

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ПОЛОЖАЈ ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЈЕРИОЦА У
ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУИгор Шукало¹

Скупштина Града Бања Лука

Апстракт: *Савремена привреда незамислива је без института хипотеке. Хипотека је најважније стварноправно средство обезбјеђења потраживања и средство мобилизације капитала. Тек након свеобухватне реформе стварног права у Републици Српској законодавац је детаљно уредио овај значајан институт грађанског права. Ипак, и код нас и у свијету се дешава да потраживања осигурана хипотеком не буду уредно враћена и хипотекарни повјериоци морају судским путем да затраже заштиту својих права односно намирење из вриједности предмета хипотеке. Иако се чини да су хипотекарни повјериоци потпуно заштићени, посебно након увођења обавезне нотарске обраде свих исправа везаних за промет непокретности, у паркси свједочимо разним проблемима у погледу намирења хипотекарних повјерилаца.*

Кључне ријечи: *Хипотека, непокретност, извршни поступак, наплата потраживања.*

1. УВОД

Свједоци смо да се ријеч кредит врло често користи у свакодневном животу и привредним кретањима. Након окончања процеса распада бивше Југославије новонастале државе, укључујући и нашу, нашле су се у позицији да граде друштвене, политичке и економске односе на сасвим новим принципима и правилима. Процес који популарно називамо „транзиција“ започео је афирмацијом приватне својине што је суштинска разлика у односу концепта права својине у социјалистичком државно-правном уређењу.

Приватна својина коју државе гарантују уставом и законима омогућила је да се друштвено-економски односи подигну на један нови ниво и да

¹ Мастер права, секретар Скупштине Града Бања Лука, igorsukalo82@gmail.com.

се посебна улога да банкама. Банке су постојале и у бившој држави али су биле у државном власништву и само кредитно тржиште било је под директним утицајем државе. Након што су на наше тржиште ушле банке са страним капиталом пред законодавцем се нашао озбиљан задатак да донесе прописе којима би правни систем прилагодио новим околностима и регулисао тзв. кредитно тржиште. Поред промјена које су диктиране привредним кретањима и процес рјешавања стамбених питања становништва (велики број расељених лица послје ратова али и миграције село-град) условио је да кредити постану доминантан начин финансирања наведених потреба.

Развој савремене тржишне привреде је очигледно незамислив без кредита, а да би се кредитима постигла сврха однос између даваоца кредита и корисника истог мора бити правно уређен односно учесницима кредитног односа морају се дати гаранције у виду обезбјеђења њиховог односа и ту на сцену ступа хипотека. Хипотека је један од облика заложног права коју су познавали и стари правни системи, а као и остала заложна права спада у стварна права и изводи се из права својине.

Основна сврха постојања института заложног права је обезбјеђење наплате потраживања и намирење повјериоца из вриједности залоге ако обезбјеђено потраживање не буде плаћено до доспјелости. Заложно право је институт који обухвата различите односе код којих се са једне стране налази заложни повјерилац, а са друге сви остали субјекти у које спадају дужник или власник ствари, други заложни повјериоци итд.

Средства обезбјеђења имају циљ да појачају повјерење повјериоца у солвентност дужника али и да објезбиједе принудну наплату потраживања.² Средства обезбјеђења потраживања могу бити лична (персонална) и стварна (реална). У периоду социјализма стварна (реална) средства обезбјеђења потраживања била су занемарена у односу на лична. Стварна (реална) средства обезбјеђења потраживања дјелују *erga omnes*, а хипотека је од свих реалних средстава обавезујућа потраживања увијек имала највећи друштвени значај.

Законодавац се у претходном периоду кроз реформу закона из области стварног права бавио хипотеком као најзначајнијим средством осигурања потраживања јер је јасно да ниједан инвеститор неће улагати новац у земљу у којој не постоји макар елементарна правна сигурност, а чији је дио и наплата потраживања. Врло често се дешава да се потраживања не наплате

² Лична средства обезбјеђења потраживања су уговорна казна, јемство, одустаница, али и мјеница, авали банкарска гаранција. У савременим правним системима који прате развој привреде и привредних односа већи значај имају реална средства обезбјеђења потраживања (капара, кауција, задржавање права својине, ретенција, фидуција, хипотека и ручна залог).

редовним путем па се хипотекарни повјериоци онда наплаћају у извршном поступку, гдје је њихов положај ипак повољнији у односу на остале повјериоце. Извршни поступак би трабао да обезбједи брзу и ефикасну наплату потраживања хипотекарног повјериоца јер у супротном заложно право као инструмент обезбјеђења потраживања нема практичну сврху.

2. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ХИПОТЕКЕ И НАЧИН НАСТАНКА

Ријеч хипотека³ потиче из грчког језика, а први пут је поменута у Закономима Солона из 594 године п.н.е.⁴ Хипотека је стварно право на туђој непокретној ствари која овлашћује хипотекарног повјериоца да, ради наплате доспјеле тражбине, захтијева продају хипотековане непокретности на законом одређени начин, без обзира у чијој се државини и својини ствар налази у моменту продаје и да из добијене вриједности наплати своје потраживање прије обичних повјерилаца и прије хипотекарних повјерилаца са каснијим рангом⁵.

Институтом хипотеке штити се заложни повјерилац јер се хипотеком осигурава наплата потраживања у пуном износу, због по правилу веће вриједности предмета хипотеке од вриједности потраживања. Са друге стране хипотека омогућава дужнику да заложити своју непокретну ствар и на тај начин обезбједи себи новчана средства (кредит), док исту ствар задржава у својој државини и користи је (нпр. издаје под закуп), те на тај начин лакше отплаћује своја дуговања. Кредитна способност физичког или правног лица условљена је између осталог и вриједношћу непокретности чији је власник, а могућност њиховог залагања основ је за даљу мобилизацију капитала, привредну активност и сл.

