

*Др Сања М. Радовановић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Николина Б. Мишчевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs*

О РЕАЛИЗАЦИЈИ УГОВОРА О УГОВОРНОЈ КАЗНИ ЗАКЉУЧЕНОГ У ФОРМИ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКОГ ЗАПИСА¹

Сажетак: Уговором о уговорној казни се дужник обавезује да повериоцу исплати одређену своју новца или прибави другу материјалну корист уколико главну обавезу не испуни, односно уколико је не испуни благовремено. Посијање акцесорности уговорне казне у односу на ипирживање чијем обезбеђењу служи неспорно је у домаћој правној теорији, али је споран њен обим. У раду је анализирана акцесорност уговорне казне у реализацији, односно ипиање могућности самосталног испицања захјева за исплату уговорне казне, независно од захјева за принудно намирање главног ипирживања. Ово ипиање ипиаје комплексно у случају када се ради о уговорној казни због задоцњења, а поверилац још увек није примео, нији захјевао испуњење главне обавезе. Спиа се у раду настпји одговорији на наведено ипиање из апекта могућности закључења уговора о уговорној казни у форми извршног јавнобележничког записа и евениуалног принудног оспварења захјева за исплату, односно предају уговорне казне на основу ипачене извршне исправе.

Кључне речи: уговорна казна, уговорна казна због задоцњења, акцесорност у реализацији, форма уговора о уговорној казни, извршни јавнобележнички запис.

¹ Рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. О УГОВОРНОЈ КАЗНИ УОПШТЕ

Уговорна казна је одређени новчани износ или друга материјална корист коју дужник дугује повериоцу уколико своју обавезу не испуни уопште или је не испуни о доспелости. Могућност уговарања уговорне казне резервисана је само за неновчана потраживања. То је средство учвршћења потраживања којим се врши притисак на дужника да своју обавезу према повериоцу уредно испуни. Осим тога, уговорна казна има и одштетну функцију у случају када дужник неиспуњењем или неуредним испуњењем обавезе проузрокује штету повериоцу. Уколико је штета коју поверилац трпи већа од износа уговорне казне, поверилац има право на разлику до пуног износа накнаде штете.² Међутим, да би поверилац стекао захтев за исплату уговорне казне није потребно да је услед неиспуњења или задоцнелог испуњења дужникове обавезе претрпео штету. Наиме, он овај захтев стиче самим наступањем услова неиспуњења или задоцнелог испуњења дужникове обавезе, без обзира на то да ли му је тиме причињена штета. Дакле, када се овај услов испуни, поверилац има право на пун износ уговорне казне, како у случају када му је неиспуњењем или задоцењем проузорокована мања штета од износа уговорне казне, тако и у случају када није трпео било какве штетне последице. Управо из тога произлази пенални карактер уговорне казне којим се заправо врши притисак на дужника да уредно испуни обавезу.³

Законом о облигационим односима предвиђене су две врсте уговорне казне: уговорна казна због неиспуњења и уговорна казна због задоцењења. У зависности од тога за који од ова два случаја је предвиђена уговорна казна, разликује се положај повериоца у тренутку када предвиђени услов наступи. У случају када је уговорна казна предвиђена за случај неиспуњења, па дужник своју обавезу не испуни, поверилац може да захтева само испуњење главне обавезе или исплату уговорне казне. С друге стране, када се дужник обавезе на плаћање уговорне казне за случај задоцењења, наступањем овог услова поверилац, поред захтева за испуњење главне обавезе, стиче и захтев за исплату уговорне казне при чему од дужника може захтевати испуњење

² чл. 275, ст. 2 ЗОО.

³ О функцији вршења притиска на дужника и одштетној функцији уговорне казне вид. у Klaus Tonner, Armin Willingmann, Marina Tamm, *Vertragsrecht* Kommentar, Köln 2010, 446, 573; Hein Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012, Rn 1066, 449; Стрезо Стрезовски, *Коментар Закона о облигационим односима*, (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ); Београд 1980, 677; Михајло Константиновић, „Природа уговорне казне-Смањење од стране суда“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/1982, 521; Владан Станковић, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактор Слободан Перовић). Београд 1995, 628-629; Драгор Хибер у Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење њој израживања*, Београд 2015, 466-472.

оба. Он то право неће имати једино ако прими задоцнело испуњење, а не обавести дужника благовремено о томе да задржава своје право на уговорну казну.⁴ У ЗОО је предвиђена претпоставка да су се стране уговориле уговорну казну за задоцњење у случају да из њиховог уговора не произлази шта друго.⁵

Као што и сам назив овог института каже, уговорна казна може да настане само на основу сагласности воља повериоца и дужника. Ова сагласност може бити садржана у посебној исправи или у оквиру уговора из којег настаје обавеза која се уговорном казном обезбеђује. Међутим, и када се налази у саставу другог, главног уговора, уговор о уговорној казни је самосталан, посебан уговор. То потврђује и чињеница да се уговорна казна може предвидети и за неиспуњење или неуредно испуњење не само уговорне обавезе, већ и оне настале из другог извора, попут проузроковања штете, једностране изјаве воље и осталих.⁶ Осим тога, уговор о уговорној казни стране могу закључити и након настанка обавезе ради чијег испуњења се уговорном казном врши притисак на дужника.⁷

Према ЗОО, уговор о уговорној казни мора бити сачињен у форми која је предвиђена за уговор на основу којег је настала обавеза на чије испуњење се уговорна казна односи.⁸ Паралелизам форми између уговора о уговорној казни и оног из којег настаје потраживање које се уговорном казном учвршћује произлази из акцесорности уговора о уговорној казни.⁹ Акцесорност уговорне казне изричито је предвиђена законом. Према ЗОО, „споразум о уговорној казни дели правну судбину обавезе на чије се обезбеђење он односи“.¹⁰ Акцесорност једног права може се посматрати из аспекта његовог настанка, обима, припадања, реализације и престанка.¹¹ У овом раду ће бити речи о акцесорности уговорне казне у реализацији и утицају форме уговора на основу којег настаје уговорна казна на овај сегмент њене акцесорности.

⁴ чл. 273 ЗОО.

⁵ чл 270, ст. 2 ЗОО.

⁶ „Уговорном казном може се, у принципу, обезбедити испуњење било које обавезе без обзира на извор из кога потиче.“, Владан Станковић, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић). Крагујевац 1980, 781. Супротно томе, Визнер говори искључиво о обезбеђењу главне *уговорне* обавезе, Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним односима*, Загреб 1978, 1093-1106.

