

Proporcionalnost kao korektiv u službi zaštite nekretnine ovršenika

Mihelčić, Gabriijela

Source / Izvornik: **Savremeni pravni promet i usluge : XIV Majsko savetovanje, 2018, 951 - 970**

Conference paper / Rad u zborniku

Publication status / Verzija rada: **Published version / Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

<https://doi.org/10.46793/XIVMajsko.951M>

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:564315>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-28**



Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)



*Др Габријела Михелчић, ванредни професор
Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*

УДК: 347.235

ПРОПОРЦИОНАЛНОСТ КАО КОРЕКТИВ У СЛУЖБИ ЗАШТИТЕ НЕКРЕТНИНЕ ОВРШЕНИКА (одабрана питања)

Резиме

Ауторица проматра категорију (начело) пропорционалности које се појављује као коректив у пракси Европског суда за људска права и Суда Европске уније када се ради о могућим видовима заштите овршеника приликом иселјења из његове некретности. Полазиште представља захтјев остварења равнотеже интереса овршеника и оврховодитеља, а приказују се обиљежја која се у вези овог питања појављују код заштите права на поштовање дома, права на мирно уживање власништва те заштите потрошача од непоштених уговорних одредби.

Кључне речи: *пропорционалност, право на поштовање дома, право на мирно уживање власништва, заштита потрошача о непоштених уговорних одредби.*

1. Увод

Пропорционалности или размјерности добро је позната и свеприсутна категорија у европском праву. Регулаторна функција начела пропорционалности произлази из одредбе чл. 5. Уговора о Европској унији¹ (даље у тексту: Уговор или УЕУ) у чијем је првом ставку одређено да је надлежност и дјеловање Европске уније (даље у тексту: Унија или ЕУ) утемељено на начелима супсидијарности и пропорционалности у границама које су јој од стране држава чланица осигуране Уговорима.² Посебним актом - Протоколом (бр. 2) о примјени начела супсидијарности и пропорционалности³ (даље у текст Протокол бр. 2) захтјева се да све институције Уније поштују наведена начела, дакле и начело пропорционалности, у смислу и на начин, понајприје, одређен наведеним чл. 5. Уговора (чл. 1. Протокола бр. 2). С друге стране, Суд

¹ SL C 202, 7. липња 2016, стр. 1-388, <http://eur-lex.europa.eu> (18. травња 2018).

² В. Уговор о функционирању Европске уније (даље у тексту: УФЕУ). *исто*.

³ *Исто*.

Еуропске уније (даље у тексту: Суд ЕУ или СЕУ), сукладно чл. 263. УФЕУ и чл. 8. Протокола бр. 2, начело пропорционалности примјењује у својој судској пракси,⁴ у једној варијанти „преиспитујући примјену и начин примјене начела на појединачне случајеве односно јесу ли мјерама ЕУ-а и/или држава чланица повријеђена/ограничена субјективна права.“⁵ Без амбиције да се анализира генеза начела пропорционалности⁶ или да се подробније анализира његов садржај који је због различитих улога тог начела прилично сложен,^{7 8} треба споменути да, у смислу чл. 6. УЕУ, Унија инсистира на правима, слободама и начелима одређенима Повељом Еуропске уније о темељним правима (од 7. просинца 2000, прилагођеној 12. просинца 2007),⁹ која има једнаку правну снагу као сами Уговори, а у њој се, међу начелима, спомиње и начело пропорционалности.¹⁰ Такођер, важно је имати у виду и да је, унаточ

⁴ В. Багић, С., *Начело размјерности у пракси еуропских судова и хрватског Уставног суда*, Загреб, 2016, стр. 23. *et seq.* Родин, С., *Начело пропорционалности у новијој пракси Уставног суда Републике Хрватске*, бр. 5623/2008, стр. 1. Љубановић, Б., *Право ЕУ у управном праву и поступку*, Зборник радова: Процесно правни аспекти права ЕУ, Осиек, 2016, стр. 184.

⁵ Багић, С., *нав. дјело*, стр. 23.

⁶ В. Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union: Subsidiarity and Proportionality, HM Government, 2014, стр. 33. *et seq.*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/15. travnja 2018, Mougiou, I. A., *The Principle of Proportionality, A comparative study of its application in WTO law and EU law*, University of Oslo, 2014, стр. 5. *et seq.*, <https://www.duo.uio.no/handle/10852/42908> (15. travnja 2018), Ђерђа, Д., *Начело размјерности у доношењу управних одлука*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци в. 37, бр. 1, стр. 177. *et seq.*

⁷ Sauter, W., *Proportionality in EU law: a balancing act?*, Tilburg University, 2013. стр. 1. *et seq.*, <http://ssrn.com/abstract=2208467> (15. travnja 2018), Mougiou, I. A., *нав. дјело*, стр. 33. *et seq.*, Cauffman, C., *The Principle Of Proportionality And European Contract Law*, Maastricht University, Maastricht European Private Law Institute, 2013. стр. 3. *et seq.*, <http://ssrn.com/abstract=2204984> (15. travnja 2018), Poto, M., *The Principle of Proportionality in Comparative Perspective*, German Law Journal, vol. 8, бр. 9, стр. 835. *et seq.*, <https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/54237/6044/Germany%2020.pdf> (15. travnja 2018), Hofmann, H.C.H., *General Principles of EU law and EU administrative law*, у : Barnard, C., Peers, S., (eds.) *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, стр. 10. *et seq.*, <https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/13996/1/book%20-%20eu%20law%20-%20ch%208%20-%20HOFMANN.pdf> (15. travnja 2018).

⁸ За тзв. троступањску доктрину подреијетлом из њемачког права која укључује захтјев прикладности, нужности и пропорционалности *stricto sensu*, в. Багић, С., *нав. дјело*, стр. 30. *et seq.*

⁹ Даље у тексту: Повеља, SL C 202, 7. липња 2016, стр. 1-388, (мрежна страница у билеџици 1).

¹⁰ У чл. 52. Повеље каже се да: “Свако ограничење при остваривању права и слобода признатих овом Повељом мора бити предвиђено законом и мора поштовати бит тих права и слобода. Подложно начелу пропорционалности, ограничења су могућа само ако

турбуленцијама које прате тај пут,¹¹ у одредби истог чл. (у ст. 2) одређено и да сама Унија приступа¹² Европској конвенцији за заштиту људских права и темељних слобода (даље у тексту: Конвенција или ЕКЉП)¹³ као основном акту којим се штите људска права. Темељна права, како су зајамчена Конвенцијом и како произлазе из уставних традиција заједничких државама чланицама, чине опћа начела права Уније (чл. 6. ст. 3. УЕУ). Свакако треба додати да се у литератури као врло важно истиче да Суд ЕУ-а начело пропорционалности „примјењује као опће начело права ... као интерпретативно/методолошко средство у рјешавању појединих случајева.“¹⁴

Наш правни сустав свакодневно се обликује транспонирањем и хармонизацијом у складу с европским правом те (истина, неизравно и у складу с доктрином „четврте инстанције“) праксом Европског суда за људска права (даље у тексту: Европски суд или ЕСЉП) односно, већ споменутог, Суда ЕУ-а. Према се ти судови налазе у међусобно сложеном односу,¹⁵ а, понајприје, будући да поступају у различитим предметима и поступцима, већ је због тога о (начелу) пропорционалности у њиховој пракси врло захтјевно једнозначно говорити. Тому доприноси већ споменута комплексност улога самог начела, као и, нпр. да већ штитећи сама конвенцијска права Европски суд различито примјењује пропорционалност у циљу заштите различитих конвенцијски права. Ипак, успркос дисонанцијама у односу и пракси самих судова,¹⁶ није апсолутно непрепознатљива интерференција (појавни облици) која се појављује у вези с (начелом) пропорционалности. Уважавајући све

су потребна и ако заиста одговарају циљевима од опћег интереса које признаје Унија или потреби заштите права и слобода других особа.”

