

Treuhand – javnobilježnički polog prema njemačkom pravu

UDK 347.961.1(430)

Pregledni rad

Primljeno (Received): 1. 10. 2017.

Prihvaćeno (Accepted): 20. 10. 2017.

Treuhand je jedna od poznatijih usluga njemačkih javnih bilježnika. Riječ je o podrobno normiranom javnobilježničkom pologu koji se karakteristično primjenjuje kao sredstvo osiguranja u prometu nekretnina. Javni bilježnici kao nepristrani povjerenici stranaka primaju novac, vrijednosne papire i druge dragocjenosti u polog radi predaje ovlašteniku isplate (ili predaje) pologa, u svrhu osiguranja valjanog ispunjenja obveze iz glavnog pravnog posla. Službena dužnost javnog bilježnika je pri tome precizno definirana u smislu da je polog moguće zasnovati, isplatiti i na druge načine njime raspolagati jedino na način koji doista štiti prava i interese svih strana uključenih u pravni posao. Ista pravila povlače i jasnu granicu toga što bi se smatralo bilježnikovim sudjelovanjem radi postizanja očigledno nedopuštenog ili nepoštenog cilja. Iz perspektive hrvatskog pravnog poretka njemačko uređenje može poslužiti kao izvor inspiracije zakonodavcu, ali i praktičarima u sferi dispozitivnih elemenata usluge i tumačenja pravnih praznina.

Ključne riječi: *Treuhand, javnobilježnički polog, javnobilježnički depozit, službena dužnost javnog bilježnika, promet nekretnina, pravna sigurnost, sredstvo osiguranja, Zakon o izvanpraničnom postupku, preventivno pravosuđe*



Filip Milak

1. Treuhand - uvod

Cilj ovog teksta je izložiti jedan od prepoznatljivih instituta njemačkog prava, ujedno ključnog za pravnu sigurnost u prometu nekretnina, koji se uobičajeno naziva *Treuhand*. Kako je njemačko pravo nerijetko poslužilo kao uzor ili izvor inspiracije hrvatskom zakonodavcu, izlaganje o *Treuhandu* je prilika za osvrt na hrvatsko zakonodavstvo i praksu.

Zbog nepodudarnosti pojedinih pojmova s pojmovima u hrvatskom pravu i duhom jezika, na pojedinim mjestima ukazano je na specifično korištenje izraza i prijevoda.

Pojam *Treuhand* ima nejedinstveno značenje, pa ga je u općem smislu opravdano nazvati doktrinom, čiji su konkretni pojavni oblici pravni instituti ili nominatni ugovori.

U pretežitom smislu, *Treuhand* podrazumijeva oblik povjeravanja stvari ili prava trećoj osobi s ograničenim opsegom vlasti nad stvari ili pravom određenim namjenom prijenosa. Strana pravnog posla koja predaje stvar ili pravo drugoj strani naziva se *Treugeber*, a strana koja ih preuzima naziva se *Treunehmer* ili *Treuhänder*. S prijenosom je povezana i uputa za postupanje kojom je definiran opseg prava i obveza povezanih s prijenosom, te sudbina povjerene stvari ili prava.

U gospodarskom smislu *Treuhand* u većini slučajeva predstavlja sredstvo osiguranja, te je akcesoran pravni posao glavnom ugovoru.

Jezično izraz *Treuhand* potječe od riječi vjernost (*Treue*) i ruka (*Hand*). U pravnom diskursu *Treuhand* obuhvaća različita značenja, primjerice oblik fiducijarnog prijenosa vlasništva, starateljstvo u međunarodnom pravu, oblik ostave kao pravnog

posla građanskog prava, *trust* kao institut anglosaksonskog prava, itd.

Aberacijom izvornog izraza *Treuhand* stvoren je pojam *Treuhandgesellschaft* („društvo za *Treuhand*“), koji označava trgovačka društva koja obavljaju djelatnosti financijskog savjetovanja i srodne usluge. U švicarskom njemačkom jeziku taj izraz rezerviran je za djelatnost poreznog savjetovanja. Ova značenja su od manjeg značaja za uvriježeni pojam *Treuhand*.

U odnosima obuhvaćenim pojmom *Treuhand* aspekt povjerenja privlači pozornost teoretičara, pa je u literaturi istaknut komentar kako je za odnose među stranama pravnih poslova koji su obuhvaćeni pojmom *Treuhand* karakterističan viši stupanj povjerenja, koji ne predstavlja samo sporednu obvezu, već ustvari čini njezinu glavnu obvezu. *Treuhänder* zastupa interese *Treugeber*-a na način na koji bi ih zastupao *Treugeber* da djeluje samostalno¹.

U hrvatskoj literaturi poznat je prijevod naziva *Treuhand* kao *ugovor o povjerenstvu*², no za potrebe ovog prikaza taj bi izraz mogao djelovati zbunjujuće.

2. Treuhand - pojam

Doktrina *Treuhand* privukla je pozornost pravnih teoretičara u 19. stoljeću u Njemačkoj. Ovaj interes potaknut je otkrićem Gajevih Institucija 1820., te osobito institutom *fiducia*, ali i odgovarajućim institutima kanonskog, te germanskog (langobardskog) prava.³

Pravna teorija raščlanjuje pojam *Treuhand* prema njegovim temeljnim svojstvima. Temeljna podjela je podjela na fiducijarni, odnosno romanski *Treuhand*, te germanski *Treuhand*. U literaturi se ističu i daljnje podjele, primjerice na ovlašćujući ili punomoćnički *Treuhand*. (1) Fiducijarni odnosno romanski *Treuhand* je koncept kod kojeg dolazi do prijenosa vlasništva, pri čemu je stjecatelj obveznopravno ograničen u vršenju svog prava na stvari sukladno svrsi pravnog posla. Stjecatelj prema trećima nastupa kao punopravni nositelj prava, ali u slučaju neovlaštenog raspolaganja odgovara ustupitelju. (2) Germanski *Treuhand* je koncept kod kojeg suprotno romanskom konceptu *Treuhänder* od početka stječe pravnu vlast nad stvari u opsegu potrebnom za postizanje svrhe, a ne punopravni položaj. Ključna razlika između ova dva koncepta su odnosi između obveznopravnog i stvarnopravnog aspekta odnosa prema predmetu pravnog posla. (3) Ovlašćujući *Treuhand*

1 v. Softić Kadenić, D., *Pojam i uloga Treuhanda u pravu i praksi Njemačke, Austrije i Švicarske*, Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, Sarajevo, br. 1-2, 2015., str. 71.

2 v. Radošević, P., *Ugovor o povjerenstvu (Treuhand)*, Pravo u gospodarstvu, br. 3, 2011. str. 674-691.

3 v. Softić Kadenić, D. (bilj. 1), str. 71.

(*Ermächtigungstreuhänder*) je odnos koji se oslanja na teoretski koncept prethodno spomenutog germanskog *Treuhand*. Ovlašćujući *Treuhand* je naziv za pravni odnos koji nastaje u slučaju raspolaganja osobe koja nije ovlaštena na ta raspolaganja uz naknadnu ratihabaciju ovlaštene osobe⁴. *Treuhand* se u ovom slučaju svodi na prijenos vlasti u mjeri koja odgovara svrsi *Treuhand*a i koja je neophodna za njeno ostvarenje. Iza teorije o ovlaštenju (*Ermächtigung*) stoji ideja o prijenosu formalne legitimacije umjesto prijenosa samog prava – u većini slučajeva dovoljan je i sam posjed⁵. (4) Punomoćnički *Treuhand* (*Vollmachtstreuhänder*) je koncept koji se temelji na neopozivoj punomoći. Ovaj koncept trpi kritiku od strane njemačkih teoretičara u smislu da je dvojbeno predstavlja li uopće javni oblik doktrine *Treuhand*.

Kako je istaknuto, *Treuhand* kao pojam nije jedinstveno kodificiran, već predstavlja doktrinu i u praksi se javlja u različitim pojavnim oblicima. Iako bi se na temelju izloženih teoretskih modela moglo zaključiti da je riječ o privatnopravnom odnosu, takav zaključak bio bi pogrešan. Razvojem prava i ekonomskih odnosa *Treuhand* je evoluirao preko granice privatnog prava, što je uočljivo na nekoliko otvorenih doktrinarnih i praktičnih pitanja u nastavku.

3. Treuhand kao javnobilježnički polog prema njemačkom pravu

3.1. Općenito

Javni bilježnici pružaju uslugu *Treuhand* kroz javnobilježnički polog (*Notarielle Verwahrung*). Upravo je to prepoznatljiviji institut koji jamči sigurnost strankama u pravnom prometu nekretnina, odnosno na koji se u pravilu misli pri upotrebi izraza *Treuhand*.

I u hrvatskoj literaturi se ovo rješenje javlja kao mogućnost ili preporuka⁶, no u praksi je zastupljen tek kod manjeg broja nekretninskih transakcija.