⁷ Вид. Сања Радовановић, *Акцесорност уговорне казне у српском праву*, Нови Сад 2017, 26.

⁸ чл. 271, ст. 1 ЗОО.

⁹ Вид. В. Станковић, *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), стр. 783 и С. Радовановић, 36, фн. 73 са даљим упућивањима.

¹⁰ чл. 272, ст. 1 ЗОО.

¹¹ Вид. Милош Живковић, *Акцесорност заложних права на најокрејносни*, Београд 2010, стр. 48.

2. О АКЦЕСОРНОСТИ УГОВОРНЕ КАЗНЕ У РЕАЛИЗАЦИЈИ

Под акцесорношћу уговорне казне у реализацији се подразумева зависност могућности њеног испуњења од испуњења главне обавезе. Другим речима, за одређење постојања, односно интензитета акцесорности уговорне казне у реализацији потребно је одговорити на питање да ли поверилац може захтевати и остварити њено испуњење независно од захтева за испуњење главне обавезе.¹²

На ово питање није могуће дати јединствен одговор за обе врсте уговорне казне – уговорну казну због неиспуњења и уговорну казну због задоцњења. Ипак, постоје одређени аргументи који говоре у прилог постојања акцесорности, а који једнако важе за сваку од наведених врста уговорне казне.¹³

Поверилац може захтевати испуњење уговорне казне само онда када се испуни услов неиспуњења или задоцњења у испуњењу главне обавезе.¹⁴ Осим тога, на постојање ове акцесорности указује и то да је за стицање захтева за испуњење уговорне казне, без обзира о којој врсти уговорне казне се ради, потребно да наступи доспелост главне обавезе. Дакле, тек када дужник падне у доцњу са испуњењем главне обавезе поверилац стиче потраживање по основу уговорне казне. Стога, како је повериочев захтев за испуњење главне обавезе пре њене доспелости преурањен, тако би био преурањен и његов захтев за исплату уговорне казне. Према томе, доцња дужника у испуњењу главне обавезе је претпоставка за остваривање повериочевог захтева за исплату уговорне казне.¹⁵ Такође, као што ни захтев за испуњење главне обавезе поверилац не може успешно остварити када дужник није одговоран за неиспуњење или задоцњење, у тим случајевима неће моћи ни да оствари захтев за испуњење уговорне казне. У ЗОО је предвиђено да уговор о уговорној казни губи правно дејство уколико је до неиспуњења или задоцњења дошло из разлога за који дужник не одговара.¹⁶ Дакле, одговорност дужника за неиспуњење обавезе, односно за задоцњење са њеним испуњењем је неопходан услов за настанак захтева за исплату уговорне казне. Ово произлази и из пеналне функције уговорне казне. Наиме, као што је то случај и са накнадом штете, за настанак права на накнаду штете због повреде субјективног грађанског права, потребно је да постоји одговорност дужника за повреду обавезе којом је повериоцу проузрокована штета. Као што из њеног назива произлази, уговорна казна представља санкцију за дужника који своју обавезу не испуни или је испуни са задоцњењем. Због тога је за успех у

¹² Вид. С. Радовановић, 121.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., 122.

¹⁵ Ibid., 122 и 123.

¹⁶ чл. 272, ст. 2 ЗОО.

остваривању захтева за исплату уговорне казне неопходно постојање одговорности дужника.¹⁷ Међутим, код уговорне казне није потребно и да је повериоцу неиспуњењем или задоцњењем проузрокована штета јер између захтева за накнаду штете и захтева за исплату уговорне казне не постоји однос зависности. Тај однос постоји само између захтева за испуњење главне обавезе и захтева за исплату уговорне казне.¹⁸

Из наведеног произлази да је за успех повериоца у наплати потраживања по основу уговорне казне потребно „да дужник не располаже приговорима (и противљењима) који потичу из обезбеђене обавезе, а којима захтев може да се одбије или одложи“¹⁹. Њихово дејство протеже се и на уговорну казну.²⁰

Као што је већ речено, постојање и интензитет акцесорности уговорне казне у реализацији потребно је сагледати и са становишта сваке од врста уговорне казне.

Тако, када је реч о уговорној казни због неиспуњења, ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости поверилац може да захтева само или испуњење главне обавезе или исплату уговорне казне. Стога се, код ове врсте уговорне казне, питање акцесорности у реализацији своди на питање да ли су се стекли услови да се захтева испуњење обавезе, односно уговорне казне. Дакле, поверилац може да захтева уговорну казну онда када се стекну услови да захтева и испуњење главне обавезе. Од повериоачеве воље зависи које од ова два субјективна права ће бити принудно остварено.²¹ Ипак, уколико постојање акцесорности у реализацији схватимо тако да се захтев за исплату уговорне казне може истаћи само уз захтев за испуњење главне обавезе, а не и самостално, јасно је да у случају уговорне казне за неиспуњење таква акцесорност не постоји. Она по природи ствари није могућа јер код ове врсте уговорне казне поверилац може да се определи за испуњење само једног од ова два захтева. Према томе, принудно испуњење захтева за исплату уговорне казне не може ни у ком случају бити условљено истовременим истицањем захтева за испуњење главне обавезе.

Са друге стране, код уговорне казне због задоцњења, уколико се услов под којим је казна уговорена испуни, тј. уколико дужник задоцни са испуњењем, поверилац поред испуњења главне обавезе може да захтева и исплату уговорне казне. Уколико поверилац прими задоцнело испуњење, потребно је да без одлагања обавести дужника о томе да задржава своје право на

¹⁷ Вид. Миодраг Орлић, „Уговорна казна“, *Правни живоић*, бр. 5/1985, стр. 545; В. Станковић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), стр. 784; Д. Хибер, стр. 438.

¹⁸ Вид. С. Радовановић, 123-125.

¹⁹ *Ibid.*, 122

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, 131.

уговорну казну.²² За разлику од уговорне казне због неиспуњења, код ове врсте уговорне казне захтев за испуњење главне обавезе и захтев за исплату уговорне казне се кумулирају. Самим тим и одговор на питање да ли се захтев за испуњење уговорне казне може истаћи самостално или само уз захтев за испуњење главне обавезе није тако очигледан.²³

У случају када је поверилац већ примио задоцнело испуњење и благовремено обавестио дужника да задржава своје право на исплату уговорне казне, ситуација је јасна. Пријемом испуњења повериочево главно потраживање је угашено испуњењем. Тада потраживање по основу уговора о уговорној казни остаје једино повериочево потраживање. Стога, неспорно је да тада поверилац може да истакне захтев за испуњење уговорне казне као самосталан, главни захтев.²⁴

Ипак, с обзиром на то да поверилац стиче захтев за исплату уговорне казне у тренутку када дужник падне у доцњу може се поставити питање да ли поверилац може да захтева испуњење дужникове обавезе по основу уговора о уговорној казни без да истовремено захтева и испуњење главне обавезе. Акцесорна природа овог повериочевог права је заправо оно што због чега одговор на наведено питање није тако једноставно дати као у претходном случају.

