лице према коме се у извршном поступку остварује или обезбеђује повериоцево потраживање. Опширније Ранко Кеча, Боривоје Старовић, *Грађанско процесно право*, Нови Сад 2004, 597; Верољуб Рајовић, *Грађанско процесно право*, Приручник за полагање правосудног испита, Београд 2008, 208.

У хрватском праву израз „оврховодитељ“ означава особу која је покренула поступак ради оврхе неке тражбине, те особу у чију је корист тај поступак покренут по службеној дужности. *Ovršni zakon, Narodne novine*, бр. 112/12 25/13, 93/14, 55/16, чл. 2, ст. 1, тач. 2. По истом закону израз „овршеник“ означава особу против које се тражбина остварује. *Ovršni zakon*, чл. 2, ст. 1, тач. 4. У хрватском праву „овршеник је особа против које се тражбина остварује... дакле пасивна странка у овршном поступку (чисто процесна дефиниција)“. Вид.: Mihajlo Dika, *Gradansko ovršno pravo, I Knjiga, Opće građansko ovršno pravo*, Zagreb 2007, 113.

15 Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка*, Београд 2012, 149.

16 Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999, 433.

17 Сходно овом начелу извршење се спроводи у границама решења о извршењу, дакле у односу на субјекте који су наведени у решењу о извршењу, у погледу

доказати да је власник непокретности предмета извршења. Из дужности достављања свих аката новом власнику непокретности може се закључити да и ово лице има право да расправља пред судом. По правилу се као дужник и поверилац у извршном поступку појављују стварно легитимисана лица.¹⁸ Међутим, то не мора увек бити случај. Лице које је у предлогу за извршење назначено као извршни дужник на основу заложне изјаве је странка у процесном смислу,¹⁹ али је нови власник непокретности који је, по правилу, и корисник кредита – странка у материјалноправном смислу.

Ако се одређеном лицу у поступку намеће нека дужност, као што се то чини у овом случају тако да је нови власник дужан да трпи намирење повериоачевог потраживања, онда ово лице не може бити без права. Отуда је законодавац и прописао право овог лица да му се доставља решење о извршењу и остали акти у поступку. На ово право новог власника (хипотековане) непокретности надовезује и његово права на коришћење правних средстава, којим би иницирао испитивање законитости достављених му аката. Иако је у извршном поступку контрадикторност ограничена, то још увек не значи да извршни дужник нема право на одбрану (право на жалбу и тужбу за утврђење недозвољености извршења због непостојања потраживања).²⁰ Прихватањем идеје по којој је само заложни дужник извршни дужник у извршном поступку, извршни дужник – власник непокретности се лишава процесних гаранција и права на правно

обавезе чије је испуњење одређено решењем, те у погледу средства и предмета извршења које је решењем одређено. С тим да јавни извршитељ може променити одређено средство и предмет извршења. Тако о начелу формалног легалитета, Мирослав Милошевић, *Приручник за извршитеље – одабране теме за практичну примену прописа о извршењу*, Београд 2012, 20.

- 18 Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 433. У материјалноправном смислу поверилац је овлашћеник облигације. „Дужник је онај субјекат који је дужан да изврши престацију и који у прилици изостанка добровољног извршења, под претпоставком основаности тужбеног захтева и хипотезе доношења осуђујуће пресуде мора да трпи принудно извршење на својој имовини.“ Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, 61.
- 19 Извршни дужник не мора нужно бити и дужник из материјалноправног односа. Тако ће, на пример, залогодавац који није дужник из облигационоправног односа, имати својство извршног дужника када извршни поверилац у извршном поступку захтева намирење на објекту заложног права. М. Милошевић, 36
- 20 У пракси субјекти по правилу заснивају двостранообавезне облигационе односе, тако да су њихови учесници један према другоме у положају и дужника и повериоца. Како је у извршној исправи на ауторитативан начин утврђено постојање потраживања, ствари се поједностављују тако да је у извршном поступку покренутом на основу извршне исправе једна страна искључиво поверилац, а друга искључиво дужник. Ове стране нису равноправне зато што поверилац може принудно да наплати потраживање задирући тако у дужникову имовину. Опширније о субјектима у облигационом односу вид.: Јаков Радишић, *Облигационо право (опити део)*, Београд 2016, 32–33.

средство које му је гарантовано самим Уставом Републике Србије. Друкчије казано, изостанак права на одбрану на страни извршног дужника – новог власника непокретности у извршном поступку овога гура у парницу.²¹ Ако се посматра из угла појединачног, рационалног тужиоцу парница доноси нежељену главобољу коју дели са туженим. Али ако таквој парници приступимо из угла општег, она у скупу са сличним поступцима непотребно оптерећује судове и отежава приступ суду у осталим спорним ситуацијама.

Ово становиште се чини доследним осим из угла позитивног права. Према ЗИО, „странка“ означава извршног повериоца и извршног дужника.²² Закон је изричит да се у описаној ситуацији давалац заложне изјаве означава као извршни дужник без обзира што је у периоду од сачињавања извршне исправе дошло до промене власника непокретности и без обзира да ли је давалац заложне изјаве уједно и корисник кредита.

4. СТАНОВИШТЕ ПО КОМЕ ЈЕ НОВИ ВЛАСНИК (ХИПОТЕКОВАНЕ) НЕПОКРЕТНОСТИ ТРЕЋЕ ЛИЦЕ У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Сходно Закону о извршењу и обезбеђењу, треће лице је учесник у поступку који тврди да на предмету извршења има право које спречава спровођење извршења.²³ Правно средство које стоји на располагању таквом лицу је приговор.²⁴ На основу приговора ово лице може бити упућено на парницу, па се парница јавља као допунски метод за корекцију одлука суда у извршном поступку.²⁵ Тужба којом се покреће парница ради утврђивање недозвољености извршења се не може поднети, а да пре тога није био изјављен приго-

21 Према владајућој теорију права извршења, „систем правних средстава у извршном поступку треба да буде тако организован да омогући да се незаконитости и неправилности отклањају од стране првостепених и другостепених извршних судова, док упућивање на парницу треба да буде изузетак, а не правило“. Никола Бодирога, „Критички осврт на поједина решења новог Закона о извршењу и обезбеђењу“, Реферат са XXV саветовања Привредних судова Србије, Златибор 2017, 96.

22 ЗИО, чл. 6, ст. 1, тач. 4.

23 ЗИО, чл. 6, ст. 1, тач. 6.

24 Такав приговор нема суспензивно дејство и треће лице га може поднети до окончања извршног поступка. ЗИО, чл. 108, ст. 2. На основу тога што треће лице може уложити приговор али не мора, његово учешће у поступку је евентуално. Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Београд 2009, 77.

25 Вид.: Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 449. Са више детаља вид.: Марија Салма, „Приговор трећег лица и тужба против извршења – излучни захтеви“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2014, 193–210.