Iako je načelno moguć kod svakog ugovora kod kojeg postoji neizvjesnost u vezi ispunjenja činidbe, odnosno povjerenja stranaka, ova usluga u praksi se najčešće povezuje s ugovorima o kupoprodaji nekretnina, gdje potvrđuje svoju ulogu sredstva osiguranja obveze u pravnom prometu.

4 Par. 185. st. 1. *Bürgerliches Gesetzbuch* (dalje u tekstu „BGB“), objavljeno na <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> na dan 11. listopada 2017. godine

5 v. Softić Kadenić, D. (bilj. 1), str. 73.-74.

6 U tom smislu v. Jakobović, G., *Postupak prodaje i kupnje nekretnina u Republici Hrvatskoj pravni režim nekretnina u Republici Hrvatskoj*, Javni bilježnik br. 24, 2006., str. 29.-30.; Jakobović, G., *Prikaz pravnih instituta kojima bi se mogla povećati pravna sigurnost u prometu nekretnina*, Javni bilježnik br. 26, 2007., str. 60., te Benc, R., *Sažeti prikaz pravnih instituta RH kojima bi se povećala pravna sigurnost za sudionike pravnih poslova usmjerenih na promet nekretnina*, Javni bilježnik br. 26, 2007., str. 86.

Javnobilježnički polog može se, primjerice, zasnovati u svrhu osiguranja isplate kupovnine kada se isplata vrši sredstvima iz kredita osiguranog založnim pravom na nekretnini koja je predmet kupoprodaje.

Navedeni općeniti primjer može poslužiti kao ilustracija, ali u teoriji i praksi postoji određena nejedinstvenost u mišljenju o pretpostavkama koje se moraju ispuniti da bi zasnivanje javnobilježničkog pologa bilo dopušteno.

3.2. Pravni izvori

BGB definira Polog (*Hinterlegung*) kao opći pojam u Par. 372. Navedena odredba propisuje da kada je vjerovnik u zakašnjenju s preuzimanjem ispunjenja obveze, dužnik može u korist vjerovnika položiti novac, vrijednosne papire, druge isprave i dragocijenosti kod za to određenog tijela javne vlasti (*öffentliche Stelle*). Ovo pravilo na odgovarajući način primjenjuje se i kada dužnik iz kojeg drugog razloga svoju obvezu ne može ispuniti ili ju ne može ispuniti sa sigurnošću i to iz razloga koji se može pripisati vjerovniku. Primjenjuje se i u drugim slučajevima neizvjesnosti o osobi vjerovnika, a koja se ne temelji na propuštanju dužne pažnje dužnika.

Polog propisan BGB-om daje opći građansko-pravni temelj specifičnim institutima propisanim posebnim zakonima.

Savezni zakon o javnim bilježnicima⁷, općenito propisuje nadležnosti javnih bilježnika, pa među ostalim u par. 23. propisuje kako su javni bilježnici ovlašteni primati novac, vrijednosne papire ili dragocijenosti od sudionika (o.a. sudionika pravnog posla) na čuvanje ili predaju trećim osobama, uzimajući u obzir odredbe Par. 57 - Par. 62. Zakona o sastavljanju javnobilježničkih isprava⁸

BeurkG je propis koji daje pravni okvir tehničkim aspektima zasnivanja javnobilježničkog pologa. Njegovom izmjenom iz 1998. usvojena su do tada prikupljena pravna shvaćanja zauzeta od strane sudske prakse i pravne znanosti, te je tom izmjenom uveden aktualni normativni okvir⁹.

Pored navedenih propisa, Javnobilježnički poslovnik¹⁰ podrobnije normira tehničke aspekte provedbe javnobilježničkog pologa.

Kako je uvodno navedeno, ranije shvaćanje uvriježeno u teoriji i sudskoj praksi polazilo je od ugovorne, odnosno privatnoprave naravi ovog pravnog posla (*Treuhandvertrag* – „ugovor o *Treuhand-u*“). Takva su shvaćanja u međuvremenu napuštena, što se odrazilo i na zakonsku terminologiju (izraz *Verwahrung* potisnuo je izraz *Hinterlegung* prisutan u nekim drugim propisima o javnom bilježništvu, te ga razgraničio od pravnog posla prema BGB-u¹¹). Javnobilježnički polog je usluga koju javni bilježnici pružaju u svojstvu nositelja javnih ovlasti, ali kao takav ima izražen javnopravni i privatnopravni element.¹² Kako je u njemačkom pravu nužno riječ o akcesornom pravnom poslu, u njegovu je bit ukorijenjen ugovorni odnos među strankama koji je privatnopravne naravi i stranama pravnog posla dopušta određenu slobodu. Istovremeno, odnos stranaka i javnog bilježnika, odnosno obveza javnog bilježnika da postupa u skladu sa svojom službenom dužnošću (*Amtspflicht*) je javnopravni element.

Opća službena dužnost apstraktno je definirana u Par.14. BNotO. kao dužnost poštivnja prisege¹³, pri čemu je javni bilježnik neovisni i nepristrani povjerenik stranaka, te je dužan uskratiti uslugu ukoliko je njegovo sudjelovanje zatraženo za postizanje očigledno nedopuštene ili nepoštene svrhe.

3.3. Pretpostavke za zasnivanje javnobilježničkog pologa prema njemačkom pravu

3.3.1 Zasnivanje javnobilježničkog pologa

Javnobilježnički polog zasniva se na temelju prijedloga (*Verwahrungsantrag*) i upute za postupanje (*Verwahrungsanweisung*).

Prijedlogom se stranka obraća javnom bilježniku, a javni bilježnik na temelju prijedloga odlučuje hoće li postupiti u konkretnom predmetu ili ne.

Uputa za postupanje podrobno definira sadržaj i pravila postupanja s konkretno predloženim javnobilježničkim pologom.

Javni bilježnik općenito nije dužan usvojiti prijedlog stranke za zasnivanje javnobilježničkog pologa. Ovo pravo javnog bilježnika je iznimka od opće dužnosti postupanja prema par. 15. st. 1. BNotO, koja propisuje da javni bilježnik bez opravdanog

7 *Bundesnotarordnung* (dalje u tekstu „BNotO“), objavljen na <http://www.gesetze-im-internet.de/bnoto/BNotO.pdf> na dan 11. listopada 2017. godine

8 *Beurkundungsgesetz* prema smislu slobodno prevedeno kao „Zakon o sastavljanju javnobilježničkih isprava“ (dalje u tekstu „BeurkG“), objavljen na <https://www.gesetze-im-internet.de/beurkg/BeurkG.pdf> na dan 11. listopada 2017. godine

9 v. Franken, K., *Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf*, Rheinische Notar-Zeitschrift, Heft 12, 2010., str. 598.

10 *Dienstordnung für Notarinnen und Notare* prema sličnoj funkciji naziv propisa je preveden kao „Javnobilježnički poslovnik“ (dalje u tekstu „DONot“), objavljen na https://www.bnotk.de/_downloads/Gesetze/DONot.pdf objavljen na dan listopada 2017. godine

11 v. Brambring, G., *Das berechtigte Sicherheitsinteresse als Voraussetzung für notarielle Verwahrungstätigkeit*, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1999., str. 381.

12 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 598.

13 Tekst prisege je propisan Par. 13. st. 1. BNotO: „Prisežem Bogu svemogućem i sveznajućem da ću čuvati ustavnopravni poredak, te da ću dužnost javnog bilježnika savjesno i nepristrano obnašati, tako mi Bog pomogao!“ (*Ich schwöre bei Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden, die verfassungsmäßige Ordnung zu wahren und die Pflichten eines Notars gewissenhaft und unparteiisch zu erfüllen, so wahr mir Gott helfe!*) Par. 13. st. 2. dopušta prisegu i u ženskom licu, te prisegu teksta bez vjerskog značenja ili pod određenim okolnostima s drugačijim vjerskim značenjem.

razloga ne smije uskratiti uslugu. Javni bilježnik (uz iznimke) dužan je postupati osim u slučajevima kada bi njegovo postupanje bilo suprotno njegovoj službenoj dužnosti, osobito ako bi njegovo postupanje bilo zatražno za postizanje očigledno nedopuštenih ili nepoštenih ciljeva. Iznimka veće slobode kod dužnosti postupanja u ovom slučaju opravdava i posebno (strože) uređenje odgovornosti javnog bilježnika za štetu kod pružanja ove usluge¹⁴. Naime, opći režim odgovornosti javnog bilježnika za štetu koju je javni bilježnik prouzročio isključivo propuštanjem dužne pažnje supsidijarne je naravi.¹⁵ Supsidijarnost odgovornosti za štetu prouzročenu propuštanjem dužne pažnje sastoji se u tome što oštećenik u tom slučaju naknadu štete može zahtijevati tek ukoliko je bezuspješno štetu pokušao otkloniti ili namiriti na drugi način. Javnobilježnički polog je prema odredbi Par. 19. st. 2. BNotO jedna od malog broja iznimaka, kod koje navedena supsidijarnost ne postoji ni kod propuštanja dužne pažnje, te je oštećenik u svakom slučaju nastanka štete ovlašten zahtijevati naknadu štete od javnog bilježnika.

