

УДК: 341.961.4
Biblid 1451-3188, 15 (2016)
Год XV, бр. 55, стр. 124–142
Изворни научни рад

др Милена ТРГОВЧЕВИЋ ПРОКИЋ¹

ИЗВРШНА ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ИСПРАВА И СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

ABSTRACT

The notary public performs an independent and autonomous public service, he is an independent trustee of the parties and his contribution in the preparation of documents confirms their authenticity and content. The executive notary public document is equated with the court decision and here is where the functions of court and notary public are combined. The best evidence that the notary performs indeed a public service is the implementation of the public notary records and issuing of the title by a notary. The domestic law accepted the concept of the Latin organizational type of the notary and predicted that under certain conditions notary public documents have executive force. In the Latin notary system, legal transactions that have a basis for security contracts may be concluded in the form of notary documents. These are contracts for the pledge of security claims on the immovable and movable assets. With these contracts, customers can have the power of execution. In this case, the notary documents shall have the status of an executive document, and in the case of failure to fulfill contractual obligations within the time allocated by the contract, then the feature of execution shall be reached, so forced execution for settling secured claims can be demanded. It is characteristic of the newly created states of former Yugoslavia that the form of the executive notary public document replaces the court agreement and facilitates the realization of creditor's rights.

Key words: notary public, executive notary public documents, collaterals, mortgage, public executor, the execution procedure.

¹ Правни факултет Универзитета Унион, Први основни суд, Београд, е-маил: milenaprok@gmail.com. Ставови изнети у овом раду су искључиво ставови аутора, а не и организације у којој је аутор запослен.

1) УВОД

Извршна јавнобележничка исправа изједначена је са судском одлуком, те се овде спаја функција суда и јавног бележника. У јавнобележничком запису мора бити утврђена обавеза на чинидбу односно трпљење или пропуштање дужника, али и његова изјава да он пристаје на принудно извршење након доспелости, значи да акт мора садржати *clausulae exquendi* да би био извршна исправа. Сагласност дужника је „процесна диспозиција која се односи на одређени захтев и не утиче на настанак обавезе“.² Пристанак дужника на непосредно извршење може обухватити све захтеве повериоца, али може бити ограничен и на једну од обавеза. Дужник своју сагласност на непосредно извршење може дати само у односу на једну обавезу или њен део, или одређени објекат извршења. Ова сагласност даје ограничено извршење јавнобележничкој исправи. По правилу, дужник у споразуму пред бележником, који има за основ заложно право, даје сагласност за непосредну извршност на одређеној ствари. На основу оваквог споразума поверилац може остварити извршење само на одређеној имовини дужника, а не на било којој његовој имовини. У немачком праву у новелама Закона о принудном извршењу из 1997. године,³ проширено је поље примене извршне јавнобележничке исправе, јер новелирањем пристанак дужника на извршење може обухватити све захтеве повериоца који су подобни за извршење, док се ранији пристанак на извршење могао изразити само код захтева на одређену суму новца.⁴ Међутим, изузетак је захтев на давање изјаве воље и захтев закуподавца на испражњење и предају стана код уговора о закупу стана.⁵

2) ВРСТЕ ОБАВЕЗА

Правни посао у коме је сачињен јавнобележнички запис може садржати више дужникових обавеза. Волфштајнер (*Wolfsteiner*) и Бекчес (*Beck'sches*),⁶

² V. Rijavec, „Neposredna ovršnost javnobilježničkog akta“, *Javni bilježnik*, broj 13/2002, str. 36: „Valjanost saglasnosti za neposrednu ovršnost također ne ovisi o tome postoji li stvarno odgovarajuće potraživanje prema materijalnom pravu. Saglasnost nije izjava pogodbene volje.“

³ Новеле од 1.1.1999. Закона о извршном поступку Немачке од 1.1.1997, у даљем тексту: ЗПО Немачке.

⁴ Zöller, *Zivilprozessordnung*, 21 Auflage, Köln, 1999, p. 1925, у даљем тексту: Зöllер, ЗПО.

⁵ Члан 796. а ЗПО.

⁶ Wiolfsteiner, H., Wolfsteiner, Hans, „Vollstreckbare Urkunde, Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen und Scheidssprüchen mit vereinbartem Wortlaut“, *Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Arbeitsunterlage*, Band III, Bochum, 1999, p. 119, *Beck'sches, Notar-Handbuch*, red. Wolfram Waldner, 3. Auflage, Verlag, München, 2000, str. 1036, Zöller, ZPO, o. c., p. 1919.

сматрају да мора јасно бити одређена обавеза дужника на коју се он подвргава у непосредном принудном извршењу, и то за све обавезе понаособ које проистичу из јавнобележничког записа. На овај начин се избегавају нејасноће и евентуални спорови између странака. Сагласност дужника на неогранично непосредно извршење на било којој његовој имовини вуче бројне последице, нарочито ако би треће лице преузело дуг. Стога јавни бележник мора да утврди правни основ обавезе и да јасно наведе у ком се обиму дужник сагласио са обавезом. На пример, обавеза би морала бити тачно одређена у свом обиму, и то како главна, тако и споредне обавезе (камате), а на ово и упућују норме извршног поступка о подобности извршне исправе за извршење.⁷

3) ДОКАЗИВАЊЕ ПРЕТПОСТАВКИ ЗА ИЗВРШНОСТ

Јавни бележник приликом сачињавања јавнобележничког записа мора да поучи дужника о последицама извршности јавнобележничког записа, и о томе да ли дужник у јавнобележничком запису ослобађа повериоца дужности доказивања испуњења претпоставки за извршност. Ову могућност познаје немачко право, а теорија⁸ сматра да је ово ослобођење повериоца извор ризика за дужника зато што постоји опасност од ослобађања повериоца дужности доказивања, односно оваквим одрицањем прелази на дужника терет доказа да претпоставке нису наступиле, ако се изричито не уговори супротно. Стога је врло важно да јавни бележник поучи дужника о свим последицама таквог одрицања. У нашем праву доспелост потраживања може се доказати и овером потписа на приватној исправи или солемнизацијом, јер за доказивање доспелости потраживања закон захтева јавну или оверену исправу.⁹ Наше право не познаје ову могућност, већ изричито захтева да поверилац пружи доказ о испуњењу претпоставки за извршност.