вор.²⁶ Оно што је нарочито значајно за треће лице је да ни покретање парничног поступака не одлаже извршење,²⁷ због чега постоји опасност да се у извршном поступку прода ствар која није у власништву извршног дужника.²⁸ Ипак, чини се да је према ЗИО (2015) положај трећег лица нешто побољшан. Такво релативно олакшање доноси институт одлагања извршења до кога може доћи на основу споразума странака, на предлог извршног повериоца, извршног дужника и трећег лица које је поднело приговор да се извршење на неком предмету извршења прогласи недозвољеним.²⁹ Ако не постоји сагласност дужника и повериоца у погледу одлагања, на јавном извршитељу је да процени који је то временски интервал у коме је одлагање оправдано.³⁰ Чини се да такво дискреционо овлашћење припада јавном извршитељу и када је предлог за одлагање поднет од стране трећег лица. Становиште по коме је нови власник (хипотековане) непокретности треће лице се чини најмање вероватним из неколико разлога: нови власник непокретности може у приговору и тврдити како на предмету извршења има право које спречава извршење, али је готово никаква вероватноћа да ће са таквим правним средством успети. Хипотекарни поверилац има право следовања и може да се намири из вредности хипотековане непокретности без обзира на промену власника. Надаље, закон је том погледу изричит, нови власник (хипотековане) непокретности је дужан да трпи намирење, отуда његово право својине није довољна брана извршењу.

26 Против решења којим се приговор одбија не може се изјавити жалба, али треће лице може у року од 30 дана од пријема решења покренути парницу против извршног повериоца ради утврђења недозвољности извршења. ЗИО, чл. 111, ст. 1. Таквом тужбом мора бити обухваћен и извршни дужник који је оспорава право трећег лица, ЗИО, чл. 111, ст. 3. Опширније вид.: Марија Ђукић, „ЗИО – Правна средства у извршном поступку“, *Коментари новина у Закону и правних института извршног права са моделима аката*, Београд 2016, 64.

27 ЗИО, чл. 111, ст. 2.

28 Стручна јавност је указала на могуће штетне последице због немогућности одлагања извршења према одредбама ЗИО (2011) и неделотворне правне заштите трећег лица у току спровођења извршења због чега се у извршном поступку може продати ствар која није у власништву извршног дужника. Вид.: Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26. 11. 2014. и 27. 11. 2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 3. 12. 2014. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2014.

29 „На предлог трећег лица које је поднело приговор да се извршење на неком предмету извршења прогласи недозвољеним, јавни извршитељ одлаже извршење, само једном у току извршног поступка, ако треће лице доказује своје право правноснажном одлуком или јавном или по закону овереном исправом.“ ЗИО, чл. 123.

30 „Када је извршење одложено на предлог извршног дужника, трајање одлагања одређује јавни извршитељ у зависности од околности.“ ЗИО, чл. 126.

5. СТАНОВИШЕ ПО КОМЕ ЈЕ НОВИ ВЛАСНИК (ХИПОТЕКОВАНЕ) НЕПОКРЕТНОСТИ УЧЕСНИК У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Према Закону о извршењу и обезбеђењу, учесник је лице које у извршном поступку или поступку обезбеђења остварује неко своје право или правни интерес, а није странка у поступку.³¹ У теорији извршног поступка је јасно исказано становиште да новом власнику (хипотековане) непокретности свакако треба признати својство учесника у поступку.³² Међутим, чини се да је наше потпуније одређење о исказаном ставу неопходна дубља анализа и недвосмислени одговори на неколико претходних питања. Потребно је најпре испитати која лица се уобичајно јављају као учесници у поступку, а потом и која правна средства стоје на располагању овим лицима како би остварила неко своје право или правни интерес.

5.1. Уобичајни учесници у поступку намирења новчаног потраживања продајом непокретности

Ако се осврнемо на правну књижевност у овој области може се уочити да се традиционално као учесници у извршном поступку иницираном у циљу намирења повериоачевог новчаног потраживања³³ продајом непокретности наводе:

- *купац непокретности у извршном поступку – на јавној продаји или непосредном погодбом.* Чини се да за стицање својства учесника у поступку није неопходно да неком лицу као најповољнијем понудиоцу буде додељена непокретност и да овај уплати продајну цену. Довољно је да неко лице положи јемство за учешће на јавној продаји.³⁴ Ако се на јавној продаји одигра нешто мимо закона, уплатилац јемства може захтевом за отклањање неправилности тражити заштиту интереса који сматра повређеним.³⁵

31 ЗИО, чл. 2, ст. 1 тач. 5.

32 Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2016, 163.

33 Под новчаним потраживањима која су данас најзаступљенија ваља разумети обавезе које се тичу плаћања одређене или одредиве своте новца. Опширније о новчаним обавезама и уопште о појму новца вид.: Ј. Радишић, 53.

34 На јавном надметању могу као понудиоци да учествују само лица која су положила јемство до објављивања јавног надметања. ЗИО, чл. 175, ст. 1.

35 С друге стране, ова лица морају сносити и трошкове поступка које су проузроковали својом кривицом. На пример, у ситуација када нико од лица која су уплатила јемство не прихвати почетну цену на њихов рачун падају трошкови банкарске провизије коју јавни извршитељ плаћа банци, приликом враћања новчаних средстава уплаћених на име јемства за учешће на јавној продаји.

- *ималац права прече куповине*.³⁶ Према ЗИО, ималац законског права прече куповине непокретности има првенство над најповољнијим понудиоцем ако одмах после објављивања који је понудилац најповољнији, а пре доношења закључка о додељивању непокретности, изјави да купује непокретност под истим условима као најповољнији понудилац.³⁷ Ималац уговорног права прече куповине непокретности које је уписано у катастар непокретности остварује своје право као и ималац законског права прече куповине, ако не постоји законско право прече куповине, или постоји, а није искоришћено.³⁸
- *имаоци личних службености и стварних терета који се гасе*.³⁹ Ова стварна права престају ако су уписана у катастар непокретности после најстаријег заложног права на непокретности или најстаријег решења о извршењу. „Имаоци личних службености и стварних терета који су угашени имају право на накнаду.“⁴⁰ Ова лица имају право на накнаду из продајне цене непокретности, због гашења личних службености и стварних терета продајом непокретности, само ако су потраживања накнаде пријавила до доношења закључка о намирењу.⁴¹
- *закупац кога треба иселити из продате непокретности*. Када је реч о непосредним држаоцима непокретности која је предмет извршења, традиционално је највеће проблеме у пракси изазивало исељење закупца. Ово из разлога што се овом питању приступало тако да продајом непокретности не

36 Уопште о праву прече куповине у извршном поступку вид.: Раденка Цветић, „Право прече куповине у извршном поступку у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2014, 147–160.

37 ЗИО, чл. 170, ст. 1.

38 ЗИО, чл. 170, ст. 2. „Ако се непокретност продаје непосредном погодбом јавни извршитељ позива имаоца законског права прече куповине и имаоца уговорног права прече куповине које је уписано у катастар непокретности да се у року од осам дана писмено изјасне да ли намеравају да користе своје право под условима из закључка о додељивању непокретности непосредном погодбом.“ ЗИО чл. 170, ст. 3.

39 У правној књижевности се истиче да својство учесника у извршном поступку има не само ималац заложног права, него и други носиоци стварних права на непокретности која је предмет извршења.

Вид.: Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 434.

40 ЗИО, чл. 160, ст. 4.

41 ЗИО, чл. 198, ст. 1. Док заложни повериоци не морају да пријаве своја потраживања, имаоци личних службености и стварних терета могу да остваре своје право на накнаду само ако се пријаве за накнаду.

