

Марко С. Кнежевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9072-9337

ПЛЕНИДБЕНО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА

Сажетак: *Реформе извршног права нису заобишле ни извршење новчаних појраживања на покретним стварима. Заложно право које се ситица-ло пленидбом покретних ствари (пленидбено заложно право), још се од преи-ходног Закона о извршењу и обезбеђењу ситиче тек реитирацијом, и то на захтев извршног повериоца. У раду се овом новом моделу пленидбеног заложног права настије дајти доимачке контуре. Полазећи од већ заокружених теорија пленидбеног заложног права у немачкој и аустријској доктрини, показује се да је за сада важећи модел српског права најприкладнија изв. мешовита теорија. Уједно се, међутим, показују и његови дефицити и погрешна вредновања законодавца.*

Кључне речи: *извршни поштујак, пленидбено заложно право, реитирова-вана залога.*

1. УВОД

Чини се да је данас неизбежно увод једног истраживања извршног пра-ва започети тезом о перманентној реформи извршног поступка. Последњих двадесетак година су обележиле наизменичне кардиналне промене извршног поступка.¹ Не само да су основна структурална питања преобликована (шти-хворт: дејудикализација извршења), већ су појединачна средства извршења на различите начине добила нов изглед.

¹ Већ је само и хронологија закона довољно речита: Закон о извршном поступку из 2000 (ЗИП 2000), Закон о извршном поступку из 2004 (ЗИП 04), Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011 (ЗИО 11) и Закон о извршењу и обезбеђењу из 2015 (ЗИО).

Судбину такве реформе задесило је и извршење на покретним стварима, и то, између осталог, и заложно право које се стиче ради намирена извршног повериоца. Оно се традиционално код нас назива „судским/принудним заложним правом“, док се у овом раду оно назива пленидбеним заложним правом. Циљ рада је да се овај институт, коме ни пре „реформи“ није била поклоњена значајнија пажња, колико-толико осветли тако што ће се му се дати основне догматичке контуре. Да би се то учинило, нужно је претходно изложити основне позиције у за нас референтним доктринама; на тај начин, чини се, могуће је и увидети колико далеко је отишао законодавац, свесно или несвесно, и које проблеме је сам генерисао. У том смислу, на крају ће се дати и правнополитичка оцена сада важећег концепта пленидбеног заложног права на покретним стварима.

2. МЕСТО ПЛЕНИДБЕНОГ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У СТРУКТУРИ ИЗВРШЕЊА РАДИ НАПЛАТЕ НОВЧАНОГ ПОТРАЖИВАЊА

2.1. Извршни поступак као време и место остваривања имовинске одговорности

Уобичајено је да се извршни поступак одређује као грађански судски поступак који има за циљ принудно остваривање – сада већ традиционалном законском терминологијом – „потраживања“, која могу бити новчана или неновчана. Често се каже, међутим, да се у извршном поступку извршавају пресуде и друге извршне исправе, или веродостојне исправе. С друге стране, цивилистика је склона, наступајући са својих позиција, да у извршном поступку види „извршење грађанскоправних санкција“.²

Међутим, када се говори о принудном остварењу новчаних потраживања, управо једно друго (и цивилистичко и процесуалистичко) учење, и то оно о дугу и одговорности (нем. *Schuld und Haftung*) у савременом виду,³ показује смисао извршног поступка онда када је реч о остварењу новчаних захтева. Ако се пође од тога да је дуг једно, а одговорност друго, онда је створено тле које ће боље осветлити извршни поступак и успоставити мост

² Према домаћој цивилистици, сасвим упрошћено, модел изгледа овако: када парнични суд донесе кондемпнаторну пресуду, онда је он „изрекао грађанскоправну санкцију“, а њено извршење следује у извршном поступку; уп. Душан Николић, *Грађанскојравна санкција*, Нови Сад 1995, *passim*. – Против таквог поимања грађанскоправних санкција Мihaјло Дика, *Грађанско овршно право*, Zagreb 2007, 14 и след., који сматра да, ако се већ говори о њима, грађанскоправне санкције су заправо само средства извршења.

³ О томе вид. Bettina Nunner-Krautgasser, „Die Haftungsklagen. Reine Vermögenshaftung und 'Duldung' der Exekution“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2007, 714 и след. са исцрпним упућивањима.

ка материјалном праву. Принудно остварити једно новчано потраживање у извршном поступку подразумева принудно остварење имовинске одговорности (*zwangsweise Realisierung der Vermögenshaftung*) – имовина доступна заплени служи као фонд одговорности намирењу повериоца.⁴ Према томе, имовина једног дужника није никаква „општа залога“,⁵ већ фонд одговорности.⁶

2.2. Структура реализације имовинске одговорности

Фонд одговорности једног дужника представља његова запленива имовина. Она и само она може бити „предмет извршења“. Принципијелно⁷ било која ствар или имовинско право чини фонд одговорности. Управо је спрам врсте предмета извршења уређена реализација одговорности: извршење на непокретностима, на покретним стварима, на новчаним потраживањима, на неновчаним потраживањима, те на другим имовинским правима. На микро плану свакако постоје разлике у погледу извршних радњи за сваки типолошки предмет извршења, па и оквиру истог типа у зависности од контекста. Међутим, чини се да је могуће на довољном степену апстракције успоставити јединствену структуру извршења ради остварења новчаног потраживања, водећи рачуна о данас неспорном јавноправном карактеру извршног поступка. У том смислу, реализација имовинске одговорности у извршном поступку подразумева три целине: заплена (узапћење) предмета извршења, његово уновчење и намирење извршног повериоца.⁸

⁴ Уместо свих Walter Gerhart, *Vollstreckungsrecht*, Berlin–New York 1982², 68 и след.

⁵ Овде није ни време ни место за подробнију критику учења о „општој залози“, која је у домаћем праву још увек присутна, чини се, под француским утицајем. Ипак, само оволико: теза да необезбеђени повериоци имају право „опште залог“ је противуречна концепту заложног права, јер какво је то заложно право које уједно и не успоставља приоритетни ранг намирења? Такође, из перспективе таквих поверилаца, имовина коју дужник поседује у часу доспелости потраживања уопште није никакво обезбеђење каснијег намирења, јер тек она имовина која постоји у тренутку пленидбе у извршном поступку је „обезбеђење“. Између доспелости потраживања и наступања извршности извршне исправе у којој је потраживање „титулисано“ редовно протекне више година.

⁶ Уп. Владимир Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Ојцији део грађанској права*, Београд 2012, бр. 830, који иако говори о запленивој имовини као „општој залози хирограферних поверилаца“, пре свега мисли на функцију имовине у смислу „остваривање одговорности“; о имовини као предмету одговорности вид. и Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1989⁷, 307 и след. – О системском приступу који, с позивом на стечајни концепт, имовину која чини фонд одговорности у извршном поступку види као „извршну масу“ (*Vollstreckungsmasse*) вид. Christoph Paulus, у: Bernhard Wieczorek, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 8. Band, §§ 592–723, Berlin–Boston 2013⁴, vor § 704 марг. бр. 75.

⁷ Дакле, уз постојање изузетака, који су успостављени из различитих разлога, примарно ради заштите егзистенцијалног минимума извршног дужника.

⁸ Уп. већ Leo Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1929², 627; Rudolf Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, III. Teil, Wien 1932², 904; за савремену

2.2.1. Заплена (узайћење) предмета извршења

Принудно извршење подразумева захват у индивидуализоване делове имовине извршног дужника (специјална егзекуција). Први корак је оно што би могло да се назове запленом, што је државно узайћење предмета извршења ради обезбеђења спровођења извршења.⁹ Она настаје пленидбом и има различите последице. Прва је забрана располагања предметом извршења. Друга последица заплене јесте стицање права на намирење, и то схваћено у процесном смислу (о томе доле).

Иако ЗИО, као ни његови претходници, не спомињу заплону на општем плану, чини се да је незамисливо конструисати извршни поступак без ње. Отуда први структурални чинилац реализације имовинске одговорности није „стицање права на намирење“¹⁰ већ управо заплена. Јер, основ за оно што следи – уновчење и намирење – није право на намирење, као право извршног повериоца, већ заплена као јавноправни захват у имовину извршног дужника. Другим речима, заплена је та која „рађа“ како основ за уновчење, тако и право на намирење у оквиру извршног поступка.

2.2.2. Уновчење предмета извршења

Из природе реализације имовинске одговорности произлази да се принципјелно предмет извршења мора претворити у новац – он се мора уновчити (нем. *Verwertung*). Иако се појам „уновчење“ у домаћој литератури

немачку литературу уп. Eberhard Schilken, у: Hans Friedhelm Gaul, Eberhard Schilken, Ekkehard Becker-Eberhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010¹², § 48 марг. бр. 1; за савремену аустријску литературу уп. Rechberger Walter, Oberhammer Paul, *Exekutionsrecht*, Wien 2009⁵, марг. бр. 140 и след.; за домаћу уп. Марко Кнежевић, у: Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд 2022¹⁹, 600/601.

⁹ Заплени би одговарао немачки институт *Verstrickung*, који је тешко преводив на српски, али и на рецимо хрватски, што је већ показао Дука, вид. М. Dika, 507 фн. 685. О овом институту уместо свих Е. Schilken, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Bekker-Eberhard, § 50 бр. 12 и след.

¹⁰ Тако међутим Познић, одступајући од свог ранијег схватања, конципира „први стадијум“ извршења ради остварења новчаних потраживања, уп. Боровоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1993¹³, 375. Ово схватање касније преузима Ракић-Водинелић (уп. Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999¹⁵, 463; Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010¹⁶, 512), али га и напушта у последњем издању уџбеника тако што више ни не спомиње општу структуру извршења ради наплате новчаног потраживања, уп. Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2015¹⁷, 610/611. – Познић је у првим издањима свог уџбеника заступао став да је први стадијум „одузимање права располагања оним делом имовине који је предмет извршења“, што се постиже пленидбом, вид. Боровоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1962, 381; Боровоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1965², 582.

везује за појединачна средства извршења, и то различито,¹¹ он је заправо кровни појам за било који начин доласка до, макар фингираног, новца којим ће се извршни поверилац (евентуално и други) намирити.¹² Уновчити значи свакако продати заплећену ствар, али исто тако и код оба вида преноса заплећеног новчаног потраживања постоји уновчење, једнако као и код „преноса својине на (не)покретној ствари на извршног повериоца“.¹³ Другим речима: уновчење није логички нужно везано за извршење које значи „задирање у супстанцу“, јер је оно замисливо и као начин новчане експлоатације предмета извршења, као што је то случај код извршења на плодуюживању.

2.2.3. Намирење

Намирење као последња етапа реализације имовинске одговорности подразумева исплату извршном повериоцу уновчењем добијеног износа. Оно је у таквој видљивој форми временски засебни стадијум код извршења на (не)покретностима продајом предмета извршења, те код уновчења на други начин код других имовинских права осим потраживања (нпр. извршење на плодуюживању). Код извршења на новчаним потраживањима, намирење у случају преноса уместо исплате увек коинцидира са уновчењем, док у случају преноса ради наплате до намирења долази у тренутку испуњења од стране дужника извршног дужника, или чак намирењем у извршном поступку против њега. Намирењем се окончава извршни поступак јер је испунио свој циљ. Међутим, већ овде је нужно да се напомене да намирење као такво никада не представља уједно и материјалноправну легитимацију за задржање примљеног. Другим речима, намирење у извршном поступку не значи увек и престанак потраживања извршног повериоца.

