



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ

Правни факултет у Новом Саду



ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор:
Проф. др Сања Савчић

Кандидат:
Николина Мишчевић, ДП 1/2015

Нови Сад, 2022. године

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ОБРАЗАЦ – 5а
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

КЉУЧНА ДОКУМЕНТАЦИЈСКА ИНФОРМАЦИЈА¹

Врста рада:	Докторска дисертација
Име и презиме аутора:	Николина Мишчевић
Ментор (титула, име, презиме, звање, институција)	др Сања Савчић, ванредни професор, Правни факултет у Новом Саду
Наслов рада:	Јавнобележничка форма облигационих уговора
Језик публикације (писмо):	Српски (ћирилица)
Физички опис рада:	Унети број: Страница 376 Поглавља 7 Референци 347 Табела Слика Графикана Прилога
Научна област:	Грађанскоправна
Ужа научна област (научна дисциплина):	Облигационо право
Кључне речи / предметна одредница:	Облигационо право, уговор, форма облигационих уговора, јавнобележничка форма облигационих уговора
Резиме на језику рада:	Иако је јавно бележништво први пут уведено Законом о јавним бележницима (нотарима) 1930. године оно у српском праву нема дугу традицију. Овај закон важио је само до 1944. године, при чему до тада на највећем делу територије Србије јавно бележништво није ни успостављено. У послератној литератури се о јавнобележничкој форми уговора врло мало говорило због чега је у време доношења Закона о јавним бележницима 2011. године она перципирана као нешто сасвим ново. Реакције стручне јавности на увођење нових врста форме у наш правни систем биле су разноврсне. Оне су се кретале од

¹ Аутор докторске дисертације потписао је и приложио следеће Обрасце:

5б – Изјава о ауторству;

5в – Изјава о истоветности штампане и електронске верзије и о личним подацима;

5г – Изјава о коришћењу.

Ове Изјаве се чувају на факултету у штампаном и електронском облику и не корице се са тезом.

	<p>оптимизма и великих очекивања од нових врста форме у доктрини до оштрог протеста адвоката због њиховог увођења.</p> <p>У нашем правном систему разликују се три врсте јавнобележничке форме облигационих уговора – јавнобележнички запис, јавнобележнички потврђена (солемнизована) приватна исправа и јавнобележничка овера потписа. Док је овера потписа постојала у нашем праву и пре увођења јавног бележничтва, јавнобележнички запис и солемнизована приватна исправа представљају нове врсте форме у нашем правном систему. Учешћем јавног бележника у закључењу уговора обезбеђује се додатни квалитет форме уговора јер се ради о носиоцу јавних овлашћења, стручњаку који је дужан да се стара о интересу обеју уговорних страна и да поступа у складу са начелима непристрасности, независности, поверљивости, поучавања и др. начелима вршења јавнобележничке делатности. На тај начин, овим врстама форме, сразмерно степену учешћа јавног бележника, омогућује се остваривање више функција форме уговора и у већем обиму него што је то могуће постићи обичном писаном формом.</p> <p>Свеобухватна анализа јавнобележничке форме облигационих уговора, а посебно јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе указује на то да је њихово увођење у наш правни систем оправдано, те да се њиховим постојањем обезбеђује већи степен заштите интереса уговорних страна, јавног интереса или интереса трећих лица. Постојање ових врста форме уговора доприноси правној сигурности, растерећењу судова и олакшавању приступа правосудју.</p> <p>То, међутим, не значи да законодавац треба често и олако да условљава пуноважан настанак уговора њиховим закључењем у одређеној форми. У нашем праву владајуће је начело неформалности, а оно представља један аспект начела слободе уговарања, једног од основних начела облигационог права. Ограничавању ове слободе прописивањем обавезне форме законодавац треба да прибегава само онда када за то постоји оправдан разлог. Он може да се огледа у остварењу одређених правнополитичких циљева, односно заштити интереса уговорних страна, јавног интереса или интереса трећих лица. И тада, законодавац треба да се определи за форму којом се омогућује остварење ових циљева уз што мање ограничење слободе уговарања, минимално успоравање правног промета и што мање трошкове за уговорне стране. До оптималне врсте форме уговора законодавац може доћи утврђивањем функција које форма мора да остварује у конкретном случају. За то је претходно потребно одредити функције форме уговора прецизније него што је то у претежном делу домаће литературе до сада учињено.</p>
<p>Датум прихватања теме од стране надлежног већа:</p>	<p>29. октобар 2020. године</p>

Датум одбране: (Попуњава одговарајућа служба)	
Чланови комисије: (титула, име, презиме, звање, институција)	Председник: проф. др Бојан Пајтић, редовни професор, Правни факултет у Новом Саду Члан: проф. др Никола Бодирога, редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду Члан: проф. др Сања Савчић, ванредни професор, Правни факултет у Новом Саду Члан: проф. др Атила Дудаш, ванредни професор, Правни факултет у Новом Саду
Напомена:	

KEY WORD DOCUMENTATION²

Document type:	Doctoral dissertation
Author:	Nikolina Mišćević
Supervisor (title, first name, last name, position, institution)	Ph.D. Sanja Savčić, Associate professor Faculty of Law Novi Sad
Thesis title:	Notary Form of Obligation Contracts
Language of text (script):	Serbian language (cyrillic)
Physical description:	Number of: Pages 376 Chapters 7 References 347 Tables Illustrations Graphs Appendices_____
Scientific field:	Civil law
Scientific subfield (scientific discipline):	Law of obligations
Subject, Key words:	Law of obligations, contract, form of obligation contracts, notary form of obligation contracts
Abstract in English language:	<p>Although notary public system was first introduced by the Law on Notaries Public in 1930, it does not have a long tradition in the Serbian legislature. This law was valid only until 1944, during which time a notary public system was not even established in most of the territory of Serbia. In the post-war literature, very little was said about the notarial form of the contract, which is why at the time of the adoption of the Law on Notary Public Office in 2011, it was perceived as something completely new. The reactions of the professional public to the introduction of new types of form in our legal system were diverse. They ranged from optimism and high expectations from new types of form in the doctrine to the strong protest of lawyers because of their introduction.</p> <p>In our legal system, there are three types of notarial forms of obligation contracts - notary public record, notary public confirmed</p>

² The author of doctoral dissertation has signed the following Statements:

56 – Statement on the authority,

5B – Statement that the printed and e-version of doctoral dissertation are identical and about personal data,

5r – Statement on copyright licenses.

The paper and e-versions of Statements are held at the faculty and are not included into the printed thesis.

	<p>(solemnized) private document and notary public signature verification. While signature verification existed in our law even before the introduction of notary public, notarial record and solemnized private document represent new types of form in our legal system. The participation of the notary public in the process of concluding the contract provides an additional quality of the contract form because s/he is a holder of a public authority, an expert who is obliged to take care of the interests of both parties and to act in accordance with the principles of impartiality, independence, confidentiality, teaching and other principles of performing notary public activities. In this way, these types of forms, in proportion to the degree of participation of the notary public, enable the accomplishment of more functions of the contract form and to a greater extent than can be achieved in ordinary written form.</p> <p>A comprehensive analysis of the notarial form of contractual obligations, especially notary public records and solemnized private documents, indicates that their introduction into our legal system has been justified, and that their existence provides a greater degree of protection of contracting parties, public interests or third parties. The existence of these types of forms contributes to legal certainty, relieving of the courts and facilitating access to the justice system.</p> <p>However, this does not mean that the legislator should often and lightly condition the valid conclusion of contracts by concluding them in a certain form. In our law, the ruling principle is informality, which represents one aspect of the principle of freedom of contract as one of the basic principles of the law of obligations. The legislator should choose to restrict this freedom by prescribing the obligatory form only when there is a justifiable reason for it. It can be reflected in the achievement of certain legal and political goals, i.e., the protection of the interests of contracting parties, the public interest, or the interests of third parties. Even then, the legislator should opt for a form that enables the achievement of these goals with the least possible restriction of freedom of contract, minimal slowdown of legal transactions and the lowest possible costs for the contracting parties. The legislator can reach the optimal type of contract form by determining the functions that the form must perform in a particular case. For that, it is necessary to determine the functions of the form of the contract more precisely than it has been done so far in the predominant part of the domestic literature.</p>
Accepted on Scientific Board on:	29.10. 2020.
Defended: (Filled by the faculty service)	
Thesis Defend Board: (title, first name, last name, position, institution)	<p>President: Ph.D. Bojan Pajtić, Full Professor, Faculty of Law Novi Sad</p> <p>Member: Ph. D. Nikola Bodiroga, Full Professor, Faculty of Law Belgrade</p> <p>Member: Ph. D. Sanja Savčić, Associate Professor, Faculty of Law Novi Sad</p> <p>Member: Ph. D. Atila Dudaš, Associate Professor, Faculty of Law Novi Sad</p>

Note:	
-------	--

САДРЖАЈ

Сажетак	1
Summary	3
I УВОД	5
II ПОЈАМ ФОРМЕ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА	10
1. Начело формалности и начело неформалности	10
1.1. Начело формалности	10
1.2. Начело неформалности	11
2. Однос форме облигационих уговора и начела приватне аутономије	13
2.1. Форма уговора као ограничење слободе уговарања	14
2.2. Форма уговора као средство заштите начела слободе уговарања	15
3. Врсте форме облигационих уговора	17
3.1. Врсте форме уговора према начину настанка	17
3.1.1. Законска форма уговора	17
3.1.2. Уговорена форма	18
3.2. Врсте форме према правном дејству	21
3.2.1. Битна форма	21
3.2.2. Доказна форма (<i>ad probationem</i>) и форма простог доказа о постојању уговора	22
3.3. Врсте форме према начину испољавања	25
3.3.1. Писана форма	25
3.3.2. Електронска форма	27
3.3.2.1. Електронска форма уговора у домаћој теорији	29
3.3.2.2. Електронска форма уговора у домаћем законодавству	31
3.3.2.3. Постојање основа за признање електронске форме уговора у Закону о облигационим односима и предлог <i>de lege ferenda</i>	32
3.3.3. Реална форма	33
3.3.3.1. О месту реалних уговора у подели на формалне и неформалне уговоре	33
3.3.3.2. Реална форма у Аустрији	36
3.3.3.3. Реална форма у Немачкој	37
3.3.3.4. Реална форма у домаћем праву	40
III О ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИШТВУ	43
1. Појам јавног бележництва	43
2. Врсте јавног бележництва	43
2.1. Европскоконтинентално јавно бележништво	43
2.2. Англосаксонско јавно бележништво	46

3. Начела вршења јавнобележничке делатности -----	47
3.1. Начело слободног приступа јавном бележнику -----	48
3.2. Начело непристрасности -----	49
3.3. Начело независности -----	51
3.4. Начело поверљивости -----	54
3.5. <i>Numerus clausus</i> и начело територијалности -----	55
3.6. Начело поучавања -----	58
4. Овлашћења јавног бележника -----	59
4.1. Овлашћења јавног бележника према Закону о јавним бележницима (нотарима) -----	59
4.1.1. Укратко о доношењу и важењу ЗЈБКЈ -----	59
4.1.2. Овлашћења јавног бележника према ЗЈБКЈ -----	62
4.2. Овлашћења јавног бележника према Закону о јавном бележништву -----	64
4.2.1. Јавнобележничке исправе -----	64
4.2.2. Јавнобележнички депозит -----	66
4.2.3. Јавни бележник као повереник суда или другог државног органа -----	67
IV ФУНКЦИЈЕ ФОРМЕ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА -----	70
1. Уопштено о функцијама форме -----	70
2. Функције форме -----	73
2.1. Функција доказивања -----	73
2.2. Функција аутентификације и функција идентификације -----	75
2.3. Функција комуникације -----	76
2.4. Функција информисања -----	76
2.5. Функција индиције -----	77
2.6. Функција разграничења или финализације -----	77
2.7. Функција публицијетета -----	78
2.8. Функција контроле -----	79
2.9. Функција отежавања закључења уговора ради регулисања тржишта -----	80
2.10. Функција заштите правног промета и поверилаца -----	81
2.11. Функција омогућавања настанка -----	82
2.12. Функција упозорења и заштите од пренагљености -----	82
2.13. Функција поучавања -----	85
2.13.1. Утврђивање намере странака -----	85
2.13.2. Утврђивање чињеничног стања -----	87
2.13.3. Поучавање странака -----	88
2.13.3.1. Адресати, садржина и обим поучавања -----	90
2.13.3.2. Економске последице уговора -----	92
2.13.3.3. Пореске последице -----	93
3. Хајсово схватање о одређивању циљева појединих услова форме -----	96