Ради се о акцесорном праву⁶, које не може постојати самостално без потраживања као главног права, чијем обезбјеђењу служи. Дакле, хипотека као заложно право не постоји сама за себе већ подразумијева постојање

³ Ријеч хипотека је грчког поријекла (*hypo*-испод и *tithemi*- ставити, ставити ствар под нечију власт). Термин хипотека се користи и у упоредном праву (француско, њемачко, италијанско право, а у енглеском праву се користи назив „*mortgage*“).

⁴ Солон, један од седам грчких мудраца, увео је слободу завјештања имовине по своме нахођењу, те је у циљу превођења обезбјеђења из личне у имовинску одговорност, увео да се на имањима дужника постави стубић са натписом да то имање служи као обезбјеђење права повјериоца у новчаном износу. Милош В. Јанковић, *Тенденције развоја и механизми регулације хипотекарних трансакција*, (Београд: Универзитет Унион, 2016), 7.

⁵ Мирослав Лазих, *Права реалног обезбјеђења* (Ниш: 2009), 103. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања* (Београд: 2015), 225.

⁶ Обрен Станковић и Миодраг Орлић, *Стварно право*, (Београд: Номос, 2004), 239.

облигационоправног односа из којег произилазе одређана права и обавеза за повјериоца и дужника (нпр. уговор о кредиту) и правног односа стварноправног карактера који се заснива ради осигурања потраживања из претходног правног односа. Заснивањем хипотеке не мијења се суштина облигационоправног односа обезбијеђеног хипотеком али се исти ојачава и смањују ризици инсолвентности дужника.⁷ Једна од основних предности хипотекарног повјериоца је да за разлику од обичних повјерилаца, код принудног намирења потраживања има могућност да бира између два правна захтјева: облигационоправног, који је уперен према имовини дужника, и стварноправног, који је усмјерен према хипотекованој ствари.

Битно је истаћи да Закон о стварним правима у Републици Српској - ЗСП⁸ у члану 139. прописује да се хипотеком може осигурати само новчано потраживање, а најчешће се хипотеком осигурава потраживање (зајам) дато за изградњу стамбених објеката, доградњу или реконструкцију непокретности.

Хипотека је бездржавинско заложно право, настаје уписом у јавну евиденцију непокретности и због тога је уређење и ажурност евиденција непокретности од великог значаја за остваривање сврхе хипотеке.⁹ Упис у јавне регистре непокретности има конститутиван карактер код хипотеке као стварног права на туђој ствари. Дејство стицања наступа извршењем уписа, а правни учинци од тренутка када је примљен захтјев за упис. Правни основ за стицање хипотеке може бити уговор (уговорна хипотека)¹⁰, заложна изјава (једнострана хипотека)¹¹, одлука суда (судска хипотека)¹² или закон (законска хипотека)¹³.

7 Илија Бабић, Душко Медић, Енес Хашић, Мелиха Повлакић и Лариса Велић, *Коментар закона о стварним правима Републике Српске* (Сарајево: Привредна штампа, 2011), 448.

8 Закон о стварним правима, „Службени гласник Републике Српске“, број 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16- Одлука УС РС и 107/19.

9 Хибер, Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања*, 226.

10 Уговор о давању у залог (уговор о хипотеци) је уговор којим се дужник или треће лице обавезује да ради оснивања заложног права, дозволи повјериоцу да своје заложно право упише у јавни регистар непокретности као терет одређене ствари или права, а повјерилац се обавезује да учини све што је потребно да би се заложно право избрисало из јавног регистра непокретности након што потраживање повјериоца буде исплаћено. в. чл. 147. ЗСП.

11 Једнострана хипотека је начин стицања залогe коју познаје правни систем Србије. Настаје на основу изјаве воље власника непокретности- заложне изјаве.

12 Судска хипотека се заснива на начин сличан као и уговорна хипотека, уписом у јавне евиденције. Разлика је у правном основу, односно чињеници да је правни основ код судске хипотеке правоснажна и извршна одлука суда. ЗСП прописује да се судско заложно право заснива на основу одлуке суда у поступку принудног осигурања потраживања.

13 Законска хипотека настаје моментом када се испуне услови за њен настанак, а настаје по сили закона и има за циљ да заштити општи интерес, нпр. у случајевима неплаћања пореских дугова.

Закон о нотарској служби у Републици Српској¹⁴ прописује обавезну нотарску обраду исправа које се односе на пренос или стицање права својине и других стварних права на непокретностима.¹⁵ Уговор о залагању непокретности (уговор о хипотеци) мора бити сачињен у облику нотарски обрађене исправе и само такав уговор по важећем законодавству представља правни основ *iustus titulus* за стицање хипотеке. Нотар је дужан да приликом сачињавања уговора о хипотеци утврди праву вољу старанка, те да неку странку поучи.¹⁶ Уговор о хипотеци не може садржавати одредбе које су супротне природи залога, те су такве одредбе ништаве. Забрањена је и тзв. *lex commisoria* односно одредба уговора о хипотеци по којој би заложена ствар прешла у својину хипотекарног повјериоца ако дуг не би био плаћен о доспјелости¹⁷.