¹¹ Тако Ракић-Водинелић сматра да се ствари продају, а да се права уновчавају, вид. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (1999), 463; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2010), 512. – С друге стране, савремена цивилистика када говори о „уновчавању“ мисли пре свега на продају ствари, али не искључује да постоји и други начин уновчења; тако за садржину заложног права, као стварноправног права уновчења, исправно резонује Милош Живковић, у: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење појтрживања*, Београд 2015, 24.

¹² Уп. већ Б. Познић (1962), 381: „у другом стадијуму се тај [заплећени, прим. аут.] део имовине уновчава“.

¹³ Тада се према ЗИО сматра да је извршни поверилац „намирени“ у одређеном проценту процењене вредности ствари (чл. 191 ст. 4, 248 ст. 2 у вези са чл. 191 ст. 4 ЗИО), што не значи да нема уновчења; оно се само сједињује са намирењем. Да је и то „уновчење“ признаје немачка литература, када у оквиру „другог начина уновчења“ спомиње управо пренос својине на заплећеној покретној ствари на извршног повериоца, уп. Wolf-Dietrich Walker, у: Winfried Schuschke, Wolf-Dietrich Walker (Hrsg.), *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, Köln 2011⁵, § 825 марг. бр. 14 и след.

2.3. Пленидбено (принудно) заложно право као специфичност извршења на „покретној имовини“

СТИЦАЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА КАО ПОСЛЕДИЦА ЗАПЛЕНЕ, или макар на основу заплене, није универзални структурални чинилац принудног остварења имовинске одговорности. Другим речима, заложно право се не стиче у оквиру сваког средства извршења новчаних потраживања. Оно је традиционално резервисано за извршење на – како се то раније и код нас називало – покретној имовини: извршење на покретним стварима, потраживањима и другим имовинским правима која се могу уновчити. Обратно, извршење на непокретностима, и то уновчењем, не познаје „судско заложно право“.

Историјски гледано, готово у исто време су се за такав модел одлучили и немачки и аустријски законодавац, и то свесно: узапћењем непокретности као предмета извршења кроз забележбу принудне дражбе у земљишну књигу извршни поверилац стиче право на намирење (нем. *Befriedigungsrecht*) које није уједно заложно право,¹⁴ иако на тај начин стиче приоритетни ранг у односу на потоње извршне повериоце, односно стиче евентуално разлучно право.¹⁵ Тако је било углавном у домаћем праву,¹⁶ а и сада је тако (чл. 155 ст. 4 ЗИО).¹⁷ Иако домаћа литература делимично сматра другачије,¹⁸ не постоји нити један разлог који би дозвољавао пробијање *lex lata* границе. Право на намирење које се стиче уписом забележбе решења о извршењу у катастар непокретности остварује све функције које би евентуално остваривала „принудна хипотека“. Позив на правну традицију и аустријски узор, коначно, управо говори против признавања ове фигуре.¹⁹

¹⁴ З немачко право уместо свих вид. Arwed Blomeyer, *Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren*, Berlin–Heidelberg–New York 1975, 353 и след.; за стање у аустријској доктрини вид. фн. 19 *in fine*.

¹⁵ За немачко право уместо свих Н. Ф. Gaul, у: Н. Ф. Gaul, Е. Schilken, Е. Bekker-Eberhard, § 1 марг. бр. 29 *in fine*; за аустријско право вид. фн. 97 *in fine*.

¹⁶ Једино је у ЗИО 11 било предвиђено да на основу решења о извршењу на непокретности извршни поверилац „стиче право уписа заложног права“, и то само по његовој инцијативи, вид. чл. 107 ЗИО 11.

¹⁷ Да је такво право на намирење разлучно право требало би да буде неспорно, иако је судска пракса имала великих проблема са схватањем чл. 49 ст. 1 Закона о стечају (ЗСт); о томе вид. Марко Радовић, „Забележба решења о извршењу на непокретности у јавне књиге као основ стицања разлучног права“, *Судијенска ревизија за привредно право* 1/2015–2016, 92 и след.

¹⁸ За период ЗИП 78 тако Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (1999), 470; за период ЗИП 04 Боривој Старовић, *Коментар Закона о извршном процесу*, Београд 2007, 368; за садашње стање, раније, Марко Кнежевић, у: Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд 2021¹⁸, 604. – Супротно, да није реч о заложном праву, за период ЗИП 78 Боривој Старовић, *Коментар Закона о извршном процесу*, Нови Сад 1991², 389; „право на намирење је блиско заложном праву“; за садашње стање М. Кнежевић, у: Р. Кеча, М. Кнежевић (2022), 604, са изричитим напуштањем ранијег схватања.

¹⁹ М. Живковић тврди да и поред тога што аустријски закон, који је био узор предрачном југословенском закону, не говори о стицању „заложног права“, већ о стицању „права

2.4. Терминологија: пленидбено заложно право уместо „принудно/судско заложно право“

Термин „пленидбено заложно право“ је непознат у домаћој литератури и судској пракси. Исто тако, ни садашњи ЗИО као ни сви његови претходници га не познају, што важи и за ЗОСПО.²⁰ У потоњем се говори о заложном праву које „настаје на основу судске одлуке“ (чл. 61 ст. 2 ЗОСПО), те углавном теорија говори о „судском заложном праву“ или о „принудном заложном праву“.²¹ Обрнуто, немачка литература и судска пракса одавно заложно право које настаје у поступку извршења на покретним стварима називају „пленидбеним“ (*Pfändungspfandrecht*), што је тек од 2001. године и законски термин.²² У Аустрији се користи наведени термин, али упоредо са „судским заложним правом“ (*richterliches Pfandrecht*) или „егзекутивним (извршним) заложним правом“ (*exekutives Pfandrecht*).²³ С друге стране, као и у ЗОСПО, у ОГЗ се као основ заложног права предвиђа и „судска одлука“ (§ 449 реч. 2). Чини се да и поред неодомаћености термина „пленидбено заложно право“ у домаћем дискурсу, он заслужује предност.

на намирење“, једнодушно схватање аустријске доктрине сматра супротно; вид. М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 49 и след. Чини се да су цитирани цивилисти код М. Живковића, и то *Иро (Iro)* и *Клетићка (Kletečka)* погрешно интерпретирани. И један и други заиста у оквиру „судског заложног права“ спомињу хипотеку која се стиче у извршном поступку, али изричито мисле само на њено заснивање путем самосталног средства извршења у виду „принудног заложног права“ (обојица цитирају само §§ 87 и след. аИп), што је код нас још од 1978. године преобликовано у средство обезбеђења (данашњи чл. 431 и след. ЗИО); уп. Gert Iro, *Bürgerliches Recht, Band IV*, Wien 2010⁴, марг. бр. 10/26; Andreas Kletečka, у: Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I*, Wien 2006¹³, 386. Обрнуто, када се извршење спроводи принудном продајом непокретности, забележбом принудне дражбе у земљишној књизи се не стиче принудна хипотека, већ само право на намирење. У аустријском праву је немогуће заступати став да је такво право на намирење заправо принудна хипотека, јер би тако нешто било *contra legem*: према § 208 аИп, право на намирење које је стечено забележбом принудне дражбе у земљишну књигу може да се „претвори“ у заложно право тек на предлог извршног повериоца, и то само у неким случајевима обуставе извршног поступка (више о томе Peter Angst, у: Peter Angst, Paul Oberhammer [Hrsg.], *Kommentar zur Exekutionsordnung*, Wien 2015³, § 208 марг. бр. 1 и след.). О томе да се забележбом принудне дражбе у земљишну књигу не стиче заложно право, већ само публицистичко право на намирење изричито Richard Holzhammer, *Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht*, Wien 1993⁴, 172; W. Rehberger, P. Oberhammer, марг. бр. 234 и след, 271; Astrid Deixler-Hübner, у: Andreas Konecny (Hrsg.), *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen. Lfg. 73*, Wien 2021, § 10 Ю марг. бр. 3 са даљим упућивањима.

²⁰ Закон о основама својинскоправних односа (ЗОСПО).

²¹ Уместо свих М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 47.

²² Реформом из 2001. године су унети рубруми за сваки параграф, тако да рубрум § 804 немачког Грађанско парничног поступка (нГрпп [*Zivilprozessordnung – ZPO*]) гласи „пленидбено заложно право“.

²³ Уместо свих R. Holzhammer, 241/242.

Пленидбено заложно право јесте принудно, и то је неспорно. Међутим, оно није једино принудно заложно право које се стиче у извршном поступку схваћеном у ширем смислу.²⁴ Против воље извршног дужника извршни поверилац стиче заложно право и кроз средство обезбеђења у смислу чл. 431 и след. ЗИО. Да је такво заложно право другачије од пленидбеног показује не само другачија догматичка позадина (о спору касније), већ и основ настанка – као средство обезбеђења принудно заложно право се не заснива на заплени, већ просто и заиста на решењу о обезбеђењу. Оно је без сумње приватноправне природе, и служи искључиво обезбеђењу потраживања.

С друге стране, говорити о „судском“ заложном праву, уместо о пленидбеном, данас више није у потпуности оправдано. Постоје примери када ће јавни извршитељ бити орган који доноси решење о извршењу, а уједно ће и вршити пленидбу, тако да придев „судско“ више није адекватан.²⁵ Стога и законодавац с правом напушта термин „судско заложно право“.²⁶

3. ПЛЕНИДБЕНО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА У ТРАДИЦИОНАЛНОМ МОДЕЛУ

3.1. Уводне напомене: о „традиционалном моделу“ и његовој догматичкој матици

Атрибут „традиционално“ упућује на временски аспект, на постојаност, сталност. Утолико би „традиционални модел“ пленидбеног заложног права био пре свега везан за домаће право – то би био институт који је у дужем периоду конципиран на идентичан начин. И заиста, традиционално пленидбено заложно право је оно које је код нас постојало више деценија, упркос важењу различитих закона. Структурално идентичан концепт постојао је готово осам деценија и везује се за право Краљевине Југославије, право социјалистичке и постсоцијалистичке Југославије, а у модификованом облику и за право Србије све до 2011. године.²⁷

Међутим, када се овде говори о традиционалном моделу пленидбеног заложног права, мисли се и на његово (догматичко) исходиште. То што смо

²⁴ Овде се мисли на појам извршног поступка као вишег, који обухвата поступак извршења и поступак обезбеђења.

²⁵ Утолико исправно и Вук Радовић, *Спечачно право, Књига I*, Београд 2017, 215.

²⁶ У ЗИП 04 било је изричито предвиђено да се пописом стиче „судско заложно право“ (чл. 75 ст. 1 ЗИП 04). Сада тог термина више нема.

²⁷ Истраживање не обухвата и право Кнежевине/Краљевине Србије, али и у њему би могли да се пронађу обриси традиционалног модела; о извршном поступку тог времена Андра Ђорђевић, *Теорија грађанској судској поседујука, II књига, иррегио g-р. Д. Аранђеловић*, Београд 1923², бр. 780 и след.

имали више деценија није ништа друго до пресликани аустријски концепт, који се опет значајно наслања на немачки. Све то води, дакле, до (догматичке) матице „традиционалног модела“, а то је немачка, мање аустријска, литература (и делимично судска пракса). Сазнања о кључним проблемима традиционалног модела омогућавају да се боље разјасни оно што сада имамо.