престаје закуп непокретности, ако је пре доношења решења о извршењу закључен уговор о закупу и непокретност предата у државину закупцу.⁴² Уговори о закупу су закључивани у обичној писаној форми без овере потписа у суду или код јавних бележника. Такви уговори се нису уписивали у катастар, већ су их уговорници евентуално заводили у своје пословне књиге. Све је то довело до распрострањене праксе „антидатирања“ уговора о закупу и њиховог „вађења из фиоке“ током извршног поступка. Ниоткуда су искрсавали дугорочни закупи са уговореном минималном закупнином. На опште задовољство стручне јавности, ЗИО (2015) у том делу даје значајан допринос правној сигурности. Сада продајом непокретности не престаје закуп, те купац ступа у права и обавезе закуподавца, искључиво ако је уговор о закупу уписан у катастар непокретности пре најстаријег заложног права на непокретности или најстаријег решења о извршењу.⁴³

5.2. Правна средства учесника у поступку

У правној теорији се нарочито наглашава да учесници у поступку нису странке, ни оригинално, нити да се у том својству доцније придружују једној од странака.⁴⁴ Отуда је нарочито важно испитати којим правним средствима они могу утицати на ток извршног поступка. Чини се да је опште правно средство за заштиту права и правних интереса које стоји на располагању учесницима у извршном поступку захтев за отклањање неправилности.⁴⁵

5.2.1. Захтев за отклањање неправилности

Према Закону о извршењу и обезбеђењу, неправилности могу да се састоје од недоношења одлуке и предузимања или пропуштања радње.⁴⁶ Међутим, практично посматрано, захтев за отклањање неправилности се показује немоћним из најмање два разлога. Прво, ово правно средство се не тиче фазе одређивања извршења, већ је

42 ЗИО (2011), чл. 163, ст. 1.

43 ЗИО, чл. 161, ст. 1.

44 Р. Кеча, Б. Старовић, 597.

45 Проф. Бодирога указује на специфичност положаја новог власника непокретности зато што се радње спровођења предузимају на непокретности чији је он власник. Ипак, с обзиром да се као извршни дужник у предлогу за извршење назначавала залогодавац, стипцалац непокретности не би могао да изјави жалбу против решења о извршењу. Према овом аутору: „Он би као учесник у извршном поступку могао да штити своја права захтевом за отклањање неправилности“. Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, 173.

46 ЗИО, чл. 148, ст. 1 реченица 2.

употребљиво искључиво у фази спровођења извршења.⁴⁷ Отуда се овим средством не може оспоравати решење о извршењу. Друго, захтев за отклањање неправилности нема суспензивно дејство, тако да не одлаже спровођење извршења.

Приступ по коме је нови власник (хипотековане) непокретности учесник у поступку са правом да своје интересе штити општим правним средством за отклањање неправилности чини се нимало не иде на руку овим лицима. Према теорији права извршења тражење да се отклоне неправилности нема карактер правног лека (оно је правно средство и изван зоне правних лекова).⁴⁸ Захтевом за отклањање неправилности не побијају се никакве одлуке, већ се исказује своје противљење поступању службеног лица.⁴⁹

Исказани став дели и судија Ђукић, „захтев за отклањање неправилности је посебна врста правног средства које не представља правни лек, јер се њиме не врши контрола законитости одлука суда и јавног извршитеља“.⁵⁰

Чини се да управо неделотворност захтева за отклањање неправилности наводи на размишљање о томе – има ли нови власник непокретности на располагању неки правни лек, односно неко правно средство којим би ефикасније заштитио свој правни интерес и ако према актуелном закону то није случај у ком правцу треба размишљати приликом евентуалне измене закона.

6. СТАНОВИШЕ ДА ЈЕ НОВИ ВЛАСНИК (ХИПОТЕКОВАНЕ) НЕПОКРЕТНОСТИ УЧЕСНИК У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ С ПРАВОМ ДА ЊЕГОВИ ПОДНЕСЦИ БУДУ УЗЕТИ У ОБЗИР

Према судији Николићу обзиром да Закон није ништа прописао у погледу статуса и права новог власника хипотековане непокретно-

47 „Странка и учесник у поступку могу захтевати да се отклоне неправилности које су настале у току и поводом спровођења извршења.“ ЗИО, чл. 148, ст. 1, реченица 1.

48 Р. Кеча, Б. Старовић, 621. Ови аутори као један од аргумената да захтев за отклањање неправилности није правни лек истичу и околност да његово подношење није ограничено роком. У ЗИО (2015) прописан је рок за подношење захтева за отклањање неправилности . „Захтев за отклањање неправилности може да се поднесе у року од 15 дана од дана када је одлука требало да буде донета, или радња предузета, или требало да буде предузета.“ ЗИО, чл. 148, ст. 2. Ипак, чини се да утрђивањем рока за подношење, захтев за отклањање неправилности није променио своју правну природу и даље је у питању правно средство које се по својој делотворности разликује од правног лека.

49 Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 449.

50 М. Ђукић, 65.

сти који трпи намирење (извршног повериоца) продајом непокретности, „он би у сваком случају морао имати статус учесника у поступку“. У том погледу изгледа да се становиште овог аутора не разликује много до претходно описаног става да је нови власник хипотековане непокретности учесник у поступку са правом на подношење захтева за отклањање неправилности. Међутим, судија Николић у наставку улази у нешто дубљу анализу положаја новог власника непокретности отварајући питање може ли нови власник користити правне лекове и правна средства, и то посебно у ситуацији када их извршни дужник (злогодавац) не користи. „Често залогодавац у овој ситуацији неће имати никакав правни интерес да као извршни дужник уопште побија решење о извршењу, а могуће је да је новчано потраживање које је обезбеђено хипотеком престало у целости или да је престало делимично. У том смислу, с обзиром да се сви акти суда и јавног извршитеља достављају новом власнику, па дакле и решење о извршењу, морали би се узети у обзир и разматрање поднесци, захтеви и предлози које нови власник упуту као и докази које у том смислу достави, јер се не би смело дозволити да се уколико постоје несумњиви докази да је новчано потраживање престало или да је делимично престало, извршење ипак спроведе у целости не узимајући у обзир чињенице и доказе које истакне нови власник.“⁵¹ Иако се ово становиште далеко развијеније у односу на теоријске приступе која смо претходно изложили, чини се да ни оно не нуди свеобухватан одговор о правном положају новог власника хипотековне непокретности у извршном поступку. Наиме, остаје отворена недоумица, у којој мери је „право на узимање у обзир поднесака“ делотворно и довољно ефикасно у заштити уставом гарантованог права на мирно уживање имовине новог власника непокретности. Можда би одговор на ово питање требало тражити у поређењу положаја новог власника (хипотековане) непокретности са статусом неких учесницима у поступку којима Закон о извршењу и обезбеђењу поред захтева за отклањање неправилности као опште–доступног правног средства ставља на располагање и нека посебна правна средства за заштиту имовинског интереса.

51 Младен Николић, „Годину дана примене Закона о извршењу и обезбеђењу“, *Реферат са XXV саветовања Привредних судова Републике Србије*, Златибор 2017, 132,

7. ПОРЕЂЕЊЕ СА ПРОЦЕСНИМ ПОЛОЖАЈЕМ ДРУГИХ УЧЕСНИКА У ПОСТУПКУ КОЈИМА СУ НА РАСПОЛАГАЊУ ПОСЕБНА ПРАВНА СРЕДСТВА ЗА ЗАШТИТУ ИМОВИНСКОГ ИНТЕРЕСА

Иако је законодавац изричит да су странке у извршном поступку само извршни поверилац и извршни дужник, чини се да неке категорије лица које учествују у извршном поступку, сходно начелу формалног легалитета нису странке, али да се, с друге стране, ова лица битно разликују од других учесника у поступку, пре свега узимајући у обзир њихова овлашћења да утичу на ток поступка и правна средства која су им у ту сврху стављена на располагање. То је, на пример, случај са хипотекарним повериоцима који нису иницирали извршни поступак.