3. КРАТАК ИСТОРИЈСКИ ОСВРТ НА ПРАВНИ РЕЖИМ ХИПОТЕКЕ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Прије реформе стварног права у Републици Српској, односно доношења ЗСП-а, правни режим заложног права заснивао се на нормама закона који су наслијеђени из бивше државе. Заложно право у социјализму било је потпуно маргинализовано јер функционисање привреде није било везано за реалне тржишне критеријуме. Може се рећи да је заложно право у Краљевини Југославији било развијеније и значајније у односу на период после Другог свјетског рата упркос правном партикуларизму. На подручју данашње Босне и Херцеговине, Хрватске и Словеније претежни утицај имало је аустријско право, док се на подручју Србије примјењивао Српски грађански законик из 1844. године - СГЗ¹⁸. У бившој СФРЈ до 1980. године и доношења Закона о основним својинскоправним односима – ЗОСПО¹⁹ примјењивала су тзв. „правна правила“ предратног права у складу са Законом о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријетелске окупације.²⁰ Након неуспјешних покушаја

14 Закон о нотарској служби у Републици Српској „Службени гласник Републике Српске“, број 28/21. 15 Чл. 57.ст. 4. Закона о нотарској служби у Републици Српској.

16 Мелиха Повлакић, *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини* (Сарајево: 2009), 241.

17 Противна је јавном поретку и као таква ништава одредба уговора према којој заложена ствар прелази у власништво зајмодавца, ако зајам не буде враћен у року, Врховни суд Хрватске, бр. Гж-3499/78 од 8.5.1979. године, в. Душко Медић и Хасо Тајић, *Судска пракса из стварног права*, друго издање (Бања Лука: 2008), 675.

18 Српски грађански законик- Грађански законик за Краљевину Србију, текст од 11.03.1944. године.

19 Закон о основним својинскоправним односима, „Службени лист СФРЈ“, број 6/80 и 30/90.

20 Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријетелске окупације, „Службени лист СФРЈ“, број 86/46.

кодификације грађанског права напредак је било и усвајање ЗОСПО који је регулисао хипотеку.²¹ Закон је садржавао мало одредаба које су уређивале институт хипотке али које су биле последица времена и друштвеног уређења у тренутку његовог доношења.²²

Прије доношења ЗСП-а у Републици Српској се, поред ЗОСПО-а који је уређивао хипотеку као заложно право, примјењивао и Закон о облигационим односима²³ који је уређивао заложно право на покретним стварима и правима па је постојала потреба да се институт заложног права уреди једним законом, што је и учињено²⁴. Међутим, постоје одређене примједбе које указују да је законодавац приликом нормирања требао хипотеку одвојити од заложног права на покретним стварима јер овакав начин уређења ствара проблеме у примјени закона у пракси. Многи правни писци сматрају да је у Републици Србији, направљен велики искорак у правном режиму хипотеке усвајањем посебног закона који је уредио заложно право на непокретностима - Закон о хипотеци-ЗХ²⁵.

4. ПРЕДМЕТ ХИПОТКЕ

Закон о стварним правима прихватио је концепт јединства непокретности односно реафирмисао начело *superficies solo cedit*, што има последице и на институт хипотеке.²⁶ У том смислу предмет хипотеке могу бити индивидуално одређене непокретности.²⁷

Предмет хипотеке могу бити непокретне ствари које се налазе у правном промету²⁸ и о којима се воде јавне евиденције непокретности. Правило да ствари ван промета не могу бити предмет хипотеке је логична последица саме сврхе хипотеке као стварноправног средства обезбјеђења потраживања јер се ствари ван промета не могу уновчити па самим тим није могуће

21 Чл. 63-69. ЗОСПО.

22 Милош Живковић, *Хипотека и земљишни дуг, Промене стварног права у Србији*, Институт за упоредно право, (Београд: 2004), 159. и даље.

23 *Закон о облигационим односима* („Службени лист СФРЈ“ ,број 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, број 17/93, 03/96, 39/03 и 74/04).

24 Чл. 139-185. ЗСП.

25 *Закон о хипотеци*, «Службени гласник Републике Србије», број 115/2005, 60/2015, 63/2015 – Одлука Уставног суда и 83/2015.

26 Непокретности су честице земљишне површине, заједно са свим оним што је са земљиштем трајно спојено на површини или испод ње, ако законом није другачије одређено. Чл. 6. став 2. ЗСП РС.

27 Илија Бабић и Раденко Јотановић, *Грађанско право, књига 2, Стварно право* (Бања Лука: 2020), 285.

28 *Quod emptionem et venditinem recipit, etiam pignorationem recipere potest* – све што је предмет продаје може бити и предмет залог. Предмет хипотеке не могу бити ствари нити права на непокретностима које се не налазе у правном промету, као личне службености (непреносиво право), стварне службеност (неодвојиви супстрат повласног добра) или право прече куповине.

ни намирење. Изузетно, предмет хипотеке могу бити и одређене покретне ствари о којима се воде посебни јавни регистри (бродови, ваздухоплови итд.). Добра у општој употреби²⁹ као и јавна добра не могу бити предмет хипотеке јер она спадају под посебан јавноправни режим.

Хипотека се може засновати и на сувласничком дијелу непокретности без сагласности осталих сувласника уз одређене изузетке везане за сувласничке дијелове објеката у изградњи.³⁰ Ако се хипотека заснива на непокретности која је у заједничкој својини, као нпр. брачна имовина, потребна је сагласност свих заједничара јер предмет хипотеке у оваквим случајевима може бити само цијела ствар.

Предмет хипотке могу бити станови, пословни простори, гараже и посебни дијелови зграде. Право грађења³¹ исто тако може бити предмет хипотеке. Зграда која је изграђена или која буде изграђена на земљишту које је оптерећено правом грађења је припадност тога права као да је оно земљиште.³² Право грађења представља одступање од начела *superficies solo cedit* јер прави разлику између власништва на грађевини и власништва на земљишту,³³ односно ово начело овдје вриједи између права грађења и грађевине.