3.2. Обележја пленидбеног заложног права

Традиционално пленидбено заложно право се стиче пленидбом, ма како се она формално називала: пленидба,²⁸ пленидбени попис²⁹ или просто попис.³⁰ Кључно је да оно настаје као последица пленидбе, ближе то је једно од дејстава заплене. Никакве друге формалности попут регистрације или додатног импулса извршног повериоца нису потребне.³¹

Путем пленидбеног заложног права извршни поверилац стиче првенствени ред намирања из његовог предмета, и то у односу на друге, потоње извршне повериоце. Према томе, пошто је пленидбено заложно право везано за заплену, а оно само обезбеђује ранг извршном повериоцу, постоји временски идентитет заплене и стицања првенственог ранга. Дејство пленидбеног заложног права је и у томе што у случају стечаја извршног дужника представља разлучно право „стечено у извршном поступку“.

Заплењене ствари се нужно не одузимају од извршног дужника,³² али и у том случају орган извршења и извршни поверилац стичу посредну државину. Уколико се тада говори о публицитету пленидбеног заложног права, он се остварује кроз видно означавање заплене на заплењеним стварима³³ – стављање пленидбене маркице, пленидбена објава, службено печатење.

²⁸ Тако у немачком праву (*Pfändung*), вид. § 803 немачког Грађанско парничног поступка (нГрпп [*Zivilprozessordnung – ZPO*]); исто и у аустријском, вид. § 249 ст. 1 аустријског Извршног поступка (аИп [*Exekutionsordnung – EO*]).

²⁹ Тако у домаћем предатном праву, вид. § 208 реч. 1 југословенског Извршног поступника (Ип), што је званични скраћени назив Закона о извршењу и обезбеђењу из 1930, иначе мање-више адаптирани превод аИп. Додуше, већ се у цитираној одредби изричито одређује да је синоним за „пленидбени попис“ – пленидба.

³⁰ Тако у послератном домаћем праву, вид. чл. 72 и след. Закона о извршном поступку из 1978 (ЗИП 78); и садашњи ЗИО за пленидбу покретних ствари користи термин „попис“, чл. 219 и след. ЗИО.

³¹ Уп. нпр. чл. 78 ст. 1 ЗИП 78: „поверилац стиче пописом заложно право на пописаним стварима“; § 804 ст. 1 нГрпп: „пленидбом поверилац стиче заложно право на заплењеном предмету“; § 256 ст. 1 аИп, односно § 215 ст. 1 Ип: „пленидбом стиче тражилац извршења за своју извршну тражбину заложно право на стварима, назначеним и пописаним у пленидбеном записнику“.

³² Вид. § 214 ст. 1 Ип; чл. 76 ст. 1 ЗИП 78; чл. 70 ст. 1 ЗИП 2000. – за немачко право вид. § 808 ст. 1 нГрпп; за аустријско право вид. § 259 ст. 1 аИп.

³³ Уп. Б. Старовић (1991), 264.

Прави правни значај публицитета је ипак различит у појединим правима: док је у немачком видно означавање пленидбе њен услов,³⁴ тиме и услов настанка пленидбеног заложног права, у аустријском праву то није случај,³⁵ а такво решење је било и у домаћем праву. Но, у сваком случају каснији нестаник „публицитета“ кроз уклањање нпр. пленидбене марке од стране извршног дужника не дира у дејство заплене, односно тиме опстанак пленидбеног заложног права није угрожен.

Све преко реченог се готово уопште не спомиње (домаћа литература), или је спорно (немачка литература, мање аустријска).

3.3. Спор о правној природи у немачком (и аустријском праву)

3.3.1. Контекст спор

Већ више од једног века немачку, а мање аустријску извршну догматику обележава спор о правној природи пленидбеног заложног права. Реч је о једној од носећих теорија комплетне дисциплине, и не чуди да је дискусија изнедрила бројна схватања. Она се, у основи и поједностављено услед бројних варијација, могу поделити на три теорије: приватноправну, мешовиту и јавноправну. При томе, проблематика и стање спора се смислено могу разумети само ако се има у виду догматичка историја немачког права.

3.3.2. Приватноправна теорија

Према овој теорији, пленидбено заложно право је – само име каже – чисто приватноправног карактера. Оно је – поред вољног и законског – трећа врста приватноправног заложног права.³⁶ Стога, оно је акцесорно, па ако нема извршног потраживања ни не настаје; исто тако, пошто дужник може да оптерети залогом само своју ствар, ако је заплена туђа ствар не настаје пленидбено заложно право. Но, поред тога, пленидбено заложно право је фундамент целокупног спровођења извршења: оно је основ уновчења предмета извршења; судски извршитељ који уновчава заплена ствар то чини као мандатар повериоца, остварујући његова приватноправна овлашћења.³⁷ Купац ствари стиче својину само ако је савестан, сходно општим правилима грађанског права.³⁸

³⁴ Изричито § 808 ст. 2 реч. 2 нГрпп.

³⁵ Уп. R. Holzhammer, 256.

³⁶ Тако у старијој аустријској доктрини R. Pollak, 905, 908.

³⁷ На ту кључну ставку приватноправне теорије Јакшић не обраћа пажњу и зато је погрешно приказује; уп. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁶, бр. 4585.

³⁸ За приказ ове теорије вид. Wolfram Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, 311 и след.

Приватноправну теорију није могуће разумети ако се не узме у обзир историјски контекст немачког права. У време доношења нГрпп (1877) владајући је став, што је осведочено не само на редакцијском плану, већ и у материјалијама, да је спровођење извршења на покретним стварима остварење приватноправних овлашћења из пленидбеног заложног права.³⁹ Стога је судски извршитељ који у немачком праву уновчава покретне ствари био схваћен као помоћник извршног повериоца, његов мандатар. Када извршни поверилац тражи заплону покретних ствари он заправо, према том схватању, даје приватноправни налог судском извршитељу.⁴⁰

Како се наводи у савременој литератури, све до тридесетих година прошлог века приватноправна теорија је била владајућа, како у литератури, тако и у судској пракси. За њен слом наводе се два момента као пресудна: први се везује за објављивање монографије *Фридриха Штјајна* (1913),⁴¹ у којој је фундирао учење о јавноправном карактеру извршног поступка, те јавноправној улози судског извршитеља, а уз то је засновао мешовиту „јавно-приватну теорију пленидбеног заложног права“; други се односи на обрт судске праксе, и то преузимањем *Штјајновој* схватања, уобличен и више него начелном одлуком *Суга Пајха* (*Reichsgericht*).⁴²

3.3.3. Мешовита теорија

Иако се *Штјајн* означава утемељивачем мешовите јавно-приватне теорије, само име је каснијег датума, и потиче од њеног критичара, творца савремене јавноправне теорије *Герхарга Лукеа* (*Gerhard Lüke*). Мешовита теорија⁴³

³⁹ О томе вид. Franz-Jürgen Säcker, „Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, *Juristen Zeitung (JZ)* 1971, 158 и след.

⁴⁰ Тако заиста и гласе још увек важеће одредбе, у којима се говори о „налогу“ (*Auftrag*), вид. §§ 753, 754, 755 реч. 2, 766 ст. 2 нГрпп.

⁴¹ Friedrich Stein, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, Tübingen 1913.

⁴² *RG*, 21. 1. 1938 – VII 106/37, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* 156, 397 и след. – О значају ове одлуке, а нарочито у контексту преузимања схватања једног јеврејског аутора (*Штјајн* је био Јеврејин) у време националсоцијализма, вид. Hans Friedhelm Gaul, „Das geltende deutsche Zwangsvollstreckungsrecht – Ergebnis eines Wandels der Rechtsanschauung oder ungebrochenen Kontinuität?“, *Zeitschrift für Zivilprozess* 130 (2017), 13 и след., 26.

⁴³ Без претензије на потпуност набрајања, њу заступају, у различитим модалитетима: W. Henckel, 328 и след.; A. Blomeyer, 175 и след.; H. F. Gaul (2017), 10 и след.; W. Gerhart, 73 и след.; E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 50 и след.; Fritz Baur, Rolf Stürner, Alexander Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 2006¹³, марг. бр. 27.10 и след.; Othmar Jauernig, Christian Berger, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010²³, § 16 марг. бр. 24 и след.; Urs Peter Gruber, у: Thomas Rauscher, Wolfgang Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2*, München 2021⁶, § 803 марг. бр. 11 и след.; Walter Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln 2014¹⁰, марг. бр. 393; W. D. Walker, у: W. Schuschke, vor §§ 803, 804 марг. бр. 13; Jasmin Flockenhaus, у: Hans Joachim Musielak, Wolfgang Voit (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, München 2022¹⁹, § 804 марг. бр. 4; Klaus Schreiber, „Das Pfändungspfandrecht nach der ZPO“, *Juristische Ausbildung* 2014, 691 и след.

у односу на приватноправну чини одлучан рез као последицу измењеног схватања природе извршног поступка и статуса судског извршитеља. Пленидбено заложно право заиста настаје уколико су испуњени услови приватног права (акцесорност, припадање ствари извршном дужнику), и оно јесте приватноправног карактера, али сам процес уновчења се не заснива на њему, већ искључиво на заплени.⁴⁴ Овлашћење судског извршитеља да уновчи заплени предмет је јавноправне природе и само за себе нема никакве везе са пленидбеним заложним правом. Потоње је заправо само фигура која треба коначно (и након извршног поступка) да створи легитимацију како за ранг намирења више поверилаца, тако за задржавање примљеног на име намирења.⁴⁵

3.3.4. Јавнојравна теорија

Иако је већ била заступана на прелазу из 19. у 20. век, јавноправна теорија се уобличава тек касније и везује се нарочито за *Г. Лукеа*,⁴⁶ и представља према његовој замисли последњи стадијум преобликовања извршног поступка у смислу публицистичког схватања.⁴⁷ Формално гледано, јавноправна теорија⁴⁸ је идентична приватноправној: основ уновчења заплешене ствари

⁴⁴ Уместо свих Е. Schilken, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 50 са даљим упућивањима. – О томе да мешовита теорија не подразумева успостављање некакве мешовите категорије пленидбеног заложног права које би имало двоструку природу, те да је због тога и сам назив теорије нетачан, вид. Н. F. Gaul (2017), 7/8; ул. и Gerhard Lüke, „Die Entwicklung der öffentlichrechtlichen Theorie in der Zwangsvollstreckung“, у: Andreas Heldrich, Takeyoshi Uchida (Hrsg.), *Festschrift für Nakamura*, Berlin 1996, 391 фн. 5; W. Gerhart, 73. – У домаћој литератури *Јакшић* готово потпуно погрешно приказује мешовиту теорију, тврдећи да она негира акцесорност пленидбеног заложног права, односно да оно настаје без обзира што извршни дужник није власник заплешене ствари; уз то, он тврди да је према овој теорији пленидбено заложно право „и приватноправног и јавноправног карактера“; ул. А. Јакшић, бр. 4586. Вреди напоменути да *Јакшић* у свом приказу мешовите теорије не документује своје наводе.

⁴⁵ Е. Schilken, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 52 са даљим упућивањем.

⁴⁶ Вид. Gerhard Lüke, Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrecht“, *JZ* 1957, 239 и след.; Gerhard Lüke, „Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache“, *AcP* 153 (1954), 534, 539, 541; G. Lüke (1996), 393, 403 и след.