Javni bilježnik smije postupati po prijedlogu za zasnivanje javnobilježničkog pologa ukoliko se ostvare zakonom predviđene pretpostavke¹⁶.

Te su pretpostavke (1) pravni interes za osiguranjem (*berechtigtes Sicherungsinteresse*); (2) postojanje upute Zakonom propisanog sadržaja (*Verwahrungsanweisung*); (3) prihvata prijedloga za zasnivanje javnobilježničkog pologa od strane javnog bilježnika, te (4) svojstvo upute da se njome ostvaruje Zakonom propisana svrha javnobilježničkog pologa.

Ovim redoslijedom ispituju se činjenice kada stranka pristupi javnom bilježniku s prijedlogom za zasnivanje javnobilježničkog pologa, pa će u nastavku tim redoslijedom biti izložene.

3.3.2. Pravni interes za osiguranjem

Zakon izrijekom propisuje kako je za za zasnivanje javnobilježničkog pologa potreban pravni interes za osiguranjem (*berechtigtes Sicherungsinteresse*). Opseg ove odredbe izaziva prijepor u stručnoj raspravi.

Opća službena dužnost javnog bilježnika obuhvaća i obvezu da se suzdrži od postupanja po prijedloga stranke kada njegova usluga nije nužna. Iz ovog nadalje proizlazi i obveza da njegova usluga mora sadržavati pravnu ocjenu činjenica.

Javnobilježnički polog je akcesoran pravni posao i ima gospodarsku svrhu sredstva osiguranja obveze u vezi s kojom (barem u trenutku zasnivanja) ne

postoji spor. Kako ne postoji spor, pravni interes se svodi na neizvjesnost o ispunjenju obveza iz glavnog pravnog posla.

Kako je životno da u pravnom prometu uvijek postoji barem latentna neizvjesnost, te javni bilježnik nije nužno upoznat s ukupnosti pravnih odnosa između stranaka (izuzev ugovora na kojem se temelji prijedlog za zasnivanje javnobilježničkog pologa), u praksi se postavlja pitanje u kojoj mjeri opravdani interes za osiguranjem mora biti dokazan.

Nomotehnički je izazov precizno kvantificirati neizvjesnost, pa je tumačenje pojma pravni interes za osiguranjem prepušteno stručnoj raspravi i praksi.

Dva suprotna pola ove rasprave mogli bi biti nazvani zagovornici objektivnog kriterija i zagovornici subjektivnog kriterija pravnog interesa za osiguranjem.

Zagovornici objektivnog kriterija pravnog interesa za osiguranjem tvrde kako pravni interes mora biti objektivne naravi¹⁷. Objektivna narav podrazumijeva da se ta pretpostavka mora ostvariti u vanjskom svijetu, a ne biti utemeljena isključivo na volji stranaka. Prema objektivističkom shvaćanju, primjerice, pretpostavka za zasnivanje javnobilježničkog pologa ne bi bila ostvarena već iz samog razloga što kreditna institucija nije voljna odobriti kredit bez ovog sredstva osiguranja, te bi javni bilježnik u takvom slučaju morao odbiti prijedlog kako ne bi povrijedio svoju službenu dužnost.

Okolnosti objektivne naravi mogu biti okolnosti koje se odnose na objekt glavnog pravnog posla, no niti kod tavih okolnosti opravdani interes ne mora nužno postojati.

Jedan od zastupnika restriktivnog stajališta je Prof. Dr. Günter Brambring, javni bilježnik u Kölnu, koji kazuistički iznosi primjere slučajeva u kojima nalazi da opravdani interes postoji, odnosno da ne postoji¹⁸:

Primjer 1

Ako je predmet kupoprodaje nekretnina opterećena pravima u korist trećih osoba (npr. služnosti), a ta je prava moguće brisati bez dodatnog troška (ili prodavatelj tu obvezu ispuni o svom trošku prije dospjeća isplate) ne postoji opravdani interes za osiguranjem zasnivanjem javnobilježničkog pologa.

Primjer 2

Ako je predmet kupoprodaje nekretnina, a isplata cijene je iz vlastitih sredstava kupca, ili iz sredstava pribavljenih zajmom bez stvarnopravnog osiguranja obveze na predmetnoj nekretnini, ne postoji opravdani interes za osiguranjem.

Nasuprot tome, opravdani interes postojati će u slučajevima više razine neizvjesnosti.

14 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 598.

15 Par. 19. st. 1. BNotO

16 Par. 57. st. 2-3. BeurkG

17 v. Brambring, G. (bilj. 8), str. 383.

18 v. Brambring, G. (bilj. 8), str. 386-392.

Primjer 3

Ako je prodana nekretnina opterećena založnim pravom u korist trećih osoba, a to založno pravo osigurava obveze koje će biti namirene iz sredstva pribavljenih kupoprodajom, te se isplata cijene vrši sredstvima pribavljenim kreditom od više banaka istovremeno, ak one nisu voljne međusobno se koordinirati, te se njihove tražbine stvarnopravno osiguravaju istom nekretninom, opravdano je primijeniti javnobilježnički polog kao sredstvo osiguranja.

Primjer 4

Opravdani interes postojati će u slučaju kada se prodavatelj obvezao obnoviti nekretninu prije predaje, a okolnosti nalažu da obnova traje i nakon dospjeća osplate. Tada je kupovninu opravdano uplatiti kao javnobilježnički polog s isplatom prodavatelju kada kupac dostavi potvrdu o preuzimanju posjeda nekretnine u ugovorenom stanju.

Iako izneseni slučajevi ukazuju na postojanje elementa natprosječne složenosti pravnog posla (i s time povezanu neizvjesnost) kao pretpostavke za postojanje pravnog interesa za osiguranjem, čini se da autor ne daje odgovor na pitanje konkretnog razgraničenja između više i niže razine neizvjesnosti u smislu jasne misaone formule. Ako je razlika isključivo kvantitativne, a ne kvalitativne naravi, praksi će biti prepušteno da u svakom pojedinom slučaju pronalazi elemente koji bi opravdavali primjenu javnobilježničkog pologa, ili obrnuto, zasnovani javnobilježnički polog dovodili u pitanje.

Suprotno iznesenom restriktivnom stajalištu, Prof. Dr. Helmut Weingärtner, kao predstavnik zagovornika subjektivnog kriterija pravnog interesa za osiguranjem zastupa mišljenje da nije odlučno da je zasnivanje javnobilježničkog pologa *objektivno* potrebno kako bi bilo udovoljeno zakonskoj pretpostavci opravdanog interesa za osiguranjem. Njegovo tumačenje počiva na premisi da je suglasnost volje stranaka glavnog pravnog posla dovoljna da ugovor bude proveden preko javnobilježničkog pologa. Drugim riječima, on pretpostavku *pravni interes za osiguranjem* smatra ostvarenom i kada je zasnivanje javnobilježničkog pologa *subjektivno* potrebno prema nahodanju stranaka. Pri tome ističe kako je jedno od temeljnih načela građanskog prava načelo autonomije stranaka.¹⁹

Valja istaknuti kako unatoč zagovaranju načela autonomije stranaka i kod subjektivističkog tumačenja postoji korektiv. Navedeno ograničenje javlja se u obliku subjektivističkog tumačenja načela postupanja po službenoj dužnosti. Prema ovom tu-

mačenju, načelo autonomije stranaka ne utječe na dužnost javnog bilježnika da stranke pouči o sadržaju namjeravanog pravnog posla, čime im u slučajevima kada osiguranje objektivno nije potrebno na to mora biti i ukazano. Ukoliko stranke i dalje žele primijeniti javnobilježnički polog kao sredstvo osiguranja, nema prepreke da njihovom prijedlogu bude udovoljeno.

Potonje, subjektivističko tumačenje može se ocijeniti kao prihvatljivije s obzirom da načelo autonomije stranaka doista predstavlja aksiom građanskog prava i nije razumljivo zašto strane pravnog posla, ukoliko postoji suglasnost volje, ne bi mogle izabrati višu razinu pravne sigurnosti od propisanog minimuma. Objektivističko tumačenje bez jasne granice između slučajeva višeg i nižeg stupnja neizvjesnosti potencijalno stvara širok pojas „graničnih“ slučajeva kod kojih je dvojbena je li usluga trebala biti pružena. Ironična potencijalna posljedica objektivističkog tumačenja je zapravo pravna nesigurnost.