Због тога су и схватања домаћих аутора о овом питању различита. Према схватању већине аутора тако нешто није могуће. Тако *Визнер* изричито истиче да повериочевом тужбом за задоцнело испуњење главне обавезе мора бити обухваћен и захтев исплате, односно давања уговорне казне, те да самостално истицање било којег од ових захтева није допуштено.²⁵ Према *Стрезовском*, пак, ова зависност није обострана као што то сматра *Визнер*, већ она постоји само на страни захтева за исплату или давања уговорне казне. Овај аутор сматра да се, према стању у пракси изграђеном на основама правила садржаних у Општим узансама за промет робом, захтев за испуњење главне обавезе може самостално истицати, али захтев за исплату уговорне казне искључиво уз захтев за испуњење уговора.²⁶ Међутим, мишљење самог аутора о овом питању је супротно. Наиме, он истиче да ЗОО код уговорне казне због задоцњења опскрбљује повериоца *йравом* да кумулира два наведена захтева, али не заснива тиме и обавезу да то чини. Када поверилац може самостално да захтева испуњење главне обавезе, зашто он такву могућност не би имао и у погледу уговорне казне? Према схватању *Стрезовског*, намера законодавца није била да повериоца ограничи тиме што ће истицање

²² чл. 273, ст. 5 ЗОО.

²³ Вид. С. Радовановић, 152.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Вид. Б. Визнер, 1100.

²⁶ Вид. С. Стрезовски, 683 и 684.

захтева за исплату уговорне казне нераскидиво везати за истовремено постављање захтева за испуњење главне обавезе. То се види и из чињенице да је могућност самосталног истицања захтева за исплату уговорне казне предвиђена и у самом ЗОО, у већ поменутом случају када поверилац прими задоцнело испуњење главне обавезе.²⁷ У групу аутора према којим није допуштено самостално истицање захтева за исплату или давање уговорне казне може се сврстати и *Јанковец* према којем поверилац може да захтева уговорну казну због задоцњења само уколико је сачекао задоцнело испуњење обавезе.²⁸ Слично њему, и *Хибер* испуњење види као нужан елемент задоцњења. Стога, да би повериочев захтев за исплату уговорне казне уопште настао потребно је да дође до задоцнелог испуњења главне обавезе. Ово због тога што се, према мишљењу овога аутора, до тог тренутка не зна да ли ће главна обавеза уопште бити испуњена, тј. да ли ће се радити о неиспуњењу или задоцњењу. Самим тим, и истицање захтева за исплату уговорне казне пре испуњења главне обавезе није могуће.²⁹

Са друге стране, према мишљењу *Константиновића*, за стицање права на уговорну казну довољно је да дужник падне у доцњу.³⁰ У групу аутора који на питање могућности самосталног истицања захтева за исплату уговорне казне одговарају потврдно можемо сврстати и *Марковића* према којем право на уговорну казну које је већ засновано „има убудуће самосталну егзистенцију и није више везано за опстанак главног права“.³¹

И нама се чини да на постављено питање треба дати потврдан одговор. Узмимо прво у обзир схватање према којем је за настанак захтева за исплату уговорне казне потребно да дође до задоцнелог испуњења јер је до тог тренутка још увек неизвесно да ли ће се радити о неиспуњењу или задоцнелом испуњењу. У том случају би, чини се, изостале претходно наведене функције уговорне казне, а тиме и смисао овог правног института. Као што је у претходном делу рада речено, уговорном казном се на дужника врши притисак да своју обавезу испуни, односно, у случају ове врсте уговорне казне, да је испуни благовремено. Уколико би могућност захтевања исплате уговорне казне била условљена претходним пријемом задоцнелог испуњења, као што то поједини аутори истичу, ова функција уговорне казне због задоцњења

²⁷ Ibid., 684.

²⁸ Вид. Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд 1993, 306.

²⁹ Вид. Д. Хибер (2015), 449. О томе да је за настанак захтева за исплату уговорне казне због задоцњења неопходно да дужник неблагоприятно испуни обавезу, као и да се уговорна казна због задоцњења „може наплатити само заједно са главном обавезом чијем обезбеђењу служи“, без навођења аргумената у прилог томе схватању, се изричито изјашњава и Ненад Грујић, „Право на уговорну казну у случају раскида уговора због неиспуњења“, *Правни зајиси*, бр. 2/2016, 341 и 342.

³⁰ Вид. М. Константиновић, 521.

³¹ Вид. Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 264.

би изгубила смисао. Наиме, ако је споразумом повериоца и дужника казна уговорена само за случај задоцњења, а не и за случај неиспуњења за дужника би чак било повољније да своју главну обавезу уопште не испуни. Он би тиме заправо спречио настанак захтева повериоца који произлази из уговора о уговорној казни. Осим тога, тиме би уговорна казна изгубила и своју одштетну функцију будући да се њој даје и значење фиксно одређеног износа накнаде штете и вид побољшања положаја повериоца тиме што се он ослобађа терета тврдње и доказивања постојања и износа штете коју је претрпео задоцнелим намирењем главног потраживања. И на крају, уговорна казна би тиме била лишена и свог пеналног карактера, будући да дужник у том случају не би трпео санкцију због неуредног испуњења на коју је и сам пристао.