⁴⁷ Репрезентативно G. Lüke (1957), 242: публицистичком схватању успева да се „ослободи овова Грађанског законика“, те да призна да је „пленидбеном заложном праву са заложним правом из Грађанског законика заједничко готово само име“.

⁴⁸ Без претензије на потпуност, у представнике немачке јавноправне теорије се могу убројати и: Kurt Herget, у: Richard Zöllner (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, Köln 2018³², § 804 марг. бр. 2; Peter Hartmann, у: Adolf Baumbach et. alt., *Zivilprozessordnung*, München 2004⁶², Übers. § 803 марг. бр. 8; Wolfgang Lüke, у: Bernhard Wiczorek, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, 10. Band, Teilband 1, §§ 803–863, Berlin–Boston 2015⁴, § 804 марг. бр. 56 и след.; Johann Kindl, у: Johann Kindl, Caroline Meller-Hannich (Hrsg.), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, Baden-Baden 2021⁴, § 804 ZPO марг. бр. 4.

и за њу је пленидбено заложно право. Међутим – и то је кардинално – оно није приватноправне природе, већ искључиво јавноправне, тј. процесне, публицистичке. За његов настанак се не тражи ни акцесорност, нити да је извршни дужник власник ствари. Оно је израз захтева за извршење (нем. *Vollstreckungsanspruch*), иначе неспорног института, који је уперен према држави, и који је сам, опет неспорно за све, независтан од материјалноправног захтева.⁴⁹ Пленидбено заложно право које би било приватноправне природе, према *Г. Лукеу* представљао би страном телом у извршном поступку схваћеном у савременом смислу.⁵⁰

Кључни проблем јавноправне теорије је дефицит основа за задржавање примљеног на име намирења. Јер, ако пленидбено заложно право настаје без обзира на материјалноправне услове, онда се поставља питање како решити проблем „материјалноправно“ неоснованог извршења: шта се дешава у случају да је извршење спроведено а потраживања није ни било, или га је било, али је уновчена ствар припадала трећем лицу? Ту неуралгичну тачку јавноправне теорије *Г. Луке* решава раније – по сопственим речима – „извесном недоследношћу“: признаје се кондикцијски захтев извршног дужника или трећег лица према извршном повериоцу, а фигура која то оправдава је недостатак правног основа у виду потраживања или припадности ствари трећем лицу.⁵¹ Други су међутим били радикалнији, па су негирали настанак било каквог кондикцијског захтева, између осталог, тезом о „квазиправноснажности“.⁵²

3.3.5. Биланс

Приватноправна теорија се данас углавном представља тек као историјска категорија, иако је недавно учињен покушај да се она оживи.⁵³ Њој

⁴⁹ О захтеву за извршење у немачкој литератури исцрпно Н. F. Gaul, у: Н. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 6 марг. бр. 1 и след.; за аустријско виђење вид. Holzhammer, 20 и след.; за домаћу литературу сумарно М. Кнежевић, у: Р. Кеча, М. Кнежевић (2022), 503.

⁵⁰ Тако већ G. Lüke (1957), 241; исто и четрдесетак година касније, G. Lüke (1996), 404.

⁵¹ G. Lüke (1953), 547.

⁵² Реч је о покушају да се преведе немачки термин, скован по узору на правноснажност, у виду „*Vollstreckungskraft*“; о овом правцу јавноправне теорије, уз масивну критику вид. Hans Friedhelm Gaul, „Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche“, *AcP* 173 (1973), 323 и след., посебно 340: уколико би се зарад превазилажења недоследности јавноправне теорије инсистирало на искључивању кондикцијских захтева након извршног поступка, онда би то био уједно и најснажнији приговор против ње; уп. и О. Jauregig, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 23: ако је тако, онда „тим пре треба одбацити јавноправну теорију“. – Против тезе о искључивању кондикцијских захтева након извршног поступка, односно услед пропуштања правних средстава извршног права и врховна немачка инстанца (*Савезни суд [Bundesgerichtshof – BGH]*), вид. *BGH*, 2. 7. 1992 – IX ZR 274/91, *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, 2573.

⁵³ Реч је о подухвату *Штџама (Stamm)*, који је у свом хабилитационом раду понудио управноправно схватање извршног поступка, али само у домену пленидбе, док је након

се приговара да је неспојива са схватањем извршног поступка као вршењем државне власти принуде – приватноправно заложно право не може бити основ државног принудног уновчавања заплених ствари.⁵⁴ Утолико данас спор постоји само између две теорије – мешовите и јавноправне. При томе, неспорно је да у највећем броју случајева ова теорије долазе до истих резултата.⁵⁵ Мешовита теорија је данас владајућа у Немачкој,⁵⁶ док је јавноправна у Аустрији.⁵⁷

Централна теоријска тачка јавноправне теорије која је изложена нападима јесте негирање релевантности материјалноправних услова настанка заложног права. *Лукеово* раније признање „извесне недоследности“ разлог је да се додатно потенцира неодрживост његове теорије, са закључком да се тиме она сама од себе урушава.⁵⁸ Одбрану позиција јавноправне теорије је предузео *Минцберџ* (*Münzberg*), по којем треба разликовати право на намирење у извршном поступку као једино овлашћење из пленидбеног заложног права (*Bekommen des Erlöses*), и право на коначно задржање примљеног (*endgültige Behaltendürfen*) што већ измиче овом институту, те које се просуђује према општим правилима кондикцијског права – параметри су потраживање извршног повериоца и питање да ли је извршни дужник заиста био власник ствари.⁵⁹ На то се изнова приговара да је тако нешто вештачко цепање једног института,⁶⁰ односно да се тиме пленидбено заложно право чини сувишним, тј. да је оно без било каквог засебног правног значаја и функције,⁶¹ што је – према схватању мешовите теорије – неприхватљиво спрам важећег законског стања ствари. Тиме се уједно даје коначна осуда: методолошки

тога спровођење извршења засновано на цивилистичким основама, где приватноправно пленидбено заложно право има своје место; уп. Jürgen Stamm, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen 2007, *passim*, нарочито 351: „извршни поступак тежи само једном циљу, а то је да се надомести недостајућа добровољна изјава о залози и предаја предмета“; за масивну критику вид. E. Schilken „Rezension zu Jürgen Stamm, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*“, *AcP* 208 (2008), 840 и след.; H. F. Gaul (2017), 29 и след.

⁵⁴ Уп. G. Lüke (1957), 240; O. Jauernig, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 18.

⁵⁵ Из перспективе јавноправне теорије тако G. Lüke (1996), 403; из перспективе мешовите теорије E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 53.

⁵⁶ То је неспорно за доктрину, па тако и припадници јавноправне теорије кажу да њихово схватање одступа од владајућег схватања, вид. Wolfgang Lüke, *Zivilprozessrecht*, München 2011¹⁰, марг. бр. 611.

⁵⁷ R. Holzhammer, 242, 244 и след.; Harald Mini, у: Astrid Deixler-Hübner, *Exekutionsordnung. Kommentar. Lfg. 34*, Wien 2022, § 256 марг. бр. 14 са даљим упућивањима.

⁵⁸ Уместо свих O. Jauernig, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 19 *in fine*.

⁵⁹ О схватању *Минцберџа* вид. E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 58; – И сам *Г. Луке* прихвата *Минцберџову* одбрану, вид. G. Lüke (1996), 404.

⁶⁰ K. Schreiber, 691; уп. и J. Stamm, 419 и след.

⁶¹ W. Henckel, 327.

гледано, јавноправна теорија пробија *lex lata* границе, јер оно има за циљ да један законски институт учини практично безначајним.⁶²

Јавноправна теорија је у сваком случају једноставнија како за излагање материје, тако и за примену. Она уз то настоји да превлада и проблем формализације извршног поступка у том смислу да рекламира за себе складност са принципом да се материјалноправна питања у извршном поступку уопште ни не решавају.⁶³ С друге стране, мешовита теорија такође за себе рекламира складност са формализацијом. Њене присталице сматрају да је проблем пленидбеног заложног права због релевантности материјалноправних услова, у амбијенту формализације извршног поступка готово увек латентан, и постаје акутан по правилу тек након спроведеног извршења.⁶⁴

3.4. Позиције у југословенској литератури

Опште узев, спор из немачког и аустријског права, иначе наших традиционалних узора, у домаћој литератури (предратној и поратној југословенској и потоњој српској) је непознат. Цивилистика одавно у пленидбеном заложном праву види једно од „заложних права“,⁶⁵ али не иде даље од тога.⁶⁶ Процесуалистика, с друге стране, углавном се задовољавала именовањем пленидбеног заложног права као „судског заложног права“, без проблематизације.⁶⁷ Ипак, два су аутора која су се (изричито или прећутно) дотакла ове проблематике, и то у оквиру „традиционалног модела“.

3.4.1. Схватање Блајојевића за њредрајно њраво

У „Систему извршног поступка“ Блајојевић приказује ново југословенско извршно право, иначе готово пресликано аустријско, користећи се

⁶² O. Jauernig, Ch. Berger, § 16 марг. бр. 7; E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 58; W. Henckel, 328.

⁶³ Уместо свих J. Kindl, у: J. Kindl, C. Meller-Hannich (Hrsg.), § 804 ZPO марг. бр. 4 са даљим упућивањима.

⁶⁴ Уп. E. Schilken, у: H. F. Gaul, E. Schilken, E. Becker-Eberhard, § 50 марг. бр. 53, 68 и след. – Аутономну позицију има *Бломејер*, по којем у случају дефицита материјалноправних услова настанка пленидбеног заложног права, а због формализације извршног поступка, оно постоји само као условно пуноважно: ако дође до намирења, окончањем извршног поступка пленидбено заложно право коначно губи своје дејство, чиме се отвара пут кондикцијским захтевима извршног дужника или трећег лица против извршног повериоца. Ово схватање *Бломејер* системски гради с позивом на рушљиве правне послове; вид. A. Blomeyer, 176 и след. Ипак, његово схватање није наишло на присталице.

⁶⁵ Уместо свих Миодраг Орлић, у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно њраво*, Београд 1996⁹, бр. 730 и след.

⁶⁶ Вид. међутим М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 49 који сумарно излаже теоријски спор из немачког права, и то према *Дики*.

⁶⁷ Уп. међутим А. Јакшић, бр. 4584 и след.; за критику његовог приказивања вид. фн. 44.