**V ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА У
УПОРЕДНОМ ПРАВУ -----98**

1. Јавнобележничка форма облигационих уговора у немачком праву ----- 98

1.1. О врстама форме уговора у немачком праву уопште -----	98
1.2. Јавнобележнички запис (<i>notarielle Beurkundung</i> , јавнобележничка потврда) -----	100
1.2.1. Поступак састављања јавнобележничког записа -----	100
1.2.1.1. Означавање нотара и странака -----	102
1.2.1.2. Изјаве воље -----	104
1.2.1.3. Упућивање и позивање на други документ-----	105
1.2.1.3.1. Позивање на други документ (<i>Bezugnahme; Hinweis</i>)-----	106
1.2.1.3.2. Упућивање или позивање на други документ?-----	107
1.2.1.4. Читање записа -----	109
1.2.1.5. Сагласност (<i>Genehmigung</i>)-----	113
1.2.1.6. Потписи странака и нотара -----	114
1.3. Овера потписа (<i>Öffentliche Beglaubigung</i> , јавна овера)-----	116
1.3.1. Поступак овере -----	117
1.3.2. Овера бланко потписа -----	117
1.3.3. Доказна снага клаузуле о овери и приватне исправе-----	118
1.3.4. Контрола садржине исправе и дужност поучавања -----	119

2. Јавнобележничка форма облигационих уговора у аустријском праву -----120

2.1. О врстама форме уговора у аустријском праву уопште -----120

2.2. Јавнобележнички запис (<i>Notariatsakt</i> , јавнобележнички акт) -----	123
2.2.1. Поступак састављања јавнобележничког записа -----	124
2.2.1.1. Утврђивање идентитета, пословне способности и овлашћења за закључење правног посла -----	125
2.2.1.2. Обавеза испитивања и поучавања -----	128
2.2.1.3. Читање јавнобележничког записа -----	129
2.2.1.4. Сагласност и потписи странака -----	130
2.2.2. Јавнобележнички запис као јавна исправа -----	130
2.3. Солеmnизација приватне исправе (<i>Solennisierung</i>)-----	131
2.4. Овера потписа (<i>öffentliche Beglaubigung</i> , јавна овера)-----	134
2.4.1. Поступак оверавања -----	134
2.4.2. Клаузула о оверавању потписа -----	136
2.4.3. Овера бланко потписа -----	137
2.4.4. Контрола садржине исправе и дужност поучавања -----	137

**VI ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА У ДОМАЋЕМ
ПРАВУ ----- 140**

A. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИ ЗАПИС -----	140
1. Јавнобележнички запис у Закону о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије (ЗЈБКЈ) -----	140
1.1. Поступак састављања јавнобележничког записа-----	140
1.1.1. Утврђивање идентитета, пословне способности и овлашћења за закључење правног посла-----	140
1.1.2. Обавеза испитивања и поучавања-----	141
1.2. Садржина јавнобележничког записа-----	142
2. Јавнобележнички запис у Закону о јавним бележништву (ЗЈБ) -----	144
2.1. Појам јавнобележничког записа-----	144
2.2. Поступак сачињавања и садржина јавнобележничког записа-----	144
2.2.1. Странке и други субјекти поступка-----	145
2.2.1.1. Странке-----	145
2.2.1.2. Сведоци-----	146
2.2.1.2.1. Сведоци идентитета-----	146
2.2.1.2.2. Позвани сведоци-----	147
2.2.1.3. Преводиоци и тумачи-----	148
2.2.2. Ток поступка-----	149
2.2.2.1. Припремна фаза-----	149
2.2.2.1.1. Утврђивање идентитета-----	149
2.2.2.1.1.1. Утврђивање идентитета увидом у службену исправу са фотографијом-----	150
2.2.2.1.1.2. Утврђивање идентитета помоћу сведока идентитета-----	152
2.2.2.1.1.3. Последице немогућности да се утврди идентитет и пропусти јавног бележника у вези са утврђивањем идентитета странака-----	152
2.2.2.1.2. Утврђивање пословне способности-----	154
2.2.2.1.3. Утврђивање овлашћења за заступање-----	155
2.2.2.2. Фаза писмене редакције-----	157
2.2.2.2.1. Формулисање текста уговора-----	157
2.2.2.2.2. Поучавање странака о правном домашају уговора-----	160
2.2.2.3. Фаза признавања јавнобележничког записа-----	161
2.2.2.3.1. Читање јавнобележничког записа-----	161
2.2.2.3.2. Сагласност странака-----	164
2.2.2.3.3. Потписивање исправе-----	165
2.2.2.3.4. Ванредни поступак признавања-----	166
2.3. Садржина јавнобележничког записа-----	168
2.4. Јавнобележнички запис до измене ЗЈБ из 2015. године-----	169
2.5. Уговори у форми јавнобележничког записа из чл. 82 и 83 ЗЈБ након измена и допуна ЗЈБ, ЗВП, ЗПН, ЗН и ПЗ од 22. јануара 2015. године-----	172
Б. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИ ПОТВРЂЕНА (СОЛЕМНИЗОВАНА) ПРИВАТНА ИСПРАВА -----	174

1. Солемноизована приватна исправа у Закону о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије (ЗЈБКЈ)-----	174
2. Солемноизована приватна исправа у Закону о јавном бележништву (ЗЈБ) -----	175
2.1. Појам sollemnizovane приватне исправе -----	175
2.2. Поступак sollemnizације приватне исправе -----	176
2.2.1. Припремна фаза -----	176
2.2.1.1. Испитивање подобности приватне исправе за sollemnizацију-----	176
2.2.1.2. Утврђивање идентитета странака и других учесника поступка, постојања пословне способности и овлашћења за заступање -----	177
2.2.2. Фаза признавања исправе -----	177
2.3. Солеmnизациона клаузула -----	177
2.4. Солеmnизација приватне исправе пре измене ЗЈБ из јануара 2015. године -----	179
2.5. Промене у институту sollemnизације приватне исправе као последица измене ЗЈБ из 2015. године -----	180
3. Различити модели sollemnизације приватне исправе у домаћем и упоредном праву -----	182
3.1. О sollemnизацији приватне исправе у хрватском праву-----	182
3.2. О sollemnизацији приватне исправе у црногорском праву -----	184
3.3. Четири различита модела sollemnизације приватне исправе-----	188
В. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ОВЕРА ПОТПИСА (ЛЕГАЛИЗАЦИЈА) -----	189
1. Јавнобележничка овера потписа у Закону о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије (ЗЈБКЈ)-----	189
2. Јавнобележничка овера потписа у Закону о јавном бележништву (ЗЈБ) -----	190
2.1. Појам оверавања потписа -----	190
2.2. Поступак оверавања потписа (легалizације)-----	193
2.2.1. Утврђивање идентитета подносиоца исправе -----	194
2.2.2. Контрола исправе -----	194
2.2.3. Потписивање исправе или признавање потписа -----	197
2.3. Клаузула о оверавању потписа -----	197
2.4. Оверавање бланко потписа -----	199
2.5. Посебни случајеви овере потписа-----	200
Г. ФУНКЦИЈЕ КОЈЕ СЕ ОСТВАРУЈУ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКОМ ФОРМОМ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА -----	202
1. Функције које се остварују формом јавнобележничког записа -----	202
2. Функције које се остварују формом јавнобележнички потврђене (solemnizоване) приватне исправе	206
3. Функције које се остварују формом јавнобележничке овере потписа-----	210
Д. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА ПОЈЕДИНИХ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ-----	213

1. Јавнобележничка форма појединих облигационих уговора у домаћем праву – <i>de lege lata</i> -----	213
1.1. Уговор о промету непокретности -----	213
1.1.1. Еволуција форме уговора о промету непокретности у домаћем праву-----	214
1.1.2. Функције форме уговора о промету непокретности -----	217
1.1.2.1. Функције форме уговора о промету непокретности у немачком праву -----	217
1.1.2.2. Функције форме уговора о промету непокретности у домаћем праву-----	221
1.1.2.2.1. Функција доказивања -----	224
1.1.2.2.2. Функција публицитета -----	224
1.1.2.2.3. Функција контроле-----	224
1.1.2.2.4. Функције упозорења и поучавања -----	225
1.2. Уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица -----	231
1.2.1. О ширини појмова „располагање“ и „пословно неспособна лица“ из чл. 82, ст. 1, тач. 1 ЗЈБ 231	
1.2.2. Функције форме уговора о располагању непокретностима пословно неспособних лица -----	234
1.3. Уговор о хипотеци -----	235
1.3.1. Функције форме уговора о хипотеци -----	237
1.3.1.1. Функције упозорења и поучавања -----	237
1.3.1.2. Функција контроле -----	238
1.3.1.3. Функција публицитета-----	239
1.3.2. Уговор о хипотеци као извршна исправа-----	240
1.4. Уговор о уступању и расподели имовине за живота -----	242
1.5. Уговор о доживотном издржавању -----	246
1.5.1. Форма тзв. неправог уговора о доживотном издржавању -----	251
2. Јавнобележничка форма поједних облигационих уговора – <i>de lege ferenda</i> -----	257
2.1. Уговор о јемству -----	257
2.2. Обећање поклона покретне ствари-----	263
2.2.1. Уговор о поклону покретних ствари у упоредном праву -----	264
2.2.1.1. Немачка-----	264
2.2.1.2. Аустрија -----	264
2.2.1.3. Швајцарска-----	265
2.2.2. Форма обећања поклона у домаћем праву -----	266
2.2.2.1. Домаћа регулатива пре доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације -----	266
2.2.2.2. Домаћа регулатива након доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације -----	270
2.2.3. Форма изјаве о прихвату-----	271
2.2.4. Форма обећања поклона <i>de lege ferenda</i> -----	272
Б. ПАРАЛЕЛИЗАМ ФОРМИ ГЛАВНОГ УГОВОРА ЗА КОЈИ ЈЕ ПРЕВИЂЕНА	
ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА И ПУНОМОЋЈА-----	274
1. Форма пуномоћја у домаћем праву-----	274

2. Форма пуномоћја у немачком, швајцарском и аустријском праву -----	280
3. О форми пуномоћја у контексту пословне способности пуномоћника и учења о неутралним правним пословима-----	285
Е. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕДОСТАКА ОБАВЕЗНЕ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКЕ ФОРМЕ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА -----	289
1. Правне последице недостатака обавезне форме облигационих уговора у аустријском праву ---	290
2. Правне последице недостатака обавезне форме облигационих уговора у немачком праву -----	294
2.1. Изузеци од санкције ништавости-----	296
2.1.1. Законско одступање од последице ништавости-----	296
2.1.2. Конвалидација -----	296
2.1.2.1. Различити покушаји сврставања правила о конвалидацији у догматски оквир нГЗ -----	296
2.1.2.2. Схватања о конвалидацији уговора који су ништави због недостатка обавезне форме --	298
2.1.2.2.1. Споразум о правном основу који важи без састављања у одређеној форми -----	298
2.1.2.2.2. Потврда -----	298
2.1.2.2.3. Остварење циљева форме испуњењем уговора -----	299
2.1.2.2.4. Конвалидација као вид заштите поверења -----	300
2.1.2.2.5. Искључење захтева за враћање датог из разлога правне сигурности-----	301
2.1.2.2.6. Правила о конвалидацији не заснивају се на јединственом принципу који би олакшао њихово тумачење -----	302
2.1.3. Недопуштено позивање на недостатак форме-----	305
2.1.4. Конверзија-----	307
3. Правне последице недостатака битне форме облигационих уговора у српском праву -----	309
3.1. Формални уговор којем недостаје обавезна форма према схватању домаћих аутора - ништав или непостојећи уговор?-----	310
3.1.1. О непостојећим уговорима у домаћој доктрини -----	310
3.1.2. Формални уговор којем недостаје обавезна форма је непостојећи уговор -----	311
3.1.3. Формални уговор којем недостаје обавезна форма је ништав уговор -----	314
3.2. Изузеци од санкције ништавости-----	317
3.2.1. Конвалидација -----	317
3.2.1.1. Конвалидација уговора за које је предвиђена јавнобележничка форма -----	318
3.2.2. Изузетак од санкције ништавости из чл. 70 ЗОО, ст. 1 -----	320
3.2.3. Недопуштено позивање на недостатак форме-----	321
3.2.4. Конверзија-----	322
VII ЗАКЉУЧАК -----	326
ЛИТЕРАТУРА -----	335
План третмана података -----	356

Сажетак

Иако је јавно бележништво први пут уведено Законом о јавним бележницима (нотарима) 1930. године оно у српском праву нема дугу традицију. Овај закон важио је само до 1944. године, при чему до тада на највећем делу територије Србије јавно бележништво није ни успостављено. У послератној литератури се о јавнобележничкој форми уговора врло мало говорило због чега је у време доношења Закона о јавним бележницима 2011. године она перципирана као нешто сасвим ново. Реакције стручне јавности на увођење нових врста форме у наш правни систем биле су разноврсне. Оне су се кретале од оптимизма и великих очекивања од нових врста форме у доктрини до оштрог протеста адвоката због њиховог увођења.