⁷ Члан 17. Закону о извршењу и обезбеђењу „Службени гласник РС”, број 31/2011, 99/2011, 109/2013, 55/2014, 139/2014, 106/2015, у даљем тексту: ЗИО Србије, члан 20. Закон о извршном поступку Федерације БиХ, „Службени лист Федерације БиХ, број 13/94, у даљем тексту: ЗИП ФБиХ, члан 15. Закона о изменама и допунама Закона о извршном поступку „Службени весник Р. Македоније“ 35/05, у даљем тексту: ЗИДЗИП Македоније, чл. 16, 18, 19. и 20. Закона о изменама и допунама Закона о о извршном поступку „Народне новине Р. Хрватске“, број 173/03, у даљем тексту: ЗИДОЗ Хрватске.

⁸ Zöller, ZPO, o. c., p. 1921, Beck'sches, o. c., p. 1036.

⁹ Члан 16. став 2. ЗИО Србије.

4) ВРСТЕ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИХ ИСПРАВА

Према законским решењима својство извршне исправе могу имати јавнобележнички акти (записи).¹⁰ Међутим, у нашем праву и појединим транзицијским земљама,¹¹ извршне исправе могу бити приватне исправе на којима је јавни бележник оверио потписе, а које иначе спадају у ред јавнобележничких потврда и овера, тзв. солемнизиране исправе.¹² Све ове исправе имају значај кондемпнаторне судске и управне одлуке, поравнања пред судом или управним органом. Међутим, ово решење је усамљено. Немачко право, на пример, предвиђа да се само у јавнобележничком акту дужник може подвргнути непосредном принудном извршењу.¹³ Исто је и у италијанском праву. Међутим, средње решење прихвата Швајцарска, према чијим прописима приватна исправа може бити извршна у случају мере привременог обезбеђења у извршном поступку,¹⁴ а аустријско право допушта да и солемнизиране исправе могу бити извршне, али не и приватне исправе на којима је само потпис који је оверио јавни бележник.¹⁵

Извршност приватних исправа

Уобичајено је да земље у транзицији дају могућност и приватној исправи да буде извршна, ако има одређену обавезу на чинидбу и пристанак дужника на извршност уколико је јавни бележник оверио потпис дужника.¹⁶ Ово решење је прихватило наше право. Јавни бележник може уз пристанак странака оверити њихове потписе ако приватна исправа садржи клаузулу о престанку на извршење. Међутим, код овере потписа јавни бележник нема обавезу да поучи странке о значају престанка на непосредно принудно

¹⁰ Члан 85. Закон о јавном бележништву „Службени гласник“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014 121/2014, 6/2015 и 106/2015, у даљем тексту: члан 54. Закон о јавном биљежништву „Народне новине“, бр. 78/93, 29/94, 162/98., 16/07 и 75/09, у даљем тексту: ЗЈБ Хрватске, члан 47. став 3. Закон о нотарима Федерације БиХ „Службене новине, број 45/2002, у даљем тексту: ЗН ФБиХ, чл. 327, 8. 300 Немачке.

¹¹ Члан 73. став 6. ЗН ФБиХ, члан 59. ЗЈБ Хрватске.

¹² М- Dika, „Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka“, *Zaštita vjerovnika*, Zagreb, 1994, str. 102.

¹³ Fabbender, Grauel, Kemp, Ohmen, Peter, Roemer, *Notariatskunde*, 14. Auflage, München, 2001, str. 141.

¹⁴ Hess, В., „Експертиза о nacrtu извршног закона за Федерацију БиХ од 16. 7. 1997“, *Nova rešenja u Zakonu o parničnom postupku Federacije BiH*, Министарство правде, Сарајево, 1998, str. 115.

¹⁵ М. Dika, *о. с.*, 1994, р. 552.

¹⁶ Члан 73. став 1. ЗН ФБиХ, члан 54. став 6. ЗЈБ Хрватске.

извршење, као што је то дужан учинити приликом састављања јавнобележничког акта-записа.¹⁷ Јавни бележник ће на захтев странке ставити потврду извршности, али код издавања потврде о извршности на једној приватној исправи потребно је доказати одређене претпоставке, а јавни бележник код овере није дужан да поучи странке, као што је то случај приликом сачињавања јавнобележничког записа. Због тога је извршење на основу оверене приватне исправе „опасно“ за дужника, али и за повериоца, јер странке немају сигурност, а и због могућности да дужник истакне приговор ваљаности такве исправе у извршном поступку, што има за последицу вођење парничног поступка.¹⁸ Повлакић сматра да баш из ових разлога не би требало допустити да приватна исправа само на основу овере потписа од стране јавног бележника буде извршна исправа, тако да је довољно да само јавнобележнички акт-запис буде извршна исправа и да се на основу њега може спровести принудно извршење. Међутим, супротно мишљење има Дика,¹⁹ јер сматра да је странкама код овере потписа дозвољен пут парнице.

Рок за добровољно извршење

У јавнобележничкој исправи мора бити наведен рок у коме дужник мора да изврши своју обавезу. У нашем праву рок за добровољно извршење обавезе дужника је веома кратак, он износи три дана ако није предвиђен у извршној исправи. Ово је додатна опасност за дужника зато што јавни бележник неће имати обавезу да упозори дужника на ову околност.