обилато како аустријском, тако и немачком догматиком. Иако је тадашњи законски текст изричито говорио о стицању заложног права пленидбом, *Блајојевић* доследно избегава његов спомен. На свим местима он говори о „заснивању посебног јавно-правног стварно-правног дејствујућег овлашћења на наплату из заплених ствари“.⁶⁸ Имајући у виду управо његово знање о теоријском спору који је већ тада тињао у литератури немачког говорног подручја, нема сумње да се он приклањао јавноправној теорији. Штавише, могло би да се каже да је био заступник једне екстремније публицистичке варијанте, с обзиром да предметни институт није ни желео да назове својим именом – заложним правом.⁶⁹

3.4.2. Схватање Гамса за послератно право

За послератно, али још увек некодификовано право, *Гамс* је заступао став да пленидбено заложно право заправо ни није „залога у правом смислу речи, већ један однос из судског поступка (судског извршења) – дакле из јавног права“.⁷⁰ Разлози за речено су према њему непреносивост залог, могућност остављања заплених ствари у државини дужника, уређење императивним извршноправним прописима, као и заштићеност путем кривичног права.⁷¹ Према томе, иако је *Гамс* излагао пленидбено заложно право у оквиру приватноправне залог, те иако није спомињао теоријски спор из немачког права, његов став се пре може квалификовати као припадност јавноправној теорији.⁷²

3.5. Схватање Дике за хрватско право

Након излагања све три немачко-аустријске теорије, *Дика* за тадашње хрватско право излаже своју сопствену теорију, коју он назива синтетичком и реалистичком. По њему пленидбено заложно право има и приватноправну и јавноправну компоненту. Разлике у односу на приказане теорије би могле да се сведу на следеће: јавноправни аспект је у томе што пленидбено заложно право настаје актом јавне власти; приватноправни аспект није само у томе што оно настаје тек ако су испуњени материјалноправни услови (акцесорност, припадање ствари извршном дужнику), већ и зато што су „материјалноправни учинци присилнога заложнога права у томе да оно твори

⁶⁸ Борислав Благојевић, *Систем извршног постојања*, Београд 1937, 486, 490, 493, 495.

⁶⁹ Индикативно је и да *Блајојевић* принудно заложно право на непокретности као самостално средство извршења (§§ 70 и след. Ип) – данас: средство обезбеђења из чл. 431 и след. ЗИО – квалификује исто као „јавно-правно стварно-правно овлашћење“, *Ibid.*, 478.

⁷⁰ Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1968⁵, 182.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Супротно М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 50 фн. 102, који *Гамсово* наглашавање „јавноправних елемената“ не види као став о правној природи пленидбеног заложног права.

материјалноправну основа продаје ствари⁷³, те је „тај учинак и основа за пријенос власништва на купца“.⁷³ Према томе, види се да *Дика* у приватно-правној компоненти види и основ за уновчење заплењене ствари, нешто што је пропријум чисте приватноправне теорије. По његовим речима, таква теорија је синтетичка, јер интегрише материјалноправна и процесноправна обележја; реалистичка је, „зато што не полази од априорних догматских (правно-романтичарских) ставова већ од конкретног (позитивноправног) уређења института, од његова мјеста и функције у остваривању правног поретка“.⁷⁴

4. НЕЧУЈНО ПРЕОБЛИКОВАЊЕ ТРАДИЦИОНАЛНОГ МОДЕЛА У СРПСКОМ ПРАВУ: ОД МОДИФИКАЦИЈЕ ДО НАПУШТАЊА

4.1. Увођење регистрације пленидбеног заложног права зарад обезбеђивања публицитета: Закон о извршном поступку из 2004. године

Све до Закона о извршном поступку из 2004. године постојао је традиционални модел пленидбеног заложног права, што се враћа на немачко-аустријски узор. Он је ипак био критикован у цивилистици, утолико што је константно истицано да дефицит публицитета води штетним последицама, и то, у зависности од става о могућности стицања неоптерећене својине на заплењеној ствари, по извршног повериоца или савесног стицаоца.⁷⁵ Сматрало се да у случају остављања заплењених ствари на чување извршном дужнику „видно означавање пленидбе“ (лепљење пленидбене маркице, истицање пленидбеног записника) не представља готово никакав учинковит публицитет.

Увођење регистроване залоге у српски правни поредак 2003. године био је импулс да се отворе нови видици и за пленидбено заложно право. Суштински на „предлог“ Центра за либерално-демократске студије,⁷⁶ у Закону о извршном поступку из 2004. године је уведено ново правило у виду регистрације пленидбеног заложног права на покретним стварима. Но, реч

⁷³ М. Дика, 509.

⁷⁴ *Ibid.*, 510.

⁷⁵ Уколико се негирала могућност стицања неоптерећене својине на заплењеној ствари, онда је интерес савесног стицаоца био скрајнут, тако Миодраг Орлић, „Заложно право“, *Енциклопедија имовинској права и удруженој рада, Том шрећи*, Београд 1978, бр. 17; с позивом на Орлића и Драгољуб Стојановић, у: Драгољуб Стојановић, Димитар Поп-Георгиев, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд 1980, 135 – Супротно, уколико се признавала наведена могућност, онда је интерес извршног повериоца скрајнут, тако М. Орлић, у: О. Станковић, М. Орлић, бр. 731.

⁷⁶ Центар за либерално-демократске студије је изradio у оквиру сопственог пројекта нацрт новог закона, који је послужио радној групи која је припремала нов закон 2004. године, вид. Драгор Хибер (ред.), *Нови Закон о извршном поступку*, Београд 2004, 7.

је само о модификацији традиционалног модела, не о кардиналној промени. Наиме, пленидбено заложно право се и даље стицало пленидбом са свим последицама (стицање ранга, различно право);⁷⁷ регистрација је служила обезбеђивању публицитета утолико што од тог момента трећа лица никако нису могла да се позивају на незнање пленидбеног заложног права.⁷⁸ То је био једини смисао промене.⁷⁹

Посебно треба истаћи начин регистрације. По састављању пленидбеног записника извршни суд је био дужан да без одлагања наложи надлежном органу (касније Регистру залогe) упис пленидбеног заложног права. У случају приступања извршном поступку и стицања пленидбеног заложног права новог извршног повериоца, вршила се забелешка на пленидбеном записнику, а суд је био дужан да о томе обавести надлежни орган ради регистрације новог пленидбеног заложног права.⁸⁰

4.2. Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011. године: промена парадигме и генерисање нових проблема

Цезуру представља концепт уведен Законом о извршењу и обезбеђењу из 2011. године, који се с правом може назвати променом парадигме пленидбеног заложног права. Уместо традиционалног модела, или макар модификованог, пленидбено заложно право није настајало пленидбом, него тек регистрацијом – уписом у Регистар залогe. Пленидба (пленидбени записник у техничком смислу) је постала тек „основ“ за стицање заложног права (чл. 87 ст. 1 ЗИО 11). И даље, за разлику од ЗИП 2004, орган извршења није по службеној дужности достављао Регистру залогe пленидбени записник, већ је то преваљено на извршног повериоца (чл. 88 ЗИО 11). Нови модел је рођен.

Реакција литературе није била значајна, утолико што је само указивано на промењени концепт. Јасно је образложено да је „попис“ (пленидба) изгубио на значају,⁸¹ те да се пленидбено заложно право стиче тек регистрацијом.⁸² С друге стране, било је и схватања која су видно одступала од законског текста, али не у смислу свесно другачијег тумачења (прецизније, то би било крајње упитно „унапређење права“), већ као последица неувиђања промене, или неразумевања. Тако је *Ракић-Водинелић* у излагању материје према ЗИО 11 заправо у потпуности излагала превазиђено стање према ЗИП

⁷⁷ Уп. чл. 75 ст. 1 реч. 1 ЗИП 04.

⁷⁸ Чл. 76 ЗИП 04.

⁷⁹ Уп. Б. Старовић (2007), 312; Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд 2009, 485; Невена Петрушић, у: Г. Станковић, Н. Петрушић, *Новине у грађанском процесном праву*, Ниш 2005, 159.

⁸⁰ Чл. 76 ст. 1, 82 ст. 3 ЗИП 04.

⁸¹ Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁵, 567.

⁸² Никола Бодирога, *Теорија извршног посудица*, Београд 2012, 306.

2004, дакле, не региструјући наступиле промене.⁸³ У цивилистици је, међутим, Бабић тврдио да „принудно заложно право на покретним стварима поверилац стиче *йойисом сївари у извршном йосїуїку* [...] а не предајом ствари као код ручне залогѣ“, с тим да ред првенства заложног права стеченог пописом се одређује према дану када је извршен упис у одговарајући регистар“.⁸⁴ Очито је да његово схватање било засновано на неразумевању новоуспостављеног концепта и одредаба ЗИО 11 које је сам цитирао.

Промена парадигме је с друге стране довела до инхерентних проблема о којима редактори ЗИО 11 очито нису водили рачуна. Наиме, како је стицање пленидбеног заложног права зависило од воље извршног повериоца, питање је било да ли је оно уопште нужно зарад спровођења извршења. Такође, ако је одговор био потврдан, како се решавао проблем конкуренције извршних поверилаца који нису стекли пленидбено заложно право – како се одређивао њихов ранг? Јер, у делу који се односио на исплатне редове, ова категорија извршних поверилаца није била споменута (уп. чл. 101 ЗИО 11).

4.3. Важећи Закон о извршењу и обезбеђењу: континуитет уз додатке

4.3.1. *Континуитет и йойуњавање йразнине*

Упоредноправно гледано неубичајено, али за домаћи контекст најалост уобичајено, после свега четири године донет је у потпуности нов закон. Што се тиче пленидбеног заложног права, ипак, у садашњем ЗИО нема одступања од модела његовог претходника. Пленидба сама за себе још не значи да је извршни поверилац стекао пленидбено заложно право – оно се стиче „у тренутку уписа заложног права у Регистар залогѣ“, с тим да се тада уједно стиче и „право на намирење на покретној ствари“ (чл. 228 ст. 1 ЗИО).

Сама редакција чл. 228 ст. 1 ЗИО на први поглед је решила проблем који је инхерентан: пошто се тек стицањем пленидбеног заложног права стиче и право на намирење из заплете ствари, извршни поверилац који не стекне пленидбено заложно право ни не може да се намири. Међутим, систем-

⁸³ Уп. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (2015), 614: „на пописаним стварима извршни поверилац стиче *судско заложно йраво* у моменту када судски извршитељ потпише записник о попису. [...] Извршни суд, без одлагања, доставља копију записника о попису, односно закључка о измени пописа организацији која је законом овлашћена да региструје бездржавинску залогу на покретним стварима. Регистровано судско заложно право, у односу на регистровано заложно право других поверилаца, рачуна се од часа стицања, пописом, односно закључком“ (курзив у оригиналу). – Индикативно је то да *Ракић-Водинелић* не наводи уопште одредбе тада важећег ЗИО 11, које би подржале њено схватање, које је, ако се има у виду раније издање уџбеника рађеног према ЗИП 2004, мање-више пресликана садржина одредаба које више не важе.

⁸⁴ Илија Бабић, *Грађанско йраво. Књига 2. Сїварно йраво*, Београд 2012, 262.

ско тумачење говори супротно: у чл. 254 ЗИО који уређује рангове намирења, изричито се наводе и извршни повериоци који нису стекли „заложно право“ – они се намирују тек након извршних поверилаца који су стекли пленидбено заложно право (чл. 254 ст. 1 т. 3 ЗИО). Дакле, јасно је да ЗИО полази од тога да сваки извршни поверилац у чију корист је заплена ствар има право на намирење. Оно је, с друге стране, лошије рангирано од права на намирење које има ималац пленидбеног заложног права, али ипак постоји. Јер, како негирати једном таквом лицу право на намирење ако се у закону он уједно наводи као лице које се намирује из деобне масе?