Dodatni argument mogao bi biti kako je iz prakse poznato da takvo ograničenje ne bi postojalo u slučajevima izbora forme javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave za pravni posao za koji je zakonodavac propisao ovjerenu privatnu ispravu kao minimalnu formu. Intencija zakonodavca kod propisivanja minimalnog standarda forme ili primjene određenog sredstva osiguranja u pravilu je zaštita interesa slabije ugovorne strane, a ne ograničenje pružanja ili primanja usluge, pa restriktivno tumačenje nepotrebno ograničava pravni promet.

S druge strane, kako je prethodno istaknuto, ranije shvaćanje javnobilježničkog pologa bilo je da je riječ o pravnom poslu ugovornog karaktera između javnog bilježnika i stranke. Kako je u međuvremenu uočena tendencija napuštanja privatnopravne sfere, nije isključeno da će i načelo autonomije stranaka u budućnosti doživjeti korekcije zakonodavnim zahvatima ili razvojem sudske i javnobilježničke prakse.

3.3.3. Uputa za postupanje

Kako je uvodno istaknuto, prijedlogu za zasnivanje javnobilježničkog pologa mora biti priložena uputa za postupanje (*Verwahrungsanweisung*) kao jedna od pretpostavki za zasnivanje javnobilježničkog pologa. S ciljem osiguranja što više razine pravne sigurnosti zakonodavac je propisao nužne elemente koje uputa mora sadržavati. Uputa mora nuditi jasne odgovore na sljedeća pitanja²⁰:

- Što je predmet javnobilježničkog pologa?
- Koja je sudbina plodova (kamate i dr.) predmeta pologa?

¹⁹ v. Weingärtner, H., *Berechtigtes Sicherungsinteresse im Sinne des Par. 54a Abs. 2 BeurkG*, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1999., str. 395.

²⁰ Par. 57. st. 2. t. 2. BeurkG

- Tko je davatelj upute?
- Tko je ovlaštenik isplate pologa i pripadajućih plodova?
- Pod kojim uvjetima (vrijeme i stvarni uvjeti) će polog biti čuvan?
- O kojim pretpostavkama ovisi isplata pologa?

Nejasnoće, odnosno nedostaci u uputi spadaju u glavne uzroke odgovornosti za štetu javnog bilježnika²¹.

Predmet javnobilježničkog pologa u pravilu je novac, ali u polog je moguće predati i vrijednosne papire i dragocijenosti.²² Gotov novac kao predmet javnobilježničkog pologa nije dopušten, već se uplate vrše bezgotovinskom uplatom.²³ Vrijednosne papire i dragocijenosti koje su predane u javnobilježnički polog javni bilježnik može predati na čuvanje banci. Jednako kao i sa otvaranjem računa za treće osobe, zakonodavac je i za predaju vrijednosnih papira i dragocijenosti propisao ograničenje mogućnosti izbora financijske institucije institucije (v. „Preuzimanje novčanih sredstava u polog i predaja predmeta pologa“).

Kako je novčani javnobilježnički polog u fazi dok polog traje novac na posebnom računu u financijskoj instituciji, protekom vremena uslijediti će pripis kamate glavnici prema uvjetima poslovanja banke. Zakon predviđa i mogućnost ulaganja položenih sredstava prema uputi stranke²⁴. Ova odredba, jednako kao pretpostavka pravnog interesa za osiguranjem, suprotstavlja slobodnu autonomiju stranaka službenoj dužnosti javnog bilježnika (v. „Preuzimanje novčanih sredstava u polog i predaja predmeta pologa“).

Iz navedenih razloga je nužno da uputa javnom bilježniku predviđa i postupanje s pravnim plodovima koji nastanu.

U uputi je nužno ispravno konstatirati tko je davatelj upute. Eventualni problemi s nejasnoćom o osobi davatelja upute do izražaja osobito dolaze kod opoziva upute zbog ovlaštenja na opoziv (više o tome pod „Opoziv upute“). U slučaju opoziva upute procesni položaj davatelja upute se razlikuje od položaja ostalih strana pravnog posla. Nejasnoća o osobi davatelja upute može proizlaziti iz okolnosti da se na strani davatelja upute ili ovlaštenika isplate nalazi više osoba kao kupaca ili prodavatelja, te da iz teksta ugovora o glavnom pravnom poslu ne proizlazi nedvosmisleno tko je davatelj upute javnom bilježniku. Iz navedenih je razloga preporučljivo za javne bilježnike da inzistiraju na izričitim klauzulama u ugovoru o glavnom pravnom poslu koje propisuju koja ugovorna stra-

na glavnog pravnog posla će javnom bilježniku pristupiti kao davatelj upute. O ovom je pitanju u literaturi poznat općenit stav o metodi tumačenja nejasnih ugovornih odredbi. Nejasne odredbe tumače se prema tome čiji se interesi u konkretnom pravnom poslu štite javnobilježničkim pologom.²⁵ Stvarno, odnosno neposrednije značenje apstraktnim odredbama propisa u konačnici daje sudska praksa. Tako je primjerice judikatura Vrhovnog saveznog suda (*Bundesgerichtshof*) jedinstvena u stajalištu o tome tko je davatelj upute po kojoj je javnobilježnički polog zasnovan u slučajevima kada je zasnovan radi osiguranja isplate ugovora o kupoprodaji nekretnine, a kupovna je pribavljena kreditom od banke. Dosljedno je stajalište da je u tom odnosu javnobilježnički polog zasnovan po jednostranoj uputi banke²⁶.

Ovlaštenik isplate, uvjeti čuvanja, te pretpostavke za isplatu u neposrednoj su vezi sa sadržajem glavnog ugovora, te moraju na odgovarajući način biti konstatirani u uputi.

3.3.4. Usvajanje prijedloga

Kako je uvodno istaknuto, javni bilježnik nije dužan prihvatiti prijedlog stranke. Iz tog je razloga i njegov prihvata jedna od zakonom propisanih pretpostavki za zasnivanje javnobilježničkog pologa. Kao svojevrsni „prihvata ponude“ on je ujedno podsjetnik na nekadašnju ugovornu narav ovog pravnog posla. Kako je ranije istaknuto, ova iznimka od načelne dužnosti pružanja usluge povezana je i sa posebnim uređenjem odgovornosti javnog bilježnika za štetu prouzročenu kod pružanja ove usluge²⁷.

3.3.5 Zakonom propisana svrha javnobilježničkog pologa

Općenita pretpostavka za zasnivanje javnobilježničkog pologa je da prijedlog za zasnivanje pologa služi Zakonom propisanoj svrsi. Zakon izričito propisuje koja svrha mora biti ostvarena. To obuhvaća ostvarenje sljedećih pretpostavki²⁸:

- uputa mora dozvoljavati uredno ispunjenje ugovorne obveze iz glavnog pravnog posla;
- uputa ne smije dovoditi u pitanje uredno pružanje same usluge javnobilježničkog pologa;
- uputa mora osigurati zaštitu pravnih interesa svih osoba koje sudjeluju u pravnom poslu javnobilježničkog pologa.

Poznato je tumačenje kako iz navedenog proizlazi potreba da javnobilježnička usluga u vezi čuvanja i isplate pologa sadrži pravnu ocjenu činjenica o

21 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 598.

22 Par. 62. st. 1. BeurkG

23 Par. 57 st. 1. BeurkG

24 Par. 58. st. 1. BeurkG

25 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 599.

26 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 610.

27 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 598.

28 Par. 57. st. 3. BeurkG

kojima ovisi postupanje. To bi moglo značiti ocjenu o tome je li ugovorna obveza ispunjena, jesu li nastupile određene pravne posljedice i sl., ali ne ostvarenje uvjeta koji nisu od pravnog značaja. Ovo je odraz opće obveze javnog bilježnika da postupaju u skladu sa službenom dužnošću, te da se suzdrži od usvajanja prijedloga stranke za zasnivanje javnobilježničkog pologa ako njegova usluga nije nužna²⁹. Navedene četiri pretpostavke (pravni interes za osiguranjem; postojanje upute Zakonom propisanog sadržaja; prihvata prijedloga za zasnivanje javnobilježničkog pologa od strane javnog bilježnika, te svojstvo upute da se njome ostvaruje Zakonom propisana svrha javnobilježničkog pologa) moraju se kumulativno ostvariti.