Извршност солемнизираних исправа

Солемнизирана исправа под одређеним условима може да има извршну снагу извршног јавнобележничког записа, а то су општи услови за извршност јавнобележничког записа. Потврђивање приватних исправа од стране јавног бележника (солемнизација) предвиђено је у нашем праву.²⁰ Ово решење усвојено је у законодавству земаља у транзицији,²¹ док нека права, на пример,

¹⁷ Beck'sches, *o.c.*, р. 48–49, Fabbender, Kemp, Ohmen, Peter, Roemer, Ohmen, *o. c.*, р. 141.

¹⁸ М. Povlakić, „Извршност јавнобилежничког акта, *Pravna misao*, бр. 3–4/2000, Сарајево, стр. 9; Hess, В., *o.c.*, р. 115.

¹⁹ М. Dika, *o.c.*, стр. 552.

²⁰ Члан 85. став 5. ЗЈБ Србије.

²¹ Члан 93 став 3. ЗЈБ Србије, Члан 60. ЗН ФБиХ, члан 54. став 7. ЗЈБ Хрватске, члан 4. став 2. Закон о нотарима Македоније „Службени весник Р. Македоније“ број 56/96, у даљем тексту: ЗН Македоније, члан 49. став 1. Закон о јавном бележничтву Словеније, „Службени лист Р. Словеније“ број 13/94, у даљем тексту: ЗЈБ Словеније.

немачко, не познају ову могућност. Дужност бележника јесте да упозори странке на нејасне одредбе и да укаже на уочене недостатке, те предложи измене на начин који им омогућава већу правну сигурност и бољу заштиту њихових интереса. Међутим, дужност је и да правно неваљану исправу солемнизира и да о томе унесе упозорење. У пракси се испољава проблем што обично код бележника приступи дужник и инсистира на потврђивању исправе коју је сачинио поверилац, а која је често правно неваљана и обично ставља или повериоца или дужника у бољи правни положај. Приликом сачињавања јавнобележничког записа-акта присутне су обе странке, па се избегавају негативне последице солемнизације приватне исправе и пружа већа сигурност странкама.

5. ПОТВРЂИВАЊЕ ИЗВРШНОСТИ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКОГ ЗАПИСА

Протеком рока за добровољно испуњење обавезе судска одлука добија потврду да је извршна. У упоредном праву разликују се решења и захтеви за издавање потврде о извршности јавнобележничке исправе.

Утврђивање извршности

Немачко уређење дозвољава да странке у свом споразуму унапред предвиде доказе приликом доспелости или наступања услова. На основу изјаве повериоца о наступању услова за извршење, јавни бележник даје потврду о извршењу. Поверилац може захтевати потврђивање извршења само на основу своје изјаве о наступању услова, о чему јавни бележник издаје потврду. На тај начин је на јавног бележника потпуно пренета дозвола извршења и представља значајно растерећење за судове. Ово уређење полази од претпоставке да су се странке приликом састављања јавнобележничког акта о свему споразумеле. На тај начин извршни јавнобележнички акт гарантује сигурност, јер је јавни бележник „гарант легитимних интереса странака и државе“.²² У Немачкој суд може да да легалитет и извршност јавнобележничкој исправу.²³ Поједина законодавства, на пример у Словенији, Хрватској, Македонији и Србији, захтевају да поверилац мора да достави доказе о доспелости извршења, тако да није довољна само његова изјава јавном бележнику о наступању услова и доспелости обавезе.²⁴ Јавнобележнички поступак обухвата не само сагласност

²² *Beck'sches Notar-Handbuch, o.c.*, p. 1045.

²³ Члан 796. ст. 1. и 2. ЗПО Немачке.

²⁴ У том смислу се изјаснила и судска пракса: Виши суд у Копру, *RS Stairs* 185/99: „Поверилац мора конкретизовати овршност у приједлогу за оврху и понудити

странака већ и утврђивање доспелости и издавање извршне потврде. *Rijavec*,²⁵ сматра да јавни бележник не може да изда потврду о извршности у тренутку када саставља исправу, ако потраживање није доспело. Проблем је још тежи када рок доспелости потраживања зависи од неке чињенице. Протек времена је објективна чињеница и, на пример, у случају неплаћања појединих рата кредита, кад доспе на плаћање цели износ кредита, утврђивање доспелости захтева оцењивање доказа, а то у ствари представља проблем. *Rijavec* у том случају предлаже да јавни бележник може да изда потврду о извршности бележничке исправе под условом да поверилац позове дужника на испуњење обавезе и пружи доказ да је дужник ову његову изјаву примио. Јавни бележник мора утврдити наступање услова приликом издавања потврде о извршности јавнобележничке исправе. Наиме, ако би наступање извршности јавнобележничке исправе оцењивао извршни суд, он би морао предлог за извршење усвојити без процесне претпоставке, и тако ће потврдити извршност. Законима о извршном поступку земаља у транзицији, односно бивших република СФРЈ, Србије, Словеније, Хрватске, Македоније и Црне Горе, није дефинитивно разрешено питање формалног легалитета. Суд који прими предлог за извршење на основу извршног наслова без потврде о извршењу (судске одлуке или јавнобележничке извршне исправе) ипак би требало да одбаци предлог за извршење као непотпун. Ако би се прихватило друго становиште, да поверилац у извршном поступку доказује да је доспело потраживање, потврда о извршењу изгубила би смисао. Јавни бележник би у том случају могао да одбије издавање потврде о извршности јавнобележничког акта, али поверилац тада може да иницира парнични поступак тужбом за утврђивање доспелости потраживања против дужника, односно с идентичним захтевом који садржи јавнобележничка исправа. У домаћем праву потврда о извршности представља констатацију суда који је донео извршну исправу да је одлука извршна, те извршни суд извршност не утврђује; она се ставља на отпоставак одлуке и није посебна потврда суда. За судску одлуку или поравнање сачињено пред судом захтева се испуњеност услова за дозволу за извршење (да је пресуда правоснажна, извршна, да је подобна за судско извршење, стварну и месну надлежност суда и сл.). Закон о јавном бележништву Србије је изричито навео да када обавеза зависи од наступања услова или истека рока који није календарски одређен, за извршност јавнобележничког записа потребно је да се јавном исправом утврди да је услов наступио или да је рок престао. То практично значи да јавни бележник мора да стави потврду извршности. Исти учинак ће имати и изјава на којој је јавни бележник оверио потпис дужника да пристаје на непосредно извршење.