У нашем правном систему разликују се три врсте јавнобележничке форме облигационих уговора – јавнобележнички запис, јавнобележнички потврђена (солемнизована) приватна исправа и јавнобележничка овера потписа. Док је овера потписа постојала у нашем праву и пре увођења јавног бележништва, јавнобележнички запис и солемнизована приватна исправа представљају нове врсте форме у нашем правном систему. Учешћем јавног бележника у закључењу уговора обезбеђује се додатни квалитет форме уговора јер се ради о носиоцу јавних овлашћења, стручњаку који је дужан да се стара о интересу обеју уговорних страна и да поступа у складу са начелима непристрасности, независности, поверљивости, поучавања и др. начелима вршења јавнобележничке делатности. На тај начин, овим врстама форме, сразмерно степену учешћа јавног бележника, омогућује се остваривање више функција форме уговора и у већем обиму него што је то могуће постићи обичном писаном формом.

Свеобухватна анализа јавнобележничке форме облигационих уговора, а посебно јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе указује на то да је њихово увођење у наш правни систем оправдано, те да се њиховим постојањем обезбеђује већи степен заштите интереса уговорних страна, јавног интереса или интереса трећих лица. Постојање ових врста форме уговора доприноси правној сигурности, растерећењу судова и олакшавању приступа правосуђу.

То, међутим, не значи да законодавац треба често и олако да условљава пуноважан настанак уговора њиховим закључењем у одређеној форми. У нашем праву владајуће је начело неформалности, а оно представља један аспект начела слободе

уговарања, једног од основних начела облигационог права. Ограничавању ове слободе прописивањем обавезне форме законодавац треба да прибегава само онда када за то постоји оправдан разлог. Он може да се огледа у остварењу одређених правнополитичких циљева, односно заштити интереса уговорних страна, јавног интереса или интереса трећих лица. И тада, законодавац треба да се определи за форму којом се омогућује остварење ових циљева уз што мање ограничење слободе уговарања, минимално успоравање правног промета и што мање трошкове за уговорне стране. До оптималне врсте форме уговора законодавац може доћи утврђивањем функција које форма мора да остварује у конкретном случају. За то је претходно потребно одредити функције форме уговора прецизније него што је то у претежном делу домаће литературе до сада учињено.

Summary

Although notary public system was first introduced by the Law on Notaries Public in 1930, it does not have a long tradition in the Serbian legislature. This law was valid only until 1944, during which time a notary public system was not even established in most of the territory of Serbia. In the post-war literature, very little was said about the notarial form of the contract, which is why at the time of the adoption of the Law on Notary Public Office in 2011, it was perceived as something completely new. The reactions of the professional public to the introduction of new types of form in our legal system were diverse. They ranged from optimism and high expectations from new types of form in the doctrine to the strong protest of lawyers because of their introduction.

In our legal system, there are three types of notarial forms of obligation contracts - notary public record, notary public confirmed (solemnized) private document and notary public signature verification. While signature verification existed in our law even before the introduction of notary public, notarial record and solemnized private document represent new types of form in our legal system. The participation of the notary public in the process of concluding the contract provides an additional quality of the contract form because s/he is a holder of a public authority, an expert who is obliged to take care of the interests of both parties and to act in accordance with the principles of impartiality, independence, confidentiality, teaching and other principles of performing notary public activities. In this way, these types of forms, in proportion to the degree of participation of the notary public, enable the accomplishment of more functions of the contract form and to a greater extent than can be achieved in ordinary written form.

A comprehensive analysis of the notarial form of contractual obligations, especially notary public records and solemnized private documents, indicates that their introduction into our legal system has been justified, and that their existence provides a greater degree of protection of contracting parties, public interests or third parties. The existence of these types of forms contributes to legal certainty, relieving of the courts and facilitating access to the justice system.

However, this does not mean that the legislator should often and lightly condition the valid conclusion of contracts by concluding them in a certain form. In our law, the ruling principle is informality, which represents one aspect of the principle of freedom of contract as

one of the basic principles of the law of obligations. The legislator should choose to restrict this freedom by prescribing the obligatory form only when there is a justifiable reason for it. It can be reflected in the achievement of certain legal and political goals, i.e., the protection of the interests of contracting parties, the public interest or the interests of third parties. Even then, the legislator should opt for a form that enables the achievement of these goals with the least possible restriction of freedom of contract, minimal slowdown of legal transactions and the lowest possible costs for the contracting parties. The legislator can reach the optimal type of contract form by determining the functions that the form must perform in a particular case. For that, it is necessary to determine the functions of the form of the contract more precisely than it has been done so far in the predominant part of the domestic literature.

I УВОД

У већини европских земаља јавно бележништво има дугу традицију. Мада у наше право није први пут уведено доношењем Закона о јавном бележништву из 2011. године, у то време, у домаћој стручној јавности је јавно бележништво посматрано као новум у нашем правном систему. То није изненађујуће будући да је оно уведено у правни систем тадашње Краљевине Југославије Законом о јавним бележницима (нотарима) из 1930. године да би до његовог укидања дошло већ 1944. године. При томе, ни за време важења овог закона на највећем делу територије Србије јавно бележништво није ни било успостављено. У деценијама које су уследиле у домаћој доктрини није било много речи о јавним бележницима, нити формама уговора које подразумевају њихово учешће. Уколико би у радовима домаћих цивилиста и било речи о јавнобележничким врстама форме, њено помињање би се углавном сводило на констатацију да их важеће право не познаје. Тек крајем 90-их година прошлог века јављају се прве идеје о поновном увођењу јавног бележништва у правни систем Републике Србије да би оно постало предмет већег интересовања у првој деценији 21. века. Аутори који су се бавили овим аспектом јавнобележничке делатности углавном су били сагласни у оцени да се јавнобележничком формом уговора унапређује правна сигурност, растеређују судови, те пружа заштита уговорним странама и јавном интересу. Ипак, радови у којима су садржана схватања ових аутора претежно потичу из периода пре доношења Закона о јавном бележништву 2011. године, или до почетка његове примене 2014. године. Такође, они углавном нису били усмерени само на јавнобележничку форму уговора, већ је она анализирана заједно са другим аспектима јавнобележничке делатности. Супротно оптимизму исказаном у доктрини, у адвокатури је увођење јавног бележништва, а посебно јавнобележничке форме уговора наишло на значајан отпор. Условљавање закључивања одређених врста уговора њиховим састављањем од стране јавног бележника схваћено је у овом делу стручне јавности као удар на адвокатску професију. Гласови против јавнобележничке форме уговора стишали су се тек након измена закона којима је за значајан број уговора ублажен захтев форме, те омогућено учешће адвоката у њиховом састављању. То свакако не значи да су тиме отклоњена сва питања и сумње у вези са новим врстама форме у нашем правном систему.

У свести учесника правног промета обавезна форма уговора најчешће се перципира искључиво као вид ограничења слободе уговарања. Заиста, условљавањем пуноважног настанка уговора изражавањем сагласних изјава воља у одређеном облику

одступа се од начела неформалности као једног од аспеката слободе уговарања – слободе уговорних страна да одреде форму у којој ће закључити уговор. Осим тога, закључивање уговора у одређеном облику подразумева и утрошак времена и средстава контрахената. Међутим, у одређеним случајевима, када је правилно одређена, форма уговора може служити и као средство заштите других аспеката начела слободе уговарања. Јавнобележничка форма уговора подразумева учешће јавног бележника као носиоца јавних овлашћења у поступку закључивања уговора. Јавни бележник као лице од јавног поверења, квалификовани и неспристрасни стручњак поучава стране и стара се о томе да закључе уговор који одговара њиховој вољи. Он испитује и испуњеност услова за закључење предметног уговора и допуштеност његове садржине. Овом формом обезбеђује се висок степен заштите интереса уговорних страна, трећих лица, као и јавног интереса.

Ипак, будући да закључивање уговора у некој од врста јавнобележничке форме уговора захтева одлазак код јавног бележника и плаћање накнаде, то подразумева и веће оптерећење за уговараче. Последишно, јавнобележничка форма може водити успоравању правног промета. Због тога, законодавац приликом прописивања било које форме као услова за пуноважан настанак одређеног уговора мора имати оправдан разлог. Тај разлог огледа се у заштити одређених интереса који могу бити угрожени закључивањем конкретне врсте уговора, односно у остварењу одређених правнополитичких циљева. Потребно је, дакле, у сваком конкретном случају наћи врсту форме уговора која ће бити адекватна за остваривање датих циљева уз максималну поштеду слободе уговарања, брзине правног промета и буџета уговорних страна. То није могуће без претходне темељне анализе циљева, односно функција форме уговора. Иако се у домаћој литератури најчешће помињу две функције форме, доказна и заштитна, њихово прецизније дефинисање неопходно је за утврђивање критеријума којим законодавац треба да се води приликом одређивања оптималне врсте форме уговора. Наиме, није свака форма подобна да оствари све циљеве, односно функције. Учешћем јавног бележника у закључењу уговора, у зависности од степена његовог учешћа, омогућује се остварење свих циљева којима форма уговора може да служи и у већем обиму у односу на остале врсте форме.

Значај прецизног утврђивања различитих функција које се могу остварити формом уговора не исцрпљује се у самом избору одговарајуће врсте форме за конкретан уговор. Штавише, циљ због којег је законодавац императивном нормом прописао одређену

форму може бити релевантан и приликом оцене пуноважности уговора у случају када стране не поступе у складу са том нормом приликом закључења уговора. Од њих, дакле, зависе последице недостатака обавезне форме уговора, као и могућност примене механизма којима би се такав уговор одржао на снази. Из наведеног је видљиво да свеобухватна анализа форме уговора заправо подразумева бављење бројним суштинским питањима.

И поред тога, у домаћој доктрини није учињен покушај интегралног приказа форме уговора у последњих готово шест деценија. Она је и пре (поновног) увођења јавног бележничтва обрађивана у оквиру појединих чланака при чему је и тада интересовање аутора, по правилу, било усмерено на форму уговора о промету непокретности. То, међутим, не значи да се значај форме уговора у међувремену смањило. Штавише, упркос важећем начелу неформалности у савременом праву приметан је пораст броја формалних уговора, као и тенденција поштравања обавезне форме за уговоре чији настанак је већ био условљен закључењем у одређеној форми. Уз то, врло често уговорне стране споразумно услове пуноважан настанак иначе неформалног уговора његовим састављањем у одређеном облику или се сагласе о томе да о већ закљученом уговору саставе исправу. Оне то чине у настојању да обезбеде већи степен сигурности, олакшавањем доказивања постојања и садржине закљученог уговора у случају да међу њима дође до спора у вези са правима и обавезама који су овим уговором засновани.