4.3.2. Реакција лијџератууре: учење о класичном пленидбеном заложном праву и рејсџированој залози (Г. Стјанковић и Трешњев)

Пажњу заслужују скорашња изјашњења две ауторке. Г. Стјанковић у приказу извршних радњи које се предузимају у оквиру „извршења на покретним стварима“ наводи следеће: „попис и процена ствари, заснивање судског заложног права, упис заложног права у одговарајуће јавне књиге (регистре), продаја ствари и намирење извршног повериоца из износа добијеног продајом“.⁸⁵ Мало касније она појашњава став:

„записник о попису представља основ за упис *заснованој* судског заложног права извршног повериоца на пописаним стварима у одговарајући регистар. Према одредбама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, извршни поверилац стиче заложно право на покретним стварима уписом у регистар залогџ.“⁸⁶

Према томе, њен став подразумева да се „судско заложно право“ заснива пленидбом, што не може другачије да се схвати него да настаје, а да се онда оно уписује у регистар, када извршни поверилац „стиче“ заложно право. Дакле, постоје изгледа два „заложна права“.

Слично, али још јасније Трешњев резонује. Дословно:

Принудно заложно право које је извршни поверилац *стиџекао* у поступку извршења пошто је спроведен попис покретних ствари уписује се у Регистар залогџ који води Агенџија за привредне регистре. [...] Законодавац је овластио извршног повериоца да захтева упис *настиалој* принудног заложног права, што представља услов за стицање права залогџ на пописаним покретним стварима.⁸⁷

⁸⁵ Гордана Станковић, у: Гордана Станковић, Милена Трговчевић Прокић, *Посџујак извршења и поштиујак обезбеђења у Рејублицџ Србиџи*, Београд 2020, 247 (курзив додат).

⁸⁶ *Ibid.*, 250 (курзив додат).

⁸⁷ Александра Трешњев, у: Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коменџар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2020², 681 (курзив додат).

4.3.3. Критика

Оба приказана схватања трпе приговоре, и у резултату се никако не могу прихватити.

Прво, редакција ЗИО не даје никакав ослонац за став да се „судско заложно право“ стиче већ пленидбом. Тек је пленидбени записник основ за стицање пленидбеног заложног права (чл. 224 ст. 2 ЗИО), које се стиче регистрацијом (чл. 228 ст. 1 ЗИО). Дакле, тумачењем као таквим се не може доћи до приказаног резултата.

Друго, уколико би критиковани став био резултат „унапређења права“ (нем. *Rechtsfortbildung*), за то је нужно да постоји ослонац у вредновању које је дошло до изражаја у закону. Било би нужно доказати да постоји непланска празнина у тексту ЗИО која се има попунити креативним захватом. То је, имајући у виду друге норме ЗИО, немогуће. ЗИО извршног повериоца у чију корист је извршена пленидба третира као „обичног, необезбеђеног“ извршног повериоца. Другим речима, ако би свака пленидба рађала заложно право, онда не би постојала категорија „извршног повериоца који није стекао заложно право“; чл. 254 ст. 1 т. 3 ЗИО би био беспредметан, он више не би имао никакво поље примене. У резултату, то би била материјална дерогација цитиране одредбе.

4.3.4. Међуисход: пленидбено заложно право као факултативна установа

Околност да се пленидбено заложно право не стиче пленидбом, тј. да оно није директна последица заплене, већ да је нужно да извршни поверилац затражи његово конституисање, говори о постојању једне бинарне структуре извршења на покретним стварима: извршење се спроводи и са и без пленидбеног заложног права, све и да су испуњени сви материјалноправни услови за његов настанак. И извршни поверилац који га не стекне има право на намирење из уновчене ствари, додуше слабијег ранга у односу на извршне повериоце који га стекну. У одређеном смислу, може се говорити о пленидбеном заложном праву као о факултативној установи. Речено се мора имати у виду приликом скицирања догматике важећег модела пленидбеног заложног права.

5. СКИЦИРАЊЕ ДОГМАТИКЕ ВАЖЕЋЕГ МОДЕЛА

5.1. Правна природа кроз испитивање функција пленидбеног заложног права

Савремена догматика питању правне природе и даље придодаје велики значај, али не у оном смислу који је појмовна јуриспруденција чинила. У

центру пажње су данас, пре свега, захтеви јасне систематизације, те хеуристичка функција („дескриптивно-аналитичка функција“),⁸⁸ односно „дидактичко-системски“ циљеви.⁸⁹ Извлачити практичне последице из правне природе једног института, до које се долази чак априорно, не одговара јуриспруденцији вредновања.⁹⁰ Отуда став о правној природи може да зависи само од садржине и функције једног института, а не обратно.⁹¹

5.1.1. Основ за уновчење?

Спор о основу за уновчење који се враћа на квалификацију пленидбеног заложног права у немачкој доктрини заправо никада није био актуелан за југословенско и српско право из најмање два разлога. Прво, уновчење ручне залоге је традиционално било другачије уређено него у немачком праву – вансудска продаја заложене ствари била је, и још увек је, изузетак. Друго, много значајније, орган који је вршио уновчење је био суд – концепција органа извршења који дела као мандатар извршног повериоца, по узору на изворни немачки модел, никада није постојала. Тако је и данас упркос дејудицијализацији спровођења извршења. Јавни извршитељ према чл. 138 ЗИО није никакав мандатар извршног повериоца, већ његова овлашћења извиру „из закона“.⁹² Уновчење заплећене ствари подразумева оригинерно стицање својине „купца“,⁹³ и приватноправне одредбе о стицању од невласника су непримењиве на извршни поступак.⁹⁴ Посебно је ирелевантно да ли до уновчења долази јавном продајом или непосредном погодбом, јер у било којој

⁸⁸ Martin Trenker, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess – Privatautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren*, Wien 2020, 809.

⁸⁹ *Ibid.*, 25.

⁹⁰ О опасностима појмовне јуриспруденције управо на примеру проблема правне природе пленидбеног заложног права вид. Franz-Jürgen Säcker, „Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts“, *JZ* 1971, 156 и след.

⁹¹ На то за потребе заложног права јоште указује М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 24. – О идентичном приступу у савременој аустријској процесуалистици уопште вид. М. Trenker, 873 и след., који упозорава на опасност да дескриптивно-аналитичка функција „правне природе“ прерасте у нормативну. Због тога он тек на крају свог монументалног дела о „споразумном страначком располагању у парничном поступку“ разматра правну природу сваког појединачног случаја.

⁹² Тиме се, међутим, не чини излишном, или погрешном, конструкција односа извршног повериоца и јавног извршитеља као јавноправног односа који извиру из захтева за извршење; о томе сумарно М. Кнежевић, у: Р. Кеча, М. Кнежевић (2022), 522/523; исцрпно за немачко право Н. F. Gaul, у: Н. F. Gaul, Е. Schilken, Е. Becker-Eberhard, § 8 марг. бр. 1 и след.

⁹³ Уп. Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2017, 411; *Бодирога* додуше на наведеном месту говори о стицању својине на продатој непокретности, али исти концепт – због упућивања у чл. 255 ЗИО – важи и за стицање својине на продатој покретној ствари.

⁹⁴ Утолико је поље примене чл. 31 ст. 1 ЗОСПО сужено, јер се тамо наведена „јавна продаја“ не односи на принудну јавну продају.

варијанти „купац“ стиче својину закључком о предаји ствари (чл. 193 ст. 2 у вези са чл. 255 ЗИО). Према томе, приватноправна теорија пленидбеног заложног права је неприхватљива за српско право.

Међутим, питање је да ли је мешовита или јавноправна теорија у овом сегменту прихватљива, а од одговора заправо зависи укупно опредељење. Према првој, пленидбено заложно право није основ за уновчење заплењене ствари, док према другој јесте, с тим да оно има јавноправну природу. Пошто би начелно могло да се прихвати, јер како је речено, уновчење у извршном поступку представља акт јавне власти. Међутим, док је то заступљиво за немачко и аустријско право, односно за традиционални модел, за важеће српско право је неприхватљиво. Наиме, пошто пленидбено заложно право ни не мора да настане да би се заплењена ствар уновчила (права факултативност пленидбеног заложног права), онда се њему, у случају да настане, не може придавати такав значај. Уновчење заплењене ствари концептуално не може да се заснива час на заплени, а час на пленидбеном заложном праву, јер је то системски гледано тешко објашњиво. Штавише, дошло би се у ситуацију да се заплењена ствар заиста уновчава по два основа: у случају да су два извршна повериоца исходовала заплени једне ствари, а само један је стекао пленидбено заложно право, уновчење би се заснивало како на заплени (перспектива извршног повериоца који није стекао пленидбено заложно право), тако и на пленидбеном заложном праву (перспектива извршног повериоца који га је стекао). Тако нешто је ипак неподношљиво за целину која претендује да буде систем. Стога отпада први и основи чинилац јавноправне теорије, те је она већ из овог разлога неприхватљива за српско право. Мешовита теорија пружа најкохерентнији оквир разумевања садашњег стања, које додуше није нимало једноставно разумети.

На крају, нужан је и осврт на *Дикино* учење о „синтетичком и реалистичком“ пленидбеном заложном праву. Чини се да је већ из претходно изложеног јасно да се његово учење не може прихватити за српско право: он у приватноправној компоненти пленидбеног заложног права види основ за уновчење, што је, као што је речено, неједињиво за домаћим позитивним правом. И даље, потребе за таквим синтетичким и реалистичких учењем, зарад превазилажења „правно-романтичарских ставова“ ипак нема; савремене теорије (и мешовита и јавноправна) никако нису резултат једне појмовне јуриспруденције, већ су обе продукт јуриспруденције вредновања. Управо зато оне у највећем броју случајева воде истим резултатима (вид. горе 3.3.5).

5.1.2. Основ за задржавање *йримљеној*?

Према мешовитој теорији једна од две функције заложног права јесте стварање основа за задржавање примљеног на име намирења у извршном

поступку. Зато је оно приватноправне природе, и зато његов настанак зависи од материјалноправних мерила (акцесорност, припадност ствари извршном дужнику). Пошто у извршном поступку влада принцип формализације, проблем је принципијелно акутан само након окончања извршног поступка. И заиста, ово учење се уклапа у оквире српског права, упркос постојању бинарне структуре извршења на покретним стварима. Свакако, не може се негирати да оно и није најпогоднији медијум за постизање жељених резултата, али је та одлука на законодавцу.

Прво, у прилог приватноправној природи пленидбеног заложног права говори већ његово признавање у ЗОСПО, што је кључна разлика у односу на стање немачког права. Додуше, аустријско стање ствари показује да спомињање „заложног права на основу судске одлуке“ у тамошњем ОГЗ није препрека за негирање приватноправне природе. Међутим, због напуштања традиционалног модела, како је већ речено, јавноправна теорија више није прихватљива за српско право (в. горе 5.1.1).

Друго, што је инхерентна критична тачка јавноправне теорије, фигура заложног права које уједно не служи као легитимација за задржавање примљеног на име намирења одузима му готово сваки смисао и постаје само нешто симболично.

Треће, уколико би се негирала акцесорност пленидбеног заложног права, то би значило признавање неакцесорног заложног права, које је за сада стране српском праву. Свакако да акцесорност трпи, како се истиче, изузетак из процесних разлога утолико што у случају потраживања која су утврђена правноснажном одлуком и са њом изједначним актима (судско поравнање, арбитражна одлука) питање настанка и постојања у оквиру временских граница правноснажности не може да се доводи у питање. Међутим, речено не дира у принцип, штавише не представља заиста прави изузетак.