Међутим, уколико и занемаримо питање да ли је потребно задоцнело испуњење да би настао захтев за исплату уговорне казне и усмеримо се само на питање истовременог истицања оба захтева, мишљења смо да је тако нешто могуће. То, сматрамо, произлази већ из језичког тумачења одредбе којом се регулишу права повериоца у случају када је казна уговорена за случај задоцњења. Из ове одредбе ЗОО не може се извести закључак да је намера законодавца била да ограничи повериоца у погледу могућности истицања захтева за исплату или давање на име уговорне казне условом да то учини заједно са захтевом за испуњење уговорне обавезе. Према чл. 270, ст. 4 ЗОО, „када је казна уговорена за случај да дужник задоцни са испуњењем, поверилац има право захтевати и испуњење обавезе и уговорну казну“. Смисао ове одредбе је да се направи јасна разлика у односу на ону којом се регулишу права повериоца у случају када је казна уговорена због неиспуњења обавезе којом је повериоцу дата могућност да се, у случају испуњења услова, определи само за једну од две опције – испуњење или уговорну казну. Дакле, законодавац је предметном одредбом о правима повериоца код уговорне казне због задоцњења настојао да истакне да поверилац падањем дужника у доцњу стиче још једно право – право на уговорну казну. Овако настало повериочево потраживање је самостално субјективно право чија је правна судбина независна од правне судбине потраживања ради чијег уредног испуњења је казна уговорена. Како *Марковић* истиче, „ако је право на уговорну казну већ засновано, оно има убудуће своју самосталну егзистенцију и није више везано ни за опстанак главног права, нити прелази са главним правом у случају преноса, осим ако је то нарочито уговорено“.³² С обзиром на то да се, као што видимо, ради о самосталном субјективном праву

³² У том смислу, према *Марковићу* „Битно је за појам уговорне казне да се она састоји у једној имовинској чинидби, и то тако, да поверилац у случају предвиђеног уговором прибавља једно особено право на ту имовинску или новчану чинидбу, њоред њрава које има из главне ѡражбине“, Л. Марковић, 263-264.

повериоца, он може, у складу са начелом приватне аутономије, да одлучи да ли ће исплату или давање уговорне казне уопште захтевати и на који начин.³³

Имајући у виду да се ради о два захтева која у тренутку доспелости постају принудно остварива, није јасно зашто би поверилац морао заједно и истовремено да их реализује. Зато сматрамо да, и уколико би поверилац принудно остварио своје право на уговорну казну, то га не би лишило могућности да накнадно намири и своје главно потраживање.³⁴ Као што се ни испуњењем главне обавезе не гаси право повериоца на исплату по основу уговорне казне уколико то право задржи, тако се, сматрамо, не гаси ни право повериоца на испуњење његовог главног потраживања претходном исплатом уговорне казне.

У прилог томе да не би требало лишити повериоца могућности да самостално истакне захтев за исплату уговорне казне и када није дошло до задоцнелог испуњења говори и случај да, по падању дужника у доцњу, наступи немогућност испуњења главне обавезе. Инсистирање на акцесорности уговорне казне због задоцњења у реализацији довело би до неприхватљивог резулата. Наиме, будући да се у случају немогућности испуњења главна обавеза по закону гаси и настаје право на накнаду штете, тиме би поверилац био лишен и могућности наплате уговорне казне. На тај начин би дакле престало право повериоца које је већ настало и доспело.³⁵ Тиме би, чини се, и уговорна казна била лишена функција које одређују њену правну природу. Слично као у већ анализираном случају условљавања настанка права на уговорну казну претходним пријемом задоцнелог испуњења, одштетна функција уговорне казне би изостала. Као што је речено, уговорна казна, између осталог, служи и утврђивању износа накнаде штете коју поверилац може претрпети неблаговременим испуњењем дужникове обавезе. У погледу накнаде штете, она значајно унапређује повериочев положај ослобађајући га терета доказивања постојања и висине претрпљене штете. Повериоцу би тада преостао само захтев за накнаду штете чије би се постојање и износ утврђивали према општим правилима одштетног права, тј. он би се нашао у истом правном положају као и поверилац чије потраживање ни на који начин није било обезбеђено. Осим тога, изгубила би се и пенална функција уговорне казне због тога што, у овом случају, дужник не би трпео санкцију на коју је сам пристао за случај да своју обавезу не испуни, чак и уколико је немогућност испуњења наступила његовом кривицом.

И на крају, као што то истиче *Ситрезовски* у излагању личног става о предметном питању, оправдање за закључак да се захтев за исплату уговорне

³³ Вид. С. Радовановић, 157.

³⁴ Ibid., 156 и 157.

³⁵ Ibid., 157 и 158.

казне може истицати и пре захтева за испуњење главне обавезе, односно независно од њега, може се наћи и у одредби ЗОО којом се регулише право повериоца који је примио задоцнело испуњење. У чл. 273 ст. 5 предвиђено је да поверилац који је примио испуњење обавезе може захтевати уговорну казну уколико без одлагања саопшти дужнику да задржава своје право на уговорну казну. Дакле, у овом случају је могућност самосталног захтева за испуњење уговорне казне изричито предвиђена. Из тога можемо закључити да став законодавца о могућности самосталног истицања захтева за исплату уговорне казне није негативан. Те уколико је таква могућност дата повериоцу који је примио задоцнело испуњење, зашто би је ускратили повериоцу који има једнако пуноважно, доспело и принудно оствариво право на уговорну казну само због тога што још није захтевао испуњење главне обавезе?

Имајући у виду све наведено, наставак рада ћемо посветити анализи могућег самосталног истицања и остваривања захтева на исплату уговорне казне насталог на основу уговора о уговорној казни закљученог у форми јавнобележничког записа.

3. УГОВОР О УГОВОРНОЈ КАЗНИ ЗБОГ ЗАДОЦЊЕЊА У ФОРМИ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКОГ ЗАПИСА

3.1. О форми јавнобележничког записа уопште

Јавнобележнички запис је исправа о правном послу или изјава коју је сачинио јавни бележник.³⁶ Јавнобележнички запис садржи све елементе који се захтевају за солемнизацију приватне исправе³⁷ уз једину разлику да саму исправу, уместо странака, саставља сам бележник према њиховом казивању. Због тога је јавнобележнички запис строжа форма од јавнобележнички потврђене приватне исправе.³⁸ У ЗЈБ је изричито предвиђена садржина јавнобележничког записа.³⁹

Према одредбама ЗЈБ, у форми јавнобележничког записа морају бити сачињени: уговор о располагању непокретностима пословно неспособних

³⁶ чл. 6 Закона о јавном бележничтву-ЗЈБ („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015). Више о јавнобележничкој делатности и различитим видовима учешћа јавног бележника у настанку одређеног правног после вид. у Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014, 25 и 26.

³⁷ Под солемнизацијом приватне исправе подразумева се стављање клаузуле којом јавни бележник, потврђује да је странкама исправа прочитана, те да су оне, након упознавања са њеном садржином, изјавиле да исправа у целости одговара њиховој вољи, као и да су је својеручно потписале (солемнизациона клаузула).

³⁸ Вид. Марија Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, *Теме*, бр. 4/2015, 1309.