одговарајуће доказе, јер јавнобележнички акт не исказује наступ доспелости ако је то околност коју су странке предвидјеле али је то код закључивања била неизвесна околност.“

²⁵ V. *Rijavec*, o. c., p. 39.

Међутим, ако дође до спора, правоснажна пресуда којом је утврђено да је услов наступио замениће јавнобележничку исправу. Извршни суд, односно извршитељ ће преиспитивати правну ваљаност извршне исправе и испуњеност услова за дозволу извршења. Немачка има друго решење, а то је да поверилац може тужбом за утврђење против дужника да захтева потврђивање извршности. Немачко уређење задире у подручје дозвољавања извршења и представља значајно растерећење судова. Аустријско уређење познаје ограничавајућу улогу за издавање потврде о извршности, јер она није потребна ни за судски споразум, ни за јавнобележничку исправу.

Дакле, улога бележника не огледа се само у закључивању споразума између странака већ и у потврђивању извршности самог јавнобележничког акта.

6) ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ИСПРАВА И БЕЗДРЖАВИНСКА ЗАЛОГА

Србија

Бездржавинска залога на покретним стварима у систему Србије стиче се уписом у регистар а упис могу тражити дужник и поверилац.²⁶ Пред јавним бележником се може сачинити или потврдити уговор о бездржавинској залози, те није предвиђена императивна форма записа. Ако поверилац тражи упис, тада мора постојати изричита изјава залогодавца да на то пристаје, јер поверилац има првенство наплате из вредности заложене ствари. Залогодавац после уписа задржава државину над предметом заложеног права, међутим, он губи државину ако о доспелости не испуни обавезу према заложном повериоцу. У домаћем праву реализација заложног права обављала се посредством суда. Увођењем новог института- јавног извршитеља,²⁷ омогућена је вансудска реализација обезбеђеног потраживања тако да се избегава злоупотреба из ранијег законског решења.²⁸

²⁶ Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар „Службени лист РС“ бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006.

²⁷ У Закону о извршењу и обезбеђењу (2011) није била направљена термилошка разлика између професионалног извршитеља и судског извршитеља. Пошто није направљена термилошка разлика између тзв. професионалног извршитеља и судског извршитеља, ЗИО (2015) уводи термин „јавни извршитељ“, да би нагласио да он врши јавна овлашћења. Овом институту је поверено вршење судске власти.

²⁸ Вансудска реализација била је предвиђена као изузетак код уговорне залогe са предајом ствари у државину, а омогућава повериоцу који има својство привредног субјекта да организује приватну јавну продају и ствар прода када је доспело потраживање. Омогућавање приватне јавне продаје заложене ствари или продаје

Македонија

У Македонији се пред јавним бележником може сачинити уговор о залози на покретним стварима, хартијама од вредности, потраживањима, без предаје ствари у државину залогопримцу, тзв. бездржавинска залога. Бездржавинска залога се стиче када се поред уговора о залози изврши попис предмета или хартија од вредности, а без предаје у посед залогопримцу. Овај уговор се може саставити у форми јавнобележничког акта, где бележник саставља и записник о попису заложених предмета. Уколико странке саме састављају уговор, тада су дужне да сачине записник о попису ствари, хартијама од вредности, које мора да овери јавни бележник.²⁹ Наиме, јавни бележник оверава потписе странака, а овером заложно право је стечено и тада се уписује у заложни регистар покретних ствари и права.³⁰ Уколико се залога не упише у регистар, она нема својство регистроване залогe.

Словенија

У Словенији бездржавинска залога може се конституисати само на основу јавнобележничког акта.³¹ У праву Словеније отворен је пут да се бездржавинска залога конституише као регистрована залога, када се посебним прописима уведу посебни регистри недржавинских залогa. Међутим, ово решење се у теорији критикује,³² јер Стварноправни законик предвиђа паралелно вођење две евиденције – регистра недржавинских заложних права и евиденције у коју се уписују покретне ствари и којима се доказује право својине на њима. Паралелизам евиденција може у пракси изазвати проблеме, јер се сматра с правом да се треба залагати за јединствену евиденцију.

Хрватска

У Хрватској, бездржавинска залога је регулисана Законом о власништву и другим стварним правима, где се одредбом члан 297. став 2. покушава дати

непосредном погодбом ако су испуњени одређени услови носи са собом озбиљну опасност од злоупотребе.

²⁹ Члан 8. Закона за залог на подвижни предмети и права, „Службени весник Републике Македоније“, број 21/98, 48/99, 86/00, у даљем тексту: ЗПП Македоније.

³⁰ Закон за вођење регистра и права Републике Македоније, „Службени весник Републике Македоније“, број 28/98.

³¹ Члан 171. став 1. Стварноправног законика Словеније, „Урадни лист Републике Словеније“, број 87/2002, у даљем тексту: СЗ Словеније.

³² Повлакић, М., *Стварноправна средства осигурања на покретним стварима у земљама наследицама бивше СФРЈ*, Сарајево, 2002, стр. 9.