4.1. Хипотека на „објекту у изградњи“

Посебно занимљиво питање, актуелно у посљедњих десет година, јесте питање залагања објеката односно дијелова објеката (станова и пословних простора најчешће) у изградњи. Законодавац у Републици Српској није препознао залагање објеката у изградњи али смо свјedoци да се у пракси свакодневно закључују уговори о хипотеци чији је предмет објекат или дио објекта у изградњи.

За разлику од ЗСП-а, ЗХ је прописао да предмет хипотеке могу бити и објекат у изградњи и посебан дио објеката у изградњи под условом да је издато правоснажно одобрење за изградњу објеката.^{34, 35} Неки аутори сма-

29 Чл. 7. ЗСП.

30 Бабић и Јотановић, *Грађанско право, књига 2, Стварно право*, 287.

31 Ради се о ограниченом стварном праву на нечијем земљишту које овлашћује свог носиоца да на површини земљишта или испод ње има властиту зграду, а власник земљишта је дужан да то трпи. Право грађења је по својој правној природи изједначено са непокретношћу.

32 Чл. 286. ЗСП.

33 Петар Симонети (*Siminetti*), *Право грађења* (Сарајево: 1986), 12.

34 Чл. 3. ЗХ.

35 Овакве хипотке заснивају се уписом забиљежбе на земљишту на којем се објекат гради, па се тек након изградње по службеној дужности уписују као хипотека на згради или посебном дијелу зграде што практично значи да хипотека на земљишту конверзује у хипотеку на објекту или дијелу објекта изградњом објекта или његовим уписом у регистар. Све до наведеног тренутка конверзије хипотека на „објекту у изградњи“ се реализује уступањем уз накнаду правоснажног одобрења за

трају да је приликом прописивања оваквих одредби уважен притисак привредника и економска логика да могућност залагања неизграђених објеката и дијелова објеката повећава понуду и потражњу на тржишту али да је занемарено питање правне сигурности и питање начела *superficies solo cedit*.

Да ли се у пракси негира начело *superficies solo cedit* и да ли се негацијом истог проузрокује правна несигурност у правном систему Републике Српске? Како је могуће залогати објекат у изградњи или дио објекта у изградњи ако се не ради о стварима у правном промету? ЗСП дефинисао је шта чини непокретност па је јасно да зграда или дио зграде могу само пратити правну судбину земљишта. У погледу хипотеке то би требало да значи да предмет хипотеке не може бити зграда одвојена од земљишта или земљиште одвојено од зграде која је на њему изграђена. То практично значи да је предмет хипотке земљишнокњижно тијело као цјелина уписано у посебан земљишнокњижни уложак односно непокретност као цјелина уписана у књигу уложених уговора³⁶.

Уколико инвеститор упише хипотеку на земљишту, а у циљу обезбјеђења новчаних средстава за изградњу зграде, што је врло чест случај у пракси, да ли се дејство те хипотке протеже и на станове? Судска пракса је неуједначена и постоје случајеви гдје су судови заузели став да се таква хипотека односи само на земљиште, а не на станове који су касније изграђени.³⁷ Битно је напоменути да Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине-ЗСП ФБиХ³⁸ за разлику од ЗСП-а у Републици Српској препознаје располагање етажном својином у току градње односно прије изградње.³⁹

Заложно право се као и право својине стиче моментом уписа у одговарајућу јавну евиденцију непокретности, а купци стана у изградњи закључивањем уговора о купопродаји стичу само правни основ за упис и сносез ризик коначног стицања и ризик да власник земљишта оптерети исто хипотеком која се протеже и на станове.

градњу и продајом уграђених ствари, те обавезом издаваоца одобрења за градњу да поништи старо и изда ново одобрење на име купца/прибавиоца којем је послје продаје уступљено.

36 Раденко Јотановић, „Етажна својина као предмет хипотеке у праву Републике Српске“, *Правни живот*, бр. 10 (2021): 297.

37 Р. Јотановић *ор. cit.*, 8.

38 Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ број 66/13, 100/13 и 32/19 Одлука УС.

39 Чл. 86. ст. 4. ЗСП ФБиХ.

5. ПОЛОЖАЈ ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЈЕРИОЦА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

5.1. Основне напомене

Хипотекарни повјерилац има право намирења из вриједности заложене ствари, а то своје право може остварити у парничном поступку, извршном поступку или поступку вансудског намирења. ЗСП не познаје институт вансудског намирења на непокретностима⁴⁰ и једине европске земље које су у своје законодавство уврстиле оваквачки начин намирења хипотекарног повјериоца су Србија⁴¹ и Украјина. Вансудска извршна хипотека представља одступање од начела официјелности.⁴²

Законом о нотарској служби у Републици Српској прописано је да су нотарски обрађене исправе извршне исправе⁴³ уколико су сачињене у прописаној форми и о неком праву потраживања које за предмет има плаћање одређене суме новца, а дужник је у исправи пристао на извршење без одгађања. На основу нотарски обрађене исправе којом је у јавном регистру непокретности уписана хипотека на одређеној непокретности може се у сврху плаћања, непосредно након доспјелости, захтијевати извршење, ако је дужник изричито пристао, без даље активности суда.⁴⁴ Закон о извршном поступку у Републици Српској – ЗИП РС⁴⁵ регулише поступак намирења из вриједности залога, сходно начелу официјелности.

Ако уговор о хипотеци не садржи потребне елементе да би имао својство извршене исправе, хипотекарни повјерилац прије намирења мора да проведе парнични поступак у којем ће његово потраживање бити правоснажно утврђено.^{46, 47} Данас су такви случајеви у пракси јако ријетки.