¹¹ В. Крстић, И., Чучковић, Б., *Приступање Европске уније Европској конвенцији о људским правима као вид унапређења заштите људских права у Европи*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/2016 стр. 49. *et seq.*, <http://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/article/view/204> (20. травња 2018); Ћорић-Ерић, В., Рабреновић, А., *Утврђивање области примене основних људских права у ЕУ*, Ревивија за европско право, 2012, бр. 2-3, стр. 117. *et seq.*, <https://drive.google.com/file/d/0BzrjKJJ9B7LITXkxc2c5VIVfX2s/view> (20. травња 2018).

¹² В. Протокол (бр. 8) који се односи на чл. 6. ст. 2. Уговора о Европској унији о приступању Уније Европској конвенцији за заштиту људских права и темељних слобода.

¹³ НН, Међународни уговори, даље у тексту: МУ, бр. 18/97, 6/99 - прочишћени текст, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 и 2/10.

¹⁴ Багић, С., *нав. дјело*, стр. 25.

¹⁵ В. нпр. Fabbrini, F., Larik, J., *The Past, Present and Future of the Relation between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, Courts Working Paper Series, бр. 37/2015, стр. 4. *et seq.* <http://ssrn.com/abstract=2697513> (18. травња 2018).

¹⁶ В., нпр. код Ћорић, В., *Неусклађеност тумачења члана 6. Европске конвенције о људским правима у јуриспруденцији Суда правде Европске уније и Европског суда за људска права*, Ревивија за европско право, бр. 2-3/2014, стр. 69. *et seq.*, <https://drive.google.com/file/d/0BzrjKJJ9B7LLamx5LVh4Qm9wSTA/view> (20. травња 2018).

специфичности и не стављајући знак једнакости, ако се врло симплифицира, може се рећи да су за рад занимљива два ракурса. Први, који се тиче стајалишта Еуропског суда која је изнио испитујући повреде два конвенцијска прва: права на мирно уживање власништва/имовине из чл. 1. Протокола 1. уз Конвенцију¹⁷ и права на поштовање дома из чл. 8. ст. 1. Конвенције.¹⁸ Њихова заштита међусобно се не искључује, штовише, релативно често подносиоци од Еуропског суда траже заштиту оба права и постоје предмети у којима је Еуропски суд тако поступио и пружио заштиту и једном и другом праву.¹⁹ Чешће, ипак, утврђење о повреди једног права (у правилу оног из чл. 8. ст. 1. Конвенције), претходи и уграђује се у повреду другог заштићеног права²⁰ као његова својеврсна саставница.

Што се тиче другог аспекта, о њему се може говорити у контексту потенцијалне заштите овршеника - потрошача и његове некретнине кроз призму супранационалних правила неких директива, понајприје, нпр. Директиве Вијећа 93/13/ЕЕЗ од 5. травња 1993. о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима²¹ (даље у тексту: Директива 93/13/ЕЕЗ) те Директиве 2014/17/ЕУ Еуропског парламента и Вијећа од 4. вељаче 2014. о уговорима о потрошачким кредитима који се односе на стамбене некретнине и о измјени Директива 2008/48/ЕЗ и 2013/36/ЕУ и Уредбе (ЕУ) бр. 1093/2010²² (даље у тексту: Директива 2014/17/ЕУ).^{23 24}

¹⁷ Усп. с чл. 17. Повеље.

¹⁸ Усп. с чл. 7. Повеље.

¹⁹ Види предмет *Zehentner против Аустрије*, захтјев бр. 20082/02, пресуда од 16. српња 2009., ECLI:CE:ECCHR:2009:0716JUD002008202.

²⁰ Види предмет *Mindek против Хрватске*, захтјев бр. 6169/13, пресуда од 30. коловоза 2016., ECLI:CE:ECCHR:2016:0830JUD000616913, § 85.

²¹ СЛ 1993 Л 95/29, последња измјена Директивом 2011/83/ЕУ, (мрежна страница у биљешци 1).

²² СЛ Л 60/34 од 28. вељаче 2014, *corrigendum* - СЛ Л 65/22 од 10. ожујка 2015. Исто.

²³ Напомиње да је Еуропска комисија (даље у тексту: Комисија или ЕК) у једном тренутку поднијела пред Судом ЕУ-а тужбу од 26. липња 2017. против Републике Хрватске у предмету Ц-381/17 поводом усклађивања с Директивом 2014/17/ЕУ и захтијевала да се "утврди да је Република Хрватска пропустила испунити своје обвезе из чл. 42. ст. 1. Директиве 2014/17/ЕУ ... због тога што до 21. ожујка 2016. није донијела законске и друге прописе потребне за усклађивање с том Директивом, односно због тога што у сваком случају о таквим прописима није обавијестила Комисију." СЛ Ц 283, 28. коловоза 2017, стр. 27. Цит. према пријеводу: <http://curia.europa.eu>. У међувремену је доношењем Закона о стамбеном потрошачком кредитирању, НН 101/17, даље у тексту: ЗСПК, удовољено овој обвези.

²⁴ Једно од питања којим се бави Директива 2014/17/ЕУ је оно о утврђивању вриједности некретнине.

2. Уређење депоседације овршеника из његове некретнине

2.1. Опћенито

Већ дуље вријеме позорност хрватске правне теорије и праксе побуђују питања која се појављују поводом иселења (депоседирања) овршеника (дужника) из његове некретнине у поступцима присилног намирења (остварења) дугованих тражбина оврховодитеља (вјеровника). Правила којима је уређена ова материја анализирају се с различитих аспеката и предмет су живахне нормативне активности законодавца, а неријетко их јавност излаже интерпретацији „неправничким“ аргументима који не улазе у домену овршноправног уређења.

Дијелом је то посљедица чињенице што постулирано начело заштите достојанства овршеника односно противника осигурања из чл. 6. Овршног закона,²⁵ по свему судећи, није понудило рјешење којим би се одговорило све бројнијим изазовима на дневној разини у поступцима оврхе на некретнини.²⁶ Одредба чл. 6. ОЗ-а кровне је нарави и предвиђа дужност заштите достојанства овршеника и противника осигурања. Она је предвиђена и у неким другим овршним одредбама, међу њима, као најважнијој након посљедњих измјена, оној из чл. 75. ОЗ-а. У њој је предвиђена заштита овршеника физичка особе која не обавља регистрирану дјелатност. Не мање важна је и одредба чл. 74. ОЗ-а о опсегу оврхе новчаних тражбина. С друге стране, постоје и правила којим се предвиђа заштита оврховодитеља - начело заштите оврховодитеља из чл. 77. ОЗ-а. Њиме је оврховодитељу који је с овршеником закључио какав уговор (споразум) и осигурао своју тражбину односно на други начин стекао право на намирење из предмета оврхе пружена заштита код присилног намирења из предмета осигурања. Међусобан однос тих правила и у њима садржаних начела, а, заправо, захтјев да се успостави равнотежа интереса оврховодитеља и овршеника тако да се у одређивању и provedби оврхе што мање задире у интересну сферу овршеника, у бити је уз све посебности, у самим темељима начела пропорционалности. У раду се анализира један сегмент који се у вези с обиљежјима и функцијом (начела) пропорционалности појављује код продаје некретнине овршеника и његова иселења. Закључци се износе на одговарајућим мјестима у раду, па се на самом крају рада не доноси њихов сажетак.