Мада је од почетка примене Закона о јавним бележницима протекло осам година, не може се рећи да је о јавнобележничкој форми уговора, а посебно о јавнобележничком запису и солемнизованој приватној исправи све познато. Једна од недоумица које су се у вези са овим врстама форме уговора јавиле у судској пракси довела је и до измене једног од најпостојанијих закона у нашем правном систему, Закона о облигационим односима. Циљ овог рада је свеобухватна анализа јавнобележничког записа, јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе и јавнобележничке овере потписа приказивањем поступка састављања и садржине ових исправа, као и функција које се сваком од наведених врста форме могу остварити. Други циљ је утврђивање критеријума који би законодавцу могао да послужи приликом утврђивања оптималне врсте форме за конкретну врсту уговора. У складу са тиме, у раду ће бити преиспитана постојећа законодавна решења којима је за поједине облигационе уговоре предвиђена нека од форми која подразумева учешће јавног бележника у закључивању уговора. Уз то, биће указано и на уговоре за које би законодавац требало да размотри увођење

обавезне јавнобележничке форме уговора имајући у виду њихова правна дејства и евентуалне ризике које контрахенти сnose њиховим закључењем. У светлу измена и допуне Закона о облигационим односима из 2020. године, у раду ће бити анализирано и питање форме пуномоћја које се даје ради закључења уговора за који се захтева нека од јавнобележничких форми. Осим тога, истраживање треба да обухвати и анализу последица недостатака ове форме имајући у виду различите ставове у домаћој литератури о томе да ли је уговор који није закључен у битној форми непостојећи или ништав. У вези с тим потребно је испитати и потенцијалне механизме за отклањање последица непоступања уговорних страна у складу са правилом о обавезној форми уговора који закључују.

Исход истраживања и анализе претходно наведених питања треба да буде закључак о оправданости увођења јавнобележничке форме уговора из аспекта остварења циљева форме, а имајући у виду и њене негативне ефекте.

У раду се превасходно примењују основни методи правне науке, догматички и нормативни метод. Догматички метод служи утврђивању правог значења норме. Његова примена треба да омогући стицање што потпунијег знања о јавнобележничкој форми уговора и њеном правном режиму. Са друге стране, нормативним методом утврђује се њено место у правном систему, однос према уговору као правној установи и другим, ужим скуповима норми од којих је ова установа сачињена.

Свеобухватна обрада теме рада захтева и примену историјскоправног и упоредноправног метода. Ови методи заправо подразумевају примену претходно наведених метода само на другачији предмет. Уместо позитивног права, они се примењују на бивше, односно на страно право. Примена историјскоправног метода потребна је у овом случају имајући у виду да је у домаћем праву установа јавног бележништва постојала у периоду од 1930. до 1944. године. Помоћу овог метода потребно је сагледати правни режим јавнобележничке форме у датом периоду са циљем његовог упоређивања са важећим правним режимом и испитивања у којој мери су норме важећег закона засноване на онима из Закона о јавним бележницима из 1930. године.

Упоредноправни метод у обради теме је од посебног значаја с обзиром на то да јавно бележништво које је код нас релативно скоро поново уведено у већини европских земаља има изузетно дугу традицију. Истраживање страног права усмерено је првенствено на аустријско и немачко право будући да се домаће приватно право традиционално ослања на правну регулативу земаља германског правног круга. Међу

њима је за предмет овог рада од изузетног значаја аустријско право с обзиром на то да је бивши Закон о јавним бележницима из 1930. године настао по угледу на аустријски Закон о нотарским актима из 1871. године. Упознавање правног режима јавнобележничке форме уговора у овим земљама, као и истраживање њихове правне теорије и судске праксе је вишеструко корисно. Оно ће омогућити јасније сагледавање предности и мана ове врсте форме, као и налажење одговора на питања која се у домаћој теорији и судској пракси јављају или ће се тек јавити.

II ПОЈАМ ФОРМЕ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА

1. Начело формалности и начело неформалности

1.1. Начело формалности

Да у једном правном систему важи начело формалности, односно формализма може се рећи уколико је, по правилу, за пуноважан настанак правних послова потребно испуњење одређених формалних захтева, тј. да изјаве воље страна правног посла буду изражене у унапред одређеном облику. Начело формализма карактеристично је за старе правне системе. Оно се нарочито повезује са римским правом за које се каже да се, упркос ублажавању формалних захтева током његовог развоја, никад није у потпуности ослободило формализма.

У литератури се најчешће наводи да је у раном периоду римског права форма била извор уговорне обавезе, тј. да је из ње произлазило дејство уговора, а не из сагласности воља уговорних страна.³ Тако су нпр. код стипулације у том периоду право повериоца и обавеза дужника настајали изговарањем одређених прецизно формулисаних речи од стране обеју уговорних страна.⁴ Такође, највећи број аутора који се баве овим питањем наводи да је у најранијем периоду форма имала религијски, односно магијски карактер и да је била последица ниског степена друштвеног развоја људи.⁵ Будући да је у то време обавеза дужника настајала из изговорених формула или гестова попут додиривања руком или штапом ствари која представља предмет обавезе, за форму тог периода римског права каже се да је форма дејства (*Wirkform*). Тек касније, ослобађањем од утицаја религије, у класичном и посткласичном периоду, мења се карактер форме тако да она више не представља суштину, разлог настанка обавезе, већ постаје само додатак сагласности воља уговорних страна, заштитна форма (*Schutzform*).⁶ Осим тога, развој робноовчане привреде у старом Риму наметнуо је потребу за бржим закључивањем

³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, 82-84.

⁴ Анте Ромац, *Римско право*, Загреб 1981, 211-212.

⁵ Max Kaser, Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, München 2014, 49; А. Ромац, 212; R. Zimmermann, 82. Међутим, поједини аутори оспоравају превалентно схватање о магијском карактеру форме и строгом формализму као последици ниског степена развоја, односно одвајању од формалности као критеријуму развијености и зрелости једног друштва. Вид. пре свих Geoffrey MacCormack, „Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review* 3/1969, 439-468. Тако и у Gy. Diószdi, *Contract in Roman Law – From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981, 29-30, 43.

⁶ M. Kaser, R. Knütel, 49; R. Zimmermann, 82-84.

правних послова што је довело до слабљења формализма, односно појаве реалних и консензуалних контраката.⁷

1.2. Начело неформалности

Начело неформалности, односно консензуализма подразумева да је за пуноважан настанак уговора довољна проста сагласност воља уговорних страна, тј. да изјаве воља уговорних страна не морају бити манифестоване у тачно одређеном и унапред предвиђеном облику. Ово начело важи у свим модерним правним системима. Оно представља један вид манифестације начела слободе уговарања који се огледа у томе да стране могу слободно да изаберу у којој форми ће закључити уговор.

Да је и у нашем праву за настанак уговора довољна проста сагласност воља уговорних страна видљиво је већ из чл. 26 Закона о облигационим односима⁸ у којем је предвиђено да је уговор закључен „када су се стране сагласиле о битним елементима уговора“, као и из чл. 28, ст. 1 према којем воља уговорних страна може бити изражена „речима, уобичајеним знацима или другим понашањем из кога се са сигурношћу може закључити о њеном постојању“. Међутим, наш ЗОО садржи и изричиту одредбу којом се успоставља правило о неформалности уговора. Тако се у чл. 67 који носи назив „Неформалност уговора“, у ст. 1 наводи да „закључење уговора не подлеже никаквој форми осим ако је законом другачије предвиђено“. То пак не значи да су неформални уговори они који немају никакву форму. Свака изјава воље мора бити дата у одређеном облику, како би воља једне уговорне стране постала видљива спољном свету, а пре свих, њеном сауговорачу. Она може бити изражена усмено, писмено, путем одређеног геста и сл. Дакле, неформални су они уговори код којих сагласне изјаве воља уговорних страна могу бити манифестоване у било којем облику. Са друге стране, формални су они који могу бити закључени само у одређеној форми предвиђеној законом или вољом уговорних страна.⁹

Начело неформалности било је прихваћено и у Српском грађанском законнику¹⁰ и Општем имовинском законнику¹¹. У СГЗ је у § 540 је било предвиђено да „уговор једанпут закључен има једнаку силу и важност, био усмено или писмено, био пред судом или ван

⁷ А. Ромац, 212.

⁸ Закон о облигационим односима – ЗОО (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020).

⁹ Драгољуб Аранђеловић, *О формалним изјавама воље*, Београд 1911, 3-4; Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним односима*, Загреб 1978, 307.

¹⁰ Српски грађански законик (Грађански законик за Књажество Србију) – СГЗ из 1844. године.

¹¹ Општи имовински законик за Црну гору – ОИЗ из 1888. године.

суда, пред сведоцима или без њих учињен“. Од принципа неформалности у СГЗ је било предвиђено врло мало изузетака. Међу уговорима облигационог права обавезна форма је захтевана код обећања поклона (§564)¹², као и уговора о коцки (§798) и уговора о игри (§794). Ипак, ни у овим случајевима изостанак форме није водио ништавости уговора, већ само немогућности њиховог принудног остварења. Ништавост као последица недостатка обавезне форме била је предвиђена нпр. за уговор о усвојењу (§145) и уговор о наслеђу између супруга (§780).

У предратној домаћој теорији различита су схватања аутора о правилу о неформалности уговора из СГЗ. С једне стране, *Аранђеловић* предлаже да се уведе принудна писана форма као правило за све правне послове чија вредност прелази 200 динара, с тим да недостатак обавезне форме не би водио ништавости правног посла, већ би само спречио могућност његовог принудног остварења. Тј. из тако сачињеног уговора настајала би само природна облигација.¹³ Супротно њему, *Марковић* сматра решење из СГЗ одговарајућим тадашњем стању у српском друштву имајћи у виду да је у народу већ постојала навика усменог закључивања уговора, а посебно и то да је значајан део становништва у то време био неписмен.¹⁴

Према чл. 498 ОИЗ „у опште је доста да је уговор правилно углављен, те не треба никакве особите вањске одјеће или облика, да би имао закониту снагу“. Наведени § 540 СГЗ готово је идентичан одредби из његовог узора, аустријског Општег грађанског законика, којом је такође предвиђено да уговор може бити закључен усмено или писмено, пред судом или ван суда, са или без сведока, те да ова различитост форме, осим у законом предвиђеним случајевима не прави никакву разлику у погледу обавезности.¹⁵

Посебно правило којим је установљено начело неформалности уговора садржано је и у делу швајцарског Грађанског законика којим се регулишу облигациони односи.¹⁶ Према чл. 11, ст. 1, за пуноважност уговора потребна је посебна форма само онда када је предвиђена законом. За разлику од претходно наведених прописа, немачки Грађански

¹² Више о форми обећања поклона вид. у Николина Мишчевић, „Форма обећања поклона покретне ствари“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2019, 1119-1143.

¹³ Д. Аранђеловић, *О формалним изјавама воље*, 17-21.

¹⁴ Лазар Марковић, *Грађанско право – Прва књига: Општи део и стварно право*, Београд 1927, 237 и 238.

¹⁵ § 883 аустријског Општег грађанског законика (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*) из 1811 са изменама - аГЗ.

¹⁶ чл. 14 петог дела швајцарског Грађанског законика: Облигационо право - шЗОбл (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*) из 1911. са изменама.

законик¹⁷ не садржи одредбу којим се изричито прокламује начело неформалности уговора. Међутим, његово важење у немачком грађанском праву једнако је неспорно као и у претходно поменутиим правним системима.¹⁸

Ипак, ни у једном од ових правних система начело неформалности не важи безизузетно. Штавише, у сваком од њих постоје уговори чији настанак зависи од тога да ли ће сагласност воља уговорних страна бити изражена у одређеној, обавезној форми. Та форма може бити предвиђена законом или вољом уговорних страна. У том случају, форма постаје један од битних услова за пуноважан настанак уговора, поред способности уговарања, сагласности воља, предмета и каузе.