Kako je prethodno istaknuto, javnobilježnički polog je u gospodarskom smislu u pravilu sredstvo osiguranja obveze. Posljedica toga je da je on u pravnom smislu akcesorni pravni posao, te se uputa sadržajno oslanja na ugovor o glavnom pravnom poslu i to onom kod kojeg postoji pravni interes za osiguranjem kao pretpostavka pružanja usluge. Pravni interes za osiguranjem postoji kada je kod konkretnog pravnog posla prisutna neizvjesnost koja dovodi u pitanje ispunjenje obveza iz glavnog pravnog posla. Nužnost neizvjesnosti i istovremena vezanost za glavni pravni posao koji ne bi smio biti nevaljan tvore paradoks. Visok stupanj neizvjesnosti koji je povezan s javnobilježničkim pologom i njegova akcesorna narav u praksi postavljaju pitanje o valjanosti upute za zasnivanje javnobilježničkog pologa u slučaju kada od početka postoji neizvjesnost je li glavni pravni posao uopće valjano sklopljen. Životno je da se ugovorne strane upuštaju u složene pravne odnose, te primjerice javnom bilježniku podnesu prijedlog za zasnivanje javnobilježničkog pologa kao sredstva osiguranja ugovora o kupoprodaji nekretnine koji još nije valjano sklopljen jer nedostaje propisana suglasnost, dozvola ili koji drugi akt. U pravilu neće biti razumno zasnovati javnobilježnički polog za pravni posao koji nije valjano sklopljen, no poznato je i suprotno stajalište Saveznog vrhovnog suda.³⁰ Sud je utvrdio da strane pravnog posla čije sklapanje ovisi o neizvjesnom uspjehu pribavljanja dozvole mogu i u periodu neizvjesnosti urediti svoje odnose uz pomoć javnobilježničkog pologa. Sud je utvrdio kako u konkretnom slučaju ugovaranjem javnobilježničkog pologa nije nedvojbeno anticipiran nastanak obveze isplate i prijenosa vlasništva. Odlučna okolnost je da su strane glavnog pravnog posla ugovorile zasnivanje pologa uzevši u obzir potrebu za dozvolom za valjanost glavnog pravnog posla. Sud je utvrdio kako ugovor time proizvodi podijeljene učinke (*geteilte Wirksamkeit*

des Vertrages) koji u tom slučaju mogu poslužiti kao temelj za zasnivanje javnobilježničkog pologa. Imajući ovu odluku u vidu može se zaključiti da je u slučaju sumnje preporučljivo u uputi konstatirati okolnosti koje dovode u pitanje valjano zaključenje glavnog pravnog posla, te decidirano odrediti jesu li strane pravnog posla suglasne sa zasnivanjem pologa i prije ostvarenja te pretpostavke.

Ukoliko je javni bilježnik utvrdio kako su se ostvarile zakonske pretpostavke, te usvojio prijedlog za zasnivanje javnobilježničkog pologa pisanu će uputu za postupanje ovjeriti potvrdom o vremenu i potpisom upute, ili o cijeloj radnji sastaviti zapisnik.³¹

3.4. Preuzimanje novčanih sredstava u polog i predaja predmeta pologa (isplata)

Javnobilježnički polog nije dozvoljen za primanje na čuvanje gotovog novca. Iako ovakvo ograničenje može djelovati kontradiktorno istovremenoj mogućnosti deponiranja vrijednosnih papira i dragocjenosti, intencija njemačkog zakonodavca je ograničenje netransparentnih novčanih transakcija koje bi onemogućile praćenje tijeka novca.

Za svaki pojedinačni polog javni bilježnik otvara poseban račun za treće osobe (*Notaranderkonto*), te zajednički račun za više pologa nije dopušten.

Njemački zakonodavac ograničio je slobodu izbora kreditne institucije u kojoj javni bilježnik može imati otvoren račun za treće osobe. Navedeni račun mora biti otvoren u kreditnoj instituciji koja je ovlaštena poslovati na nacionalnoj razini u Saveznoj Republici Njemačkoj ili u Njemačkoj središnjoj banci (*Deutsche Bundesbank*). Javni bilježnik otvoriti će račun u kreditnoj instituciji s područja svoje mjesne nadležnosti ili susjednog područja općinskog suda, ali u istom području mjesne nadležnosti višeg drugostupanjskog suda. Iznimka od navedenog je dopuštena ako je stranka dala izričitu uputu ili je drugačije postupanje objektivno nužno.³²

Ukoliko je uputom danom javnom bilježniku naložen poseban oblik rasplaganja deponiranim sredstvima ulaganjem (*Anlage*) u okviru samog pologa, javni bilježnik je na to ovlašten strogo u opsegu koji je određen uputom. Takva uputa mogla bi se odnositi na ulaganje u tržište kapitala. Ranije je istaknuto kako je ova odredba (Par. 58. st. 1. BeurkG) još jedan primjer suprotstavljenosti slobodne autonomije stranaka i službene dužnosti javnog bilježnika. Ulaganje kao oblik čuvanja mora biti izrijekom predviđen glavnim ugovorom. Zagovornici slobode autonomije stranaka ocjenjuju da, ukoliko su stranke poučene o pravnim posljedicama takve upute nema prepreke da se njihovom prijedlogu udovolji. Zagovornici restriktivnog tumačenja svoj

29 v. Brambring, G. (bilj. 8), str. 383.

30 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 600.

31 Par. 57. st. 5. BeurkG

32 Par. 58. st 1-2.

stav temelje na kogentnoj naravi odedbe da pravni interes za osiguranjem mora biti osiguran javnobilježničkim pologom, što bi promjenjivošću tečaja moglo biti dovedeno u pitanje.³³

Zakonodavac izriječno ograničava krug osoba koje su ovlaštene postupati s predmetom pologa. To su javni bilježnik osobno, njegov službeno postavljeni zamjenik (*amtlich bestellter Vertreter*) ili njegov vršitelj dužnosti (*Notariatsverwalter*). Navedeni pojmovi ne poklapaju se u potpunosti sa značenjem tih pojmova u hrvatskom pravu. Pojam *amtlich bestellter Vertreter*, koji je u ovom smislu doslovno preveden kao *službeno postavljeni zamjenik* označava osobu koju u slučajevima odsutnosti ili spriječenosti javnog bilježnika da obavlja službu na prijedlog javnog bilježnika postavlja nadzorno tijelo. Službeno postavljeni zamjenik službu obavlja u periodu koji u pravilu ne prelazi godinu dana.³⁴

Pojam vršitelj dužnosti u smislu spomenutog njemačkog propisa odstupa od doslovnog značenja riječi *Notariatsverwalter* (mogući doslovni prijevod bio bi javnobilježnički upravitelj, no taj je prijevod ocijenjen kao suviše nezgrapno), te tek u ograničenoj mjeri odgovara pojmu vršitelja dužnosti javnog bilježnika prema hrvatskom propisu. Vršitelj dužnosti u ovom smislu je osoba koju privremeno imenuje zemaljsko tijelo izvršne vlasti nadležno za poslove pravosuđa uz prethodno mišljenje Njemačke javnobilježničke komore³⁵. Vršitelja dužnosti odredit će se kada javnobilježnička služba postavljenog javnog bilježnika prestane ili on promijeni službeno sjedište ureda, ili ako imenovani javni bilježnik privremeno ne obavlja javnobilježničku službu jer na temelju službenog ovlaštenja privremeno obavlja drugu naplatnu djelatnost. Postavljeni vršitelj dužnosti (uz određene iznimke) službu u tom svojstvu obavlja do godinu dana.³⁶

Vršitelj dužnosti i službeno postavljeni zamjenik mogu biti jedino osobe koje imaju svojstva potrebna za javnog bilježnika, iz čega je vidljiv oprez njemačkog zakonodavca u vezi ovlaštenja za postupanje s pologom.

Predaja, odnosno isplata predmeta pologa vrši se bezgotovinskim platnim prometom osim ukoliko opravdani interesi stranaka nalažu gotovinske ili čekovne isplate. Asimetrija moguće gotovinske

isplate u odnosu na isključivo negotovinsku uplatu opravdana je svojstvom javnog bilježnika kao osobe javnog povjerenja. Činjenica gotovinske ili čekovne isplate, mora biti posebno konstatirana na zapisnik uz navođenje opravdanog razloga.

Zanimljiva je digresija kako je austrijski notarijat, s vrlo sličnim režimom ovog instituta, uredio platni promet s javnobilježničkim pologom. Austrijska javnobilježnička komora (*Österreichische Notariatskammer*) kao suosnivač sudjelovala je u osnivanju trgovačkog društva Notartreuhandbank AG (49%). Notartreuhandbank AG je banka koja je u međuvremenu specijalizirana za platni promet s javnobilježničkim položajima. 2017. godine obilježena je dvadeseta obljetnica od osnivanja, što je bilo prilika za revidiranje projekta. Projekt je ocijenjen kao vrlo uspješan; u međuvremenu je osnovano i društvo kćer za povezane IT usluge NTB SOLUTIONS GmbH. Ukupan iznos javnobilježničkih pologa 2017. godine iznosi oko dvije milijarde Eura.³⁷

Oba iskustva ukazuju na sistematičan i oprezan pristup njemačkog i austrijskog zakonodavca normiranju tehničkih aspekata vođenja pologa.

3.5. Opoziv upute

Davatelj upute uputu može opozvati, te je javni bilježnik dužan postupati sukladno zaprimljenom opozivu upute. Javni bilježnik, međutim, ne smije svojim postupanjem povrijediti svoje dužnosti prema trećim osobama³⁸. Ovo je još jedan primjer sraza autonomije volje stranaka kao privatnopravnog elementa i opće službene dužnosti kao javnopravnog elementa, ali s relativno jasnim i konkretnim razgraničenjem.