³⁹ чл. 84, ст. 1 ЗЈБ.

лица, споразум о законском издржавању, те уговор о хипотеци и заложна изјава под условима предвиђеним овим законом.⁴⁰ Уколико су у њему садржани законом предвиђени елементи, јавнобележнички запис има својство јавне исправе.⁴¹ Осим тога, он може имати и својство извршне исправе. Извршна исправа представља основ за принудно извршење потраживања које је у њој садржано.⁴² У нашем правном систему постоје две врсте извршних исправа: ауторитативне и неауторитативне. Ауторитативне извршне исправе су ауторитативне одлуке којом се утврђује постојање одређеног потраживања. Неауторитативне извршне исправе су оне која не настају као резултат одлучивања органа надлежних за ауторитативно утврђење потраживања.⁴³ У групу неауторитативних извршних исправа спада и јавнобележнички запис који има својство извршне исправе.

Да би јавнобележнички запис стекао то својство, потребно је да се испуне додатни услови поред оних предвиђених за стицање својства јавне исправе. За то је потребно да је у запису садржана обавеза на чинидбу и изричита изјава обавезаног лица којом пристаје да се на основу предметне исправе спроведе принудно извршење ради остварења дуговане чинидбе, уколико своју обавезу не испуни о доспелости.⁴⁴

⁴⁰ Више о форми уговора о хипотеци вид. у Николина Мишчевић, „Уговор о хипотеци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ЗРПФНС), 3/2015, 1403-1418.

⁴¹ Да би јавнобележнички запис имао својство јавне исправе потребно је да су у њему садржани подаци о јавном бележнику, странкама, заступницима и пуномоћницима странака; времену састављања записа, односно месту, уколико се саставља ван канцеларије јавног бележника; изјаву којом јавни бележник потврђује да су странке и други учесници поучени о садржини и правним последицама правног посла, завештања или изјаве, као и то да су странке остале при својим изјавама упркос томе што су упозорене на њихову нејасност, неразумљивост или двосмисленост; потписе странака, њихових заступника, пуномоћника, тумача и других учесника, као и печат и штамбил јавног бележника (чл. 8, ст. 2 ЗЈБ).

⁴² Вид. Марко Кнежевић у Ранко Кеча, Марко Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд 2016, 540.

⁴³ Вид. М. Кнежевић у Р. Кеча, М. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, 542. Више о ауторитативним и неауторитативним извршним исправама вид. у Марко Кнежевић, „Круг опозиционих разлога у приговору против решења о извршењу на основу извршне исправе“, *ЗРПФНС*, бр. 4/2014, 338-341.

⁴⁴ чл. 85, ст. 1 ЗЈБ. На сличан начин су услови стицања својства извршности јавнобележничког акта регулисани и законима земаља из окружења. О томе вид. у Ката Сењак, „Нотаријат и извршност нотарских аката“, *Зборник правног факултета у Загребу*, бр. 2/2013, стр. 449-482; Мелиха Повлакић, „Надлежност нотара у Босни и Херцеговини“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2/2013, 245-310. Изричит пристанак дужника на принудно извршење као један од обавезних елемената извршног јавнобележничког акта био је предвиђен и у домаћем предрадном законодавству. Такође, било је потребно и да је у јавнобележничком акту садржана обавеза на чинидбу, с тим што се обавеза могла да гласи само на предају новца или ствари, оснивање, пренос, ограничење или укидање књижних права, односно на обезбеђење новчаног потраживања. Вид. § 53, ст. 1 Закона о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије из 1930. године (Службене новине Краљевине Југославије бр. 220/1930).

За стицање захтева за извршење повериоцу није довољно само да поседује извршну исправу, већ је потребно и да наступи њена извршност.⁴⁵ Тако, одлуке као једна врста ауторитативних исправа постају извршне наступањем правноснажности, односно коначности и протеком париционог рока. У случају када обавеза из одлуке гласи на нечињење или трпљење, извршност наступа правноснажношћу одлуке, односно протеком париционог рока уколико је рок одређен у самој одлуци. Код других ауторитативних извршних исправа (судско и управно поравнање и јавнобележнички записник о поравнању) извршност наступа када доспе потраживање које је у њему садржано. Код неауторитативних извршних исправа, а тиме и извршних јавнобележничких записа, извршност наступа доспелошћу потраживања.⁴⁶

У Закону о извршењу и обезбеђењу је предвиђено да се извршност јавнобележничке исправе која има снагу извршне исправе цени у складу са ЗЈБ.⁴⁷ Према одредби ЗЈБ којом се уређује извршност јавнобележничког записа, у случају када обавеза из јавнобележничког записа зависи од наступања услова или истека рока који није календарски одређен, за његову извршност је потребно да се утврди да је услов наступио, односно рок истекао. Ове чињенице се утврђују помоћу јавне исправе, исправе у којој је садржан повериочев оверен потпис или правноснажном парничном пресудом.⁴⁸ Истим чланом ЗЈБ је предвиђено и да потврду извршности на јавнобележнички запис који испуњава услове за стицање својства извршне исправе ставља сам јавни бележник, на захтев странке.⁴⁹

3.2. О могућности закључења уговора о уговорној казни у форми јавнобележничког записа

Већ је било речи о томе да настанак уговора о уговорној казни није условљен закључењем у одређеној форми, осим у случају када се он закључује ради обезбеђења потраживања насталог на основу одређеног формалног уговора. У том случају је законом предвиђен паралелизам форми између главног уговора и уговора о уговорној казни.⁵⁰ Дакле, ако је одређена форма један од битних услова за пуноважан настанак главног уговора (*forma ad solemnitatem*), у датој форми мора бити закључен и уговор о уговорној казни.

⁴⁵ Вид. М. Кнежевић у Р. Кеча, М. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, 543-544.

⁴⁶ *Ibid.*, 544.

⁴⁷ чл. 43, ст. 4 Закона о извршењу и обезбеђењу- ЗИО („Сл. гласник РС“, бр. 106/2015 и 106/2016- аутентично тумечење).

⁴⁸ чл. 85, ст. 4 ЗЈБ.

⁴⁹ чл. 85, ст. 6 ЗЈБ.

⁵⁰ чл. 271, ст. 2 ЗОО.