²⁵ Народне новине, даље у тексту: НН, бр. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 и 73/17, даље у тексту: ОЗ.

²⁶ Још једно овршно средство изазива велике двојбе у пракси и поводом његова уређења чују се различити коментари. Ријеч је о оврси на новчаним средствима по рачуну овршеника која се унатраг готово десет година проводи у Републици Хрватској путем Финанцијске агенције (даље у тексту: ФИНА или Агенција).

2.2. Уређење и поступци у којима се проводи исељење

Недавно је Законом о измјенама и допунама Овршног закона из 2017.²⁷ хрватски законодавац измијенио правила о оврси на некретнини и предвидио нова рјешења у којима је видљив утјецај начела пропорционалности.²⁸ Показало се, наиме, барем према мишљењу законодавца, да постојеће уређење, не пружа довољна јамства за заштиту овршеника и његове некретнине, па се одлучило за нови приступ. Очито је законодавац недовољно ефикасним, осим прије наведених правила, сматрао и још једно, иако, га, заправо, није мијењао. Ријеч је о правилу из чл. 5. ст. 2. ОЗ-а²⁹ које уређује промјену предмета оврхе и каже „ако је предложено више средстава или више предмета оврхе суд ће, на приједлог овршеника ограничити оврху само на нека од тих средстава, ако су довољни за остварење тражбине.“

Депоседација је у хрватском овршноправном саставу уређена правилима о оврси ради испражњења и предаје некретнине из чл. 255. до 259. ОЗ-а и то у дијелу Закона који уређује оврху ради остварења неновчане тражбине оврховодитеља. Међутим, успркос свом смјештају, ова правила вриједе и за оврху ради намирења новчане тражбине, а нужна је корелација успостављена одредбом чл. 129. ст. 2. ОЗ-а који предвиђа њихову примјену (понајприје, одговарајућу примјену чл. 256. ОЗ-а).

У нашем праву постоје бројни случајеви када може доћи до предаје и исељења из некретнине. У прву скупину таквих случајева улазе они најтипичнији - када се ради о поступцима поводом тужби правих/предмнијеваних власника некретнине за поврат одузете некретнине (виндикацијски поступци).³⁰ Власник који је успио са својим тужбеним захтјевом и изходио овршни наслов на поврат одузете некретнине овлаштен је у поступку оврхе ради испражњења и предаје некретнине тражити да му се она преда и из ње исели овршеник.³¹ У другу скупину случајева улазе они које различити оврховодитељи воде због присилног намирења својих новчаних

²⁷ НН, бр. 73/17, даље у тексту: ЗИДОЗ/17 или Новела ОЗ/17.

²⁸ Новелом ОЗ/17 значајније су измијењена правила која проматрамо (в. иначе чл. 79. до 132. и. ОЗ).

²⁹ Михелчић, Г., (у сурадњи с Контреџ, Д.), *Коментар Овршног закона*, Загреб, 2015, в. праксу наведену уз те одредбе, стр. 36. *et seq.* и стр. 47. *et seq.*

³⁰ В. чл. 161. *et seq.* Закона о власништву и другим стварним правима, НН бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 - прочишћени текст и 94/17, даље у тексту: ЗВ.

³¹ До примјене ових правила преко правила о оврси на некретнини може доћи и у још једном врло специфичном случају. Хрватска овршна правила познају и уређују институт оврхе на тражбини да се преда некретнина из чл. 219-227. ОЗ. Та се оврха проводи ради присилног намирења оврховодитељеве новчане тражбине на неновчаној тражбини овршеника да му се преда некретнина, а овршне радње којима се проводи укључују и исељење овршеника.

тражбина тако што траже да се одреди и проведе оврха на овршениковој некретнини, некретнина прода и овршеник исели.

Сви ти поступци оврхе на некретнини долазе од неког овршног наслова, а може се радити о различитим насловима. Понајприје, у обзир долазе поступци који се воде ради намирења стварноправно осигураних тражбина на некретнини као предмету осигурања. У хрватском праву у таквим се случајевима може радити о неколико варијанти. Примјерице, о оврси на некретнини због намирења хипотекарне тражбине која се, опет, може појавити у више варијанти. Разликује се, наиме, води ли се поступак због намирења заложне тражбине која потјече из споразума или уговора о оснивању заложног права када, у првом случају оврховодитељ (заложни вјеровник) има овршни наслов, а у другом случају нема такав наслов. Када је *titulus acquirendi* заложног права истодобно и овршна исправа, даљња је подјела могућа овисно је ли ријеч о овршним јавнобилежничким исправама (актима или потврђеним приватним исправама) или овршним судским рјешењима о добровољном заложноправном осигурању. С друге стране, у случајевима када правни темељ хипотеке није овршни наслов, иако је и тада ријеч о поступцима присилног намирења тражбине добровољног (заложног) осигурања, постоје велике посебности. У тим поступцима да би уопће дошло до оврхе вјеровник мора претходно исходити овршни наслов у одговарајућем парничном поступку. Свим је наведеним поступцима својствена једна врло важна ствар, а то је да се увијек и искључиво проводе као судски поступци. Наиме, у хрватском је праву намирење заложног вјеровника из некретнине уређено према официозном начелу.³² Постоји још један поступак у којем може доћи до иселења овршеника и који се проводи према правилима о оврси на некретнини, али се од напријед наведених поступака значајно разликује. Ријеч је о намирењу тражбине фидуцијарног вјеровника чије је највећа овласт да се може намиривати извансудски.³³

Осим у овим поступцима, до иселење овршеника и продаје некретнине може доћи и приликом намирења тражбина присилних (недобровољних) стварноправних осигурања. Постоје два таква случаја, први када је у питању намирења тражбине присилног судског заложног права на некретнини које потјече од мјере осигурања и други, када се ради о тражбини осигураној накнадно оправданом претходној мјери - предбилежбом заложног права на некретнини. Правне темеље ових (недобровољних) заложних права

³² Хрватска правила стварног права предвиђају и могућност да се хипотекарна тражбина присино намири у поступку тзв. привремене управе (в. чл. 336. ст. 7. ЗВ). Међутим, хрватска овршна правила не садрже она која уређују тзв. овршну секвестрацију.

³³ У другој варијанти има обилежја комисорног намирења претходно увјетованог провођењем радњи присилне нарави из чл. 322. ОЗ (предлагатељ осигурања стјече пуноправно власништво над некретнином).

представљају судске одлуке о осигурању (рјешење о мјери/претходној мјери осигурања) које под претпоставком властите овршности представљају и одговарајуће овршне наслове.

Оврха на некретнини и иселење овршеника могуће су и када је ријеч о намирењу неосигураних - хирографирних тражбина, будући да нема запреке да такав вјеровник који има, доспјелу и овршиву тражбину (утврђену одговарајућом овршном исправом) затражи да се она намири у поступку оврхе на некретнини. И овдје постоје неки посебни случајеви, нпр. код тражбина чија врста и подријетло увјетују њихово присилно остварење управо оврхом на некретнини, нпр. када се остварује паулијанска заштиту против дужника и његова сукцесора.³⁴ Послије ће се видјети да је разликовање врсте тражбине која се намирује на некретнини доста важно, јер се Еуропски суд друкчије понаша код заштите права на поштовање дома када се иселење проводи због намирења стварноправно осигураних тражбина, па је стога таква подјела и овдје наведена.

Коначно, треба споменути да у хрватском овршноправном суставу постоје и врло специфичне категорије овршних исправа, а то су задужнице и бјанко задужнице за које постоји и посебни режими. Тако, успркос тому што њихове тражбине нису осигуране некретнином, па, чак, нити интенција намирења није управљена на намирење у оврси на некретнини, будући да оно није искључено може се, уз одређени опрез, говорити о извјесној сличност с намирењем стварноправно осигураних тражбина у оврси на некретнини.