Ovlaštena osoba opoziv očituje javnom bilježniku u pisanom obliku³⁹. Iznenadujuće je stajalište sudske prakse i znanosti da je propisanoj obvezi pisane forme opoziva udovoljeno i ako je opoziv dostavljen putem telefaksa. Ovo tumačenje temelji se na shvaćanju kako pisana forma služi dvostrukoj svrsi: svrsi dokumentiranja očitovanja volje i svrsi utvrđivanja identiteta davatelja očitovanja. Ocjena je prakse i znanosti da je prvog svrsi udovoljeno dostavom putem telefaksa. U pogledu druge svrhe, poznato je stajalište da ukoliko postoji sumnja u identitet osobe koja je izjavila opoziv, javni bilježnik dužan posebno ispitati je li opoziv očitovan od ovlaštene osobe. Preporuka iz literature je u konačnici ipak ishoditi vlastoručno potpisani opoziv.⁴⁰

Kako se postupanje javnog bilježnika kod opoziva temelji na načelno jednostranom očitovanju volje, ključno je pitanje aktivne legitimacije za očitova-

33 v. Geibel, S., Hager, J., Gsell, B., Lorenz, S., Looschelders, D., Artz, M., Ball, W., Schmidt, H., Benecke, M., Reiter, H., Köndgen, J., Spickhoff, A., Harke, J. D., Lobinger, T., Krüger, W., Reymann, C., Wellenhofer, M., Krafa, A., Maurer, H. U., Schindler, W., Mayer, J., Müller, G., Budzikiewicz, C., Weller, M.P., Wurmnest, W., Wellenhofer, M. Jox, R., Beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Par. 54b BeurkG (sadašnji Par. 58. BeurkG), rubni broj 12, izdavač: Müller, Beck elektronička baza podataka, objavljeno na dan 15. travnja 2017. godine

34 Par. 39. st. 1-2. BNotO

35 Par. 57. st. 2. BNotO

36 Par. 8. st. 1. i par. 56. st. 1-2. BNotO

37 v. Grünberger, K., *20 Jahre jung*, NOTA BENE Zeitschrift für das Notariat, No. 147, str.7

38 Par. 60. st. 1. BeurkG

39 Par. 60 st. 1 BeurkG

40 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 603.

nje opoziva. Prvo pitanje koje se postavlja je je li davatelj upute jedna ili više osoba. Narav glavnog pravnog posla može upućivati na zaključak da je riječ o više sudionika pravnog posla, te je ranije istaknuto kako je preporučljivo već u ugovoru o glavnom pravnom poslu decidirano odrediti koje će strane biti davatelji upute, što i u tekstu upute mora biti jasno konstatirano.

Ukoliko je uputa dana od više strana, opoziv će također morati biti izjavljen od svih davatelja upute da bi proizvodio učinke.⁴¹ Navedeno pravilo ograničeno je s tri iznimke. Za potrebe ovog izlaganja, opoziv koji nije izjavljen od svih davatelja upute smatrat će se „nepotpuni“ opoziv. I nepotpuni opoziv će proizvoditi određene pravne učinke ako se opoziv temelji na tome da je glavni pravni posao raskinut, nevaljan ili mora biti povraćen u prijašnje stanje (*aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln*).⁴² Javni bilježnik će se po zaprimljenom jednostranom opozivu suzdržati od postupanja u smislu isplate deponiranih sredstava i poduzetu radnju nepotpunog opoziva priopćiti svim strankama i osobama s pravnim interesom.

Samo navedeni razlozi se razmatraju kao relevantni za suzdržavanje od raspolaganja po zaprimljenom nepotpunom opozivu⁴³ i javni bilježnik dužan je na odgovarajući način utvrditi njihovo postojanje. Primjerice, opće je pravilo građanskog prava da raskid ugovora mora slijediti pravnu formu ugovora. Ukoliko ugovorne strane unatoč suglasju volja o raskidu pravnog posla u trenutku opoziva upute ne raskinu ugovor u propisanoj formi sud bi u posebnom postupku mogao utvrditi da ugovor nije raskinut, što bi značilo da je javni bilježnik povrijedio svoju službenu dužnost, te odgovara za nastalu štetu. Navedeni primjer je ilustracija formalizma postupanja javnog bilježnika pri opozivu. Pri utvrđivanju postoji li koji od navedenih razloga za postupanje po nepotpunom opozivu javni bilježnik ipak nema ulogu suda, već se njegova uloga svodi na ispitivanje plauzibilnosti izjavljenog razloga (*Plausibilitätsprüfung*⁴⁴). Kako je ranije istaknuto, javni je bilježnik dužan činjenicu nepotpunog opoziva izjavljenog iz propisanih razloga priopćiti svim stranama pravnog posla javnobilježničkog pologa i osobama s pravnim interesom. Svrha ove obavijesti je postizanje sporazuma stranaka o daljnjem postupanju javnog bilježnika. Ukoliko do takvog sporazuma ne dode, niti je razumno očekivati da će do njega doći, javni bilježnik će podnositelja nepotpunog opoziva pozvati da u za to određenom roku dostavi dokaz da je pokrenuo sudski

postupak, u kojem je tužbeni zahtjev postavljen na način da presuda zamijeni suglasnot druge, odnosno drugih strana⁴⁵. Ne postupi li podnositelj nepotpunog zahtjeva u zadanom roku, nepotpuni opoziv će se smatrati povučenim, te će javni bilježnik postupiti, odnosno izvršiti isplatu prema uputi. Zakon ne propisuje rok koji bi javni bilježnik bio dužan odrediti, već mu je prepuštena slobodna ocjena na temelju okolnosti pojedinog slučaja. Uobičajena je preporuka u stručnoj literaturi da rok bude određen između dva i četiri tjedna⁴⁶.

3.6. Uskrata isplate

Javni bilježnik je prema općim pravilima o obavljanju javnobilježničke službe dužan uskratiti uslugu kada bi njegovo postupanje bilo suprotno njegovoj službenoj dužnosti, osobito ako bi njegovo postupanje bilo zatražno za postizanje prepoznatljivo nedopuštenih ili nepoštenih ciljeva.⁴⁷ Moguće je međutim da u trenutku usvajanja prijedloga za zasnivanje javnobilježničkog pologa javnom bilježniku nisu poznate okolnosti koje bi upućivale na ostvarenje nedopuštenih ili nepoštenih ciljeva, ali da mu te okolnosti postanu naknadno poznate. BeurkG propisuje kako će u takvoj situaciji javni bilježnik uskratiti isplatu i poučiti stranke pravnog posla i osobe s pravnim interesom o općoj naravi usluge pologa, odnosno nespojivosti s urednim ispunjenjem obveza iz glavnog pravnog posla.⁴⁸ Pravni standard koji zakonodavac koristi je „dovoljne indicije“ (*hinreichende Anhaltspunkte*) što je pravni standard višeg stupnja sumnje u smislu dokazanošći činjenice, odnosno konkretna sumnja. Primjeri karakterističnih slučajeva su pokušaji porezne evazije ili prijekare banke čijim kreditom je financirana kupoprodaja nekretnine ugovaranjem cijene različite od one koja je faktički predmet isplate⁴⁹.

Daljnji razlog za uskratu isplate je prijetnja nastupa nenadoknadive štete jednom od davatelja upute⁵⁰. Ovaj se razlog u praksi javlja kada odnos između ugovornih strana glavnog pravnog posla postaje sporan zbog naknadno utvrđenih nedostataka na objektu glavnog pravnog posla, a okolnosti ukazuju kako bi strana s pravnim interesom svoje pravo otežano ostvarila. Primjer bi mogao biti selidba prodavatelja u drugu zemlju u kojoj bi prisilna naplata bila značajno otežana.⁵¹

Zakonodavac je krug osoba koje je javni bilježnik dužan obavijestiti definirao kao *sve osobe koje*

41 Par. 60. st. 2. BeurkG

42 Par. 60. st. 3. BeurkG

43 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 605.

44 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 606.

45 Par. 60. st. 3. t.2. BeurkG

46 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 606.

47 Par. 14. st. 2. BNotO

48 Par. 57. st. 3. BeurkG

49 v. Franken, K., (bilj. 9), str. 609.

50 Par. 61. st. 1. t. 1. BeurkG

51 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 610.

sudjeluju u pravnom poslu pologa⁵² čime su obuhvaćene i treće osobe s pravnim interesom.

Time je ograničena dužnost čuvanja službene tajne s ciljem sprječavanja kažnjivih radnji, ali samo u odnosu na one činjenice koje su relevantne za prevenciju.⁵³

Uskrata isplate i priopćenje obavijesti su nove okolnosti koje utječu na prava i obveze između stranaka i osoba s pravnim interesom. Zakon ne propisuje izriekom posljedice, već postojećim odredbama strankama daje mogućnost da prema okolnostima slučaja svoja prava ostvaruju opozivom upute, raskidom glavnog pravnog posla, građanskom parnicom, u kaznenom postupku, itd.