7.1. Процесни положај хипотекарног повериоца који уједно није извршни поверилац

У потрази за одговором на питање какав је процесни положај новог власника (хипотековане) непокретности који није извршни дужник изгледа може послужити процесни положај хипотекарног повериоца који се намирује иако није покренуо извршни поступак. Уз све несумњиве разлике чини се да положај ових лица у извршном поступку има и једну заједничку одлику која је сасвим довољан основ за поређење. Доношењем закључка о предаји непокретности купцу на јавној продаји или непосредном погодбом založno право хипотекарног повериоца, по правилу престаје, као што се гаси и право својине новог власника непокретности.⁵² Сходно Закону, zaloжни повериоци намирују се у извршном поступку и ако нису поднели предлог за извршење, нити пријавили потраживање у извршном поступку.⁵³ Ово је за професора Дику довољно да закључи како хипотекарни поверилац који се намирује у извршном поступку иако

52 Овде је важно нагласити да купац у извршном поступку стиче својину без терета. Право својине новог власника непокретности не прелази на купца у извршном поступку обзиром да овде није реч о деривативном, већ о оргинарном стицању. Купац своје право својине не изводи из права претходника, пошто претходни власник може пренети само својину какву има са свим теретима и ограничењима.

53 ЗИО, чл. 159, ст. 1. Овом питању се на приближно исти начин приступа и у правним системима у региону. „У поступку оврхе на некретности намирују се и zaloжни вјеровници који нису предложили оврху“. Вид.: *Ovršni zakon*, чл. 86, ст. 1. „У поступку извршења на непокретности намирује се и zaloжни повјерилац који није предложио извршење“. Вид.: Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени лист Црне Горе*, бр. 36/2011 од 27. 7. 2011. године, чл. 160.

није поднео предлог за извршење има позицију *нужне акцесорне странке*.⁵⁴ У том контексту, водећи рачуна о специфичном положају учесника у поступку, српски законодавац им ставља на располагање одређена правна средства за заштиту имовинског интереса.

7.1.1. Право хипотекарног повериоца да захтева обуставу извршног поступка због недостатка покрића

Хипотекарни поверилац који није уједно и извршни поверилац може да тражи обуставу извршног поступка због недостатка покрића. Свако ко има право да се намири на непокретности, а по редоследу намирења долази пре извршног повериоца чија је забележба решења о извршењу најстарија, може предложити да се извршни поступак обустави ако процењена вредност непокретности не покрива потраживање извршног повериоца.⁵⁵ У извршном поступку доминира принцип диспозиције по коме извршни поверилац иницира извршни поступак, предлаже да се извршење спроведе на целокупној имовини (или предлаже предмет и средство извршења), бира једног од више надлежних јавних извршитеља,⁵⁶ предлаже промену предмета и средстава извршења, повлачи предлог за извршење, што је све у складу са начелом заштите грађанских субјективних права на приватни захтев односно још шире начела аутономије воље које доминира у грађанском праву.⁵⁷ Међутим, Закон овде супротно принципу

54 М. Dika, 119. Чини се да овде осим термиолошке не постоји нека суштинска разлика, хрватски Овршни закон не познаје категорију учесници у поступку. Притом, неки српски аутори овде посежу за категоријама својственим парничном поступку. Према М. Милошевићу када се извршење спроводи на предмету на ком већ постоји нечије заложно право, у поступку морају учествовати и они заложни повериоци који нису покренули поступак. „Они у овом случају имају положај јединствених супарничара.“ М. Милошевић, 37.

55 ЗИО, чл. 168, ст. 1. Предлог за обуставу извршног поступка подноси се у року од осам дана од дана доношења закључка о утврђивању вредности непокретности. ЗИО, чл. 168, ст. 2. Опширније о праву хипотекарног повериоца да захтева обуставу извршног поступка због недостатка покрића вид: Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења Привредног апелационог суда одржаној 23. 10. 2012. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 3/2012. У региону се овом питању приступа на сличан начин. Тако је у хрватском праву приговор недостатка покрића регулисан на следећи начин: „Свака особа која се има право намирити из продајне цијене некретнине, а која по реду првенства долази испред оврховодитеља, може предложити да се оврха обустави ако утврђена вриједност некретнине не покрива ни дјеломице износ тражбине оврховодитеља.“ Овршни закон, чл. 94, ст. 1.

56 У решењу о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе одређује се да извршење спроводи јавни извршитељ кога је извршни поверилац назначио у предлогу за извршење. ЗИО чл. 68, ст. 1.

57 На овом месту је занимљиво указати да је начело диспозиције у смислу „поверилачке аутономије“ доминантно и у поступку стечаја. Опширније вид: Вук

диспозиције дозвољава лицу које није извршни поверилац да тражи обуставу поступка. На овај начин законодавац даје хипотекарном повериоцу могућност да заштити хипотеку као његов имовински интерес. Сматрамо да се разлог за такво поступање законодавца може тражити управо у околности да се по продаји непокретности бришу сви терети. Ако се хипотекарни поверилац не успротиви наставку спровођења извршења услед недостатка покрића, заложно право ће престати доношењем закључка о предаји непокретности купцу, ово без обзира да ли је заложни поверилац намирен у целини или у мањем обиму.⁵⁸

7.1.2. Право хипотекарног повериоца да оспорава постојање потраживања другог лица

Заложни повериоци као лица која се намирују из цене остварене продајом могу писмено или усмено на записник код јавног извршитеља да оспоравају постојање потраживања другог лица, његову висину и редослед намирења под условом да то оспоравање чини повољнијим његове изгледе за намирење из остварене цене.⁵⁹ Ово правно средство је орочено тако да се може користити само до доношења закључка о намирењу.⁶⁰ Јавни извршитељ може решењем одлучити о оспоравању, односно закључком упутити лице које оспорава потраживање да у року од 15 дана покрене парнични поступак.⁶¹

7.1.3. Право хипотекарног повериоца да сачува хипотеку до износа до кога би се намирио из продајне цене

Купац непокретности и заложни поверилац могу, до истека рока за плаћање продајне цене, писмено да уговоре да заложно право остане на непокретности и после њене предаје купцу, а да купац преузме дуг извршног дужника према заложном повериоцу у износу у коме би се заложни поверилац намирио из продајне цене. Продајна цена смањује се за износ преузетог дуга.⁶² Иако се из стилизације норме може помислити како износ на који је купац преузео терет мора у динар да се поклапа са износом у којем би се хипотекарни поверилац намирио, то наравно није случај тако да стране у овом споразуму о преузимању дуга могу договорити да уписана хипотека остане и ради обезбеђења мањег износа дуга у односу на постојећи.

Радовић, *Стецајно право*, Књига прва, Београд 2017, 129–130.

58 ЗИО, чл. 168, ст. 2.

59 ЗИО, чл. 202, ст. 1.

60 ЗИО, чл. 202, ст. 2.

61 ЗИО, чл. 203, ст. 1.

62 ЗИО, чл. 173, ст. 3.

Такав споразум купца и заложног повериоца мора да одобри јавни извршитељ закључком.⁶³ Ипак и ово овлашћење хипотекарног повериоца којим он диспонира својим правом одлучујући да га очува, сада у односу на новог дужника – купца непокретности, јасно показује да хипотекарни поверилац није само обичан учесник у поступку. Могу ли се онда из таквог посебног статуса хипотекарног повериоца који једновременно није извршни поверилац аналогijом извући поуке о садашњем или *de lege ferenda* статусу новог власника (хипотековане) непокретности у извршном поступку?