3. Нека питања о пропорционалности у овршноправном уређењу

3.1. Тестирање повреде права на поштовање дома

3.1.1. Питање заштите права на поштовање дома из чл. 8. ст. 1. ЕКЉП-а појавило се пред Еуропским судом у предметима различитих врста, а опћенито се може рећи да се ово право заштићује на врло широкој разини.³⁵ У оквиру анализираних теме могуће је говорити о двије скупине предмета: када се питање

³⁴ В. чл. 66. *et seq.* Закона о обвезним односима, НН бр. 35/05, 41/08, 125/11 и 78/15, даље у тексту: 300, в. и чл. 85. *et seq.* Закона о земљишним књигама, НН, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13 и 108/17, даље у тексту: 33К, за забиљежбу тужбе ради побијања правних радњи дужника.

³⁵ Један од закључака предсједника грађанских одјела највишег суда (Врховног суда Републике Хрватске, даље у тексту: ВС или Врховни суд) и другоступањских судова јест да се дом у виндикацијским парницама дефинира према фактично-функционалном критерију (Закључак 1.1.2.), ВС, Су-IV-264/15 од 17. рујна 2015. http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/Zakljucci/VSRH_GO_Su_246-2015_2015-09-17.pdf (20. травња 2018).

заштите права на поштовање дома појављује код виндикацијских захтјева и када се заштита права проматра у поступцима оврхе на некретнини. Пропорционалност, у једној специфичној улози, тестира и у другом стадију тзв. тестирања које проводи Еуропски суд. Ријеч је о тому да, испитујући је ли повријеђено заштићено конвенцијско право, Суд најприје оцјењује двије ствари. То су: је ли одређени захтјев подносиоца уопће потпада под досег заштите и чл. 8. ст. 1. ЕКЉП-а, па покаже ли се да тако јест, испитује се је ли се држава умијешала у заштићено право. Готово без изузетка, иселење из дома подносиоца сматра се мијешањем у његово право на поштовање дома, али то још увијек не значи да је такво мијешање и повреда. Мијешање се сматра проблематичним ако је учињено изван неког од легитимних разлога који су наведени у другом ставку чл. 8. ЕКЉП-а,³⁶ а што се, опет, у правилу не показује. Односно, мијешање најчешће има легитиман разлог.

Повреде се, у правилу, појављују поводом захтјева пропорционалности и нужности. Када је све Еуропски суд мијешање државе у право на поштовање дома сматрао непропорционалним, што је даљња степеница у тестирању (евентуалног) поврјеђивања права, није лако одговорити. Ипак, без амбиције различите случајеве (не)пропорционалности сврстати под заједнички називник, једно се може закључити. Иако се на питање о (не)пропорционалности даје више одговора и користе се различити критерији, видљиве су разлике у предметима када се право штити у оврси на некретнини ради намирања неосигураних тражбина с обзиром на такве поступке због намирања стварноправно осигураних тражбина (хипотека и фидуцијара).

За илустрацију може послужити предмет *Врзић против Хрватске*.³⁷ У њему је, као што је често случај, најприје упућено на познати предмет *Зехентер* (в. и предмете *Tuleshov и остали против Русије*³⁸ и *Rousk против Шведске*),³⁹ а потом казано да је „средишње питање је ли мијешање било пропорционално циљу који

³⁶ В. објављене резултате истраживања у: Михелчић, Г., Marochini, М., *Конекситет остварења виндикацијског захтјева на некретнини и тзв. права на поштовање дома*, Зборник ПФР, в. 35, бр. 1/2014, стр. 163-192; Михелчић, Г., Marochini, М., *Реформа оврхе на некретнини у хрватском праву у свјетлу конвенцијског права*, Зборник радова: Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12/2014, стр. 200-213, Marochini Зрински, М., Михелчић, Г., *Правосудна академија, E-learning, Заштита права на поштовање дома у пракси Еуропског суда за људска права*, сијечањ, 2017.

³⁷ Захтјев бр. 43777/13, пресуда од 12. септембра 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0712JUD004377713. Предмет *Врзић* врло је занимљив јер је у њему Еуропски суд дао важне смјернице за утврђење (евентуалних) повреда права из чл. 8. ст. 1. и чл. 1. ст. 1. Протокола уз Конвенцију чију је заштиту подносиоца тражио, али му то није успјело.

³⁸ Захтјев бр. 32718/02, пресуда од 14. септембра 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0524JUD003271802.

³⁹ Захтјев бр. 27183/04, пресуда од 25. септембра 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD002718304.

се настојао остварити те стога и 'нужно у демократском друштву'.⁴⁰ Нужност је још једна компонента која се тестира. До повреда заштићеног конвенцијског права, наиме, неће доћи ако је мијешање државе легитимно, пропорционално и нужно. Наведени цитат из којег је најважније видјети захтјев државама чланицама да приликом мијешања у заштићено право на поштовање дома употребе такве инструменте који ће бити пропорционални циљу који се жели остварити, па тиме и нужни, најбољи је путоказ како би се схватио садржај пропорционалности мијешања. У том смислу могу послужити још неки захтјеви којима је Еуропски суд увјетовао постојање пропорционалности: да постоје тзв. поступовна јамстава (предмет *Zehenter*), да су „национални судови провели тест пропорционалности приликом издавања налога за исељење” (предмет *Врзић*),⁴¹ да “не постоји други правни интерес” с обзиром на својство странке у поступку,⁴² и сл.

3.1.2. Једно од важнијих обиљежја заштите која се пружа праву на поштовање дома долази од одређења појма дома којем Еуропски суд приступа друкчије и пружа заштиту различитим просторима у тој функцији.⁴³ У нашем праву нова димензија наступила је темељем већ споменутог правила о ограничењу и искључењу од оврхе једине некретнине овршеника физичке особе која не обавља регистрирану дјелатност (чл. 75. ОЗ). Умјесто пријашњег уређења према којем таква некретнина није сматрана нужном за задовољење основних животних потреба овршеника и особа које је он дужан уздржавати, сада се сматра нужном и оврха се увјетује одговарајућом сугласношћу овршеника.^{44 45}

⁴⁰ § 63, *Врзић*.

⁴¹ При тому ј наглашено како је управо из овог разлога у предметима против Хрватске: Ђосић против Хрватске, захтјев бр. 28261/06, пресуда од 15. сибјечња 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0115JUD002826106; Паулић против Хрватске, захтјев бр. 3572/06, пресуда од 22. листопада 2009., ECLI:CE:ECHR:2009:1022JUD000357206; Орлић против Хрватске, захтјев бр. 48833/07, пресуда од 21. липња 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0621JUD004883307; Бједов против Хрватске, захтјев бр. 42150/09, пресуда од 29. свибња 2012., ECLI:CE:ECHR:2012:0529JUD004215009 те Брежец против Хрватске, захтјев бр. 7177/10, пресуда од 18. српња 2013., ECLI:CE:ECHR:2013:0718JUD000717710, утврђена неразмјерност. § 65, *Врзић*.

⁴² Еуропски суд каже: “У свим наведеним предметима, као и у напријед наведеном предмету *McCann* (мисли се на предмет *McCann* против Уједињеног Краљевства, но. 19009/04, ECHR 2008), подносиоци захтјева живјели су у становима у државном или друштвеном власништву и важан аспект утврђивања повреде била је чињеница да није постојао други приватни интерес.” § 66, *Врзић*. С друге стране у предмету *Врзић* значајно је било што су „странке у овршном поступку ... или физичка особа ... или приватна трговачка друштва, односно банка и друштво,” § 67, *Врзић*.