Речено никако не значи да спровођење извршења на покретној ствари без стицања пленидбеног заложног права у резултату има другачије правне последице. Другим речима, и тада извршни поверилац мора имати материјалноправни основ за задржавање примљеног. Пошто у том случају он нема пленидбено заложно право, основ се мора тражити непосредно у потраживању. Другим речима, закључак о намирењу никада није „правни основ“ у смислу кондикцијског права, а није ни решење о извршењу. Управо уређење противизвршења које је базирано на остварењу кондикцијских захтева „краћим путем“ недвосмислено показује да је извршни поверилац изложен оваквим захтевима како извршног дужника, тако и трећег лица.

Речено може да се сумира на следећи начин: пленидбено заложно право јесте приватноправне природе утолико што представља основ за задржавање примљеног. Неке значајније практичне последице тог става

се не могу пронаћи, јер су готово сва питања решена на редакцијском плану.⁹⁵ У овом делу пленидбено заложно право према мешовитој теорији као фигура може имати хеуристичку функцију, али она заправо ствара много веће компликације него што доприноси бољем разумевању иначе компликоване материје. Но, опет је то данак законодавчевих вредновања и одлуке да се не само задржи пленидбено заложно право, већ и да се оно преобликује.

5.1.3. Стварање ранга

На редакцијском плану неспорно је да тек стицањем пленидбеног заложног права извршни поверилац стиче и фиксни ранг у односу на друге извршне повериоце који након њега стекну исто право. Уколико нико пре њега није стекао пленидбено заложно право, он има право приоритетног намирања у односу на све, па чак и односу на оне који су додуше пре њега исходовали заплону, али нису стекли пленидбено заложно право (чл. 254 ст. 1 т. 2 и 3 у вези са ст. 2 ЗИО).

Тако гледано, и садашње пленидбено заложно право има исту функцију као и у традиционалном моделу. У оба случаја ранг се стиче његовим настанком. Међутим, због начина настанка идентитет концепата је само формалан. Док традиционални модел подразумева истовременост заплене и пленидбеног заложног права, сада су то потпуно одвојени временски моменти, штавише, стицање ранга је условљено додатним ангажовањем извршног повериоца. С друге стране, и то је кључна системска разлика, пленидбено заложно право данас није једина фигура која обезбеђује некакав ранг. У традиционалном моделу пленидбено заложно право је искључиви медијум кроз који се успоставља ранг намирања. Пошто је оно – ако су испуњени сви услови – незаобилазни чинилац спровођења извршења, незамисливо је да се ред првенства извршних поверилаца не равна према њему. Сада је то другачије због бинарне структуре извршења на покретним стварима. Примера ради, у случају конкуренције два извршна повериоца без пленидбеног заложног права, првенствени ред намирања се одређује према сасвим другим мерилима (чл. 254 ст. 4 ЗИО).⁹⁶ Дакле, пленидбено заложно право више нема праву у потпуности традиционалну функцију.

⁹⁵ Управо су основна практична питања до чијих одговора се долази применом једне или друге теорије у немачком праву, а које се везују за последице спроведеног извршења упркос непостојању потраживања, или извршења на ствари трећег лица, код нас довољно јасно, и подобно за уопштавање, решена кроз противизвршење.

⁹⁶ Ред првенства се тада одређује према времену подношења предлога за извршење, дакле ни време заплене није релевантно.

5.1.4. Пленидбено заложно право као различно право

Не би требало да буде спорно да и данашње пленидбено заложно право спада у различна права (чл. 49 ст. 1 ЗСт).⁹⁷ Исто тако, и поред стицања пленидбеног заложног права регистрацијом, и то искључиво на основу воље извршног повериоца, оно спада у „различна права стечена извршењем“, тако да се по сили закона гаси уколико је настало 60 дана пре дана отварања стечајног поступка (чл. 49 ст. 3 ЗСт). Јер, основ пленидбеног заложног права јесте акт који представља извршну радњу (пленидба), односно оно је стечено ради намирења. Коначно, немогуће би било пронаћи стварни разлог разликовања овог пленидбеног заложног права од других (нпр. пленидбено заложно право на уделу привредног друштва), или у односу на право на намирење из заплењене непокретности као типолошко извршно различно право за себе. Оно што је разлика у односу на традиционални модел јесте последица нужности регистрације, тако да је извршни поверилац данас изложен већем ризику – због тога што пленидбено заложно право не настаје пленидбом, већ тек касније, он сноси већи ризик престанка његовог пленидбеног заложног права на основу чл. 49 ст. 3 ЗСт.

Обрнуто, извршни поверилац у чију корист се заплени покретна ствар, али који не стекне пленидбено заложно право, нема статус различног повериоца. Његово право на намирење које стиче пленидбом не подразумева истинско „право на првенствено намирење“, што је обележје различног права (чл. 49 ст. 1 ЗСт). Према томе, функција пленидбеног заложног права и даље је у обезбеђивању пуног приоритета намирења његовог имаоца у стечајноправном контексту, али је због начина настанка сасвим другачији контекст.

5.2. Смисао настанка путем регистрације

5.2.1. Класична функција регистрације као начина стицања регистрованих залога

Класична регистрована залога свој смисао проналази у идеји да заложена ствар остане код заложног дужника како би могао да је привредно

⁹⁷ У резултату исто, али са другим образложењем В. Радовић, 215; по њему, ово заложно право не спада у „заложна права“, већ у „права намирења“, што је друга типолошка врста различног права. Овом ставу се може приговорити да се фигура „права на намирење“ поистовећује са различним правом стеченим извршењем и обезбеђењем; но, потоње обухвата како право на намирење из заплењене непокретности, тако и пленидбено заложно право. Другим речима, заложно право као различно право је било које заложно право, независно од основа настанка, а посебност пленидбеног заложног права је у томе што оно престаје у случају из чл. 49 ст. 3 ЗСт. – У аустријској доктрини, при довољно сличном законском стању стечајног поступка, нема спора да је пленидбено заложно право различно право у смислу „заложног права“, а не као подврста „права на намирење“, вид. само Markus Dellinger, Paul Oberhammer, Christian Koller, *Insolvenzrecht*, Wien 2014³, марг. бр. 213, 279.

искоришћава.⁹⁸ Дефицит бездржавинске залогe у смислу публицитета се надомештава њеном регистрацијом, односно успостављањем јавног регистра који је сваком доступан.⁹⁹ На тај начин се, између осталог, спречава располагање заложног дужника које би водило престанку заложног права, али и заснивање нове залогe тако да нови заложни поверилац ни не зна за постојање претходне, боље рангиране. Према томе, регистрација замењује државину заложене ствари и тиме остварује обе функције публицитета.

Регистрација заложног права је неизбежан начин стицања овог права, јер се само на тај начин омогућава смисленост успостављања транспарентног ранга. Пошто је регистрована залога вољна – настаје на основу правног посла, далеко најчешће на основу уговора – нема другог начина него да се њен настанак не веже за вољу странака.

5.2.2. Преношење идеје на пленидбено заложно право: смисао чл. 223 сй. 1 и 2 ЗИО

Уколико је обезбеђивање публицитета пленидбеног заложног права у функцији остваривања циља извршног поступка, а то је да извршни дужник коме су заплењене ствари остављене на чување не отуђи трећем лицу које би стекло својину без терета, онда на први поглед регистрација као таква има смисла. На тај начин, ако се узме да је савесно стицање својине без терета код нас могуће,¹⁰⁰ од тог тренутка се коначно тако нешто спречава. Пленидбено заложно право које је „сваком видљиво“ путем јавно доступног регистра чини сваког стицаоца несавесним. То је коначно и био лајтмотив модификације традиционалног пленидбеног заложног права, чиме је отклоњена примедба цивилистике о дефициту потребног публицитета. Но, да ли је то и данас тако?

Заплена подразумева одузимање права располагања извршном дужнику. То не само да је изричито прописано (чл. 223 ст. 1 ЗИО), и то одавно,¹⁰¹ већ је у ЗИО додата одредба која предвиђа последице располагања заплењеном ствари, где свакако спада и отуђење. Према чл. 223 ст. 2 ЗИО, повреда забране располагања повлачи одсуство дејства акта располагања у извршном поступку у коме је настала. Према *Бодироји*, то значи да располагање нема дејства у односу на извршног повериоца,¹⁰² док *Трешњев* сматра да распо-

⁹⁸ Уп. М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 65 и след., 243 и след.; Ненад С. Тешић, *Рејсцирована залога*, Београд 2007, 46/47.

⁹⁹ Уп. М. Живковић, у: Д. Хибер, М. Живковић, 65: регистрација је савршеније средство остваривања публицитета од државине ствари.

¹⁰⁰ Тако изричито М. Орлић, у: О. Станковић, М. Орлић, бр. 731.

¹⁰¹ Уп. чл. 77 ст. 1 ЗИП 78; чл. 70 ст. 1 ЗИП 2000; чл. 78 ЗИП 04.

¹⁰² Н. Бодирога (2017), 432.

лагање као такво нема дејство.¹⁰³ Потоње схватање се не може прихватити, јер иде без стварних разлога преко законског текста: у чл. 223 ст. 2 ЗИО се ускраћивање дејства располагања ограничава на извршни поступак у којем је ствар заплена, а не предвиђа се – суштински – класична ништавост располагања. Зато треће лице постаје власник ствари, али у односу на извршног повериоца – како то краће *Богироја* каже – располагање нема дејство. Догматички гледано, треће лице у том случају одговара за туђ дуг, и то предметом стицања, и то је структурално идентична ситуација као код побивања правних радњи дужника (чл. 280 и след. ЗОО). Како год, чл. 223 ст. 2 ЗИО се примењује универзално – без обзира да ли је извршни поверилац стекао пленидбено заложно право, али и без обзира да ли је стицалац савестан. Прво, забрана располагања и следејућа правна последица њеног кршења се везују за заплелу као такву. Друго, не би имало никаквог смисла посебно предвиђати последице кршења забране располагања на овај начин, ако се то ипак не би односило на савесног стицаоца. У тој хипотези чл. 223 ст. 2 ЗИО би био сувишан, јер би свакако важила општа правила грађанског права која штите савесног стицаоца (аналогно чл. 31 ЗОСПО).

Речено показује да је законодавац заправо обесмислио овај аспект регистрације пленидбеног заложног права. Чак и да оно не настане, немогуће је стицање својине на заплеленој ствари без терета, које је тада у виду права на намирење извршног повериоца. Према томе, у важећем праву настанак пленидбеног заложног права кроз регистрацију нема за циљ остваривање класичне функције публицитета који обезбеђује јавни регистар. Извршни поверилац је већ заштићен кроз чл. 223 ст. 2 ЗИО.

5.2.3. *Регистрација и намирење ранга*

Регистрација служи публицитету. Питање је да ли то заиста има било какве везе са стицањем једног од два „овлашћења“ која се везују за првенствено намирење (ранг намирења у извршном поступку и разлучно право).

Иако је према замисли законодавца заправо то једини смисао регистрације, питање је да ли за тако нешто има стварних разлога. Због чега је баш регистрација та која треба да обезбеди ранг намирења извршног повериоцу? Једини разлог се може видети у идеји приватне аутономије, јер до уписа, тј. настанка може доћи искључиво иницијативом извршног повериоца. Тако се долази коначно до јединог вредновања које се може потврдити у позитивном праву на подлози ЗИО: судбина (што боље) намирења из заплелене ствари треба да буде у рукама извршног повериоца, а не у рукама органа извршења.

¹⁰³ А. Трешњев, у: Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, 85: „не изазива правно дејство акт располагања“.