8. ГДЕ СЕ НАРОЧИТО „КРУНИ“ СТАНОВИШТЕ ПО КОМЕ ЈЕ НОВИ ВЛАСНИК (ХИПОТЕКОВАНЕ) НЕПОКРЕТНОСТИ САМО ЈЕДАН ОД УЧЕСНИКА У ПОСТУПКУ?

Чини се да одређене правне ситуације до којих долази у поступку извршења на непокретностима нарочито јасно подржавају тезу да се када је извршни поступак инициран у односу на даваоца заложне изјаве према новом власнику хипотековане непокретности не може поступати као да се ради о обичном учеснику у поступку. На посебност његовог статуса указују и одговори на следећих неколико питања: чија је сагласност неопходна за закључење споразума о продаји непосредном погодбом и ко су лица која се могу позвати на несразмеру између предмета и средства извршења и вредности новчаног потрживања које се намирује у извршном поступку.

8.1. Ко закључује споразум о продаји непосредном погодбом?

Значајан путоказ из кога се може закључити да законодавац није у довољној мери обратио пажњу на процесни положај новог власника (хипотековане) непокретности крије се у правилима о продаји непосредном погодбом. Према Закону, странке у извршном поступку могу да се споразумеју о продаји непосредном погодбом.⁶⁴ Ако се овом

63 ЗИО, чл. 173, ст. 4.

64 ЗИО чл. 185, ст. 1. Чини се да је правило по коме се извршни поверилац и извршни дужник током целог поступка могу споразумети о продаји непосредном погодбом и условима такве продаје Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО 2011, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон, чл. 96, ст. 3, без нарочитог оправдања замењена рестриктивним правилом да је споразум странака о продаји непокретности непосредном погодбом могућ у распону од објављивања закључка о продаји непокретности на јавном надметању, па до доношења закључка о додељивању непокретности после јавног надметања или доношења закључка којим се утврђује да друго јавно надметање није успело. На пример, ако се већ сам извршни поверилац може одредити за продају непосредном погодбом након доношења закључка о томе да друга јавна продаја

споразуму приступи рестриктивно тако да су странке само извршни дужник и извршни поверилац, онда се у ситуацији када је извршни поступак инициран у односу на даваоца заложне изјаве нови власник непокретности не пита много о отуђењу непокретности непосредном погодбом. Ово је нарочито спорно пошто у коначници долазимо до тога да извршни дужник који није власник непокретности може да се сагласи о томе да туђа непокретност буде продата. Притом ова цена може бити и до 30 посто нижа од тржишне.⁶⁵ Ово се чини крунским доказом да у ситуација када постоји били иницијално двојење били накнадно двојење на дужничкој страни а извршни поступак је покренут против заложног дужника нови власник хипотековане непокретности није и не може бити само обичан учесник у поступку. Ако га строго формално не можемо назвати странком, он је у најмању руку *нужни акцесорни учесник у поступку* без чије сагласности споразум о продаји непосредном погодбом не може производити дејство. Чини се једино рационалним да у ситуацији када је изостала сагласност новог власника непокретности у погледу продаје непосредном погодбом, јавни извршитељ покаже одређену дозу опреза и уздржаности, односно да не приступа доношењу закључења о продаји непосредном погодбом и закључењу уговора о продаји непосредном погодбом.⁶⁶ Ако се продаја заснива на споразуму онда сагласност за продају не може доћи од невласника. Ако се има на уму општи принцип правне сигурности онда нико на основу споразума о продаји непосредном погодбом не може пренети на другог више права него што сам има.

8.2. Ко се може позвати на повреду начела сразмере?

Према Закону о извршење и обезбеђењу суд може дозволити извршење без навођења предмета и средстава извршења (тзв. извршење на целокупној имовини извршног дужника).⁶⁷ Међутим,

није успела зашто се извршни поверилац и изврши дужник не би могли споразумети о томе.

- 65 „Споразумом странака одређују се рок за закључење уговора о продаји непосредном погодбом и продајна цена, која не може бити нижа од 70% процене вредности непокретности, а могу да се одреде и други услови.“ ЗИО, чл. 168, ст. 3.
- 66 Притом непосредну погодбу на основу сагласности странака не треба мешати са непосредном погодбом након две неуспеле продаје. „Ако друго јавно надметање није успело, јавни извршитељ одмах позива извршног повериоца да у року од 15 дана изабере намирење продајом непокретности непосредном погодбом или преносом права својине на непокретности.“ ЗИО, чл. 184, ст. 1.
- 67 ЗИО, чл. 60, ст. 1. Опширније о могућности извршног повериоца да када је у питању намирење новчаног потраживања захтева извршења на целокупној имовини извршног дужника вид.: Младен Николић, *Закон о извршењу и обезбеђењу са коментаром најзначајнијих новина и моделима*, Београд 2016, 268. Сматрамо да код заложне изјаве као извршне исправе предмет и средство

пре приступања спровођењу извршења такав избор мора бити учињен. Сходно припципу сразмере (пропорционалности),⁶⁸ јавни извршитељ дужан је да приликом избора средства и предмета извршења ради намирења новчаног потраживања води рачуна о сразмери између висине обавезе извршног дужника и средства и вредности предмета извршења.⁶⁹ Поред тога, што јавни извршитељ по службеној дужности води рачуна о пропорционалности,⁷⁰ законодавац овлашћује извршног дужника да својим предлозима укаже на

извршења морају бити конкретизовани, те да заложна изјава није прихватљива као извршна исправа у односу на целокупну имовину. Један од разлога је свакако и тај што то не одговара каузи уговора о залози, односно заложне изјаве. Супротан приступ нарочито „боде очи“ када је реални дужник дао заложну изјаву за туђи дуг. У општој теорији права обезбеђења се истиче да лични дужник гарантује заложном повериоцу за исплату дуга својом имовином, док је реални дужник обавезан да трпи намирење потраживања само из вредности предмета хипотеке. М. Лазић, 106. Другим речима: „На основу хипотеке њен ималац има само захтев да се ствар прода (уновчи) ради намирења, а не и захтев за исплату одређене суме новца (пошто му власник непокретности који није облигациони дужник не дугује, а ако власник и јесте облигациони дужник, дугује му по основу облигације, а не по основу хипотеке).“ М. Живковић, 52. Међутим, српско позитивно право у том погледу очигледно има „другачију визију“. Уговор о хипотеци и заложна изјава се у ЗИО налазе на списку извршних исправа без ограничења да су ово извршне исправе у односу на предмет хипотеке. Исти закључак се може извући и из матичног материјалноправног прописа. Тако сходно Закону о хипотеци хипотекарни поверилац може захтевати да своје доспело потраживање намири: 1) најпре из вредности хипотековане непокретности, а затим из остале имовине дужника; 2) истовремено из вредности хипотековане непокретности и из дужникове имовине; или 3) најпре из дужникове имовине, па тек потом из вредности хипотековане непокретности. Вид.: ЗОХ, чл. 25.

68 Опширније о принципу пропорционалности у извршном поступку вид.: Никола Бодирога (2012), 245–246. Сматрамо да се овај принцип може у ширем смислу извести из принципа еквивалентности узајамних давања. Опширније о овом принципу за које се може рећи да, као и начело забране злоупотребе права, деривира из начела савесности и поштења вид.: Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2012, 46–49.