општи оквир права обезбеђења, прописујући да се оно што је одређено за заложно право на одговарајући начин примењује на свако друго средство обезбеђења потраживања, тако да се бездржавинска залога назива хипотеком,³³ те произлази да је хипотека могућа само на оним покретним стварима на којима се својина стиче уписом у јавне уписнике, а означена је као регистарско заложно право. Насупрот томе, Овршни закон³⁴ познаје залог, при чему заложно право настаје на основу споразума пред судом или јавним бележником, и то моментом потписивања споразума. Овакво цепање права обезбеђења не заслужује позитивну оцену,³⁵ јер Закон о власништву полази од регистроване залоге коју би требало уредити посебним законом, а Овршни закон полази од бездржавинске залогe покретних ствари, без публиковања заложноправног односа.

Мађарска

У Мађарској, уговори о бездржавинској залози се закључују пред јавним бележником који врши регистрацију јавних уговора.³⁶ У праву Босне и Херцеговине бездржавинска залога ослобођена је садејства суда и јавног бележника.³⁷

7) ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ИСПРАВА И ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС ВЛАСНИШТВА

Словенија

У Словенији се ово средство обезбеђења конституише споразумом странака који мора бити у форми извршног јавнобележничког акта, а допуштено је обезбеђење само на покретним стварима. Словеначко уређење предвиђа акцесорни и неакцесорни модел фидуцијарног преноса

³³ Члан 304. Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске, „Народне новине“, бр. 91/96, 114/2001, у даљем тексту: ЗВСП Хрватске.

³⁴ Члан 277. став 6. ЗИДОЗ Хрватске.

³⁵ М. Povlakić, *о.с.*, стр. 11.

³⁶ Члан 260. став 2. Мађарског грађанског закона.

³⁷ Чланом 7. став 1. Закона о регистрованим залозима БиХ предвиђена је писмена форма за залог, али није предвиђен извршни наслов у уговору, јер је у циљу олакшања намирања заложног повериоца законодавац прописао да је извршење могуће на основу уговора и извода из регистра залогa, док је чланом 31. став 2. истог закона предвиђено да ово олакшање важи само за случај намирања судском продајом.

власништва.³⁸ У домену јавнобележничке исправе постоји разлика, јер неакцесорни модел може имати форму јавнобележничког записа, док акцесорни модел има форму извршног јавнобележничког записа. Акцесорни модел предвиђа да споразум странака мора да садржи износ и датум доспелости обезбеђеног потраживања.³⁹ Претпоставља се да је фидуцијарно власништво пренето под раскидним условом плаћања обезбеђеног потраживања. Ствар на коју је пренето право својине фидуцијарним преносом не може да служи као средство обезбеђења будућих и условних потраживања између истог повериоца и дужника. Словеначко уређење предвиђа да странке могу да сачине и другачији споразум, односно да њихов споразум не мора да садржи износ и датум доспелости обезбеђеног потраживања, па стога садржина овог споразума може имати само форму јавнобележничког акта, те овај акцесорни модел не може да садржи „директно и извршни наслов“.⁴⁰ Међутим, извршни наслов стећи ће издавањем потврде извршности од стране јавног бележника или у извршном поступку, где фидуцијар мора да конкретизује доспелост потраживања. Словеначко уређење предвиђа споразум у случају платежне неспособности између фидуцијарног дужника и фидуцијарног повериоца, односно да други повериоци не могу у извршном и стечајном поступку намирити своја потраживања на ствари на коју је право својине пренето.⁴¹ Фидуцијарни поверилац или фидуцијарни дужник имају излучно право само ако о томе постоји њихов споразум. У правној литератури критиковано је овакво уређење, с обзиром да споразум фидуцијара и фидуцијента не може изменити питање стеченог права састава стечајне масе.⁴² Јавном бележнику дата је и улога код намирења потраживања. Ако дужник не испуни потраживање по доспелости, преносилац мора да преда покретну ствар у непосредну државину фидуцијарног повериоцу. Уколико фидуцијар жели да задржи ствар за себе, он може преко јавног бележника обавестити дужника или, у супротном, продати је преко јавног бележника. Дужник је дужан да се

³⁸ Члан 202. став 1. СЗ Словеније.

³⁹ Члан 201. став 2. СЗ Словеније.

⁴⁰ R. Venčur, „Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim i nepokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu“, simpozijum „Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope“, Budimpešta, 2002, str. 294.

⁴¹ Чл. 205. и 206. СЗ Словеније.

⁴² M. Povlakić, *op. cit.*, str. 22. Аутор наводи: „У случају извршног поступка или стечаја над имовином фидуцијента – дужника, фидуцијар – повјерилац *ex lege* има разлучно право. Наведена решења морају бити предмет критике. Једино се може сложити са законским решењем које сврстава фидуцијара у разлучне повјериоце у случају стечаја фидуцијента.“

изјасни преко јавног бележника, одређујући најнижу цену по којој ствар може да се прода.

Хрватска

У Хрватској је фидуцијарни пренос власништва правноформални уговор који мора бити закључен у форми споразума пред јавним бележником или у солемнизираној приватној исправи. Хрватско уређење, за разлику од словеначког, предвиђа пренос власништва на покретним и непокретним стварима и правима. Преноси се својина на стварима или праву који припадају дужнику или трећем лицу.⁴³ На тај начин обезбеђује се како новчано, тако и неновчано потраживање. У хрватском моделу фидуцијарни пренос заснива се на неакцесорности, а то значи да се фидуцијарно обезбеђење остварује безусловним преносом власништва на ствари или праву. Фидуцијарни дужник након испуњења обезбеђеног потраживања има само облигационоправни захтев за повраћај власништва на ствари, односно права. У правној литератури наводи се да дужник након испуњења потраживања има стварноправни захтев према повериоцу.⁴⁴ Ово се огледа у томе што након испуњења дужникове обавезе поверилац мора вратити обезбеђено власништво. Осим тога, када се ради о непокретностима, без обзира што је реч о безусловном преносу власништва, оно се уписује у земљишне књиге. У односу на права и обавезе дужника након доспелости потраживања уведена је новина, те је дата могућност дужнику да покрене поступак продаје, односно уновчења (права или предмета) обезбеђеног потраживањем.⁴⁵ Јавни бележник дужан је да о продаји и свим предузетим радњама обавештава повериоца. Ова новина омогућава дужнику да користећи своје право онемогући повериоца да постане власник. Овај институт појачао је обезбеђење потраживања повериоца, али је ипак дао дужнику могућност да користећи своја права спречи да поверилац постане власник, а јавном бележнику велики домен примена радњи. Споразуму о фидуцијарном преносу дат је директно извршни наслов, јер Закон о извршном поступку⁴⁶ изричито предвиђа да странке треба да одреде када ће обезбеђено потраживање доспети, односно како ће се доспелост утврдити. Ако је предмет фидуцијарног преноса својина на непокретностима које су