3.7. Javnobilježnički polog prema hrvatskom pravu

Javnobilježnički polog u hrvatskom pravu propisan je Zakonom o javnom bilježništvu⁵⁴ kao jedna od usluga koje pružaju javni bilježnici (čl. 109-113.), podrobnije je razrađen Javnobilježničkim poslovníkom⁵⁵, te se oslanja na sudski polog⁵⁶.

Opravdano je ocijeniti kako se u bitnom podudara s pojmom javnobilježničkog pologa u njemačkom pravu, odnosno da je volja zakonodavca zacijelo bila ustrojiti isti institut prilikom obnove javnobilježničke službe. Slično kao u njemačkom pravu, javnobilježnički polog je moguće dovesti u relaciju s građanskopravnim ugovorima o ostavi, odnosno nalogu⁵⁷, iako kao usluga nema tipičan ugovorni karakter. Zakon o obveznim odnosima⁵⁸ člankom 186. propisuje mogućnost polaganja dugovane stvari kod suda ili za to zakonom ovlaštene osobe kada je vjerovnik u zakašnjenju, nepoznat, kada je neizvjesno tko je vjerovnik ili gdje se nalazi, te kada je poslovno nesposoban, a nema zastupnika. Ova odredba, te propisane posljedice odgovarajućeg postupanja dužnika (čl. 190. Zakona o obveznim odnosima) u bitnoj se mjeri sadržajno poklapaju s ranije citiranim odredbom Par. 372. BGB-a.

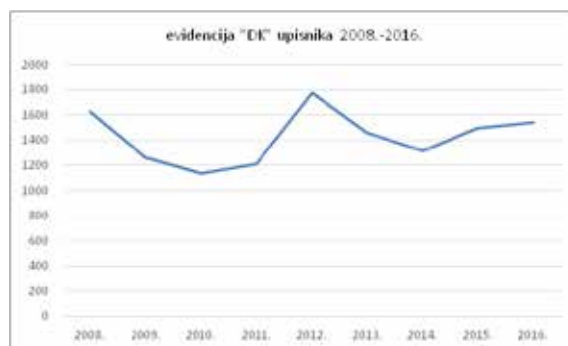
Hrvatski zakonodavac, jednako kao i njemački, opredijelio se za koncizan pristup normiranju instituta u Zakonu o javnom bilježništvu koji u prvom redu uređuje javnobilježničku službu. To daje naslutiti kako bi poseban propis poput modernog Zakona o izvanparničnom postupku (analogno BeurkG) mogao podrobnije urediti otvorena pitanja.

Iako takav propis još nije donesen, javnobilježnički

polog postoji i funkcionira u pravnom prometu u Republici Hrvatskoj. Kako se javnobilježnički polog evidentira u DK upisniku jednostavno je pratiti dinamiku korištenja usluge kroz statistička izvješća Hrvatske javnobilježničke komore:

Godina	2008.	2009.	2010.	2011.
DK	1622	1266	1133	1214

Godina	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.
DK	1777	1459	1320	1494	1540



Statistički podaci ukazuju na razmjerno mala odstupanja tijekom godina, koja s najnižim rezultatima u 2010. godini mogu biti pripisana odjeku gospodarske krize na ukupan pravni promet.

Zakon o javnom bilježništvu „za isprave svih vrsta“ propisuje kako ih je javni bilježnik dužan preuzeti na čuvanje, a ovlašten odbiti preuzimanje na čuvanje ako za to postoje opravdani razlozi (čl. 109.), dok je za „gotov novac, mjenice, čekove, javne obveznice i druge vrijednosne papire i dragocjenosti“ na to ovlašten, odnosno dužan ako su mu predani u vezi sa sastavljenim javnobilježničkim aktom radi predaje određenoj osobi ili tijelu javne vlasti (čl. 110. st. 1.). Javnobilježnički poslovnik opseg predmeta pologa širi i na „druge predmete od vrijednosti“ (čl. 56.), te podrobnije uređuje njihovo čuvanje.

Zakon nadalje propisuje da ukoliko u javnobilježničkom aktu ne postoji odredba o pologu, javni bilježnik u zapisniku o preuzimanju (među ostalim) konstatira izjavu stranke o tome što s pologom treba učiniti. Ove odredbe bi, bez daljnjih ograničenja u propisima, mogle upućivati na zaključak da javnobilježnički polog, zasnovan na temelju jednostranog očitovanja stranke nije nužno sadržajno vezan za neki postojeći pravni odnos, te da ga je moguće zasnovati kao apstraktan pravni posao.

Iako javnobilježnički polog kao apstraktan pravni posao na ovom mjestu nije izriekom zabra-

52 Par. 61. BeurkG „alle an dem Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen“

53 v. Franken, K. (bilj. 9), str. 610.

54 „Narodne novine“ br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16

55 „Narodne novine“ br. 38/94, 82/94, 37/96, 151/05, 115/12, 120/14

56 čl. 112. i 113. st. 1. Zakona o javnom bilježništvu

57 v. Marčinko, V., *Javnobilježnički polozi- depoziti*, Javni bilježnik br. 28., str. 46.

58 „Narodne novine“ br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15

njen, mišljenje je autora ovog teksta da bi takvo postupanje povrijedilo opću službenu dužnost. Pored odredbe o „općoj službenoj dužnosti“ (čl. 33.) Zakon o javnom bilježništvu propisuje kako je javni bilježnik ovlašten odbiti preuzimanje na čuvanje isprave ako za to postoje opravdani razlozi (čl. 109. st. 1. Zakona o javnom bilježništvu), što bi u praksi bili nedopušteni ili nejasni motivi stranke.⁵⁹ Javnobilježnički polog zasnovan s uputom za isplatu bez jasne veze s određenim pravnim poslom ili odnosom faktički predstavlja prikrivanje dijela imovine bez opravdanog razloga i budi sumnju u dopuštenost i poštenje ciljeva deponenta. To bi osobito mogao biti slučaj kod pokušaja pranja novca. Iz navedenih je razloga opravdano zaključiti kako nije riječ o usluzi koja treba biti pružena kao apstraktan pravni posao.

Normativno uređenje službene dužnosti staje na navedenim pravilima. Primjena pravila o granicama za postupanje i odgovornost javnog bilježnika prepuštena je na tumačenje praksi i otvara nedoumice o pitanjima na koja ukazuje BeurkG.

Polazeći od premise da je riječ o akcesornom pravnom poslu, te ukoliko je vezan za pravni posao, (a ne neki izvanugovorni ili postupovni odnos po posebnim pravilima) akcesorna narav javnobilježničkog pologa postavlja pitanje u kojoj je mjeri javni bilježnik dužan ispitati glavni pravni posao (pri sklapanju kojeg nije sam bio uključen sastavljanjem javnobilježničkog akta ili solemnizacijom ugovora). Nevaljanost glavnog pravnog posla nedvojbeno bi se odrazila i na izvršenje činidbe iz tog odnosa, slijedom toga i na dužnosti javnog bilježnika s predmetom pologa, pa je pitanje do koje granice seže dužna pažnja javnog bilježnika.

Iako u hrvatskim propisima nema izričite odredbe kao Par. 54 A st. 3. BeurkG koja bi nalagala da uputa mora dozvoljavati uredno ispunjenje obveze iz glavnog pravnog posla, tumačenje pravila o općoj službenoj dužnosti i uskrati službene radnje su smjernice koje, iako manje precizno, upućuju na isti zaključak.

To zauzvrat obvezuje javnog bilježnika da se upozna sa sadržajem glavnog pravnog posla povodom kojeg se javnobilježnički polog zasniva.

Nedostatak pravila o opozivu može dovesti u pitanje postupanje javnog bilježnika kao nepristranog povjerenika stranaka ili povredu službene dužnosti ako bi uslijed jednostranog opoziva ili izmjene upute doveo primatelja isplate u nepovoljniji položaj, te time time sudjelovao u radnji kojom se postiže očigledno nedopušten ili nepošten cilj.

Obrnuto promatrano, dvojbeno je u kojoj je mjeri moguće dokazati odgovornost javnog bilježni-

ka za nastalu štetu ako nije bio upoznat sa svim okolnostima pologa, na što ga Zakon ne obvezuje izrijeckom.

U kontekstu podnormiranosti ovog instituta u hrvatskim propisima, rasprava o objektivnom ili subjektivnom postojanju pravnog interesa za osiguranjem je suvišna, što nije nužno loše. Uvid u njemačko iskustvo je korisno jer može poslužiti kao smjernica za one aspekte posla koji su prepušteni potrebama i kreativnosti stranaka i javnog bilježnika.