69 ЗИО, чл. 56. Ако јавни извршитељ има сазнање да дужник има само једну ствар, на пример то је утврђено приликом пописа покретних ствари или се ради о једној непокретности, у том случају, изнад дужности јавног извршитеља да води рачуна о сразмери између висине обавезе и вредности ствари, налази се дужност принудног извршења и остварења потраживања када су за то испуњени законски услови. „Зато у тој ситуацији несразмера између обавезе и вредности ствари није препрека да се извршење спроведе.“ Вид.: Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења Привредног апелационог суда одржаној 23. 10. 2012. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 3/2012.

70 Према Закону, јавни извршитељ дисциплински одговара за тежу дисциплинску повреду у случају одређивања, мењања или додавање средстава и предмета извршења којим је озбиљно нарушено начело сразмере. ЗИО, чл. 527, ст. 1, тач. 5.

недостатак сразмере. „Ако је у решењу о извршењу одређено више средстава и предмета извршења, тако да се следећа спроведу тек ако претходна нису довољна да се извршни поверилац намири, јавни извршитељ може закључком, на предлог извршног дужника, ограничити извршење на само нека средства и предмете који су довољни да се извршни поверилац намири. Додатно, јавни извршитељ може, на предлог извршног дужника, закључком да промени већ одређено средство и предмет извршења, ако су средство и предмет извршења које је извршни дужник предложио довољни да се извршни поверилац намири. Извршни дужник може дакле предложити да се од више одређених предмета и средстава извршења спровођење сведе само на неке, односно може предложити да се одређени предмет и средство замене другим предметом и средством довољним за намирење. Сматрамо да се такво овлашћење позивања на начело сразмере не може ускратити новом власнику хипотековане непокретности који је по правилу и корисник кредита. Ако кажемо да су из угла начела сразмере најосетљивије ситуације у којима заложни поверилац покреће извршење на основу заложне изјаве против изворног власника непокретности као извршног дужника иако је претежни део дуга отплаћен, онда се чини да управо корисник кредита као нови власник непокретности лице које има наизраженији правни интерес да подсети јавног извршитеља на начело сразмере. Онај који је из неког разлога престао са отплатом кредита најлакше доказује у којој мери је кредит отплаћен. Додатно се чини правнологичним да корисник кредита који је уједно нови власник непокретности предложи замену предмета и средства извршења који су одређени другим предметом и средством довољним за намирење. Поједностављено, овде ималац два имовинска добра жртвује једно за њега мање значајно добро да би сачувао друго вредније добро. На страни извршног дужника који није ималац добра погођеног извршењем интерес спашавања таквог добра не постоји. Само је власник непокретности подстакнут да исту чува од извршења нудећи друго подобно добро довољно за намирење.

9. НУЖНОСТ НОРМАТИВНИХ РЕЗОВА

9.1. Корекције постојећег нормативног решења

Према судији Николићу, пропуст законодавца је очигледан у норми која прописује да се извршни поступак на основу заложне изјаве покреће против даваоца заложне изјаве који је изворни власник заложене непокретности. Надаље он износи став „да је у конкретном случају, обзиром да је у питању имовина једног лица, у За-

кону у одредбама из члана 153 ЗИО, требало предвидети посебан правни лек или средство за новог власника непокретности, иако он није странка у поступку.⁷¹

Ова исправна констатација може се надоградити у делу који се односи на продају непосредном погодбом на основу споразума странака (ЗИО, чл. 185, ст. 1) и то тако да допуњујуће правило гласи:

Ако је извршење одређено у односу на залогодаваца као извршног дужника, с тим да је нови власник непокретности дужан да трпи намирење до споразумне продаје пре доношења закључка о другој неуспелој продаји може доћи само ако се са таквом продајом сагласе извршни поверилац и нови власник непокретности. У том случају уговор о продаји непокретности непосредном погодбом закључују у писменом облику купац и јавни извршитељ у име новог власника хипотековане непокретности, а за рачун извршног повериоца.⁷²

Из сличног разлога потребно је допунити норму (ЗИО, чл. 57) која регулише одређивање више средстава и предмета извршења тако да гласи:

Ако је извршење одређено у односу на залогодаваца као извршног дужника, с тим да је нови власник непокретности дужан да трпи намирење, а одређено је више средстава и предмета извршења тако да се следећа спроведу тек ако претходна нису довољна да се извршни поверилац намири, јавни извршитељ може закључком, на предлог новог власника непокретности, ограничити извршење на само нека средства и предмете који су довољни да се извршни поверилац намири.

За очекивати би било и корекцију норме о замени средства и предмета извршења (ЗИО, чл. 58, ст. 2) тако да гласи

Ако је извршење одређено у односу на залогодаваца као извршног дужника, с тим да је нови власник непокретности дужан да трпи намирење, јавни извршитељ може, на предлог новог власника непокретности, закључком да промени већ одређено средство и предмет извршења, ако су средство и предмет извршења које је нови власник непокретности предложио довољни да се извршни поверилац намири.

71 М. Николић (2017), 132.

72 Супротно је општим правилима о заступништу и стицању својине вољом претходника да у ситуацији када извршни дужник није власник непокретности јавни извршитељ закључује уговор о продаји непосредном погодбом у име и за рачун извршног дужника који није власник непокретности. Упоредити са ЗИО, чл. 185, ст. 2 и ЗИО (2011), чл. 96, ст. 5.

9.2. Нормативни заокрет

Живот често није онакав каквим га замишља предлагач закона из мање или више „удобне фотеље“ ресорног министарства. Чини се да ново нормативно решење ЗИО у делу који се односи на ситуацију када се извршни поступак покреће против даваоца заложне изјаве, а у периоду од сачињавања заложне изјаве до подношења предлога за извршење је дошло до промене власника непокретности нарочито спорно у контексту престанка правног субјективитета као правне чињенице: смрти (физичког лица) и стечаја (привредног друштва). Претходно смо већ указали да је на нашем тржишту уобичајно да код куповине непокретности на кредит, заложну изјаву ради обезбеђења купчевог кредита даје продавац непокретности како би банка која је одобрила наменски кредит поднела захтев за упис хипотеке у јавне књиге пре „пуштања кредита у течај“. У ситуацији када се сходно Закону као извршни дужник у предлогу за извршење назначава заложни дужник једна од страна у таквом односу у зависности од околности бива изложена значајном ризику. На пример, ако у периоду од давања заложне изјаве до подношења предлога за извршење давалац заложне изјаве умре или оде под стечај, заложна изјава за хипотекарног повериоца представља „мртво слово на папиру“ у смислу спровођења извршења.⁷³ Ово без обзира што је лични дужник као корисник кредита који не враћа кредит и даље виталан и подобан за утужење.⁷⁴ Супротно овоме, ако код такве куповине непокретности на кредит у периоду од давања заложне изјаве до подношења предлога за извршење нови власник (хипотековане) непокретности који је уједно и корисник кредита умре или оде под стечај, хипотекарни

73 У правној теорији, када суд донесе одлуку према странци која не постоји, таква одлука не може да производи правно дејство. Дакле, донето решење о извршењу егзистира, али нема правно дејство. Уколико у описаној ситуацији извршни поверилац не повуче предлог, донето решење о извршењу ће опстати, али се не могу предузимати извршне радње у вези са спровођењем извршења. Према правној теорији, суд у описаној ситуацији може донето решење о извршењу да стави ван снаге по службеној дужности. Вид.: Одговори на питања Привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 12. 11. 2013. и 14. 11. 2013. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 6. 11. 2013. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 3/2013.