40 У чл. 169. ЗСП прописано је вансудско намирење заложног повјериоца у случају када је предмет залога покретна ствар или право.

41 Чл. 15. ЗХ.

42 Слободан Стошић, *Реализација заложног права на непокретности*, (Београд: Мегатренд универзитет, 2015), 190.

43 У теорији се извршна исправа дефинише као појединачни правни акт којим се утврђује постојање потраживања, његова доспјелост и легитимација странака у извршном поступку. в. Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право* (Београд: 1999), 484.

44 Чл. 57. Закона о нотарској служби у Републици Српској.

45 Закон о извршном поступку „Службени гласник Републике Српске“, број 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 и 67/1, 98/14, 5/17- Одлука УС, 58/1- рјешење Уставног суда БиХ и 66/18.

46 Ненад Тешић, „О извршности заложне изјаве“, *Правни живот број 10* (2019), 491.

47 Ради се о хипотекарној тужби односно ствараној тужби која садржи захтјев за уновчење оптерећене непокретности и трпљење намирења обезбјеђеног потраживања из вриједности добијене тим уновчењем.

5.2. Хипотекарноправни однос

Хипотекарни однос је грађанскоправни однос између хипотекарног повјериоца и хипотекарног дужника, са једне стране и хипотекарног повјериоца и трећег лица, са друге стране.⁴⁸ Права хипотекарног повјериоца су осигурана уписом у јавне евиденције непокретности, а што представља заштиту од опасности које би могле настати недозвољеним правним располагањем хипотекарног дужника.⁴⁹ Смањење вриједности хипотеке постоји ако неком правном или физичком радњом власника ствари или трећег лица дође до умањења вриједности хипотеке.⁵⁰ У том случају једно од правних средстава које повјериоцу стоје на располагању је и право на пријевремену реализацију хипотеке које представља санкцију за штетно поступање власника према заложеној ствари, противно уговору и закону. Права која хипотекарни повјерилац има у случају смањења вриједности предмета хипотеке може користити од тренутка заснивања хипотеке па до момента доспјелости потраживања које се обезбјеђује.⁵¹

Основно право хипотекарног повјериоца је да се намири из вриједности хипотековане ствари, уколико хипотекарни дужник не испуни своју обавезу о доспјелости.⁵² У погледу непокретности која је предмет хипотеке ово право је и једино право хипотекарног повјериоца јер хипотекарни повјерилац нема право ни да непокретност употребљава, нити право да убире плодове, нити државину на ствари. Сва остала права хипотекарног повјериоца служе искључиво остварењу овог права.

Послије фазе осигурања, која траје од настанка до доспијећа осигураног потраживања, долази фаза намирења. Услови за реализацију права намирења су доспјелост потраживања, доцња дужника (*moradebitoris*) и избор намирења из хипотековане ствари. Доспјелост потраживања наступа у моменту када је према уговору или закону дужник дужан да испуни своју обавезу, а повјерилац овлаштен да тражи њено испуњење.

48 Душко Медић, *Хипотека и остала средства обезбјеђења потраживања, стање и правци развоја* (Бања Лука: 2005), 173.

49 Уколико хипотекарни дужник смањује вриједност заложене непокретности или на други начин доводи у опасност интересе хипотекарног повјериоца, повјерилац има право захтијевати да дужник престане са оваквим радњама и да се уздржи од истих. Хипотекарни повјерилац може да тражи од суда да нареди власнику или непосредном држаоцу, да престане са одређеним понашањем ако се због таквог понашања смањује вриједност хипотеке. Ако хипотекарни дужник и даље настави са радњама које иду на штету хипотекарног повјериоца, повјерилац може захтијевати принудну наплату потраживања осигураног хипотеком и прије доспјелости – тзв. девастациона тужба. чл. 165 ЗСП, чл. 19. ст. 1 ЗХ.

50 Чл. 165. ЗСП.

51 Бабић, Медић, Хашић, Повлакић, Велић, *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, 477-478.

52 Чл. 168. ст. 1. ЗСП.

Намирење продајом⁵³ предвиђено је и код судског, а реализује се кроз два стадијума односно продаја хипотековане ствари и наплата хипотекованог потраживања. Право намирења односи се на наплату цијелог потраживања које обухвата главни дуг, камате и трошкове реализације хипотеке.⁵⁴

Правом првенства (*ius prioritatis*) одређује се однос хипотекарног повјериоца и осталих повјерилаца хипотекарног дужника поводом објекта хипотеке. Ово право последица је рангирања ограничених стварних права поводом истог објекта. Хипотекарни повјерилац има право првенства у односу на обичне (хирограферне) повјериоце без обзира да ли је њихово потраживање настало прије или после његовог права потраживања.⁵⁵ Хипотекарни повјерилац има право да се наплати из вриједности која се добије продајом заложене некретнине без обзира да ли се некретнина налази у власништву и посједу хипотекарног дужника или је прешла у својину трећег лица – тзв. право сљедовања⁵⁶.

Хипотекарни повјерилац издаје брисовну дозволу на основу које се врши брисање хипотеке из јавних евиденција непокретности и то је његова основна обавеза. Брисањем хипотеке право својине хипотекарног дужника се поново успоставља и то у пуном обиму. Уколико хипотекарни повјерилац не да брисовну дозволу, хипотекарни дужник може користити тужбу за брисање уписа – брисовну тужбу⁵⁷. Хипотекарни повјерилац, као носилац субјективних права, обавезан је да се придржава опште забране злоупотребе права.⁵⁸

Власник предмета хипотеке није лишен својинских овлашћења а његова основна обавеза је да до момента реализације хипотеке чува ствар како не би дошло до смањења њене вриједности или отуђења исте. Власник и сваки непосредни држалац непокретности не смије физички мијењати предмет хипотеке (рушење, спајање) без писмене сагласности повјериоца. Власник и држалац хипотековане ствари морају са њом да поступају са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника. Обавеза трпљења намирења из вриједности хипотековане ствари је друга обавеза хипотекарног дужника. Право на остатак вриједности је право хипотекарног

53 Право продаје је овлаштење хипотекарног повјериоца да захтијева продају хипотекованог добра, како би новчано изразио вриједност предмета хипотеке.