4. Zaključak

Komparativna iskustva pokazuju kako je javnobilježnički polog potencijalno vrlo koristan u redovnom pravnom prometu. Kod ugovora o kupoprodaji nekretnina u Republici Hrvatskoj ga je, primjerice, moguće kombinirati s elektroničkim podnošenjem prijedloga za upis u zemljišne knjige na način da javni bilježnik postane *one-stop-shop* za stranke u trenutku sklapanja ugovora u njegovom uredu. Određena pravna kultura ga može u većoj mjeri povezivati sa prometom nekretnina ili drugim tipom transakcija, ali on je primjenjiv kod praktički svih pravnih poslova kod kojih nedostatak povjerenja ili izvjesnosti može zamijeniti javni bilježnik kao nepristrani povjerenik stranaka i k tome pružatelj stručnih i potencijalno sofisticiranih pravnih usluga. Uvid u njemačko uređenje i iskustvo ukazuje na nedostatke u hrvatskom zakonodavstvu. Nedostaci se javljaju kao niz podnormiranosti na prvi pogled tehničkih aspekata javnobilježničkog pologa. Po ocjeni autora, ta je pitanja moguće zajedno apstrahirati u zajednički pojam nedorečenost elementa opće službene dužnosti javnog bilježnika kod ovog posla. Opća službena dužnost javlja se kao korektiv slobodnoj autonomiji stranaka, okvir odgovornosti javnog bilježnika, te javnim bilježnicima daje karakter javne službe i opravdava zakonom povjerene javne ovlasti.

Brojni paralelizmi između njemačkog i hrvatskog uređenja i pripadnost istoj srednjoeuropskoj pravnoj tradiciji upućuju na zaključak da je zakonodavčev cilj bio uvesti vrlo sličan institut u hrvatski pravni poredak kada ga je propisao. Nije nepoznato da je sličnih razmišljanja i hrvatski zakonodavac u kontekstu mogućeg donošenja Zakona o izvanparničnom postupku. Iz navedenih razloga bi se teleološkom metodom tumačenja na pravne praznine u hrvatskom pravu mogla primijeniti logika njemačkog zakonodavca. Teleološka metoda tumačenja u tom smislu je moguća samo u razmjerno ograničenom opsegu, pod uvjetom da je cilj zakonodavca uopće poznat, te i tada uz pravnu nesigurnost.

Statistički podaci pokazuju da se javnobilježnički

59 v. Marčinko, V. (bilj. 58), str. 47.

polog razmjerno rijetko koristi u pravnom prometu u Republici Hrvatskoj, što ima svoje razloge u pravnoj kulturi, nepoznavanju instituta, cijeni usluge, nizu drugih razloga, ali zasigurno i u nedorečenosti samog instituta.

Donošenje odgovarajućeg pravnog okvira nedvojbeno bi unaprijedilo sigurnost u pravnom prometu, ali zakonodavna aktivnost je prerogativ države i u konačnici se uglavnom ostvaruje ili ne ostvaruje kao politički kompromis.

U kontekstu podnormiranosti uspješno strano iskustvo može poslužiti i kao inspiracija za postupanje praktičarima kod onih pitanja kod kojih odgovor nije izriječom zadan, ali ga je ipak potrebno dati.

Takvo pitanje je u prvom redu sastav izjave, odnosno upute stranke za postupanje na temelju koje javni bilježnik zasniva polog. Ocjena je autora ovog teksta da sistematični pristup njemačkog zakonodavca disciplinira na sastavljanje upute koja sa svojim nužnim elementima ne ostavlja prostora nedorečenosti, pa nema prepreke da ga hrvatski javni bilježnici razmotre kao inspiraciju i u svom radu⁶⁰.

60 Par. 57. st. 2. t. 2. BeurkG: (...) mu je dostavljen prijedlog za zasnivanje javnobilježničkog pologa s priloženom uputom u kojoj određeni predmet pologa, plodovi pologa, davatelj upute, ovlaštenik isplate, vremenski i stvarni uvjeti čuvanja, kao i pretpostavke za isplatu (...)

Jednako tako, poštivanje maksima koje su za njemačke javne bilježnike propisane u odredbi o ostvarivanju zakonom propisane svrhe javnobilježničkog pologa isključiti će sumnju u povredu službene dužnosti zbog sudjelovanju u ostvarenju nedopuštenog i nepoštenog cilja, odnosno afirmirati položaj javnog bilježnika kao nepristranog povjerenika stranaka.⁶¹

Kako je uvodno citirano, izmjenom BeurkG iz 1998. godine uveden je aktualni normativni okvir kojim su usvojena dotadašnja pravna shvaćanja pravne znanosti i sudske prakse o javnobilježničkom pologu.

Riječ je o dugoj pravnoj tradiciji čija rješenja pružaju osjećaj povjerenja, a uvjerljivost crpe iz svojeg bogatog iskustva sudske prakse i sistematične znanstvene analize doktrine *Treuhand*.

61 Par. 57. st. 3. BeurkG: Javni bilježnik smije usvojiti prijedlog za zasnivanje javnobilježničkog pologa jedno kada uputa za postupanje dozvoljava uredno ispunjenje ugovorne obveze iz glavnog pravnog posla, dozvoljava urednu provedbu same usluge javnobilježničkog pologa, te osigurava zaštitu pravnih interesa svih osoba koje sudjeluju u pravnom poslu javnobilježničkog pologa.

TREUHAND – THE NOTARIAL DEPOSIT UNDER GERMAN LAW

Summary

Treuhand is one of the better known services provided by German Civil Law Notaries. This is a thoroughly regulated notarial deposit that is typically applied as a means of insurance in the field of real-estate transactions. Civil Law Notaries, as impartial trustees of the parties involved, receive money, securities and other valuables as a deposit, intended for payment or service to the beneficiaries involved, with a means to ensure a valid fulfilment of the stipulated legal obligations. The notarial official duty, related to this service is precisely defined in terms of the deposit being set up, disbursed or otherwise administered but only in a manner that certainly protects the rights and interests of all parties involved. The aforementioned provisions also serve to set clear boundaries as to what would be considered the Civil Law Notary's responsibility in preventing illicit or dishonourable objectives. From the perspective of the Croatian legal order, the German framework can serve as an inspiration for the legislator, as well as the practitioners in the domain of dispositive elements of the said service and the interpretation of legal gaps.

Key words: *Treuhand*, notarial fiduciary services, notarial deposit, notarial official duty, real-estate transactions, legal certainty, means of insurance, Non-Contentious-Proceedings-Act, preventive justice

Popis literature:

- Benc, R., *Sažeti prikaz pravnih instituta RH kojima bi se povećala pravna sigurnost za sudionike pravnih poslova usmjerenih na promet nekretnina*, Javni bilježnik br. 26, 2007., str. 85-87
- Brambring, G., *Das berechtigte Sicherungsinteresse als Voraussetzung für notarielle Verwahrungstätigkeit*, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1999., str. 381-393
- Franken, K., *Rechtsprobleme nach Kaufpreis-hinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf*, Rheinische Notar-Zeitschrift, Heft 12, 2010., str.597-618
- Geibel, S., Hager, J., Gsell, B., Lorenz, S., Looschelders, D., Artz, M., Ball, W., Schmidt, H., Benecke, M., Reiter, H., Köndgen, J., Spickhoff, A., Harke, J. D., Lobinger, T., Krüger, W., Reymann, C., Wellenhofer, M., Krafka, A., Maurer, H. U., Schindler, W., Mayer, J., Müller, G., Budzikiewicz, C., Weller, M.P., Wurmnest, W., Wellenhofer, M. Jox, R., *Beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Par. 54b BeurkG, rubni broj 12, izdavač: Müller, Beck elektronička baza podataka, objavljeno na dan 15. travnja 2017. godine
- Grünberger, K., *20 Jahre jung*, NOTA BENE Zeitschrift für das Notariat, br. 147, str.7
- Jakobović, G., *Postupak prodaje i kupnje nekretnina u Republici Hrvatskoj pravni režim nekretnina u Republici Hrvatskoj*, Javni bilježnik br. 24, 2006., str. 24-34
- Jakobović, G., *Prikaz pravnih instituta kojima bi se mogla povećati pravna sigurnost u prometu nekretnina*, Javni bilježnik br. 26, 2007., str. 59-72
- Marčinko, V. *Javnobilježnički polozi - depoziti*, Javni bilježnik br. 28, 2008, str. 46-48
- Radošević, P., *Ugovor o povjerenstvu (Treuhand)*, Pravo u gospodarstvu, br. 3, 2011. str. 674-691
- Softić Kadenić, D., *Pojam i uloga Treuhanda u pravu i praksi Njemačke, Austrije i Švicarske*, Nova pravna revija: časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, Sarajevo, br. 1-2, 2015., str. 69-85
- Weingärtner, H., *Berechtigtes Sicherungsinteresse im Sinne des Par. 54a Abs. 2 BeurkG*, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1999., str. 394-396