⁴³ Види Михелчић, Г., Marochini, М., *Конекситет остварења виндикацијског захтјева* ..., стр. 168. *et seq.*

⁴⁴ Тј. да је овршеник у тренутку склапања правног посла којим преузима обвезу изјавио да је сугласан да се ради намирења оврховодитељевог тражбине оврха може провести на његовој јединој некретнини. Сугласност да се ради намирења оврховодитељевог

Осим заштите једине некретнине, законодавац је учинио и још један корак и забранио оврху на некретнини за тражбине до одређене висине уз неке изузетке. У једној варијанти појављује се и захтјев да се код оврхе на некретнини због намирења тражбине чија је главница виша од 20.000,00 куна (јер је за ниже забрањена) успостави тзв. правична равнотежа интереса овршеника и интереса оврховодитеља.⁴⁶

3.1.3. Међутим, друкчија ситуација постоји код заштиту права на поштовање дома у случајевима када се некретнине овршава због намирења стварноправно осигураних тражбина.⁴⁷ Иако и овдје Еуропски суд проводи тестирање по истом кључу који је раније описан провјеравајући је ли дошло до повреде заштићеног права не долази до једнаких закључака. Погледа ли се предмет *Врзић* (у дијелу којим се Еуропски суд бавио повредом чл. 8. ст. 1. ЕСЈП-а) видљиво је да је поставио питања која увијек поставља (од када је увео такву праксу) тј. испитивао је: је ли дошло до мијешања у право на поштовање дома? (§ 59),⁴⁸ је ли оно (мијешање) било прописано законом и је ли се њиме настојало остварити законити циљ? (§§ 60-63)⁴⁹ и, напосљетку, је ли било нужно у демократском друштву (§§ 63-72).⁵⁰

тражбине оврха може провести на јединој некретнини овршеника даје се у писаном облику и има учинак ако је потпис овршеника овјерио јавни билежник или која друга особа или тијело с јавним овластима. Сугласност из овога ставка вриједи ако дође до промјене вјеровника или ако овршеник стекне нову некретнину (чл. 75. ст. 5. ОЗ).

⁴⁵ Законодавац је у новом правилу из чл. 75. ст. 7. ОЗ поставио захтјев оврховодитељу да уз приједлог за оврху на некретнини, под претпоставком да га подноси проти овршеника - физичке особе која не обавља регистрану дјелатност, осим сугласности односно, ако је нема, достави „правомоћну пресуду, јавну или приватну исправу која има значење јавне исправе“ из које произлази да „овршеник или особа коју је по закону дужан уздржавати има другу некретнину за становање.“

⁴⁶ У правилу, осим изнимно због намирења уздржавања дјетета и накнаде штете од казног дјела, оврха на некретнини није допуштена ради ли се о тражбини чија је главница мања од 20.000,00 куна. Штовише, и када је ријеч о тражбини чија је главница виша суд може забранити оврху сматра ли да би се њоме нарушила правична равнотежа интереса овршеника и оврховодитеља. Као један од критерија којима ће се процјењивати је ли дошло до нарушавања равнотеже јесте и служи ли некретнина за становање и задовољавање основних животних потреба овршеника (ст. 3. чл. 80.б ОЗ).

⁴⁷ “Ситуација у овоме предмету друкчија је утолико што су остале странке у овршном поступку биле или физичка особа, конкретно . . . или приватна трговачка друштва, односно банка и друштво. Судска пракса институција Конвенције указује на то да је приступ у таквим случајевима донекле друкчији и да се мјера прописана законом у циљу заштите права других може сматрати нужном у демократском друштву,” § 67, *Врзић*.

⁴⁸ “Судска продаја куће или стана подносиоца захтјева и његово или њезино иселење треба сматрати мијешањем у право на поштивање његовог или њезиног дома,” § 59, *Врзић*.

⁴⁹ “Суд понавља да је првенствено на националним тијелима, посебице судовима, да тумаче и примјењују домаће право, чак и у оним подручјима у којима Конвенција ‘укључује’ правила тог права, будући да су национална тијела, по природи ствари,

Узимајући као полазиште што се у конкретном случају радило о продаји некретнине због намирена хипотекарне тражбине (добровољног стварноправног осигурања),⁵¹ сматрано је да нема непропорционалности. Зато јер „су подносиоци захтјева пристали и прихватили да се плаћање њихових неподмирених дугова изврши продајом њихове куће.“⁵² До врло сличних закључка дошло се у још неким предметима као, нпр. *Никола Фрлан против Хрватске*⁵³ *Љубица Лалић против Хрватске*⁵⁴ и *Терлевић против Хрватске*.⁵⁵ Заједнички им је и што Еуропски суд сигнификантно поручује „да подносиоци захтјева нису оспорили нити један уговор о зајму пред националним судовима у одговарајућим поступцима.“⁵⁶

3.2. Тестирање повреде права на мирно уживање власништва/имовине

3.2.1. Пропорционалност у заштити конвенцијских права из ЕКЉП-а особито је након предмета *Васкрсић против Словеније*⁵⁷ актуализирана у вези с правом на мирно уживање власништва/имовине из чл. 1. Протокола 1. уз

посебно квалифицирана за рјешавање питања која настају с тим у вези ... Кад нема произвољности, Суд неће тумачење које су дала национална тијела замијенити својим тумачењем,” § 60, *Врзић*.

⁵⁰ „Средишње питање у овоме предмету стога гласи је ли мијешање било размјерно циљу који се настоји остварити те стога 'нужно у демократском друштву,' § 63, *Врзић*. Наглашена је и потреба да се осигурају поступовна јамства “свакој особи којој пријети ризик од мијешања у право на његов или њезин дом начелно требало бити омогућено да независни суд оцијени размјерност мјере с обзиром на мјеродавна начела садржана у чл. 8. Конвенције, без обзира на то што је према домаћем праву његово или њезино право посједа престало,” § 64, *Врзић*.

⁵¹ “Суд примјећује како су подносиоци захтјева добровољно користили свој дом као осигурање за зајам. Подносиоци захтјева су изричито пристали да уколико они и њихово друштво не отплате ненамирена потраживања ... зајмодавци имају право тражити наплату у овршном поступку продајом њихове куће,” §68, *Врзић*.

⁵² §72, *Врзић*.

⁵³ Захтјев бр. 2545/14, одлука од 20. рујна 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0920DEC000254514.

⁵⁴ Захтјев бр. 63081/14, одлука од 20. рујна 2016, ECLI:CE:ECHR:2004:1209JUD000951402.

⁵⁵ Захтјев бр. 33320/15, одлука од 8. септембра 2015, ECLI:CE:ECHR:2016:1122DEC003332015.

⁵⁶ У предмету *Врзић* Еуропски суд каже: “На примјер, могли су покренути поступак тражећи да се уговор прогласи ништетним или да се поништи (в. чл. 322. и 330. ЗОО),“ § 70, *Врзић*.

⁵⁷ Захтјев бр. 31371/12, пресуда од 25. травња 2017. ECLI:CE:ECHR:2017:0425JUD003137112.