54 Чл. 141. ст. 4. ЗСП.

55 Медић, *op.cit.*, 180-184.

56 *Ibid.*

57 Чл. 345. ЗСП.

58 Чл. 4. ЗСП.

дужника да му након наплате потраживања из вриједности хипотековане ствари припадне преостали дио вриједности.⁵⁹

ЗСП прописао је могућност располагања неизбрисаном хипотеком.⁶⁰ Наиме, прописано је да хипотека која није избрисана, а обезбјеђено потраживање је престало, може да се у року од 3 године од када је обезбјеђено потраживање престало пренесе на новог повјериоца, или ради обезбјеђења другог потраживања на старог повјериоца, до износа потраживања обезбјеђеног неисписаном хипотеком. Располагање неисписаном хипотеком могуће је у свим случајевима престанка хипотеке, осим када је до намирења дошло из вриједности заложене некретнине. Након што потраживање буде исплаћено, хипотека припада власнику некретнине, те је он може искористити да би осигурао неко друго потраживање. Власник неисписане хипотеке сада располаже високим мјестом у реду првенства, а што повећава његову кредитну способност. На мјесту неизбрисане хипотеке могуће је основати више хипотека, па чак и хипотека различитих повјерилаца али уз услов да њихов укупан збир не смије да пријеђе вриједност тражбине које је престала. Власник се овог права не може унапријед одрећи али ако се обавезо на брисање хипотеке унапријед и то је у јавној евиденцији забиљежено, не може располагати овим правом.⁶¹

5.3. Покретање и провођење извршног поступка

Извршни поступак покреће извршни повјерилац приједлогом за извршење на основу извршне или вјеродостојне исправе.⁶² Уз приједлог за извршење извршни повјерилац је дужан да достави и одређене прилоге⁶³. Уколико је предмет извршења непокретност која није уписана у јавну евиденцију непокретности тражилац извршења мора уз приједлог за извршење поднијети и исправе подобне да се на основу њих упише својина на непокретности у корист извршног дужника, а у том случају суд застаје са поступком и исправу просљеђује надлежном органу који води јавну евиденцију непокретности.⁶⁴

59 Ово право настало је у грчком и римском праву (*superfluum, hyperocha*), а прихваћено је и у савременим правним системима.

60 Чл. 181. ЗСП.

61 Душко Медић, *Ново стварно право* (Бања Лука: Паневропски универзитет Апеирон, 2011), 28.

62 Извршне исправе побројане су у чл. 23 ЗИП РС.

63 Прилози су докази о својини дужника, и из јавних регистара непокретности, исправе подобне за упис својине извршног дужника. У случају непокретности које нису уписане у јавну књигу потребно је доставити доказ о ванкњижној својини (грађевинска, употребна дозвола).

64 Заложни повјериоци намирују се у извршном поступку и ако нису поднијели приједлог за извршење, нити пријавили потраживање у извршном поступку. У случају да се послѣје стицања заложног права промијени власник непокретности, заложни повјерилац дужан је да у приједлогу назначи залогодавца као извршног дужника, а нови власник дужан је да трпи намирење на непокретности.

Иако је правни промет непокретности сада незамислив без улоге нотара и нотарске обраде правних послова ове врсте, не треба занемарити и низ недоумица и проблема који настају приликом извршења, а посљедица су рада или пропуста нотара. У случајевима када банка једнострано раскине уговор о кредиту, наводећи као разлог неуредно плаћање ануитета од стране дужника довољно је да се банка обрати нотару који издаје извршну исправу са клаузулом извршности без додатних провјера и без учитовања дужника. Питање камата, стварног дуга, посебно питање може ли банка једнострано раскинути уговор о кредиту, остаје неријешено.

О приједлогу за извршење одлучују у првом степену основни или привредни суд, а по жалби одлучује окружни суд или Виши привредни суд. Суд у извршном поступку одлучује у форми рјешења и закључака (о процесним питањима одлучује у форми закључака). Мјесна надлежност одређује према мјесту гдје се непокретност налази.⁶⁵ На рјешење о извршењу дозвољен је приговор⁶⁶. Посебно занимљива ситуација је када нотар приликом закључења уговора о хипотеци не утврди да је непокретност брачна имовина, односно када дужник прећути да је у браку. У извршном поступку се појављује брачни супружник који није дао сагласност за оптерећење непокретности која је предмет извршења, те приговором трећег лица оспорава право намирења из свог сувласничког удјела. Повјерилац у пракси има повољнији положај од дужника јер без обзира на право приговора на рјешење о извршењу⁶⁷ судови врло ријетко такаве приговоре усвоје. Обично се о приговору брзо одлучи и доставља рјешење, а ако је одбијајуће онда извршеник има право уложити жалбу. Жалба не одлаже извршење али у пракси обично суд сачека одлучивање по жалби.

Поступак извршења на непокретностима спроводи се забиљежбом извршења у земљишној књизи, утврђивањем вриједности непокретности, продајом непокретности и намирењем тражиоца извршења из износа добијеног продајом.⁶⁸ Прва извршна радња у поступку је упис забиљежбе извршења у јавној евиденцији непокретности којом се заснива право на намирење. Забиљежба има за циљ да идентификује предмет извршења. Уписом забиљежбе извршења реализује се начело повјерења у земљишне

65 Чл. 67. *ЗИП РС*.