74 „Реформа хипотеке као захтев тржишне привреде подразумевала је потребу да се допусти реализација хипотеке без обавезног вођења претходног парничног поступка и скраћење поступка продаје непокретности ради брже реализације права намирена новчаног потраживања из хипотековане непокретности.“ Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Београд 2012, 47. Ако хипотекарни поверилац услед наступања околности на које не може да утиче бива увучен у парнични поступак, реформа хипотеке несумњиво остаје без жељеног ефекта.

поверилац и даље може иницирати извршни поступак. Ово без обзира што изворни власник из заложне изјаве као извршни дужник нема непосредан правни интерес да се противи извршењу, а потенцијалне наследнике, због недовољно одређеног процесног положаја новог власника непокретности погађа ризик да непокретност предмет извршења буде уновчена испод тржишне цене.⁷⁵ Није тешко уочити да је у таквом правном односу превише непознатих, што не погодује нарочито правној сигурности и владавини права.

Иако смо у претходном одељку указали на могућа побољшања постојећег законодавног оквира, по нама би *de lege lata* била далеко ефикаснија коренита промена законодавног решење тако да гласи:

*Ако се после стицања заложног права на непокретности промени власник непокретности, извршни поверилац може у предлогу за извршење као извршног дужника назначити заложног дужника или новог власника непокретности, с тим што у другом случају уз предлог за извршење поред извршне исправе у односу на заложног дужника доставља и извод из катастра непокретности којим доказује својину новог власника.*⁷⁶

Ако је као извршни дужник у предлогу за извршење назначен заложни дужник, нови власник непокретности може штитити свој правни интерес истим правним лековима и правним средствима која стоје на располагању извршном дужнику.

Ако је као извршни дужник у предлогу за извршење назначен нови власник непокретности, заложни дужник може штитити свој правни интерес истим правним лековима и правним средствима која стоје на располагању извршном дужнику.

Сматрамо да такво нормативно решење у довољној мери води рачуна о интересима хипотекарног повериоца, хипотекарног дужника и корисника обезбеђеног кредита ако то није исто лице. Таквим приступом се на одговарајући начин брани и уставом гарантовани

75 У српском праву наследници одговарају за дугове оставиоца по систему *cum viribus hereditatis* до висине вредности наслеђене заоставштине. Вид.: Дејан Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2017, 330–331.

76 Питање извршења када се након стицања заложног права или права на намирење промени власник непокретности решава се на сличан начин у хрватском праву извршења. „Ако се промијени особа која је у земљишним књигама уписана као власник непокретности након што је оврховодитељ на непокретности уписом у земљишну књигу стекао заложно право или које друго право које га овлашћује да намири одређену тражбину њезином продајом, оврховодитељ има право, на темељу овршне исправе против особе која је била власник непокретности у вријеме кад је стекао то право и изватка из земљишне књиге којим се доказује пријенос власништва с пријашњег власника на новог власника, затражити оврху изравно против новог власника ради наплате осигуране тражбине.“ *Ovršni zakon*, чл. 83.

имовински интерес новог власника (хипотековане) непокретности уз поштовање начела формалног легалитета⁷⁷ и начела примерене заштите дужника.⁷⁸

9.3. Седети „скрштених руку“ чекајући реформу или „засукати рукаве“ па судити држећи се чврсто Устава?

Правнотехнички, изгледа да је измена ЗИО у правцу прецизирања процесног положаја новог власника (хипотековане) непокретности неопходна, било тако да нови власник остане учесник у поступку: са правом на суспензивно правно средство, са правом да даје сагласност на споразумну продају непосредном погодбом и правом да позивајући се на начело сразмере захтева ограничавање средства и предмета извршења, односно замену одређеног средства и предмета извршења другим који је довољан за намирење извршног повериоца. Међутим, поставља се питање како, до промене закона, поступати у већ покренутим извршним поступцима? Живот је далеко бржи од било ког законодавног механизма. Извршни поступци у којима је као извршни дужник назначен заложни дужник који није истовремено власник непокретности се свакодневно покрећу, а прибавиоци непокретности очигледно не уживају адекватну заштиту свог имовинског интереса. Практично посматрано чини се да новом власнику (хипо-

77 Опширије о начелу формалног легалитета Ненад Теших, „Пренос права и обавеза у оквиру начела формалног легалитета“, *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2014, 319–349. Иако се може рећи да могућност подношења предлога за извршење у односу на новог власника непокретности лице које није дужник из извршне исправе одступање од начела формалног легалитета, ово не би било једино такво одступање у ЗИО. Код извршења на заради, извршни поверилац може, до окончања извршног поступка, предложити јавном извршитељу да донесе решење које има дејство решења о извршењу и којим се послодавац обавезује да намири извршном повериоцу оброке зараде које послодавац није запленио и наплатио и одређује средство и предмет извршења ако послодавац не намири оброке у року. ЗИО чл. 295, ст. 1. На питање „да ли се принудна наплата од послодавца за пропуштене оброке може спроводити у истом поступку, јер није странка у поступку?“ Привредни апелациони суд одговара: „Уколико извршни поверилац предложи да суд обавезе послодавца да му измири све оброке које је пропустио да обустави и исплати према закључку о пленидби зараде дужника, суд ће одредити у истом поступку у коме је одређено извршење пленидбом зараде дужника.“ Вид.: Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26. 11. 2014. и 27. 11. 2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 3. 12. 2014. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2014.

78 Сходно начелу заштите дужника „савремени закони прописују читав низ правила која имају за циљ да заштите дужника од неоправдане штете, а поготову да га сачувају од економског уништења“. Вид.: Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1995, 364.

тековане) непокретности право да буде информисан о току поступка кроз достављање свих аката не значи много. Извршна исправа, као квалификовани правни акт којим је на ауторитативан начин утврђено постојање потраживања, у случају заложне изјаве није резултат когниционог поступка.⁷⁹ О предлогу за извршење на основу такве заложне изјаве суд одлучује изван рочишта. Предлог за извршење се не доставља дужнику у складу са ограничењем начела контрадикторности у извршном поступку,⁸⁰ па је правно недопустиво да контрадикторност изостане и у погледу правних лекова.

Ако прихватимо да је положај новог власника хипотековане непокретности када је предлог за извршење поднет против изворног власника непокретности као даваоца заложне изјаве сличан положају хипотекарног повериоца који није поднео предлог за извршење, пре свега из разлога што доношењем закључка о предаји престаје право ових лица, и то како хипотекарног повериоца, тако и новог власника непокретности и ако је у теорији неспорно да хипотекарни поверилац који није поднео предлог за извршење има положај нужног учесника у поступку онда можемо закључити да је, у ситуацији када је извршни поступак покренут против даваоца заложне изјаве, нови власник (хипотековане) непокретности нека врста нужног учесника у поступку. Ако је хипотекарном повериоцу који није поднео предлог за извршење на располагању правно средство којим може захтевати обуставу поступка – предлог за обуставу поступка због недостатка покрића, онда се и за новог власника (хипотековане) непокретности у закону мора предвидети неко правно средство којим овај може захтевати обуставу поступка. Захтев за отклањање неравилности се не може сматрати делотворним и ефикасним правним средством којим нови власник може на адекватан начин заштитити свој имовински интерес пре свега због недостатка суспензивности. Отуда би судови до измене законског решења свакако морали узимати у обзир

79 На специфичност ових извршних исправа из угла начела формалног легалитета указује и проф. Кеча „Прави смисао начела формалног легалитета је у томе да се извршни суд не сме упуштати у евентуално разматрање да ли постоји потраживање утврђено извршном исправом...У последње време, међутим, својство извршне исправе се признаје и одређеним актима којима није претходило правно организован поступак у којем би се несумњиво утврдило постојање одређеног потраживања. У питању су исправе које не потичу из судског или неког другог поступка него су настале актима једне од странака“. Вид.: Ранко Кеча, „О основним начелима закона о извршењу и обезбеђењу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 151. Код таквих извршних исправа се не може са сигурношћу рећи да би њихово приспитување представљало повреду начела *ne bis in idem*. О томе да се начело формалног легалитета у извршном поступку практично изводи из ширег начела *ne bis in idem*. Вид.: Н. Бодирога (2012), 233.