⁴³ Члан 262. став 1. Закон о изменама и допунама овршног закона „Народне новине Р. Хрватске“ број 173/03,88/05, у даљем тексту: ЗИДОЗ Хрватске.

⁴⁴ М. Dika, „Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava“, *Javni bilježnik*, број 9/2000, Загреб, стр. 30.

⁴⁵ Члан 114. ЗИДОЗ Хрватске – Новела 2005.

⁴⁶ Члан 274. став 1. ЗИДОЗ – Новела 2005 Хрватске.

уписане у земљишне књиге, тада се захтева потврда фидуцијарног дужника (или трећег лица ако је оно власник) да је сагласан да се непосредно на основу споразума обави овај пренос након доспелости обезбеђеног потраживања. Ову потврду издаје јавни бележник. Ако непокретност није уписана у земљишне књиге, тада је обавеза јавног бележника да изда оглас у „Народним новинама“, тако да се на овај начин одступа од начела публициитета. Поверилац нема право да располаже са ствари, али странке могу уговорити супротно.⁴⁷ Поверилац је дужан да предузме мере ради очувања обезбеђеног потраживања које је на њега пренето, и тада чување ових ствари или права може бити препуштено јавном бележнику. Јавни бележник може да за рачун повериоца наплаћује камате и друга повремена потраживања, која се касније пребијају с трошковима на чију накнаду поверилац има право, са главницом и каматом. Он такође има обавезу да наплати пренесено потраживање или прими његово испуњење. Ако дужник не испуни своју обавезу према повериоцу, поверилац може преко јавног бележника да тражи од дужника да се изјасни да ли захтева да ствар на коју је пренето право власништва прода или пренесено право уновчи. Дужник је дужан да се изјасни преко јавног бележника, одређујући најнижу цену по којој се ствар може продати, односно уновчити. Ако продаја ствари или уновчење права не буду успешни, сматра се да је поверилац постао власник на ствари или правима којима је обезбеђено потраживање. Ако дужник испуни потраживање, јавни бележник може тражити брисање забележбе у земљишним књигама.

Црна Гора

Правно уређење Црне Горе познаје фидуцијарни пренос власништва на покретним и непокретним стварима, али не и на правима,⁴⁸ те представља одступање од начела специјалности, али предвиђа могућност залагања робног логора.⁴⁹ Упис у посебне регистре услов је за пуноважност уговора, а не услов стицања права. Уговори о фидуцијарном преносу власништва могу се закључивати пред бележником. Повлакић критикује ово решење с обзиром да се власништво на покретним стварима преноси само уговором, а не моментом уписа у регистар.⁵⁰

⁴⁷ Члан 275а ЗИД03 – Новела 2005 Хрватске.

⁴⁸ Закон о фидуцијарном пријеносу својине, „Службени лист РЦГ“, број 23/96, и Уредба о упису фидуцијарног преноса својине, „Службени лист РЦГ“, број 9/97.

⁴⁹ Чланови 6–9. Закона о фидуцијарном преносу својине.

⁵⁰ М. Povlakić, *о. с.*, str. 227, 20. Povlakić наводи да иако се ради о јавном регистру, није нормирана консеквенца начела јавности, а то значи могућност злоупотребе.

Србија

Наше право не познаје фидуцијарни пренос власништва. Међутим, фидуцијарно обезбеђење омогућује повериоцу стицање већег степена обезбеђења од оног које пружа заложно право обезбеђења стицања власништва на ствари или права, уместо стварног права на предметима обезбеђења. Оно што је ту карактеристично јесте омогућавање вансудског остваривања потраживања у случају закашњења дужника. У споразуму се наводе потраживање повериоца према дужнику и сагласност дужника или трећег лица (ако је оно власник предмета обезбеђења) да се пренесе на повериоца власништво на одређеној ствари, односно праву. На основу споразума преноси се власништво, односно право, осим што се до преноса власништва на непокретностима не захтева упис у земљишне књиге. Карактеристично је за новонастале државе бивше СФРЈ да форма извршне јавнобележничке исправе замењује судски споразум и олакшава реализацију повериоцевог права.

8) ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИ ЗАПИС И ХИПОТЕКА

Пред јавним бележником, а на основу споразума странака у сврху обезбеђења потраживања, може се засновати хипотека на непокретностима уписаним у регистар непокретности. Поверилац може да тражи извршење на тој непокретности ради наплате обезбеђеног потраживања, а након његове доспелости ако је дужник у запису на то пристао. Ово је извршна хипотека, која чини сувишним отказ хипотекарног потраживања и тражење намирења од дужника, односно подизање хипотекарне тужбе. Уговор мора бити сачињен у форми јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе који се по правној снази изједначава с извршном судском одлуком или судским поравнањем.⁵¹ Међутим, уговор о хипотеци и заложна изјава могу се потврдити (солемнизовати) пред бележником само под условом да не садрже изричиту изјаву обвезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење. У домаћем праву реализација хипотеке предвиђена је посредством суда и јавног извршитеља. Хипотека се може наплатити посредством извршења на непокретности. Реализација хипотеке изискује два поступка. Хипотекарни

Довољно је да дужник оптерети ствари и то упише у регистар који је надлежан према месту налаaska ствари, а да затим ствари пренесе у друго место, за које је надлежан други регистар, тако да је оптерећењу тешко ући у траг.