66 Чл. 12. ст. 2 *ЗИП РС*.

67 Приговор на рјешење о извршењу не одлаже извршење.

68 Чл. 68. *ЗИП РС*.

књиге.^{69, 70} Забиљежба извршења има апсолутно дејство. Исто тако, циљ је да се забиљежбом осигура да тај предмет не претрпи физичке или правне промјене.⁷¹ Однос између више заложних права, судских или уговорних, одређује се према реду првенства односно моменту њиховог настанка. Заложна права односно хипотека стечена прије отварања извршног поступка односно прије уписа забиљежбе извршења имају ранг првенства приликом намирења из продајне цијене.

Тражилац извршења најчешће суду достави процјену вриједности непокретности и то ону која је урађена приликом заснивања хипотеке.⁷² ЗИП РС прописује да се вриједност непокретности утврђује вјештачењем и да се узима у обзир тржишна цијена непокретности у тренутку процјене. Суд може умјесто вјештачења податке о вриједности затражити и од надлежног органа пореске управе.⁷³ Приликом утврђивања вриједности непокретности водиће се рачуна и о томе колико она мање вриједи због тога што на њој остају одређена права и након продаје.

Након доношења закључка о утврђивању вриједности непокретности суд приступа продаји непокретности⁷⁴ путем усменог јавног надметања⁷⁵, а која се по правилу одржава у згради суда. У ситуацији гдје странке и заложни повјериоци имају право намирења истог или првенственог ранга они могу прије јавне лицитације одлучити да се продаја непокретности изврши преко лица овлашћеног за промет непокретности, извршиоца или другог лица. Уговор о продаји непосредном погодбом закључује се у обавезној писаној форми, а има дејство рјешења о досуди.⁷⁶ Лица која имају уписано законско или уговорно право прече куповине на непокретности која је предмет продаје имају предност над најповољнијем понудиоцем, под условом да након јавног надметања изјаве да купују непокретност под истим условима. На првом рочишту за јавну продају непокретност се не може продати испод једне половине утврђене вриједности, док се на дру-

69 Уколико неко лице након уписа забиљежбе извршења стекне право својине на одређеној непокретности не може се сматрати да је такво лице савјесно. Одлука о допустивости и меритуму АП 482/20 доступна на <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-482-20-1293255.pdf>.

70 На начело поуздања могу се позвати само свјесна лица. в. Радмила Ковачевић Куштримовић, *Стварно право* (Ниш: 2006), 465.

71 Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка* (Београд: 2012), 312-324.

72 Банке као најчешћи хипотекарни повјериоци траже од дужника да њихови процјенитељи прије закључења уговора о хипотеци, а и претходно уговора о кредиту, изврше процјену вриједности непокретности.

73 Чл. 80. ЗИП РС.

74 Закључак о продаји непокретности садржи начин и услове продаје, вријеме и мјесто јавног надметања.

75 У поступку лицитације могу учествовати само она лица која су дала обезбјеђење у скаду са чл. 86. ст. 3 ЗИП РС.

76 Чл. 84. ЗИП РС.

гом рочишту које се заказује у року од 30 дана од неуспјеле прве продаје, непокретност не може продати испод једне трећине.

5.4. Намирење

Суд приступа намирењу након доношења рјешења о досуди.⁷⁷ Из продајне цијене намирују се тражилац извршења, заложни повјериоци и, у случају када нису покренули извршни постуак, лица која оставрују право на накнаду за личне служности, док се вишак увијек враћа извршенику.⁷⁸ ЗИП РС је прописао редослијед намирења на начин да се прво морају намирити трошкови поступка па онда заложни повјериоци по реду првенства прије тражиоца извршења, тражилац извршења, заложни повјериоци чија се потраживања намирују послије тражиоца извршења и имаоци личних службености које се гасе.⁷⁹ Намирење потраживања, као што је надхипотека и других права која су терет права која се намирују, врши се такође према горе наведеном реду.

6. ЗАКЉУЧАК

Законодавац је реформом стварног права кроз један свеобухватан закон као што је Закон о стварним правима настојао да област стварног права реформише на један модеран начин, уважавајући захтијеве привредника и потребу превазилажења застрајелих института наслијеђених из бивше државе. Ипак, ЗСП се примјењује више од једне деценије и у пракси се појављују разни проблеми па и у вези са заложним правом на непокретно-стима. Хипотека као најважније стварноправно средство обезбјеђења потраживања своју сврху не може остварити само примјеном ЗСП, већ се на правни режим хипотеке и њену реализацију односе норме и других закона и подзаконских аката. Свакако су најважнији Закон о нотарској служби у Републици Српској и ЗИП РС. Законом о нотарској служби у Републици Српској законодавац је прописао да се сви правни послови везани за промет непокретности морају нотарски обрадити, а циљ овакве одредбе је правна сигурност и једнообразност у области промета непокретности. Врло је битно да уговор о хипотеци може да садржи извршну исправу и да хипотекарни повјерилац не мора водити дуготрајне парничне поступке ради добијања клаузуле извршности.

⁷⁷ Чл. 98. ЗИП РС.

⁷⁸ Чл. 97.

⁷⁹ Чл. 98. ЗИП РС.