Конвенцију.⁵⁸ У том предмету радило се о продаји некретнине подносиоца у овршном поступку ради намирања неосигуране тражбине у ниском износу. Еуропски суд сматрао је да постоји непропорционалност, па тиме и повреда заштићеног конвенцијског права, будући да нису примијењена „мање јака“ овршна средства и „није успостављена правична равнотежа између циља који се намјеравао остварити и употребијених овршних средстава.“⁵⁹ Сличан закључак о непостојању и разлозима непропорционалности (када је оврха била одређена „снажнијим“ овршним средствима од оног којим се намјеравао остварити жељени циљ) Суд је имао и у неким другим предметима.⁶⁰

3.2.2. Када пружа заштиту праву на мирно уживање власништва/имовине у овршним поступцима Еуропски суд полази од тзв. мјеродавних начела која је истакнуо у пријашњим предметима као, нпр. у предмету *Загребачка банка д.д. против Хрватске*.⁶¹ По прилици, би изгледала овако: Суд најприје даје опћените разлоге којима оправдава, али истодобно истиче изнимност, мијешања у овршне поступке који се „односе на грађанскоправни спор између приватних особа и изван су досега заштите права из чл. 1. Протокола 1. уз Конвенцију и одговорности државе.“⁶² Затим, наглашава своју улогу да „прије свега осигура да одлуке домаћих судова не буду произвољне или на други начин очигледно неразумне,“⁶³ ⁶⁴ а заправо, арбитрабилне и неусклађене с Конвенцијом. Између тих категорија - произвољности и неразумности, Суд, чешће, као, нпр. у предмету *Миндек против Хрватске* одређено поступање односно одлуку сматра „недовољно разумном.“⁶⁵ У том се осврнуо и на непропорционалност услијед висине остварене куповнине као и на чињеницу да овршеник заједно са својом супругом „суочен с иселењем из дома.“⁶⁶

⁵⁸ В. Крамар Арас, С., *Заштита овршеника у свијетлу новина у оврси на некретнини*, Правни вијесник, бр. 3-4/2017, стр. 25. *et seq.*

⁵⁹ § 87. *Васкуић*.

⁶⁰ Примјерице, *ОАО Neftyanaya Kompaniya Lukos против Русије*, захтјев бр. 14902/04, пресуда од 20. рујна 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0920JUD001490204, § 656. и *Mindek*, § 82, и сл..

⁶¹ Захтјев бр. 39544/05, пресуда од 12. просинца 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1212JUD003954405.

⁶² § 250. *Загребачка банка*.

⁶³ § 250. *Загребачка банка*.

⁶⁴ У конкретном предмету, како каже сам Еуропски суд: “задатак ... (је) био ... испитати јесу ли одлуке домаћих судова којима се одбија одгода оврхе односно одгода диобе стечајне масе ... биле произвољне или на други начин очигледно неразумне. Уколико Суд утврди да нису, онда те одлуке домаћих судова не представљају мијешање у право ... подносиоца захтјева на мирно уживање власништва, а камоли повреду чл. 1. Протокола бр. 1. уз Конвенцију.” § 252, *Загребачка банка*.

⁶⁵ Оцјењено је да су намирањем тражбине у тијеку поступка престали разлози за provedбу оврхе на некретнини, § 85, *Mindek*.

⁶⁶ *Исто*.

Провјеравању ових категорија (њихову тестирању) најприје претходи тестирање широко постулиране компоненте (начела) законитости. Тако је у предмету *Љаскај против Хрватске*⁶⁷ проблематизирано је ли „одлука о продаји куће подносиоца у складу с домаћим законом,“ а да би била таква (што није била) требало је провјерити „је ли произвољна или очигледно неразумна.“⁶⁸ Еуропски суд каже да „начело законитости ... претпоставља да су примјене одредбе домаћег закона довољно приступачне, прецизне и предвидиве у својој примјени.“ Одређено конкретно правило, према Суду, „предвидиво“ је када особа може, ако је то потребно уз одговарајући савјет, предвидјети, у мјери у којој је то разумно у даним околностима, последице које његово понашање може узроковати ... и када пружа мјеру заштите против произвољног мијешања јавних тијела,“ а што је у конкретном случају био разлог повреди чл. 1. Протокола 1. уз ЕКЉП.⁶⁹

3.2.3. Мост којим су спојени елементи „класичног“ теста⁷⁰ којег Еуропски суд проводи утврђујући је ли повријеђено право из чл. 1. Протокола 1. уз ЕКЉП и пропорционалност, па онда и њезин „рукавац“ у предмету *Васкрсић*, барем што се тиче хрватског права, види се из предмета *Џинић проти Хрватске*.⁷¹ Иако се не ради о предмету који се *stricto sensu* тиче овршног поступка, релевантан је јер се испитивала пропорционалност мјере осигурања одузимања имовинске користи остварене казним дјелом и прекршајем (као посебне, али овршним мјерама блиске врсте осигурања привременим мјерама)⁷² сукладно (сада дерогираном) Закону о поступку одузимања

⁶⁷ Захтјев бр. 58630/11, пресуда од 20. просинца 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1220JUD005863011.

⁶⁸ § 62. *Љаскај*.

⁶⁹ § 65. *Љаскај*.

⁷⁰ Најприје се оцјењује је ли у предмету ријеч о чл. 1. Протокола бр. 1 уз Конвенцију ије ли се у њега мијешало. Затим се (ако је дошло до мијешања) одређује које се од три правила садржана у чл. 1. Протокола бр. 1 уз Конвенцију примјењује. Мијешање треба слиједити легитиман циљ у јавном или опћем интересу, њиме се не смије појединцу наметнути прекомјеран терет појединцу те мора бити размјерно циљу који се жели остварити. Према: Михелчић, Г., Marochini Зрински, М, *Утјецај заштите „конвенцијских“ права на уговор о најму стана*, Зборник радова: Услуге и одговорност, Крагујевац, 2017, стр. 967. *et seq.* В. упуту на детаљну анализу “три правила” на Омејец, Ј., *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Еуропског суда за људска права, Страсбурички асquis*, Загреб, 2013, стр. 979-990. Такођер, у овом смислу (провођења тестирања), Омејец, Ј., *нав. дјело*, стр. 990-1003. Цит. према: *Исто*.

⁷¹ Захтјев бр. 38359/13, пресуда од 17. свибња 2016., ECLI:CE:ECHR:2016:0517JUD003835913.

⁷² За релацију према правилима ОЗ-а, в. Михелчић, Г., Вучков, Д., *Осигурање одузимања имовинске користи остварене казним дјелом и прекршајем на некретнинама и покретнинама*, Зборник ПФР, вол. 34, бр. 1/2013, стр. 417. *et seq.*

имовинске користи остварене казним дјелом и прекршајем.⁷³ Цијенећи пропорционалност одређене мјере блокаде имовине⁷⁴ и процјењујући је ли дошло до повреде чл. 1. Протокол бр. 1 уз Конвенцију проведено је одговарајуће тестирање. Њиме је одговорено на слиједећа питања: је ли дошло до мијешања у власништво подносиоца захтјева? (§§ 59-62),⁷⁵ је ли оно било предвиђено законом? (§§ 63-64), је ли тежило легитимном циљу? (§§ 65-66) те је ли било пропорционално (§§ 67-81). Расправљајући посљедње питање (о пропорционалности мијешања, а нађено је непропорционалним)⁷⁶ Суд се, између осталог, исцрпно осврнуо на садржај захтјева о удовољавању пропорционалности. Његовим ријечима речено “ризик наметања прекомјерног терета подносиоцу захтјева у смислу његове могућности располагања својом имовином ... мора пружити одређена поступовна јамства како би се осигурало да рад сустава и његов утјецај на власничка права подносиоца захтјева није ни произвољан нити непредвидив.”⁷⁷

3.2.4. Како је већ речено, коначан захтјев у вези питања пропорционалности у поступку оврхе на некретнини долази из предмета *Васкрсић*. Утјецај овог предмета види у новим хрватским овршним правилима

⁷³ НН, бр. 145/10, даље у тексту: ЗПОИКОКДП. Стављен је изван снаге Законом о престанку важења Закона о поступку одузимања имовинске користи остварене казним дјелом и прекршајем, НН, бр. 70/17. Материја којом се бавио инкорпорирана је у Закон о казном поступку, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 И 70/17, даље у тексту: ЗКП.