2. Однос форме облигационих уговора и начела приватне аутономије

Начело приватне аутономије једно је од основних начела приватног, односно грађанског права. Оно подразумева да сваки човек може самостално и слободно да одлучи о томе како ће уредити односе у свом приватном животу, без помоћи или патроната државе.¹⁹ Мада начело приватне аутономије није изричито предвиђено оно произлази из права сваког лица на слободан развој личности које је гарантовано Уставом.²⁰ Оно се манифестује у различитим облицима попут мирног уживања имовине, слободе предузетништва итд.²¹ Посебно важан облик приватне аутономије представља слобода уговарања. Слобода уговарања је једно од најважнијих начела уговорног права и подразумева слободу сваког лица да слободно одлучи да ли и са ким ће закључити уговор (*Abschlussfreiheit*), коју врсту уговора ће закључити и каква ће бити садржина тог уговора (*Inhaltsfreiheit*) и у којој форми ће закључити уговор (*Formfreiheit*).²² Она је

¹⁷ Немачки Грађански законик – НГЗ (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) од 18. августа 1896. године, у издању од 2. јануара 2002. године (*BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738*), последњи пут мењан чланом 2 закона од 21. децембра 2021. године (*BGBI. I S. 5252*).

¹⁸ Looschelders Dirk, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, München 2018, 53; Kötz, Hein, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012, 72; Хелдрих у свом делу из 1941. године напомиње да у немачком праву важи начело неформалности, те да није нужно посебно га изразити у закону, али да би то било јасније и пријемчивије народу. Стога, он предлаже у свом раду изричиту одредбу о начелу неформалности сличну оној из шЗОбл. Вид. Karl Heldrich, „Die Form des Vertrages - Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2/1941, 90 и 127. Међутим, до овакве измене у НГЗ није дошло тако да и даље нема изричите одредбе о начелу неформалности.

¹⁹ Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 2014, 17, Rn. 25; Hein Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012, 11; Rn. 22.

²⁰ У чл. 23, ст. 2 Устава Републике Србије предвиђено је да “свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајамчена Уставом“. Тако у немачкој теорији вид. Hans-Joachim Musielak, „Vertragsfreiheit und ihre Grenzen“, *Juristische Schulung (Jus)*, 10/2017, 949.

²¹ Н. Kötz, *Ibid.* Тако у домаћој литератури В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2014, 90 и Марко Кнежевић, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Београд 2016, 387.

²² Dieter Medicus, Stephan Lorenz, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, München 2015, 27-28, Rn. 60-63. Поједини аутори поред ових аспеката слободе уговарања посебно издвајају и слободу избора саговорника

изричито предвиђена у нашем ЗОО. Према чл. 10 овог закона, „стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“.²³ Стога, начело неформалности, тј. правило да за пуноважан настанак уговора није неопходно да изјаве воља уговорних страна буду исказане у одређеном облику, један је од израза начела слободе уговарања, односно начела приватне аутономије.

2.1. Форма уговора као ограничење слободе уговарања

Као што је видљиво из чл. 10 ЗОО, слобода уговарања није апсолутна. Стране се приликом регулисања свог уговорног односа могу кретати у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. Управо један вид ограничења слободе уговарања састоји се у одређивању обавезне форме уговора од стране законодавца. Осим ове опште границе слободе уговарања која је предвиђена у чл. 10 ЗОО, могућност ограничења овог аспекта слободе уговарања законом предвиђена је и у посебној одредби којом се прокламује начело неформалности уговора. Тако према чл. 67, ст. 1 ЗОО „закључење уговора не подлеже никаквој форми осим ако је законом друкчије одређено“. Изузев када је законом предвиђена обавезна форма уговора, до одступања од начела неформалности може доћи и уколико стране пуноважан настанак уговора који је иначе неформалан услове његовим закључењем у одређеној форми или формалног уговора закључењем у строжој форми. Међутим, док прописивање законом обавезне форме за пуноважно закључење уговора представља ограничење слободе уговарања, одређивање обавезне форме сагласним изјавама воља уговорних страна је управо пример манифестације слободе уговарања.

Иако је начело неформалности уговора уведено са циљем да се олакша закључивање уговора и спречи успоравање правног промета сувишним формалностима, последњих деценија приметан је пораст броја формалних уговора, како у упоредном, тако и у домаћем праву. Због тога се у теорији говори о „ренесанси формализма“.²⁴ Овај

(*Partnerfreiheit*) и окончања уговорног односа (*Endigungsfreiheit*). Вид. Ernst A. Kramer у Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages*, Art. 19-22 OR, Bern 1991, 13, Rn. 17.

²³ Мада у ЗОО ова одредба носи назив „Аутономија воље“ њена садржина указује на то да је она ограничена на облигационе односе. У Нацрту Грађанског законика (Нацрт) је одредба о аутономији воље проширена и на друге грађанскоправне односе и гласи „Субјекти грађанских права су слободни да своје односе уреде по својој вољи у границама принудних прописа, јавног поретка, добрих обичаја и морала“. Вид. чл 6 Нацрта.

²⁴ Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд 1964, 22 са даљим упућивањем. О ренесанси захтева форме у немачком законодавству говори *Мертенс* наводећи као пример област заштите

процес подразумева како увођење обавезне форме за уговоре који су раније били неформални, тако и поштравање форме за већ формалне уговоре.²⁵ И поред тога, то не угрожава важење начела неформалности имајући у виду значајно већи број неформалних уговора који се свакодневно закључују.²⁶

У сваком случају, учесници правног промета на обавезну форму уговора не гледају са наклоношћу. Ово посебно због тога што она са собом носи трошкове за уговорне стране који, у зависности од врсте уговора, могу бити значајни. Под тиме се не подразумева само финансијски трошак, већ и утрошак времена.

Међутим, да би законодавац ограничио слободу уговарања увођењем обавезне форме за одређену врсту уговора потребно је да за то има оправдање, а оно се огледа у циљевима које законодавац настоји да оствари посредством обавезне форме уговора. Ти циљеви могу бити различити и служити заштити интереса уговорних страна, трећих лица или заштити општег интереса.²⁷ Циљеви којима форма уговора служи у конкретном случају остају невидљиви уговорним странама, те се обавезна законска форма уговора у свести учесника правног промета, али и у домаћој теорији, по правилу, посматра само у контексту ограничења слободе уговарања.

2.2. Форма уговора као средство заштите начела слободе уговарања

Један од циљева којима обавезна форма уговора може да служи је заштита уговорних страна од пренагљеног обавезивања (*Übereilungsschutz, Warnzweck*). Овај циљ може да се оствари свим врстама форме, али у различитом обиму. Под заштитом од пренагљености се подразумева да се уговорним странама, кроз испуњавање формалности предвиђених законом даје могућност да још једном размисле о уговору који закључују и његовим правним последицама. Приликом давања усмених изјава воље може се догодити да једна страна или обе олако обећају одређену чинидбу, без

потрошача. Вид. у Bernd Mertens, „Die Reichweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB“, *Juristenzeitung*, 9/2004, 431.

²⁵ Као пример овог процеса у домаћем праву може послужити пут уговора о промету непокретности од неформалног уговора према СГЗ до уговора за који је предвиђена форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе. Више о томе вид. у Марија Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у у српском праву“, *Теме*, 4/2015, 1295-1317.

²⁶ Квантитативни однос између формалних и неформалних правних послова *Јеринг* изражава речима „на хиљаду уговора долази једва један тестамент; на стотину уговора о преносу права својине на покретним стварима једва један о преносу права својине на непокретној ствари“. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Zweiter Teil, Leipzig 1926, 503.

²⁷ Више о циљевима форме уговора биће речи у наставку рада.

озбиљнијег разматрања обима и значаја обавезе коју закључењем уговора преузимају. Нпр. приликом предаје ствари или састављања писане исправе буди се већи степен пажње код стране која даје правнорелевантну изјаву воље. Дакле, сачињавањем уговора у одређеној форми се уговорним странама пружа последња шанса да сагледају последице уговора који закључују и трезвено донесу одлуку о томе да ли заправо желе да закључе дати уговор.²⁸ На тај начин се штити први аспект слободe уговарања – слобода страна да одлуче да ли ће закључити одређени уговор или не (*Abschlussfreiheit*).²⁹

Други аспект слободe уговарања чини слобода уговарача да сагласно одређују садржину уговора, права и обавезе која из њега настају. Овај вид слободe уговарања ослања се на још једно начело грађанског, односно уговорног права – начело равноправности субјеката при заснивању грађанскоправног односа. Под тиме се подразумева да нико не може бити принуђен да ступи у одређени уговорни однос, те да једна страна равноправно са другом одређује садржину тог односа. Ипак, међу странама које закључују уговор често постоји однос фактичке неједнакости који може имати различите узроке. То може бити случај када уговор закључују лица међу којима постоји значајна разлика у искуству или пак знању о предмету уговора који се закључује.³⁰ Овакве фактички неједнаке позиције уговорних страна често се пресликавају и на њихов правни положај нарушавајући тако равноправност у заснивању уговорног односа, што за резултат има одсуство или ограничење слободe слабије стране да утиче на садржину уговора који закључује (*Inhaltsfreiheit*).

Заштиту овог аспекта слободe уговарања такође је могуће остварити посредством форме уговора. Међутим, у овом случају то се не може учинити свим врстама форме, већ само онима које подразумевају учешће овлашћеног лица у настанку уговора. То учешће не може да се огледа само у оверавању потписа уговорних страна, него треба да обухвати истраживање воље уговорних страна и поучавање о правним последицама закључења предметног уговора. У нашем правном систему функцију поучавања имају само две врсте форме, форма јавнобележничког записа и јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе. Јавни бележник стручно и непристрасно упознаје

²⁸ Ruth Arnet, „Form folgt Funktion“, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 149/2013, 403; Н. Kötz, 73.

²⁹ R. Arnet, *Ibid.* Арнет овај аспект заштите слободe уговарања кроз заштиту од пренагљености назива заштитом негативне слободe уговарања (*negative Vertragsfreiheit*), тј. слободe лица да не закључи неки уговор.

³⁰ Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2020, 120.

уговорне стране са могућностима и ризицима у закључивању планираног уговора.³¹ На тај начин се јача позиција слабије стране у погледу учешћа у креирању и обликовању уговорног односа у који ступа.

Из наведеног се види да се ограничавањем слободе избора форме уговора обезбеђује реализација слободе уговарања у другим и то важнијим аспектима, а то су слобода лица да одлучи да ли ће закључити неки уговор и слобода да учествује у одређивању садржине тог уговора. Због тога се у немачкој теорији каже да се слобода уговарања формом ограничава зарад саме слободе³², а *Јеринг* је назива „заклетом непријатељицом самовоље, сестром близнакињом слободе“.³³

3. Врсте форме облигационих уговора

Форме уговора могу се поделити на више врста и то према различитим критеријумима. Тако се врсте форми разликују према начину настанка, дејству и према начину испољавања.

3.1. Врсте форме уговора према начину настанка

Под овом поделом подразумева се подела форме уговора на законску и уговорену.

3.1.1. Законска форма уговора

За форму уговора се каже да је законска онда када је законом прописана као обавезна за одређену врсту уговора. Ако закон сачињавањем уговора у одређеном облику условљава његов настанак, форма постаје један од битних услова за пуноважан настанак уговора уз предмет, каузу, способност уговарања и сагласност воља уговорних страна. У нашем правном систему постоји велики број примера законске форме уговора. Многи од њих предвиђени су одредбама ЗОО (нпр. уговор о грађењу, уговор о јемству, уговор о продаји са оброчним отплатама цене...), али такве одредбе садржане су и у другим законима којима су регулисане одређене врсте уговора попут Закона о јавном бележничтву³⁴ (уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица, споразум о законском издржавању, уговор о хипотеци и заложна изјава, уговор којим се

³¹ R. Arnet, 406. Овај вид заштите слободе уговарања посредством форме уговора *Arnet* назива заштитом позитивне слободе уговарања

³² Udo di Fabio, „Form und Freiheit“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 5/2006, 345.