У погледу могућности закључења уговора о уговорној казни у форми јавнобележничког записа, јасно је, стога, да се овај уговор мора закључити у тој форми увек када се уговорном казном настоји обезбедити уредно испуњење обавезе која проистиче из уговора код којег је форма јавнобележничког записа обавезна. Међутим, то није једини случај у којем се уговор о уговорној казни може јавити у форми јавнобележничког записа. Наиме, супротно схватању које се јавило у пракси да је ова форма резервисана искључиво за уговоре чији пуноважан настанак је законом условљен њиховим закључењем у форми јавнобележничког записа, у овој форми могу се закључити и други уговори.⁵¹ То произлази из начела слободе уговарања које, између осталог, подразумева и слободу уговорних страна да се споразумеју о форми у којој уговор може бити пуноважно закључен.⁵² Ограничење овог аспекта слободе уговарања такође мора бити изричито предвиђено као што је то управо случај и са уговорима за које се у ЗЈБ захтева да буду закључени у форми јавнобележничког записа. Међутим, ове случајеве треба уско тумачити у смислу одступања од правила да уговорне стране могу споразумно условити пуноважан настанак уговора његовим закључењем у одређеној форми. Тиме форма о којој су се стране споразумеле постаје битан услов за пуноважно закључење предметног уговора.⁵³ Слобода уговарања уговорних страна у погледу одређивања битне форме уговора подразумева могућност да стране предвиде одређену форму за уговор који је иначе неформалан, као и то да за пуноважан настанак иначе формалног уговора предвиде строжу форму од оне предвиђене законом.⁵⁴ Ово због тога што строжа форма садржи све што и слабија, као и одређене додатне елементе. Стога, услов закључења уговора у одређеној форми испуњен је и уколико стране закључе уговор у строжој форми, будући да је њоме обухваћено све оно што садржи и захтевана форма.⁵⁵

Имајући у виду наведено, јасно је да уговор о уговорној казни може бити закључен у форми јавнобележничког записа и у случају када је главни уговор консенсуалан⁵⁶, као и у случају када се за закључење главног уговора захтева форма слабија од форме јавнобележничког записа.

⁵¹ Марија Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска јолићичка мисао*, бр. 2/2015, 317. У том смислу изјаснио се и Врховни касациони суд у Правном ставу усвојеном на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 25.10.2016. године.

⁵² Вид. М. Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, 317.

⁵³ *Ibid.*, стр. 318.

⁵⁴ Вид. Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006, 54.

⁵⁵ Вид. М. Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, 323-324.

⁵⁶ „... не значи да уговор о уговорној казни мора бити закључен у форми као и основни уговор (разуме се у случајевима када форма није прописана)“, С. Стрезовски, *Коментар Закона о облигационим односима*, (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), 681.

Тачно је да је уговор о уговорној казни најчешће садржан у самом главном уговору, у виду клаузуле, али се у сваком случају ради о самосталном уговору који може бити садржан и у посебној исправи. Осим тога, до његовог закључења може доћи и након закључења главног уговора у ком случају ће свакако бити сачињен у виду посебне исправе при чему се стране могу одредити и да га закључе у јачој форми од оне у којој је закључен главни уговор.

На крају, у прилог могућности избора форме уговора о уговорној казни укључујући и форму јавнобележничког записа говори и чињеница да уговорна казна служи обезбеђењу не само потраживања насталог по основу уговора, већ и потраживања које проистиче из неког другог извора облигација.

4. О МОГУЋНОСТИ САМОСТАЛНОГ НАМИРЕЊА ПОТРАЖИВАЊА ПО ОСНОВУ УГОВОРА О УГОВОРНОЈ КАЗНИ ЗБОГ ЗАДОЦЊЕЊА ЗАКЉУЧЕНОГ У ФОРМИ ИЗВРШНОГ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКОГ ЗАПИСА

4.1. Уговор о уговорној казни због задоцњења у форми извршног јавнобележничког записа

У претходном делу рада је наведено да уговорна казна служи вршењу притиска на дужника да своју обавезу уредно (у овом случају, благовремено) испуни, те да, уколико до тога не дође, представља један вид накнаде штете коју поверилац услед тога трпи. У случају уговарања уговорне казне због задоцњења, циљ повериоца је првенствено да обезбеди да дужник испуни своју неновчану обавезу о доспелости.⁵⁷ Дакле, поверилац главне обавезе закључује уговор о уговорној казни са циљем да додатно подстакне дужника да своју обавезу испуни благовремено. Са друге стране, дужник закључује овај уговор рачунајући на повериочеву противчинидбу из главног уговора и поуздајући се у то да ће главну обавезу испунити о доспелости и тако спречити настанак новчане обавезе по основу уговора о уговорној казни.⁵⁸ Штавише, закључење уговора о уговорној казни у форми јавнобележничког записа може користити и дужнику будући да је јавни бележник дужан да поучи странке о правним последицама овог уговора и давања сагласности дужника са принудним извршењем обавезе.⁵⁹

Међутим, уколико се примарна функција уговорне казне не оствари, тј. дужник не испуни благовремено главну обавезу, поверилац стиче захтев

⁵⁷ Вид. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München 2015, 267.

⁵⁸ Вид. К. Tonner, А. Willingmann, М. Tamm, 573, D. Medicus, S. Lorenz, 268. Слично за уговор о хипотеци вид. у Зоран П. Рашовић, *Коментар закона о хипотеци*, Подгорица 2007, 194.

⁵⁹ Слично за уговор о јемству вид. у М. Повлакић, 255. Више о упозоравајућој и другим функцијама јавнобележничке форме вид у Д. Ђурђевић, 27-33.

за исплату уговорне казне као самостално субјективно право, независно од главног потраживања. Будући да оно настаје без обзира на то да ли је штета настала и који је њен износ, тиме се остварује друга, одштетна функција, односно, испољава се пенални карактер овог института.

У свом настојању да обезбеди благовремено намирење главног потраживања, односно да оствари своје новонастало субјективно право на исплату уговорне казне уколико до благовременог намирења не дође, поверилац ће одмаћи корак даље уколико се уговор о уговорној казни закључи у облику извршног јавнобележничког записа.

Већ је речено да је један од додатних услова који морају бити испуњени да би јавнобележнички запис представљао извршну исправу тај да је у њему садржана обавеза на чинидбу. Овај услов, по природи ствари, мора бити испуњен код уговора о уговорној казни, будући да се њиме дужник главне обавезе обавезује да повериоцу исплати одређену своту новца или учини какву другу материјалну корист уколико своју обавезу не испуни о доспелости. Осим тога, за својство извршне исправе, потребна је и изричита изјава обавезаног лица о томе да се, по доспелости обавезе, може спровести непосредно принудно извршење ради намирења дуговане чинидбе. Код уговора о уговорној казни због задоцњења, то би значило да у овом уговору мора бити садржана и сагласност дужника са непосредним принудним извршењем ради намирења повериочевог потраживања по основу уговорне казне уколико задоцни са испуњењем главне обавезе.