80 Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 447.

жалбе нових власника хипотековне непокретности. Извршни поступак представља ограничење у имовинским правима, у овом случају до таквог ограничења долази у имовини новог власника (хипотековане) непокретности, па се, сходно начелу контрадикторности, њему мора омогућити активно учеће у поступку по правним лековима.

Ако је као извршни дужник у предлогу за извршење назначен давалац заложне изјаве иако је непокретност отуђена, јавни извршитељи се у случају недостатка сагласности новог власника непокретности не би смели упуштати у продају непосредном погодбом. Додатно, јавни извршитељи не би смели игнорисати предлоге нових власника непокретности да се извршење ограничи на одређена средства и предмете извршења, односно да се одређени средство и предмет извршења замене другим средством и предметом извршења довољним за намирење. Основа за такво поступање може се наћи у општој теорији права обезбеђења потраживања и материјалноправним нормама из ове области по којим власник оптерећене непокретности,⁸¹ попут јемца може против захтева хипотекарног повериоца истаћи све приговоре које би могао истаћи дужник, осим строго личних.⁸²

У нашем народу се каже да је „судија онај који дели правду“. Ако ову народну мудрост искристалисану кроз векове прихватимо као силогизам, онда један судија не сме примењивати „слово закона“ заборављајући „дух закона“. Исто важи за носиоца јавних овлашћења какав је јавни извршитељ. Друкчије казано, судови и јавни извршитељ не могу у извршном поступку следити „фелеричну норму“ затварајући очи пред очигледном неправдом. При чему овде идеја правде није флуидна, већ конкретизована кроз јасну гаранцију

81 Притом су неки од ових приговора изричито регулисати. „Ко је дао своју ствар у залог за туђу обавезу, може захтевати од повериоца да му врати заложену ствар кад се испуне услови за престанак те обавезе пребијањем, као и кад поверилац пропусти својом кривицом да изврши пребијање.“ Закон о облигационим односима чл. 338, ст. 3. На питање да ли је дозвољена компензација у извршном поступку, Привредни апелациони суд одговара: „Потребно је разликовати приговор изјављен против решења о извршењу на основу извршне исправе и против решења о извршењу на основу веродостојне исправе. Код извршне исправе приговор компензације није наведен као дозвољен разлог изјављивања приговора од стране дужника.“ Међутим, код веродостојне исправе то није случај. Вид.: Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26. 11. 2014. и 27. 11. 2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 3. 12. 2014. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 4/2014. О могућности истицања приговора да је обавеза из веродостоје исправе престала вид.: ЗИО, чл. 89, ст. 1.

82 Ова на неки начин и из разлога што је залогодавац у случају залог за туђи туг пристао да јемчи за одређеног дужника не за било ког дужника. Опширније вид.: Д. Хибер, М. Живковић, 76–77.

на правично суђење (чл. 32 Устава) и право на једнаку заштиту права и на правно средство (чл. 36 Устава).⁸³ До идентичног исхода нас доводи и примена чл. 6 и 13 ЕКЉП. Према хијерархији извора права Устав и ЕКЉП имају очигледан примат у односу на ЗИО. Онај који захтева намирење и онај који трпи намирење у погледу правних средстава морају бити уједначени. Ако законодавац то не чини крши се начело (процесноправне) равноправности странака.⁸⁴ Циљ извршног поступка је ефикасно, али законито намирење. Нема поштеност суђења без делотворног правног лека.⁸⁵ Право на правично суђење у извршном поступку подразумева право на закониту и једнаку заштиту пред судом. Ако се у таквом извршном поступку одлучује о праву новог власника непокретности, онда он мора имати право на жалбу или друго делотворно правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.

83 Такво поступање суда засновано на директној примени Устава не би представљало новину у нашем праву. На питање „Да ли у ситуацији када суд донесе одлуку поводом захтева странке или учесника у поступку извршења за отклањање неправилности, у смислу члана 74 ЗИО (2011), који се спроводи пред извршитељем треба дозволити право на приговор подносиоцу захтева, обзиром да у наведеној ситуацији одлуку доноси извршни судија?“ Привредни апелациони суд даје следећи одговор: „Суд решењем одлучује о захтеву за отклањање неправилности, сходно члану 74 став 5 ЗИО (2011). У наведеном члану није предвиђена могућност изјављивања приговора против донетог решења. Наведеном одлуком може бити незадовољан како подносилац захтева, тако и супротна страна, због чега је неопходно обезбедити контролу законитости донетог решења, тако што ће се дозволити право на приговор против донетог решења. У супротном, поступак би се спроводио уз повреду права на правично суђење и права на правни лек која су гарантована чл. 32 и чл. 36 Устава Републике Србије. Вид.: 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.

84 Опширније о равноправности у коришћењу процесних средстава (енгл. „equality of arms“). Александар Јакшић, *Европска Конвенција о људским правима*, Коментар, Београд 2006, 194.

85 Притом се у правној књижевности наглашава да је саставни део уставног права странке на правни лек и правно средство и право странке да га орган који одлучује поучи о праву на правни лек. Вид.: Јасмина Стаменковић, „Упуство о правном леку као део права на правичну и закониту судску заштиту“, *Билтен судске праксе привредних судова* 2/2016, 280.

Nenad TEŠIĆ, PhD

Assistant Professor at the University of Belgrade – Faculty of Law

QUESTIONING THE LEGAL POSITION OF SUBSEQUENT REAL ESTATE OWNER IN THE ENFORCEMENT PROCEDURE

Summary

The author in this paper focuses on the legal situation in which one party (real debtor) encumbers his real estate to secure monetary debt of second party (personal debtor, srb. hipoteka za tuđi dug). In practice, this legal effect is most often achieved through the security purpose agreement or declaration of will with an enforcement clause obligatorily signed in front of a notary public. According to Serbian Law on enforcement and securing of claims, execution creditor who filed enforcement petition based on that kind of (voluntarily) execution title has to indicate as the execution debtor initial real estate owner irrespective of the fact that the encumbered property has been alienated.

Such a legislative approach raises at least two kinds of questions: one, about legal position of new owner of encumbered real estate and second, about legal remedies that are available to the new owner in the enforcement procedure.

This dilemma can be resolved in a different way, firstly, concluding that the new owner is an executive debtor, or secondly, claiming that a new owner is third party in the enforcement procedure. However, widely accepted standpoint in legal theory, that the new owner is participant in the execution procedure entitled only to request removing of procedural irregularities. The author believes that this non-suspensive legal remedy is not effective enough to protect subsequent owner property interest. To the author's opinion, this is more than enough for urgent alternation of the Law.

Meanwhile, waiting for the new Law, courts and enforcement agents should take into account property interest of subsequent owner as well as his fundamental rights to a fair trial and effective remedy granted by the Serbian Constitution (art. 32 and 36) and ECHR (art. 6 and 13).

Key words: *security purpose declaration of will, new owner of the encumbered real estate, execution creditor, execution debtor, third party, participant in the execution procedure.*