³³ R. v. Jhering, 741. О форми као „сестри слободе“ говори се и у новијој немачкој литератури. Вид. U. Di Fabio 350; Horst Hagen, „Form als Schwester der Freiheit“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 9/2010, 644-654.

³⁴ Чл. 82 и 93 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).

заснивају стварне и личне службености), Закона о промету непокретности³⁵ (уговор о промету непокретности), Закона о облигационим односима и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају³⁶ (уговор о превозу путника), Закона о наслеђивању³⁷ (уговор о уступању и расподели имовине за живота, уговор о доживотном издржавању) итд.

Као што је већ речено, законодавац прописивању обавезне форме уговора прибегава у случајевима када жели да обезбеди испуњење одређених правнополитичких циљева, како у јавном интересу, тако и у приватном интересу уговорних страна или трећих лица. У изузетним случајевима законодавац за поједине уговоре предвиђа одређену форму, али не као услов његовог настанка, већ као доказ о његовом постојању.³⁸

3.1.2. Уговорена форма

Начело слободе уговарања страна у погледу форме уговора не значи само то да стране своју слагласност воља не морају изразити у одређеном облику, односно да је могу изразити у било ком облику. Оно подразумева и то да се стране могу споразумети да пуноважан настанак уговора који желе да закључе услове његовим сачињавањем у одређеној форми. Будући да у овом случају уговор не постаје формалан на основу закона, већ вољом уговорних страна, ову врсту форме називамо уговореном. Могућност да стране услове пуноважност уговора одређеном формом изричито је предвиђена у чл. 69, ст. 1 ЗОО. Оне то могу учинити како у случају када се ради о неформалном уговору, тако и онда када је за уговор законом већ прописана одређена форма. Међутим, будући да је слобода уговарања страна ограничена принудним прописима, стране не могу за уговор који је већ формалан уговорити слабију форму од оне која је предвиђена законом, већ само строжу, тј. ону која обухвата додатне формалности у односу на законску форму. Осим случаја из чл. 69, ст. 1 ЗОО када стране одређеном формом условљавају пуноважан настанак уговора, оне се, у складу са ст. 3 истог члана могу споразумети и о томе да уговор сачине у одређеном облику само ради обезбеђења доказа о његовом постојању и садржини. Док у првом случају уговор неће настати уколико не буде сачињен у форми

³⁵ Чл. 4 Закона о промету непокретности - ЗПН ("Сл. гласник РС", бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015).

³⁶ Чл. 7 Закона о облигационим односима и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају ("Сл. гласник РС", бр. 87/2011 и 66/2015).

³⁷ Чл. 184 и 195 Закона о наслеђивању ("Сл. гласник РС", бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015).

³⁸ О подели форме на битну, доказну и форму простог доказа о постојању уговора, као и о последицама њених недостатака биће речи у наставку рада.

коју су стране уговориле, у другом случају непоштовање форме не утиче на пуноважан настанак уговора. Сматра се да је он закључен када су се стране сагласиле о битним елементима уговора.

Сам споразум страна о форми уговора је неформалан. Стране се могу споразумети у било којој форми, па и усмено или путем конклюдентних радњи.³⁹ Ако уговарачи одређеном формом желе да услове настанак уговора онда до споразума о форми треба да дође најкасније у тренутку постизања сагласности о садржини уговора. Уколико се стране о форми споразумеју тек по закључењу уговора, форма уговора не утиче на постојање уговора, већ може да служи само као доказ.⁴⁰

Када се стране споразумеју о форми уговора, али тако да није изричито наглашено да ли су је уговориле као битну или доказну, те у вези са тиме међу њима дође до спора, поставља се питање како утврдити дејство уговорене форме. Према неким схватањима, у овом случају би требало претпоставити да се ради о доказној форми. Заступници овог становишта полазе од тога да се у овом случају ради о уговорима који су иначе неформални, те да намера страна да одступе од тога правила мора бити јасно и изричито изражена. Стога, према њиховом мишљењу, уколико такве изричите клаузуле нема, треба узети да се ради о доказној форми.⁴¹ Међутим, у већини правних система важи супротна претпоставка према којој у оваквој ситуацији, у случају сумње, треба сматрати да су стране уговориле битну форму. У швајцарском праву је, у чл. 16, ст. 1 шЗОбл изричито предвиђено да се, у случају када стране предвиде форму за уговор који по закону није формалан, претпоставља да стране не желе да буду обавезане пре испуњења дате форме. Осим ове, у ст. 2 истог члана садржана је још једна претпоставка у вези са уговореном формом. Она се односи на уговорену писану форму и подразумева да, уколико су стране предвиделе писану форму без ближег одређења, за њено испуњење важе захтеви који су предвиђени законом за писану форму. Аустријски грађански законик на сличан начин решава питање дејства уговорене форме као швајцарски. Тако, према § 884 аГЗ, ако су стране за неки уговор предвиделе одређену форму претпоставља се да пре испуњења ове форме не желе да буду обавезане. Претпоставка о

³⁹ Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 279. У швајцарској теорији вид. С. Müller, 679, Rn. 33, у немачкој вид. Holger Wendtland у Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau, Roman Poseck, *Beck'scher Online-Kommentar BGB (BeckOK BGB)*, München 2019, § 125 Rn. 7.

⁴⁰ Ahmet Kut у Andreas Furrer, Anton K. Schnyder (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, Zürich 2016, 88, Rn. 5.

⁴¹ Стеван Јакшић, *Облигационо право*, општи део, Сарајево 1960, 138; С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 83.

конститутивном правном дејству уговорене форме предвиђена је и у немачком праву, али на нешто другачији начин. Наиме, у ст. 1 § 125 нГЗ предвиђено је да је правни посао којем недостаје законом предвиђена форма ништав. Потом, у ст. 2 се каже да, у случају сумње, недостатак уговорене форме такође за последицу има ништавост уговора. Важење ових претпоставки прихваћено је и у теорији ових земаља.

У домаћем праву претпоставка о конститутивном дејству уговорене форме није била тако изричито предвиђена у СГЗ, нити је у важећем ЗОО. У домаћој теорији ова претпоставка у СГЗ се изводи из § 541 који гласи: „Но ако се уговарајућа лица нарочито на писмени уговор сложе, онда се само са потписом као закључен сматра“.⁴² Сматрамо да из ове одредбе не произлази јасно претпоставка о *ad solemnitatem* уговореној форми, већ она више говори о елементима писане форме, тј. томе да она мора да садржи и потпис уговорних страна. На то указује и оригинална верзија § 884 аГЗ по угледу на коју је ово питање регулисано у СГЗ. Наиме, ова одредба је била идентична § 541 СГЗ, с тим што у ову одредбу СГЗ није унет остатак § 884 који је гласио: „И у овом случају није сасвим потребно да се удари печат“.⁴³ У том контексту ову одредбу помиње у старијој теорији *Марковић*.⁴⁴ Међутим, и он наводи да се у случају сумње има узети да је ништав уговор којем недостаје уговорена форма не указујући притом непосредно на § 541.⁴⁵ Ипак, закључак о претпоставци битне форме у § 541 могао би се извести из тога да је из ње видљиво да не може настати док се не испуне сви услови уговорене форме, односно да њено испуњење представља услов настанка уговора.

Према *Перовићу*, претпоставка о конститутивном дејству уговорене форме била је садржана и у чл. 500 ОИЗ који гласи: “Кад уговорници сами углаве да ће уговор имати неки облик, па закон то и не тражио, бива да је уговор завршен тек пошто се потпуно изврши оно што се хоће за остварење одређеног облика. Тако, кад је уговор писмен, узеће се да је завршен својеручним потписом или биљегом уговорника“.⁴⁶ Ова одредбе је суштински врло слична § 541 СГЗ, те се претходно речено важи и овде. У сваком случају, ове две одредбе и њихов смисао више личе на наведену другу претпоставку из чл. 16, ст. 2 шЗОбл која се односи на писану уговорену форму.

⁴² С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 84.

⁴³ Превод према Михајло Вуковић, *Опћи грађански законик с новелама и осталим накнадним прописима*, Загреб 1955.

⁴⁴ Л. Марковић, 238.

⁴⁵ *Ibid*, 239.

⁴⁶ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 84.

По истом аутору и у ЗОО је ова претпоставка успостављена чл. 70 према којем „Уговор који није закључен у уговореној форми нема правно дејство уколико су странке пуноважност уговора условиле посебном формом“. Међутим, за разлику од одредаба СГЗ и ОИЗ из којих се посредно може извести закључак о томе да се претпоставља да уговорена форма представља битан услов за настанак уговора, такав закључак из наведене одредбе ЗОО није могуће извести. Ово из разлога што се у њој не говори о уговореној форми у општем смислу, већ искључиво о битној јер се каже да су стране њоме „условиле пуноважност уговора“. Дакле, ова одредба нам не говори ништа о евентуалном односу између битне и доказне форме јер се у њој помиње само ова прва.⁴⁷ Одредба из *Скице за законик о облигацијама и уговорима* је била подеснија да одговори на ово питање будући да се у њој не говори само о битној, већ уопштено о уговореној форми, а потом каже да ће се сматрати да је уговор закључен тек када се та форма испуни.⁴⁸ И поред свега наведеног, у домаћој теорији је оправдано неспорно важење претпоставке о уговореној форми *ad solemnitatem*.

3.2. Врсте форме према правном дејству

Према критеријуму правног дејства форма уговора се дели на битну, доказну (*ad probationem*) и форму простог доказа о постојању уговора.

3.2.1. Битна форма

За форму уговора се каже да је битна, односно да има конститутивно дејство онда када представља један од услова за пуноважан настанак уговора. У овим случајевима поред способности уговарања, сагласности воља, предмета и каузе, потребно је да уговорне стране своје сагласне изјаве воља изразе у захтеваном облику да би се сматрало да је уговор закључен. Овај захтев да се уговор сачини у одређеној форми може бити предвиђен како законом, тако и вољом уговорних страна. Изостанак битне форме или њени недостаци санкционишу се ништавошћу уговора. Према чл. 70 нашег ЗОО „уговор који није закључен у прописаној форми не производи правно дејство“. Ипак, у истој одредби се оставља могућност да се одступи од правила, те да такав уговор не буде погођен најстрожом санкцијом уколико то произлази из циља прописа којим је одређена форма. Осим тога, посебном одредбом предвиђена је могућност конвалидације уговора

⁴⁷М. Орлић, 284.

⁴⁸ Константиновић Михаило, *Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969. Према чл. 39, ст. 2 *Скице* „Ако се пре или приликом постизања сагласности о садржини уговора постигне сагласност о његовој форми, сматра се да је уговор закључен тек када је та форма обављена“.

за који је као битна одређена писана форма под условом потпуног или делимичног извршења уговора и под условом да „из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази шта друго“.⁴⁹

У швајцарском и немачком праву уговор којем недостаје битна форма не производи правно дејство.⁵⁰ Са друге стране, у аустријском праву из сагласности воља која није изражена у захтеваној форми настаје природна облигација.⁵¹

Питање последица недостатака битне форме уговора и могућности одржавања таквих уговора на снази како у домаћем и у упоредном праву биће детаљно обрађено у делу о санкцијама недостатака јавнобележничке форме уговора.