⁷⁴ Подносиоца је истицао “да је вриједност блокиране имовине, према његовој привременој процјени, већа од 20.000.000 ХРК (отприлике 2.600.000 ЕУР), што знатно надмашује износ протуправне имовинске користи коју је наводно прибавио почињењем казних дјела која су била предмет поступка,” § 21, *Цинић*.

⁷⁵ Начелно Еуропски суд сматра “присилну продају домова подносиоца захтјева на темељу чл. 1. Протокола бр. 1. ... мијешањем у право подносиоца захтјева на мирно уживање њиховог власништва.” *Врзућ*, § 94. Такођер, се “позива се на своју устаљену праксу која се односи на структуру чл. 1. Протокола бр. 1., и начин на који се три правила садржана у тој одредби требају примијенити.” *Врзућ*, § 95, *Zehentner* § 70. “У складу с наведеном судском праксом, Суд сматра да се судска продаја имовине подносиоца захтјева треба разматрати у оквиру тзв. трећег правила које се односи на право државе „да проводи оне законе које сматра потребним за контролирање кориштења имовине у складу с опћим интересом”, наведено у другом ставку ч. 1. Протокола бр. 1.” *Врзућ*, § 96, *Zehentner*, § 71.

⁷⁶ Темелни постулат гласи “Чак и ако је до мијешања дошло у складу с увјетима предвиђеним законом и у јавном интересу, мора постојати и разуман однос размјерности између кориштених средстава и циља који се жели остварити било којим мјерама које држава примјењује, укључујући и мјере предвиђене да контролирају употребу имовине појединца. Тај је захтјев изражен појмом „правичне равнотеже” која мора бити успостављена између захтјева опћег интереса заједнице и захтјева заштите темелних права појединца,” § 67, *Цинић*.

⁷⁷ § 68, *Цинић*.

о тзв. посебним увјетима за одређивање оврхе на некретнини која је законодавац увео Новелом ОЗ/17-а. Према њима, оврха на некретнини, осим изнимно, није допуштена износи ли главница тражбине мање од 20.000,00 куна. Изнимка постоји када је ријеч о тражбинама законскога уздржавања и накнаде штете узроковане казним дјелом. Тако, тражи ли оврховитељ присилно намирење тражбина с овог наслова допуштено му је то учинити и у поступку оврхе на некретнини неовисно што има тражбину чија је главница мања од 20.000,00 куна (чл. 80.б ст. 1. ОЗ). Ово није све. Наиме, и када оврховитељева тражбина (главница) износи више од 20.000,00 куна и када је, начелно, могуће тражити оврху на некретнини постављени су неки посебни захтјеви. Законодавац тражи да продаја некретнине не наруши правичну равнотежу интереса овршеника и интереса оврховитеља. Могуће нарушавање те равнотеже суд процјењује према својеврсним оријентацијских критерија из ст. 3. чл. 80.б ОЗ: је ли вриједност тражбине која се намирује непропорционално мања од вриједности некретнине на којој се предлаже оврха; је ли оврховитељ учинио вјеројатним да је оврха на другим предметима оврхе била безуспјешна односно да нема других прикладних могућности да се намири тражбина; служи ли некретнина за становање и задовољавање основних животних потреба овршеника и има ли овршеник других некретнина или могућност задовољити своје потребе; има ли оврховитељ особито оправдан интерес да намирење тражбине буде хитно ради остварења властитога уздржавања или других важних разлога; је ли се овршеник на одговарајући начин (изјавом садржаном у јавној исправи или овјеровљеној приватној исправи) изричито сугласио с намирењем одређене тражбине продајом некретнине; и сл.

3.3. О питањима пропорционалности у вези с непоштењем уговорних одредби

3.3.1. О пропорционалности у нама занимљивом контексту може се нешто казати и имајући у виду праксу Суда ЕУ-а у неким предметима који су се тicali заштите потрошача од непоштених уговорних одредби. Сада већ постоји низ предмета у којима се испитивало поштење уговорних одредби уговора о потрошачким кредитима, па и таквих када су тражбине биле стварноправно осигуране на некретнини.⁷⁸ Један смјер, уз уважавање свих нагласака из међусобне интеракције праксе еуропских судова, показује се, како је већ споменуто, у одлукама Еуропског суда. Радило се о тому да је

⁷⁸ Нпр. *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13 од 30. травња 2014., ECLI:EU:C:2014:282; *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei v SC Volksbank România SA*, C-143/13 од 26. вељаче 2015., ECLI:EU:C:2015:127; *Horățiu Ovidiu Costea v SC Volksbank România SA*, C-110/14 од 3. рујна 2015., ECLI:EU:C:2015:538; *Monika Kušionová v SMART Capital a.s.*, C-34/13 од 10. рујна 2014., ECLI:EU:C:2014:2189; и сл.

подносиоцима стављена на знање могућност у циљу заштите права на поштовање дома односно права на мирно уживање власништва, када су своје некретнине употребили за добровољна стварноправна осигурања, а која се састојала у тому да затраже испитивање ваљаности уговора. Између осталог, и легитимитета (поштења) уговорних одредби.⁷⁹ У предмету *Фрлан* подносиоци је упозорен “да није покренуо одговарајуће поступке ради испитивања уговора о кредиту пред националним судовима.”⁸⁰ У предмету *Врзић*, такођер се, проблематизирала неискориштена могућност да се „покрене поступак да се уговор прогласи ништетним или поништи ... већ темељем националних правила ... чл. 322. и 330. ЗОО-а.”⁸¹ Наш Закон о заштити потрошача⁸² непоштене одредбе у потрошачким уговорима проглашава ништетнима (чл. 55. ст. 1.ЗЗП-а), а што не мора нужно значити и ништетност уговора може ли без такве одредбе уговор опстати, али и може (чл. 55. ст. 2. ЗЗП).

Као илустрацију за наведено, о пропорционалност је могуће расправљати поводом одлука у којима је с аспекта поштења одредби провјеравана легитимитет одредби из уговора о хипотеци и уговора о потрошачком кредиту. Напосе, постулиран је и захтјев да осим што уговорне одредбе требају бити поштене, требају бити и јасне и разумљиве, а таква би требала бити и цјелокупна права позиција у којој се потрошач налази поводом одређеног уговора. Један мали исјечак у прилог расправи о пропорционалности постоји, нпр. доведе ли се у контекст захтјев с наслова начела еквивалентности и учинковитости (нпр. у предмету *Morcillo* и *García*)⁸³ када је јасно речено да процесна аутономија које државе чланице уживају у погледу овршног уређења (а радило се о могућности улагања жалбе у овршном поступку на некретнини ради намирења хипотекарне тражбине) треба удовољити захтјеву да таква уређења „не буду неповољнији од оних који уређују сличне ситуације подвргнуте националном праву (начело еквивалентности) и да не чине немогућим или изнимно тешким остваривање права додијељених потрошачима

⁷⁹ Нпр. *Ruxandra Paula Andriciu i dr. v. Banca Românească SA*, C-186/16, пресуда од 20. рујна 2017., ECLI:EU:C:2017:703. Вриједи споменути још једну одлуку CEY- а која се тиче дужника који није извршио обвезе из уговора о потрошачком кредиту чији је дуг пренесен друштву за наплату потраживања у предмету *Gelvora UAB против Valstybinė varotojų teisių apsaugos tarnyba*, C-357/16 пресуда од 20. септембра 2017., ECLI:EU:C:2017:573.

⁸⁰ §§ 32-33, *Фрлан*.