Извршни поверилац треба да се додатно помучи да обезбеди себи првенствени ранг – да ли у односу на друге извршне повериоце, да ли у односу на касније, евентуалне стечајне повериоце.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: ПРАВНОПОЛИТИЧКА ОЦЕНА

Резултати истраживања су показали да важеће уређење пленидбеног заложног права почива искључиво на идеји приватне аутономије, и то у контексту обезбеђивања (што бољег) изгледа на намирење извршног повериоца. Да би обезбедио првенствено намирење у односу на друге извршне повериоце, или у случају стечаја извршног дужника у односу на његове стечајне повериоце, он је дужан, заправо има терет, да исходује пленидбено заложно право. Такво пренаглашавање приватне аутономије представља корак уназад и враћање на нешто што у домаћем праву никада ни није постојало. У том смислу ЗИО је заправо амбивалентан. Док с једне стране у доброј мери скида одговорност са извршног повериоца (нема бољег примера од предлагања „извршења на целокупној имовини“), с друге стране му преваљује терете за које се може поставити питање да ли су подношљиви, а што је најважније и смислени.

Нови концепт са собом носи и додатне проблеме о којима можда није било пуне свести. Тако се на пример можда занемарује да се за регистрацију плаћају таксе. Можда значајније, о чему тек није било свести, јесте чињеница да је поступак пред Регистром залог управни поступак, те да се за његово покретање – ако се дословно тумачи Закон о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар, односно Закон о општем управном поступку – тражи посебно пуномоћје.¹⁰⁴ И неке одредбе ЗИО су готово бесмислене, а могу да створе озбиљне проблеме, попут захтева да се уз пријаву регистрације приложи не само решење о извршењу, већ и предлог за извршење (чл. 227 ст. 2 ЗИО), који тешко може нечему да служи. Но, како да се тако нешто „прибави“ уколико је предлог за извршење предат поштом? Тада извршни поверилац нема „свој“ примерак у правом смислу (са пријемним печатом), тако да би он тада морао да га копира, али је питање ко ће да овери копију? Суд? Јавни извршитељ?

¹⁰⁴ Занимљиво је да на званичном сајту Регистра залог, у оквиру упутства за регистравање залог, стоји да уколико је подносилац пријаве физичко лице, „а пријаву подноси преко пуномоћника који није адвокат, уз пријаву се мора доставити пуномоћје оверено од стране органа надлежног за оверу потписа“; вид. <https://www.apr.gov.rs/registri/zalo%C5%BE-po-pravo/uputstva.2183.html> (приступ 27. 12. 2021). – Такво правило, међутим, у управном поступку не важи већ скоро пет година!

Системски гледано, упадљиво је да је само у оквиру извршења на покретним стварима успостављено пленидбено заложно право према мустри регистроване залогне. Остала пленидбена заложна права (на заплешеном потраживању, на заплешеном уделу у привредном друштву) настају као и до сада актом пленидбе, односно без додатног импулса извршног повериоца. Стога се поставља питање који су стварни разлози за акцентовање приватне аутономије само код пленидбеног заложног права на покретним стварима? Уколико од воље извршног повериоца треба да зависи стицање ранга намирења, те стицање разлучног права, нису ли онда посредни противуречна вредновања? Иако је извршење на непокретностима сковано по другачијој мустри (вид. горе 2.3), и тамо стицање ранга намирења, те евентуалног разлучног права, не зависи од додатне активности извршног повериоца. Чини се да је законодавац речено пре сметнуо с ума, односно да није ни било свести о томе. Стиче се утисак, након резултата овог истраживања, да се законодавац изгубио, тиме што је некритички један цивилистички образац који има свој смисао у контексту обезбеђења потраживања пренео на пленидбено заложно право. Из околности да постоји регистрована залогна он је изгледа мислио да регистрација пленидбеног заложног права мора да буде конститутивна.

С обзиром да је извршни поступак код нас у стању перманентне реформе, те да не би било неочекивано да у релативно кратком времену изнова дође до озбиљнијег новелирања ЗИО, нужно би било да релевантни актуари преиспитају садашњи концепт пленидбеног заложног права на покретним стварима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература:

- Бабић Илија, *Грађанско право. Књига 2. Сиварно право*, Београд 2012
Благојевић Борислав, *Систем извршног посивука*, Београд 1937
Бодирога, Никола, *Теорија извршног посивука*, Београд 2012
Бодирога Никола, *Нови извршни посивука*, Београд 2017
Водинелић Владимир, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Ошћити геограђанског права*, Београд 2012
Гамс Андрија, *Основи сиварног права*, Београд 1968⁵
Ђорђевић Андрија, *Теорија грађанског судског посивука, II књига, иривредно г-р. Д. Аранђеловић*, Београд 1923²
Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁶
Кеча Ранко, *Грађанско процесно право*, Београд 2009
Кеча Ранко, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁵
Кеча Ранко, Кнежевић Марко, *Грађанско процесно право*, Београд 2021¹⁸
Кеча Ранко, Кнежевић Марко, *Грађанско процесно право*, Београд 2022¹⁹

- Орлић Миодраг, „Залога“, *Енциклопедија имовинској права и права угруженој права, Том трећи*, Београд 1978
- Познић Боровоје, *Грађанско процесно право*, Београд 1962
- Познић Боровоје, *Грађанско процесно право*, Београд 1965²
- Познић Боровоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 1999¹⁵
- Познић Боровоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 2010¹⁶
- Познић Боровоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Београд 2015¹⁷
- Радовић Вук, *Сјечајно право, књ. 1*, Београд 2017
- Радовић Марко, „Забележба решења о извршењу на непокретности у јавне књиге као основ стицања разлучног права“, *Сјуденјска ревизија за привредно право 1/2015-2016*, 92–95
- Станковић Гордана, Палачковић Душица, Трешњев Александра, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2020²
- Станковић Гордана, Трговчевић Прокић Милена, *Посиујак извршења и посиујак обезбеђења у Републици Србији*, Београд 2020
- Станковић Гордана, Петрушић Невена, *Новине у грађанском процесном праву*, Ниш 2005
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Сиварно право*, Београд 1996⁹
- Старовић Боровој, *Коментар Закона о извршном посиујуку*, Нови Сад 1991²
- Старовић Боровој, *Коментар Закона о извршном посиујуку*, Београд 2007
- Стојановић Драгољуб, Поп-Георгиев Дмитар, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд 1980
- Тешић Ненад С., *Рејсјирована залоја*, Београд 2007
- Трива Синиша, Белајец Велимир, Дика Михајло, *Судско извршно право, Ојћи дио*, Загреб 1984²,
- Хибер Драгор (ред.), *Нови Закон о извршном посиујуку*, Београд 2004
- Хибер Драгор, Живковић Милош, *Право обезбеђења и учвршћења појпраживања*, Београд 2015
- Angst Peter, Oberhammer Paul (Hrsg.), *Kommentar zur Exekutionsordnung*, Wien 2015³
- Vaubach Adolf et. alt., *Zivilprozessordnung*, München 2004⁶²
- Baur Fritz, Stürner Rolf, Bruns Alexander, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 2006¹³
- Blomeyer Arwed, *Zivilprozeßrecht. Vollstreckungsverfahren*, Berlin–Heidelberg–New York
- Brox Walter, Walker Wolf-Dietrich, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln 2014¹⁰
- Bydlinski Franz, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien 1996
- Deixler-Hübner Astrid, *Exekutionsordnung. Kommentar. Lfg. 34*, Wien 2022
- Dellinger Markus, Oberhammer Paul, Koller Christian, *Insolvenzrecht*, Wien 2014³
- Gaul Hans Friedhelm, „Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche“, *Archiv für civilistische Praxis* 173 (1973), 323–340
- Gaul Hans Friedhelm, Schilken Eberhard, Becker-Eberhard Ekkedard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010¹²

- Gerhardt Walter, *Vollstreckungsrecht*, Berlin–New York 1982²
- Holzhammer Richard, *Exekutionsrecht*, Wien–New York 1993⁴
- Iro Gert, *Bürgerliches Recht, Bd. IV*, Wien 2010⁴
- Jauernig Othmar, Berger Christian, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2010²³
- Kindl Johann, Meller-Hannich Caroline (Hrsg.), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, Baden-Baden 2021⁴
- Konecny Andreas (Hrsg.), *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen. Lfg. 73*, Wien 2021
- Koziol Helmut, Welser Rudolf, *Bürgerliches Recht, Band I*, Wien 2006¹³
- Larenz Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1989⁷
- Lüke Gerhard, „Die Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache“, *Archiv für civilistische Praxis* 153 (1954), 533–547
- Lüke Gerhard, „Die Entwicklung der öffentlichrechtlichen Theorie in der Zwangsvollstreckung“, y: Andreas Heldrich, Takeyoshi Uchida (Hrsg.), *Festschrift für Nakamura*, Berlin 1996, 389–405
- Lüke Gerhard, „Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrecht“, *Juristenzeitung* 1957, 239–243
- Lüke Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, München 2011¹⁰
- Musielak Hans Joachim, Voit Wolfgang (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, München 2022¹⁹
- Nunner-Krautgasser Bettina, „Die Haftungsklagen. Reine Vermögenshaftung und ‘Duldung’ der Exekution“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2007, 713–723
- Paulus Christoph G., *Zivilprozessrecht*, Berlin–Heidelberg 2017⁶
- Pollak Rudolf, *System des österreichischen Zivilprozeßrechtes, III. Teil*, Wien 1932²
- Rauscher Thomas, Krüger Wolfgang (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2*, München 2021⁶
- Rechberger Walter, Oberhammer Paul, *Exekutionsrecht*, Wien 2009⁵
- Rosenberg Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes*, Berlin 1929²
- Säcker Franz-Jürgen, „Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts“, *Juristenzeitung* 1971, 156–162
- Schilken Eberhard, „Rezension zu Jürgen Stamm, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts“, *AcP* 208 (2008), 850–854
- Schreiber Klaus, „Das Pfändungspfandrecht nach der ZPO“, *Juristische Ausbildung* 2014, 689–694
- Schuschke Winfried, Walker Wolf-Dietrich (Hrsg.), *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, Köln 2011⁵
- Stamm Jürgen, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen 2007
- Trenker Martin, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess – Privatautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren*, Wien 2020
- Wieczorek Bernhard, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 8. Band, §§ 592–723*, Berlin–Boston 2015⁴
- Wieczorek Bernhard, Rolf Schütze (Hrsg.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 10. Band, Teilband 1, §§ 803–863*, Berlin–Boston 2015⁴
- Zöllner Richard (Hrsg.), *Zivilprozessordnung*, Köln 2018³²

Marko S. Knežević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9072-9337

The Security Right of an Execution Order on Tangible Property

Abstract: *Enforcement law reforms have not bypassed the enforcement of monetary claims against tangible property. The security right of an execution order acquired by an attachment levy (ger. Pfändungspfandrecht), since the previous Law on Enforcement and Security, is now acquired only by registration, at the request of the executive creditor. The paper tries to give dogmatic contours to this new concept. Starting from the already completed theories in German and Austrian doctrine, it turns out that for the current Serbian concept the most appropriate is so-called mixed theory. At the same time, however, its deficits and erroneous evaluations of the legislator are shown.*

Keywords: *execution Procedure, security right of an execution order.*

Датум пријема рада: 08.06.2022.

Датум прихватања рада: 26.09.2022.