3.2.2. Доказна форма (*ad probationem*) и форма простог доказа о постојању уговора

Када је за неки уговор одређена форма, по правилу, она чини битан услов за његов настанак, али то не мора увек бити случај. Некада форма може бити предвиђена само ради обезбеђења доказа о постојању и садржини уговора, али тако да нема конститутивно, већ само декларативно дејство. То значи да од њеног испуњења не зависе настанак и правно дејство уговора, те се сматра да уговор настаје у тренутку када стране постигну сагласност о битним елементима уговора, без обзира на то да ли и када ту сагласност изразе у предвиђеном облику. Из тог разлога уговори за које се тражи доказна форма не сматрају се формалним уговорима.⁵²

О доказној форми уговора у домаћем праву најчешће се каже да доказна форма, односно форма *ad probationem* не условљава настанак уговора, али представља једини доказ о његовом постојању. Према томе, уговор настаје и производи правно дејство од момента када се стране сагласе о његовој садржини, али уколико исправа која треба да служи као доказ о њему буде уништена или изгубљена, његово постојање се не може доказивати другим доказним средствима.⁵³ У том случају постоји само природна облигација која се не може судским путем остварити.⁵⁴ Ова врста форме била је

⁴⁹ чл. 73 ЗОО.

⁵⁰ Вид. §125 нГЗ и чл. 11, ст. 2 шЗОбл.

⁵¹ За разлику од нашег, немачког и швајцарског права одредба о последици недостатака форме није садржана у делу аГЗ којим се регулише форма уговора, већ у § 1432 у којем се наводе случајеви када је искључена кондикција.

⁵² С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 29.

⁵³ *Ibid.* 79; Б. Визнер, 321.

⁵⁴ Богдан Лоза у Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1980, 209; Борис Визнер у Борис Визнер, Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори грађанског и привредног права*, Ријека 1971, В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 465.

предвиђена у нашем предратном праву Закоником о поступку судском у грађанским парницама од 16. јуна 1865. године. Наиме, у §§ 242-243 искључено је доказивање сведоцима потраживања чија вредност прелази 250 динара. Тиме је круг доказних средстава којима се, у случају спора уговорних страна, може доказивати постојање и садржина уговора чија вредност прелази наведени износ ограничен на писане исправе.⁵⁵ На тај начин је значајно сужено важеће начела неформалности уговора које је било успостављено § 540 СГЗ. У послератном праву Правилником о закључивању уговора о продаји и куповини робе из 1947. године за уговоре чија је вредност прелазила 5000 динара захтевана је писана форма „ради доказивања његове садржине“, с тим да је изричито било предвиђено и то да се уговор сматра закљученим када се стране сагласе усмено, писмено или путем телефона.⁵⁶

Већина домаћих аутора наглашава да у важећем облигационом праву ова врста форме није предвиђена.⁵⁷ Тако *Перовић* и *Визнер* наглашавају да је форму *ad probationem* важно разликовати од форме која представља прост доказ о постојању уговора.⁵⁸ *Салма* такође истиче разлику између ових двеју форми и то тако што прави изричиту поделу форми „са становишта аутентичности садржаја уговора“ на битну, доказну и форму простог доказа о постојању уговора. Мада квалификацију критеријума поделе коју чини *Салма* сматрамо спорном, а посебно став о доказној снази ових исправа, сама подела на ове три врсте може се прихватити.⁵⁹ У том смислу наведени аутори истичу да у ситуацијама када се законом изричито захтева одређена форма она се сматра битном формом (*ad solemnitatem*), осим уколико закон одреди шта друго.⁶⁰ А доказна форма која је предвиђена у чл. 69, ст. 3 ЗОО не представља форму *ad probationem*, већ се ради о простом доказу о постојању и садржини уговора који не искључује могућност коришћења других доказних средстава.

⁵⁵ О судској пракси тога времена у погледу погледу тумачења правила о доказној форми вид. Милан С. Пироћанац, „Питање о постојању или важности уговора сасвим је различито од питања његовог доказа“, *Бранич*, 13/1898, 441-445.

⁵⁶ Правилник о закључивању уговора о продаји и куповини робе од 23. јануара 1947 године. Укинута је Уредбом о утврђивању прописа савезних органа управе који су престали да важе од 21. октобра 1953. године (*Сл. Лист ФНРЈ* бр. 42/53).

⁵⁷ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 360; Б. Визнер, 321; Јожеф Салма, „Форма облигационих уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-3/1983, 215.

⁵⁸ С. Перовић, 361; Б. Визнер, 321. Супротно овим ауторима *Ведриш* и *Кларић* формом *ad probationem* називају форму која служи доказивању постојања правног посла, те је разликују од форме чији је циљ утуживост правног посла. Вид. Мартин Ведриш, Петар Кларић, *Грађанско право*, Загреб 1998, 129.

⁵⁹ Ј. Салма, „Форма облигационих уговора“, 214-215.

⁶⁰ Б. Визнер, 321.

Са друге стране, постоје аутори који сматрају да у нашем праву доказна форма постоји код уговора о поклону без предаје ствари, тачније, код обећања поклону покретне ствари из §564 СГЗ.⁶¹ Тако *Лоза* наводи да уговор о поклону настаје када се стране усмено сагласе, а предаја ствари или сачињавање писане исправе служе као доказ о постојању овог уговора. Ипак, овај аутор истиче и да ова форма уговора о поклону служи заштити поклонодавца од пренагљеног закључивања уговора. Међутим, доказном формом није могуће остварити овај циљ форме управо због тога што сачињавање исправе следи закључењу уговора, те оно не може да служи као пружање још једне прилике поклонодавцу да размисли о последицама закључења уговора о поклону.⁶² Стога, сматрамо да ни овај уговор није пример форме *ad probationem* у домаћем праву.

У вези са чл. 69, ст. 3 ЗОО који говори о могућности уговарања доказне форме може се поставити питање да ли стране могу да се сагласе да о усмено закљученом уговору сачине исправу као доказ о његовом постојању, али тако да се искључи могућност доказивања путем других доказних средстава. На ово питање треба одрично одговорити. Ово због тога што сам је концепт форме *ad probationem* супротан начелу слободне оцене доказа као једном од основних начела парничног поступка. Ово начело значи да се „сваком врстом доказних средства може утврђивати свака чињеница“ и да међу доказним средствима не постоји хијерархија према њиховој доказној снази код утврђивања одређених чињеница.⁶³ Изузеци од овог правила морају бити изричито предвиђени законом и код нас их има само неколико при чему се ниједан не односи на форму облигационих уговора.⁶⁴ У сваком случају, такви изузеци не могу настати на основу воље контрахената уговарањем одређене форме уговора.⁶⁵ На непомирљивост начела слободне оцене доказа и забране доказивања сведоцима садржине уговора који није сачињен у одређеној форми указивао је и немачки аутор *Хелдрих* истичући да би таква форма представљала ограничење за судије, а не уговорне стране. Према његовим

⁶¹ Богдан Лоза, *Облигационо право – посебни дио*, Сарајево 1961, 70-71, Б. Визнер, 362; Владимир В. Водинелић, „150 година касније: шта је још живо у Српском грађанском законнику?“, *150 година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, Београд 1996, 402; Драгољуб Лазаревић, *Уговор о поклону*, Београд 1980, 31. О обећању поклону покретне ствари и његовој форми биће речи у наставку рада.

⁶² Н. Мишчевић, „Форма обећања поклону покретне ствари“, 1130.

⁶³ Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009, 30.

⁶⁴ Изузеци од овог правила постоје код арбитражног споразума, споразума о пророгацији надлежности, споразума о адреси достављања и постојања новчаног постраживања у поступку издавања платног налога који се могу доказивати само одређеним исправама. О начелу слободне оцене доказа вид. Ранко Кеча у Ранко Кеча, Марко С. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Београд 2017, 161-163.

⁶⁵ Марија Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, *Теме*, 4/2015, 1303-1304. *Караникић Мирић* говори о начелу законитости као начелу парничног поступка које се повређује уговарањем форме *ad probationem*.

речима, „то би значило да се од судије захтева да утврди истину, али да му се истовремено стави повез преко очију“.⁶⁶

Стога, у делу рада о подели форме уговора према настанку на законску и уговорену када се говори о доказној форми, треба имати у виду да се под њоме подразумева само форма као прост доказ о постојању и садржини уговора, а не форма *ad probationem*.

3.3. Врсте форме према начину испољавања

Према начину испољавања форме уговора могу се поделити на реалну, писану, електронску, форму јавнобележнички оверене исправе, јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе и форму јавнобележничког записа. Потоње три ће бити предмет детаљне анализе у централном делу рада, те ћемо се на овом месту осврнути само на писану, електронску и реалну форму.

3.3.1. Писана форма

Писана форма уговора означава се као „писмена редакција уговора на одређеној исправи, која је написана руком, (...) или другим средством и која је својеручно потписана од уговорних страна које се обавезују“.⁶⁷ И поред тога што су усвајањем ЗЈБ у домаћи правни систем уведене нове врсте форме чиме је делимично умањен њен значај, највећи број уговора се и даље закључује у овој форми. Ово због тога што стране уговорнице неретко одлучују да настанак иначе неформалног уговора услове његовим сачињавањем у облику писане исправе.⁶⁸ За писану исправу у немачкој теорији каже се

⁶⁶ К. Heldrich, 95.

⁶⁷ Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд 1964, 61. У ЗОО, а претежно и у домаћој теорији за ову врсту форме користи се термин „писмена форма“. Тако у С. Перовић (1964), 61, Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш 2016, 120; Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1974, 81-83; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2009, 316-319; Даница Попов, *Грађанско право (опити део)*, Нови Сад 2012, 203; Марија Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, *Теме*, 4/2015, 1296. Више о аргументима који говоре у прилог адекватности термина „писмена форма“ вид. у Ненад Тешкић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2014, фн. 32, 486, 487.

Са друге стране, све већи број аутора у домаћој литератури користи термин „писана форма“. Вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2012, 344; Владимир В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и опити део грађанског права*, 164; Д. Николић, 339-341; Сања Радовановић у Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад 2018, 240.

⁶⁸ Н. Мишчевић у Сања Радовановић, Николина Мишчевић, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1644.

да је то у текст преточена изјава која је разумљива трећем лицу, из које је видљиво ко ју је сачинио и која служи као доказ неке правнорелевантне чињенице.⁶⁹

Писана форма уговора у ЗОО регулисана је у чл. 72. Према ст. 1 овог члана, „када је за закључење уговора потребно саставити исправу, уговор је закључен када исправу потпишу сва лица која се њиме обавезују“. Из тога произлази да се писана форма уговора састоји из два дела, текста и потписа уговорних страна.

Текст уговора садржи писаним знацима изражене изјаве воља саговорача. Он не мора бити написан својеручно, већ и коришћењем одређених техничких средстава (најчешће рачунара), може бити записано и од стране трећег лица.⁷⁰ Према ЗОО, да би услов писане форме био испуњен није нужно да обе уговорне стране своје изјаве изразе у истој исправи, већ је довољно и да „измењају писма“. Под тиме се подразумева да свака страна предаје другој исправу којом се обавезује.⁷¹ При томе, у погледу садржине ове исправе не морају бити подударне, али је потребно да међу њима постоји усаглашеност у погледу битних елемената.⁷²

За испуњеност услова писане форме уговора потребно је да осим текста исправа садржи и потпис. Уобичајено је да оба контрахента потписима потврђују изјаве воља које су садржане у тексту исправе, али када се ради о једнострано обавезујућем уговору довољно је да се потпише само она страна која преузима обавезу.⁷³ Потребно је да потпис буде својеручан. У том смислу, није допуштено коришћење факсимила ради потписивања уговора.⁷⁴ У случајевима када уговор закључује неписмено лице, довољно је стављање рукознака на исправу уместо својеручног потписа с тим што је потребно да

⁶⁹ Cristoph Reithmann, *Allgemeines Urkundenrecht, Beweise, Begriffe und Beweisregeln*, Köln 1972, 1-4. Наведено према Jörg Bettendorf, „Elektronische Dokumente und Formqualität“, *Reinische Notarzeitschrift (RnotZ)*, 2005, 277; Olaf Dainert у Klaus Tonner, Armin Willingmann, Marina Tamm, *Vertragsrecht Kommentar*, Köln 2010, §126, Rn 3.

⁷⁰ Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, 331; О. Dainert, §126, Rn 3; Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, München 2013, 187.

⁷¹ Чл. 72, ст. 4 ЗОО.