⁸¹ §70, *Врзић*.

⁸² *Juan Carlos Sánchez Morcillo i María del Carmen Abril García v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, C-169/14 од 17. септембра 2014., ECLI:EU:C:2014:2099.

⁸³ В. детаљно код Јосиповић, Т., *Заштита потрошача од непоштених уговорних одредби*, Загреб, 2018, стр. 700. *et seq.*

правом Уније (начело учинковитости)⁸⁴ и, наравно, у предмету *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*.⁸⁵

3.3.2. Одредбе Директиве 2014/17/ЕУ доносе одређене новине и у саставу правила о присилном намирењу тражбина потрошачких кредита на стамбеним некретнинама. Једна од њих је и она из чл. 28. Директиве 2014/17/ЕУ, у којој се примјерице у ст. 4. Директиве 2014/17/ЕУ тражи од држава чланица да не спречавају странке да уговоре да је поврат или пријенос средства осигурања или прихода од продаје средства осигурања довољан за отплату кредита. Одредбу готово идентичног садржаја предвидио је и наш законодавац у чл. 28. ЗСПК-а. Остаје тек видјети хоће ли се њихово остварење у пракси развијати у оквиру који испуњава садржај и улогу пропорционалности. У овом је контексту корисно примјетити и да је прије донесен Закон о процјени вриједности некретнина⁸⁶ којим је уређено једно важно питање које се појављује и у Директиви 2014/17/ЕУ о процјени вриједности некретнина, а што се, такођер, може одразити на намирење барем у приближавању жељеној равнотежи вриједности некретнине и потенцијалне куповнине.

*Gabrijela Mihelčić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law, Univeristy in Rijeka*

PROPORTIONALITY AS A CORRECTIVE AT THE SERVICE OF DEBTOR'S IMMOVABLE PROPERTY (selected issues)

Summary

The author analyses the category (principle) of proportionality that appears as a corrective in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and of the European Court of Justice when it comes to possible forms of protecting the enforcement debtor moving out of his real estate. The starting point is the requirement to achieve the fair balance between the interests of the enforcement debtor and the enforcement creditor, and the features related to this issue are presented in relation to the protection of the right to respect for

⁸⁴ *Sánchez Morcillo и Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, § 31. *Sánchez Morcillo и Abril García*, C-539/14, EU:C:2015:508, § 33.

⁸⁵ C-415/11 од 14. ожујка 2013., ECLI:EU:C:2013:164, § 50.

⁸⁶ НН, бр. 78/15, даље у тексту: ЗПВН. В. чл. 2. ЗПВН.

home, the right to peaceful enjoyment of property and the protection of consumers from unfair contractual provisions.

Key words: *proportionality, right to respect for home, right to peaceful enjoyment of property, protection of consumers from unfair contractual provisions.*

Литература

- Багић, С., *Начело размјерности у пракси еуропских судова и хрватског Уставног суда*, Загреб, 2016.
- Ђерђа, Д., *Начело размјерности у доношењу управних одлука*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци. в. 37, бр. 1.
- Јосиповић, Т., *Заштита потрошача од непоштенних уговорних одредби*, Загреб, 2018.
- Љубановић, Б., *Право ЕУ у управном праву и поступку*, Зборник радова: Процесно правни аспекти права ЕУ, Осиејек, 2016.
- Cauffman, С., *The Principle Of Proportionality And European Contract Law*, Maastricht University, Maastricht European Private Law Institute, 2013. стр. 3. *Et Seq.*, [Http://Ssrn.Com/Abstract=2204984](http://Ssrn.Com/Abstract=2204984) (15. травња 2018).
- Крамар Арас, С., *Заштита овршеника у свијетлу новина у оврси на некретнини*, Правни вијесник, бр. 3-4/2017.
- Крстић, И., Чучковић, Б., *Приступање Европске уније Европској конвенцији о људским правима као вид унапређења заштите људских права у Европи*, Анали Правног факултета у Београду, 2016.
- Михелчић, Г., Вучков, Д., *Осигурање одузимања имовинске користи остварене казним дјелом и прекршајем на некретнинама и покретнинама*, Зборник ПФР, вол. 34, бр. 1/2013.
- Михелчић, Г., Марочини Зрински, М., *Утјецај Заштите „Конвенцијских“ права на уговор о најму стана*, Зборник радова: Услуге и одговорност, Крагујевац, 2017.
- Михелчић, Г., Марочини, М., *Конекситет остварења виндикацијског захтјева на некретнини и тзв. права на поштовање дома*, Зборник ПФР, бр. 1/1991.
- Михелчић, Г., Марочини, М., *Реформа оврхе на некретнини у хрватском праву у свијетлу конвенцијског права*, Зборник радова: Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, бр. 12/2014.
- Marochini Zrinski, М., Михелчић, Г., *Правосудна Академија, E-learning, Заштита права на поштовање дома у пракси еуропског суда за људска права*, Сијечањ, 2017.
- Михелчић, Г., (у сурадњи с Контрејц, Д.), *Коментар Овршног Закона*, Загреб, 2015.
- Mougiou, I. A., *The Principle of Proportionality, a Comparative Study of its Application in WTO Law and EU Law*, University Of Oslo, 2014. <https://www.duo.uio.no/handle/10852/42908> (15. травња 2018).
- Омејец, Ј., *Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Еуропског суда за људска права, Страсбуришки acquis*, Загреб, 2013.

Габријела Михелчић, Пропорционалност као коректив у служби заштите
некретнина овршеника (одабрана питања) (стр. 951-970)

- Poto, M., *The Principle Of Proportionality In Comparative Perspective*, German Law Journal, vol. 8, бр. 9, <https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/54237/6044/germany%202.pdf> (15. травња 2018).
- Петрашевић, Т., Вулетић, И. (ур.), *Процесно правни аспекти права ЕУ*, Осиејек, 2016.
- Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union: Subsidiarity and Proportionality, HM Government, 2014., https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/400810/Review_of_the_Balance_of_Compentences_between_the_United_Kingdom_and_the_European_Union_-_Subsidiarity_and_Proportionality.pdf
- Sauter, W., *The Principle of Proportionality, A comparative study of its application in WTO law and EU law*, University of Oslo, 2014., <https://www.duo.uio.no/handle/10852/42908>.
- Родин, С., *Начело пропорционалности у новијој пракси Уставног суда Републике Хрватске*, Нови информатор, бр. 5623/2008.
- Sauter, W., *Proportionality in EU Law: a Balancing Act?*, Tilburg University, 2013. <http://ssrn.com/abstract=2208467> (15. травња 2018).
- Ђорић-Ерић, В., Рабреновић, А., *Утврђивање области примене основних људских права у ЕУ*, Ревивија за европско право, бр. 2-3/2012.
- Ђорић, В., *Неусклађеност тумачења чл. 6. Европске конвенције о људским правима у јуриспруденцији Суда правде Европске уније и Европског суда за људска права*, Ревивија за европско право, 2014, бр. 2-3, <https://drive.google.com/file/d/0BzjKJJ9B7Llamx5LVh4Qm9wSTA/view>
- Fabbrini, F., Larik, J., *The Past, Present And Future Of The Relation Between The European Court Of Justice And The European Court Of Human Rights*, Icourts Working Paper Series, бр. 37/2015. <http://ssrn.com/abstract=2697513> (18. травња 2018).
- Hofmann, H.C.H., *General Principles Of Eu Law And Eu Administrative Law*, U : Barnard, C., Peers, S., (Eds.) *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014. <https://orbi.lu.uni/bitstream/10993/13996/1/book%20-%20eu%20law%20-%20ch%208%20-%20hofmann.pdf> (15. травња 2018).