Извршни поступак се дакле покреће на основу извршне исправе и заложни повјериоци се намирују без обзира да ли су они покренули поступак или је тражилац извршења неко други. Ипак, погрешно је схватање да хипотекарни повјериоци (најчешће банке) желе да „активирају хипотеку“ и да се намире и вриједности заложене непокретности. Банкама уопште није атрактивно намирење из вриједности предмета хипотеке, већ им је циљ да дужници уредно отплаћују своје обавезе. Без обзира што можемо рећи да је положај хипотекарних повјерилаца ЗИП Републике Српске уредио на начин да им осигура првенствени ред намирења, то не значи да ће се успјети потпуно намирити. Сам извршни поступак неоправдано дуго траје па је активирање хипотеке често коцкање са временом и средствима. Занимљиво је да цијене непокретности у посљедњих неколико година нагло расту, док куповна па и кредитна способност грађана и привреде пада, па се постваља логично питање да ли ће то значити застој и у кредитирању куповине истих. Свакако ће политички и фактори тржишта утицати да се у пракси појављује већи број извршних поступака на непокретностима па је потребно радити на ефикасности извршног поступка јер се само тако могу заштити хипотекарни повјериоци.

ЛИТЕРАТУРА

- Познић, Боривоје и Весна Ракић Водинелић. *Грађанско процесно право*. Београд: 1999.
- Медић, Душко. *Хипотека и остала средства обавезивања потраживања, стање и правци развоја*. Бања Лука: 2005.
- Медић, Душко. „Ново стварно право“, *Годишњак факултета правних наука Паневропског универзитета „Апеирон“*, (2011).
- Медић, Душко и Хасо Тајић. *Судска пракса из стварног права*, друго издање. Бања Лука: 2008.
- Хибер, Драгор и Милош Живковић. *Обезбјеђење и учвршћење потраживања*. Београд: 2015.
- Бабић, Илија и Раденко Јотановић. *Грађанско право, књига 2 Стварно право*. Бања Лука: 2020.
- Бабић, Илија, Душко Медић, Енес Хашић, Мелиха Повлакић и Лариса Велић. *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*. Сарајево: Привредна штампа, 2011.
- Јанковић, Милош В. *Тенденције развоја и механизми регулације хипотекарних тржишта*. Београд: Универзитет Унион, 2016.
- Живковић, Милош. „Хипотека и земљишни дуг“, *Промене стварног права у Србији, Институт за упоредно право* (2004).
- Лазич, Мирослав. *Права реалног обезбеђења*. Ниш: 2009.

- Повлакић, Мелиха. *Трансформација стварног права у Босни и Херцеговини*. Сарајево: 2009.
- Бодирога, Никола. *Теорија извршног поступка*. Београд: 2012.
- Тешић, Ненад. „О извршности заложне изјаве“, *Правни живот број 10* (2019).
- Станковић, Обрен и Миодраг Орлић. *Стварно право*. Београд: Номос, 2004.
- Стошић, Слободан. *Реализација заложног права на непокретности*. Београд: Мегатренд универзитет, 2015.
- Ковачевић Куштримовић, Радмила. *Стварноправо*. Ниш: 2006.
- Јотановић, Раденко. „Етажна својина као предмет хипотеке у праву Републике Српске“, *Правни живот*, бр. 10 (2021).
- Симонети (*Siminetti*), Петар. *Право грађења*. Сарајево: 1986.
- *Закон о стварним правима* „Службени гласник Републике Српске“, број 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16- Одлука УС РС и 107/19.
- *Закон о нотарској служби Републике Српске* „Службени гласник Републике Српске“, број 28/21
- *Закон о хипотеци*, "Службени гласник Републике Србије", број 115/2005, 60/2015, 63/2015 – Одлука Уставног суда и 83/2015.
- *Закон о основним својинскоправним односима* „Службени лист СФРЈ“, број 6/80 и 30/90.
- *Закон о неважности правних просписадонијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације*, „Службени лист СФРЈ“, број 86/46.
- *Закон о облигационим односима* „Службени лист СФРЈ“ ,број 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, број 17/93, 03/96, 39/03 и 74/04.
- *Закон о стварним правима Федерације Босне и Херцеговине* „Службене новине Федерације Босне и Херцеговине“ број 66/13, 100/13 и 32/19 Одлука УС.
- *Закон о извршном поступку Републике Српске* „Службени гласник Републике Српске“, број 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12 и 67/1, 98/14, 5/17- Одлука УС, 58/1- рјешење Уставног суда БиХ и 66/18.
- *Основни закон о експропријацији ФНРЈ*, „Службени лист ФНРЈ“ број 28.
- *Закон о експропријацији ФНРЈ*, „Службени лист ФНРЈ“ број 12/57.
- Српски грађански законик- Грађански законик за Краљевину Србију, текст од 11.03.1944. године.
- Одлука о допустивости и меритуму АП 482/20 доступна на <https://www.ustavnisud.ba/uploads/odluke/AP-482-20-1293255.pdf>.

POSITION OD MORTGAGE CREDITOR IN EXECUTIVE PROCEEDINGS

Igor Šukalo⁸⁰

Banja Luka City Assembly

Summary: *The modern economy is inconceivable without the existence of a mortgage. A mortgage is the most important real legal means of securing claims and a means of mobilizing capital. Only after comprehensive reform of real law in the Republic of Srpska did the legislator regulate in detail this important institute of civil law. However, both in our country and world, it happens that the claims secured by the mortgage are not properly repaid and the mortgage creditors must ask in court for protection of their rights, in settlement from the value of the subject the mortgage. Although it seems that mortgage creditors are fully protected, especially after introduction of mandatory notation of all real estate transactions, in practice we are witnessing various problems in terms of settling mortgage creditors.*

Keywords: *Mortgage, real estate, enforcement proceedings, collection of receivables.*

80 LL.M. Secretary of Banja Luka City Assembly, igorsukalo82@gmail.com.