Такође је већ било речи о томе да је за извршност јавнобележничког записа код којег настанак обавезе зависи од услова или истека рока који није календарски одређен потребно да се утврди наступање услова или истек рока, уколико се стране у самом запису нису другачије споразумеле. Да је услов наступио, односно рок истекао може се утврдити путем јавне исправе, исправе у којој је садржан оверен потпис повериоца или правноснажном парничном пресудом уколико то није могуће утврдити на један од претходно наведена два начина.⁶⁰ Ова одредба је од значаја и за уговор о уговорној казни због задоцњења, уколико се узме да је закашњење дужника са испуњењем главне обавезе услов за настанак обавезе исплате уговорне казне. Дакле, питање утврђивања наступања овог услова не би било спорно уколико би се стране у самом уговору о уговорној казни споразумеле о могућности принудног извршења без потребе утврђивања да дужник није благовремено испунио главну обавезу.

У случају да такав споразум уговорних страна не постоји, било би потребно да се на један од три претходно наведена начина утврди да дужник није благовремено испунио главну обавезу. Међутим, није сасвим јасно да

⁶⁰ чл. 85, ст. 4 ЗЈБ.

ли ову чињеницу утврђује јавни бележник приликом давања потврде о извршности или суд приликом одлучивања о предлогу за извршење. Према појединим ауторима, чињеницу да је услов наступио утврђује јавни бележник када странка поднесе захтев за издавање потврде о извршности.⁶¹ Наше је мишљење да ову чињеницу ипак утврђује суд дозволе извршења.

Наиме, према општим правилима извршног поступка и за извршност судске одлуке у којој је за испуњење обавезе одређен услов потребно је да услов наступи.⁶² И у овом случају, као и у случају извршности јавнобележничког записа, може се закључити да је за стицање потврде о извршности неопходно претходно утврдити да је услов наступио. Са друге стране, ЗИО садржи и одредбу према којој је, у случају када је обавеза условљена, за доношење решења о извршењу довољно да поверилац писмено изјави да је услов наступио.⁶³ Према *Кнежевићу*, ову контрадикторност одредаба ЗИО које се односе на обавезе чији настанак зависи од наступања услова треба решити у складу са досадашњом праксом да се за издавање потврде извршности испитује само формална извршност, док би испитивање материјалне извршности требало препустити суду дозволе извршења.⁶⁴

Одредба ЗИО према којој се извршност јавнобележничког записа који представља извршну исправу цени у складу са одредбама ЗЈБ, сматрамо, односи се само на начин утврђивања да је услов од којег зависи и настанак обавезе наступио. Стога би и у случају извршног јавнобележничког записа испуњење услова утврђивао суд, али на основу јавне исправе, исправе са овереним потписом повериоца, односно правноснажне пресуде, а не на основу писмене изјаве повериоца. Уколико суд на основу извршног јавнобележничког записа донесе решење о извршењу, дужник у жалби против решења о извршењу може да истиче да услов од којег зависи настанак обавезе извршног дужника није наступио.⁶⁵

Уколико жалба извршног дужника буде одбијена, њему стоји на располагању и тужба ради утврђења недозвољености извршења. Према ЗИО, извршни дужник може покренути парнични поступак уколико се решење о одбијању жалбе заснива на чињеници која је међу странкама спорна, а тиче се самог потраживања.⁶⁶ Будући да се у предметном случају ради о питању

⁶¹ Небојша Шаркић, Милан Почуча, „Извршење јавнобележничких аката према одредбама новог Закона о извршењу и обезбеђењу“, *Правни живоић*, бр. 12/2017, стр. 89.

⁶² чл. 43, ст. 1 ЗИО.

⁶³ чл. 49, ст. 1 ЗИО.

⁶⁴ Вид. М. Кнежевић у Р. Кеча, М. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, 545 и 546.

⁶⁵ чл. 74, ст. 1, тач. 5 ЗИО. Овај жалбени разлог према традиционалној подели спада у опунгационе разлоге за побијање решења о извршењу. Више о подели разлога жалбе против решења о извршењу на опозиционе, опунгационе и разлоге који се тичу извршне исправе вид. у М. Кнежевић у Р. Кеча, М. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, 577-579.

⁶⁶ чл. 81, ст. 1 ЗИО.

да ли је дужник задоцнио са испуњењем главне обавезе, те да ли је последично, повериочево потраживање уопште настало, у овом случају би услов за допуштеност тужбе за утврђење недозвољености извршења био испуњен.

4.2. Могућност самосталног истицања захтева за намирење потраживања по основу уговорне казне због задоцњења

У претходном делу рада је изнето мишљење да повериочев захтев за исплату или испуњење уговорне казне који настаје падањем дужника у доцњу представља повериочево самостално субјективно право. Захтев повериоца за испуњење главне обавезе и захтев за исплату, односно предају уговорне казне су субјективна права која поверилац може да врши независно једно од другог. Истовремено истицање оба захтева заједно има смисла у случају када је за њихово принудно извршење неопходно претходно исходовање извршне исправе у парничном поступку. Међутим, могућност да поверилац то чини у намери да принудно оствари оба захтева штедећи тиме време и средства не значи да он то мора да учини да би уопште могао да оствари своје право на исплату или испуњење уговорне казне. С обзиром на наведено, према схватању аутора, акцесорност уговорне казне због задоцњења изостаје и у случају када још увек није примљено испуњење главне обавезе.

То посебно постаје видљиво на претходно анализираном случају закључења овог уговора у форми извршног јавнобележничког записа са циљем обезбеђења испуњења главне обавезе која уопште не проистиче из уговора или проистиче из уговора сачињеног у блажој форми. Тада поверилац има извршну исправу на основу које може принудно намирити своје потраживање по основу уговорне казне док је за принудно намирење главног потраживања потребно да оно претходно буде правноснажно утврђено ауторитативном извршном исправом.

Будући да је, као што је речено, захтев за исплату уговорне казне самостално субјективно право, било би нецелисходно условити његово остварење истовременим истицањем захтева за испуњење главне обавезе дужника и обавезе исплате уговорне казне или претходним остварењем захтева за испуњење главне обавезе. У том случају би поверилац био принуђен да покрене парнични поступак ради стицања извршне исправе у циљу принудног намирења главног потраживања и тек потом да захтева намирење оба потраживања, главног и оног по основу уговора о уговорној казни. Тиме би и сама форма извршног јавнобележничког записа изгубила смисао јер за повериоца не би било могуће да принудно намири потраживање уговорне казне ни у случају када за то поседује извршни наслов.