⁵¹ Члан 85,93. ЗЈБ, члан 10. Закон о хипотеци „Службени гласник“ 115/2005, 60/2015, 63/2015,83/2015, у даљем тексту: ЗХ Србије, исто и ЗУХ Македоније, члан 170. ЗЗД Бугарске. Видети: Члан 85. став 3. ЗЈБ Србије.

поверилац мора пред парничним судом захтевати тужбом за утврђење да је обезбеђено потраживање доспело. Извршна одлука парничног суда је основ за извршни поступак у коме хипотекарни поверилац тражи наплату хипотеке. Ако дужник и власник хипотекарне непокретности нису исто лице, тада је потребно да поверилац поднесе хипотекарну тужбу у оквиру парничног поступка. Садашњи закон о извршном поступку предвиђа као меру обезбеђења заснивање заложног права на непокретности, а на основу споразума странака. Споразум се може дати пред судом или јавним бележником. Осим тога, једнострана хипотека настаје на основу изјаве воље власника непокретности - заложне изјаве која се даје пред јавним бележником. Поступак реализације заснивања хипотеке је скраћен, јер је непотребно водити парнични поступак уколико дође до споразума пред извршним судом. Поверилац на основу споразума пред јавним бележником или судом, који је уједно и извршни наслов, може да тражи непосредно извршење. Институт бележништва, који је недавно уведен у наш правни систем, омогућава да се избегну проблеми покретања судског поступка и судске реализације уговора о обезбеђењу потраживања. Извршна јавно-бележничка исправа доприноси остварењу права намирења заложних поверилаца без вођења судског поступка. На основу јавнобележничког записа хипотека се може непосредно уписати у регистар непокретности ако дужник пристане на то. Осим тога, запис је основ за непосредну извршност. Покретање судског поступка своди се на покретање евентуалног извршног поступка.

9) ФОРМА ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКОГ СПОРАЗУМА

Захтеви који се односе на форму, предвиђени у упоредном праву, за извршне јавнобележничке исправе које имају за основ обезбеђење потраживања, различити су. Домаће право, као што је већ речено, одређује императивну форму јавнобележничког записа за хипотеку, а споразуми странака о заснивању заложног права имају снагу судског поравнања. Закон о бележништву предвиђа форму јавнобележничког записника за споразум о постојању новчаног потраживања и времену његовог доспећа и сагласност да се уписом заложног права на непокретности односно покретним стварима дужника обезбеђује новчано потраживање повериоца.⁵² Ипак, наше право и упоредноправна законодавства, и поред давања јавнобележничкој исправи статуса извршне исправе, задржавају споразум пред судом као ефикасан начин којим се може приступити новчаном потраживању повериоца и обезбеђењу на конкретној имовини дужника.⁵³ Ако поверилац и дужник дају

⁵² Члан 88. т 3. ЗЈБ Србије.

⁵³ Институт заложног права на основу споразума странака пред судом регулисао је Закон о извршном поступку из 1990, „Службени лист СФРЈ“, број 27/90, чл. 215а-215в, а садашњи закон о извршењу и обезбеђењу чл. 265.

свом споразуму карактер извршног наслова пред бележником, тада није потребно покретати судски поступак, јер суд у том случају нема јаче средство и инструменте да би контролисао њихов споразум, а самим тим већи су трошкови странака за одређивање и спровођење обезбеђења, и он постаје сувишан.⁵⁴ Схватање да задржавање конкурентне надлежности суда није потребно не може се прихватити у потпуности. Странке могу у току извршног поступка да предложи споразум, те се суд ове своје надлежности не може одрећи. Словенија захтева императивну форму јавнобележничког акта код бездржавинске залогe,⁵⁵ фидуцијарног преноса власништва,⁵⁶ те земљишног дуга. Хрватска је оставила више простора факултативном избору странака у односу на Словенију, с обзиром да уговори о бездржавинској залози и фидуцијарном преносу могу да се закључе у облику јавнобележничког акта, али и у форми солемнизиране исправе.⁵⁷ У Македонији је форма јавнобележничког акта предвиђена само за хипотеку, док ова форма није императивно предвиђена код бездржавинске залогe. Македонија предвиђа да странке свом споразуму о залагању права могу дати карактер извршног наслова, тако што ће овај споразум оверити пред јавним бележником.⁵⁸ У правној литератури истиче се, да споразум странака пред судом није посебно средство обезбеђења у материјалноправном смислу, већ се њиме само у процесноправном смислу „олакшава реализација заложног права“.⁵⁹ Сматрамо да је форма јавнобележничког акта код споразума о заложном праву коју поставља Словенија боље решење на пољу правне сигурности, с обзиром да се својство извршне исправе не стиче само овером потписа већ и јавнобележничком овером садржаја акта. Тиме улога јавног бележника доприноси не само обезбеђењу повериоца већ и сигурнијем правном промету. Остављање слободе уговорним странама да изабере форму јавнобележничке овере јесте у сваком случају олакшање у прибављању извршног наслова, али се у теорији наводи да јавнобележнички акт не

⁵⁴ Д. Медић, „Стицање хипотеке на основу споразума пред судом и нотарски обрађене исправе“, *Правни живот*, број 10/2005, стр. 470-471.

⁵⁵ Члан 171. став 1. СЗ Словеније.

⁵⁶ Члан 202. став 1. СЗ Словеније.

⁵⁷ Члан 247. став 6. ЗИДОЗ Хрватске.

⁵⁸ Члан 8. Закона о залагању покретних ствари и права.