С обзиром на то да дужникова обавеза на исплату по основу уговорне казне зависи од тога да ли ће благовремено испунити главну обавезу, сма-

трамо да нема препреке да се принудно остварење повериоачевог захтева на исплату уговорне казне спроведе у складу са претходно наведеним одредбама ЗЈБ и ЗИО о извршењу условљеног потраживања. Како је реч о доспелом субјективном праву, па тиме самосталном, ни услови и одредбе у погледу извршења потраживања по основу уговорне казне због задоцњења не би требало да се разликују у односу на извршење било којег другог потраживања које зависи од наступања одређеног услова.

Имајући у виду све наведено, чини нам се да није оправдано сужавати домет односних одредаба и тиме спречити повериоца да захтева испуњење дужникове обавезе по основу уговора о уговорној казни сачињеног у форми извршног јавнобележничког записа независно од захтева за испуњење главне обавезе.

ЗАКЉУЧАК

Уговорна казна је новчани износ или друга материјална корист коју дужник дугује повериоцу уколико своју неновчану обавезу уопште не испуни или је не испуни благовремено. Уколико је уговорна казна предвиђена за случај неиспуњења главне обавезе, те до испуњења заиста и не дође, поверилац може да захтева или испуњење главне обавезе, или исплату уговорне казне. Са друге стране, када је уговорна казна предвиђена за случај задоцњења поверилац може да захтева и једно, и друго, тј. и испуњење главне обавезе и исплату дугованог по основу уговорне казне.

Обавеза дужника да повериоцу исплати одређени новчани износ или преда другу материјалну корист уколико не испуни главну обавезу, односно уколико задоцни са испуњењем може настати само на основу уговора. Будући да се уговорном казном настоји извршити притисак на дужника да уредно испуни главну обавезу, право повериоца на уговорну казну је акцесорно, односно дели правну судбину главне обавезе. Акцесорност једног права може се манифестовати у домену настанка, обима, припадања, реализације и престанка.

У раду је разматрано питање акцесорности уговорне казне у реализацији и могућност самосталног истицања захтева за исплату уговорне казне, независно од захтева за испуњење главне обавезе. С обзиром на то да код уговорне казне због неиспуњења поверилац може само да бира да ли ће од дужника захтевати испуњење главне обавезе или испуњење дугованог на име уговорне казне, таква акцесорност неспорно не постоји. То јест, захтев за исплату уговорне казне због неиспуњења се и не може истицати другачије, него самостално у односу на захтев за испуњење главне обавезе. Са друге стране, код уговорне казне због задоцњења ово питање такође није спорно

у случају када је поверилац већ примио задоцнело испуњење будући да је у ЗОО изричито предвиђено да он може након тога да захтева исплату уговорне казне уколико благовремено обавести дужника да задржава ово право. Стога, питање акцесорности у реализацији, односно могућност самосталног истицања захтева за исплату уговорне казне спорно је само у случају када је уговорна казна предвиђена за случај задоцњења, а поверилац још увек није примио задоцнело испуњење. Према схватању аутора, таква могућност постоји, с обзиром на то да у тренутку падања дужника у доцњу, поверилац стиче, ново, самостално субјективно право. Аргументи у прилогу овом схватању произлазе како из одредаба ЗОО, тако и из функција овог института које би изостале уколико би поверилац могао да истиче захтев за исплату по основу уговора о уговорној казни само заједно и истовремено са захтевом за испуњење главне обавезе.

Према ЗОО, уговор о уговорној казни мора бити закључен у форми која је предвиђена за уговор из којег произлази главна обавеза чије се уредно испуњење настоји обезбедити уговорном казном. Међутим, правило о паралелизму форме ЗОО не значи и то да стране не могу сагласношћу воља предвидети одређену форму као битан услов за пуноважан настанак уговора о уговорној казни. То значи да овај уговор може бити закључен у најсторжој форми, форми извршног јавнобележничког записа и онда када главна обавеза не проистиче из уговора закљученог у форми која му даје својство извршне исправе, као и онда када главна обавеза уопште не проистиче из уговора.

Управо у овим ситуацијама долази до изражаја нецелисходност условљавања остваривања захтева за исплату уговорне казне истовременим истицањем захтева за испуњење главне обавезе. То би значило да поверилац, иако има самосталан захтев за исплату уговорне казне и извршну исправу на основу које може принудно да га оствари мора претходно да води парнични поступак ради стицања извршне исправе у којој ће бити садржано главно потраживање да би тек потом заједно захтевао принудно остварење оба захтева. Сматрамо да би се у овом случају обесмислила форма извршног јавнобележничког записа која служи лакшем намирењу повериоачевог потраживања које је у њему садржано и са чијим непосредним намирењем се и сам дужник сагласио. Због тога, према мишљењу аутора, у овом случају би требало дозволити принудно остварење захтева за исплату уговорне казне због задоцњења у складу са одговарајућим одредбама ЗЈБ и ЗИО о извршењу условљеног потраживања.

Sanja M. Radovanović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs

Nikolina B. Mišćević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

On the Realization of the Contractual Penalty Agreement Concluded in the Form of a Notarial Record

Abstract: *In a contractual penalty agreement the debtor obliges to pay a certain amount of money to the creditor or to provide him with some other material benefit if he fails to fulfill the main obligation, or if he fails to fulfill it in a timely manner. It is indisputable in the domestic legal theory that a contractual penalty is an accessory right in relation to a claim whose security it serves, but the extent of its accessoriness is arguable. Authors in this paper analyze the accessoriness of the contractual penalty in the domain of realization, i.e. the question of possible claim for payment of the contractual penalty, irrespective of the requirement for compulsory settlement of the main claim. This issue becomes complex in the case of contractual penalties for delay in performance, when the creditor has not yet received, nor demanded fulfillment of the main obligation. Therefore, the authors try to answer the above question in context of the possibility of concluding a contractual penalty agreement in the form of an executive notarial record and the possible compulsory settlement of the claim for a contractual penalty on the basis of this enforceable title.*

Keywords: *contractual penalty, contractual penalty for delay in performance, accessoriness in realization, form of contractual penalty agreement, executive notarial record.*

Датум пријема рада: 12.02.2018.