⁵⁹ Повлакић наводи: „Садејство суда у настанку једног приватноправног споразума који се оснива на сагласности воља осигураника у поступку осигурања, замаглило је добровољну природу овог института, те створило привид да се ради о једном посебном средству осигурања, а у ствари ради се о прибављању извршног наслова.“ Видети: М. Povlakić, *о. с.*, стр. 7; М. Dika, *Sudsko potraživanje na temelju sporazuma stranaka*, *Aktuelnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Zagreb, 1992, стр. 109.

доприноси ефикаснијој заштити ни странака ни трећих лица.⁶⁰ Сматрамо да споразум пред бележником који има снагу извршне исправе може бити сачињен само у форми јавнобележничког записа, јер другачије решење, односно солемнизација или овера потписа приватних исправа пред јавним бележником омогућава да садржај приватне исправе садржи неодређености и недоречености, тако да ова исправа не може да буде подобна за судско извршење.⁶¹ Јавнобележничким записом се избегавају неодређености и мањкавости које су честе код приватних исправа, а с обзиром на његову строгу форму и поступак сачињавања (поука и објашњење бележника о правном послу странкама, о обезбеђењу правног посла и нарочито о давању сагласности за непосредну извршност дужнику, као и само сачињавање акта итд.), омогућује да исправа буде подобна за извршење. Уколико се прихвати да само јавнобележнички запис може да буде извршна исправа, тада није потребно да поверилац и дужник дају свом споразуму карактер извршног наслова у форми судског поравнања и да покрећу судски извршни поступак. Извршни наслов се једноставније прибавља пристанком на принудно извршење у форми јавнобележничког записа. Решење да споразум пред судом више није неопходан и да његову функцију може преузети извршна јавнобележничка исправа прихватило је словеначко право у пуној мери.

10) ИЗВОРИ

- Beck'sches *Notar-Handbuch*, red. Wolfram Waldner, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000.
- Dika, Mihajlo, „Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka“, *Zaštita vjetrovnik*, Zagreb, 1994.
- Dika, Mihajlo, „Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava“, *Javni bilježnik*, broj 9/2000, Zagreb.
- Dika, Mihajlo, *Sudsko potraživanje na temelju sporazuma stranaka*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Zagreb, 1992

⁶⁰ Povlakić, М., о. с., стр. 226: „Сачињавање јавнобележничког акта не доприноси ни већој сигурности самих странака, нити ефикаснијој публикацији заложног правног односа, а тиме ни ефикаснијој заштити трећих лица.“

⁶¹ На пример, дешава се у пракси да приватна исправа садржи правнотехничке мањкавости, односно да није назначена нека битна чињеница, као број парцеле, ознака земљишнокњижног дела и површина, већ се обично наводи да „дужник треба да преда повериоцу парцелу од два ара“. Наиме, ова приватна исправа не може бити подобна за судско извршење, без обзира што је повериоцу остављена могућност да у парничном поступку оствари своје право.

- Fabbender, Grauel, Kemp, Ohmen, Peter, Roemer, *Notariatskunde*, 14. Auflage, München, 2001.
- Hess, B., „Експертиза о начрту извршног закона за Федерацију БиХ од 16. 7. 1997”, *Нова решења у Закону о парничном поступку Федерације БиХ*, Министарство правде, Сарајево, 1998.
- Медић, Душко, „Стицање хипотеке на основу споразума пред судом и нотарски обрађене исправе”, *Правни живот*, број 10/2005.
- Povlakić, Meliha, „Извршност јавнобилежничког акта”, *Pravna misao*, br. 3–4/2000, Сарајево.
- Povlakić, Meliha, *Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ*, Сарајево, 2002.
- Rijavec, Vesna, „Непосредна овршност јавнобилежничког акта”, *Javni bilježnik*, број 13/2002.
- Venčur, Renato, „Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim i nepokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu”, симпозијум „Доприноси реформи стварног права у државима југоисточне Европе”, Будимпешта, 2002.
- Zöllner, Zivilprozessordnung, 21 Auflage, Köln, 1999, стр. 1925, у даљем тексту: Zöllner, ZPO.
- Wolfsteiner, Hans, „Vollstreckbare Urkunde, Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen und Scheidssprüchen mit vereinbartem Wortlaut”, *Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Arbeitsunterlage*, Band III, Bochum, 1999.
- Закон о јавном бележничтву Србије, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.
- Закон о јавном билежничтву Хрватске, *Народне новине* бр. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09.
- Закон о нотарима Федерације БиХ, *Службене новине*, бр. 45/2002.
- Закон о нотарима Македоније, *Службени весник* бр. 56/96.
- Закон о јавном бележничтву Словеније, *Службени лист* бр. 13/94.
- Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар *Службени лист РС* бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006.
- Закона за залог на подвижни предмети и права Македоније, *Службени весник*, бр. 21/98, 48/99, 86/00.
- Закон за вођење регистра и права Републике Македоније, *Службени весник*, бр. 28/98.
- Стварноправни законик Словеније, *Урадни лист*, бр. 87/2002.
- Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске, *Народне новине*, бр. 91/96, 114/2001.

- Закон о фидуцијарном пријеносу својине, *Службени лист РЦГ*“, бр. 23/96.
- Уредба о упису фидуцијарног преноса својине, *Службени лист РЦГ*“, бр. 9/97.
- Закон о хипотеци Србије, *Службени гласник РС* бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015, 83/2015.
- Закону о извршењу и обезбеђењу, Србије, *Службени гласник РС* бр. 31/11, 99/11, 109/13, 55/14, 139/14, 106/15.
- Закон о изменама и допунама овршног закона, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 173/03, 88/05.
- Закон о извршном поступку Федерације БиХ, *Службени лист*, бр. 13/94.
- Закона о изменама и допунама Закона о извршном поступку *Службени весник Р. Македоније*, бр. 35/05.