⁷² Б. Визнер, 331. Богдан Лоза у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1980, 218. Супротно томе, у немачком праву се за испуњење услова писане форме захтева јединственост исправе (*Einheitlichkeit der Urkunde*). Вид. §126 III немачког Грађанског законика - нГЗ (*Bürgerliches Gesetzbuch*) од 2. јануара 2002. године (*Bundesgesetzblatt. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738*), последњи пут мењан чланом 4d закона од 18. децембра 2018. године (*Bundesgesetzblatt. I S. 2651*).

⁷³ Чл. 72, ст. 1 ЗОО.

⁷⁴ С. Радовановић, *Облигационо право*, 240. У немачкој литератури, у том смислу, вид. у Hans Brox, Wolf Dietrich Walker, *Allgemeiner teil des BGB*, München 2014, 140. Поједини домаћи аутори заступају другачији став у погледу могућности употребе факсимила у закључењу уговора у писаној форми. Према њиховом схватању, коришћење факсимила приликом сачињавања уговора у писаној форми допуштено је уколико је то уобичајено у пословном промету. Вид. у Б. Визнер, 333, Б. Лоза, 218, 219 и О. Антић, 345. У аустријском и швајцарском праву је изричито предвиђена могућност употребе факсимила када је то у промету уобичајено. Вид. § 886 аГЗ и чл. 14 шЗОбл.

рукознак овере два лица или суд, односно други орган (јавни бележник).⁷⁵ Ово правило се примењује и у случају када уговорна страна која треба да се потпише писмена, али то не може да учини услед одређеног физичког недостатка или неспособности.⁷⁶ Уговорне стране стављају потпис испод текста. Он служи као потврда да стране прихватају оно што је садржано у тексту, тј. потврђују да је у њему њихова воља правилно изражена.

3.3.2. Електронска форма

Електронска форма уговора је један од најмлађих института уговорног права и настала је као последица развоја електронске трговине и тренда подстицања замене писаних докумената електронским. Ова нова врста форме уговора постала је предмет интересовања правне теорије почетком 21. века са циљем да се обезбеди даљи развој електронске трговине, односно омогући пуноважно закључивање уговора за које је законом захтевана писана форма. У том смислу, она је највише разматрана из аспекта могућности замене писане форме електронском.⁷⁷ Да би се одговорило на питање потребно је утврдити да ли електронска форма има елементе којима могу бити замењени елементи писане форме и да ли овом формом могу бити остварене функције којима служи писана форма.

У делу о писаној форми наведено је да ова врсте форме има два обавезна састојка – текст и потписе уговорних страна, односно лица које се уговором обавезује. Када је реч о тексту, писана и електронска форма се не разликују у великој мери. Код обеју врста форме њега чине писаним знацима, карактерима изражене изјаве воља уговорних страна. „Једина разлика је у томе што је за видљивост садржине електронске исправе неопходна употреба одговарајућег техничког средства, док је текст писане исправе садржан на телесном предмету, те за спознају њене садржине нису потребна додатна техничка средства.“⁷⁸

Други елемент писане форме, својеручни потпис, у електронској форми уговора се замењује квалификованим електронским потписом.⁷⁹ Квалификовани електронски

⁷⁵ Чл. 72, ст. 2 ЗОО.

⁷⁶ Б. Визнер, 333.

⁷⁷ Више о електронској форми, начину на који је регулисана у домаћем праву и могућности замене писане форме електронском вид. у С. Радовановић, Н. Мишчевић, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, 1641-1661.

⁷⁸ *Ibid*, 1647.

⁷⁹ „Квалификовани електронски потпис је напредни електронски потпис који је креиран квалификованим средством за креирање електронског потписа и који се заснива на квалификованом сертификату за електронски потпис и који је издат од стране пружаоца квалификоване услуге од поверења, у складу са

потпис је строжи и од „обичног“⁸⁰, и од напредног⁸¹ електронског потписа и пружа највиши ниво поузданости потврђивања интегритета података и идентитета потписника. Због тога, он је по правном дејству законом изједначен са својеручним потписом⁸², те је и једини подобан да замени својеручни потпис као елемент писане форме уговора.

Могућност замене писане форме електронском више је преиспитивана са становишта функција форме, него у погледу елемената који би на одговарајући начин заменили текст и својеручни потпис контрахената. Од различитих циљева којима писана форма може да служи, предмет сумње, с једне стране, била је подобност електронске форме да врши функцију доказивања, односно функције аутентификације и идентификације. Конкретно, да ли садржина електронске исправе може да се мења без остављања трага и у којој мери може да гарантује веродостојност идентитета лица које је изјавило вољу, као и лица које ју је саставило.⁸³ Са друге стране, још више сумње изражено је у теорији у погледу могућности да се електронском формом постигне циљ заштите од пренагљености, односно оствари функција упозорења. То јест, да ли електронска форма може у довољној мери да пробуди пажњу уговорних страна, да их подстакне да пажљивије сагледају правне последице уговора и трезвено донесу одлуку о његовом закључењу? Ово због тога што стављање својеручног потписа на папиру традиционално код учесника правног промета буди правну свест и пословно расположење. Зато се поставља питање да ли једнак степен пажње уговорних страна и свести о радњама које предузимају може да се постигне и стављањем електронског потписа кликом миша или притиском на тастатуру.⁸⁴ Ипак, квалификовани електронски потпис, услови и поступак његовог издавања и начин коришћења представљају солидну гаранцију за испуњење наведених циљева у мери у којој се они могу остварити писаном формом. Строго прописани услови издавања потписа обезбеђују висок степен поузданости у идентитет потписника, али и контролу било какве измене података након

овим законом.“ Вид. чл. 2, ст. 1, тач. 30 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању – ЗЕлДок (“Сл. гласник РС“, бр. 94/2017, 52/2021).

⁸⁰ „Електронски потпис је скуп података у електронском облику који су придружени или логички повезани са другим (потписаним) подацима у електронском облику тако да се електронским потписом потврђује интегритет тих података и идентитет потписника“. Вид. чл. 2, ст. 1, тач. 20 ЗЕлДок.

⁸¹ „Напредни електронски потпис је електронски потпис који испуњава додатне услове за обезбеђивање вишег нивоа поузданости потврђивања интегритета података и идентитета потписника у складу са овим законом.“ Вид. чл. 2, ст. 1, тач. 29 ЗЕлДок.

⁸² Чл. 50, ст. 2 ЗЕлДок.

⁸³ Jörg Bettendorf, „Elektronische Dokumente und Formqualität“, *Reinische Notarzeitschrift (RnotZ)*, 2005, 279.

⁸⁴ Lutz-Indigo Plewe, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts*, Aachen 2003, 172. Према Винклеру, функција заштите од пренагљености је социјална функција, која има огроман значај за правни промет и не може се постићи електронски израженим изјавама. Karl Winkler, *Beurkundungsgesetz Kommentar*, München 2008, Einl. Rn. 19.

његовог стављања. На тај начин се функције доказивања, идентификације и аутентификације, односно потврде аутентичности остварују макар у мери која се постиже стављањем својеручног потписа. Са друге стране, поступак издавања и начин стављања квалификованог електронског потписа у значајној мери обезбеђују остварење функције упозорења. Током поступка издавања квалификованог електронског сертификата за електронски потпис подносиоци захтева имају прилику да се информишу о значају коришћења ове врсте потписа, као и о томе да он има дејство својеручног потписа. Осим тога, његово стављање подразумева неколико корака, коришћење смарт картица и читача картица, као и ПИН кода. На тај начин се лицу које ставља потпис даје додатна прилика да разуме значај радње коју предузима, а тиме и спречава или бар умањује вероватноћа да ће лакомислено и пренагљено приступити закључењу уговора.⁸⁵ Ипак, с обзиром на то да и даље постоје резерве у погледу тога да ли се функција упозорења може остварити електронском формом у истој мери као и писаном, за уговоре код којих законодавац процени да је то потребно, може се искључити опција њиховог закључења у електронској форми.⁸⁶

3.3.2.1. Електронска форма уговора у домаћој теорији

Иако је електронска форма уговора регулисана различитим законима почев од 2004. године, њој није у већој мери посвећена пажња у домаћој теорији.⁸⁷ Већина домаћих аутора када дефинишу појам уговора у електронској форми наводе дефиницију уговора у електронском облику која је била садржана у Закону о електронској трговини до измене из 2019. године.⁸⁸ У овој дефиницији каже се да је то „уговор који правна и физичка лица закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, коме приступају и који приказују електронским путем уз коришћење електронских средстава“.⁸⁹ Након измене

⁸⁵ J. Bettendorf, 286.

⁸⁶ С. Радовановић, Н. Мишчевић, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, 1647.

⁸⁷ Одредбе о електронској форми уговора биле су садржане у Закону о електронском потпису - ЗЕЛПот (Службени гласник РС, број 135/04) из 2004. године, а потом у Закону о електронском документу - ЗЕЛДок(2009) (Службени гласник РС, број 51/09) и Закону о електронској трговини – ЗЕЛТ (Сл. гласник РС, бр. 41/2009, 95/2013, 52/2019) из 2009. године. ЗЕЛТ је измењен 2013, а потом и 2019. године, док су друга два закона престала да важе доношењем ЗЕЛДок.

⁸⁸ Д. Николић, 340; Јована Пушац, „Форма облигационих уговора“, *Годишњак факултета правних наука*, 4/2014, 207. Тако и у Генц Трнавци, „Закључивање, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2009.

⁸⁹ Чл. 3, ст. 1, тач. 7 ЗЕЛТ у верзији пре измене из 2019. године. Пре измене из 2013. године ова одредба је уместо „уговор у електронском облику“ носила назив „уговор у електронској форми“. У Образложењу Закона о изменама и допунама Закона о електронској трговини ова измена се објашњава на прилично нејасан начин. Више о томе вид. у С. Радовановић, Н. Мишчевић, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, стр. 1650.

дефиниција уговора у електронском облику гласи: „Уговор у електронском облику је уговор закључен између пружаоца услуге информационог друштва и корисника услуге електронским путем употребом електронских средстава“.⁹⁰

У сваком случају, проблем са начином на који се уговори у електронској форми дефинишу у закону, а самим тим и од стране већине домаћих аутора је у томе што се не прави разлика између уговора закључених у електронској форми и уговора закључених електронским путем. Стога, важно је нагласити да уговори закључени електронским путем и уговори закључени у електронском облику нису исто.⁹¹ Када се каже да је уговор закључен електронским путем под тиме се подразумева да су контрахенти постигли сагласност воља употребом средстава електронске комуникације. Постоје различите могућности коришћења ових средстава (најчешће рачунари и рачунарске мреже), па се тако на различите начине могу и дати сагласне изјаве воља уговорних страна. Уговорне стране се могу сагласити путем електронске поште, електронском разменом података (EDI), посредством интерактивних сајтова на Интернету...⁹² Осим тога, оне то могу учинити и путем видео-конференције. У овом случају, иако се ради о коришћењу електронских средстава, комуникација између уговорних страна се не разликује у односу на усмену, па стране и сагласност воља постижу усмено без изражавања њене садржине у електронској форми.⁹³ И супротно томе, у електронској форми може се изразити садржина сагласности воља уговорних страна и онда када она није постигнута електронским путем.⁹⁴ Из тога произлази да се у дефиницији ЗЕЛГ заправо ради о уговорима закљученим електронским путем, а не у електронској форми, те се опет поставља питање шта је електронска форма и који уговори се у овој форми могу закључивати.

⁹⁰ Чл. 3, ст. 1, тач. 5 ЗЕЛГ.

⁹¹ С. Радовановић, *Облигационо право*, 274.

⁹² Више о начинима закључивања уговора путем електронских средстава комуникације вид. у Маја Станивуковић, „Закључивање уговора о међународној продаји путем електронских средстава комуникације- неки правни проблеми“, *Правни живот*, бр. 11/2004, 346-349 и Сања Радовановић, „Закључивање уговора путем интернета – иде ли право у корак са временом?“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2008, 279-291; Саша Никшић, „Тренутак перфекције уговора склопљених електроничким путем“, *Право у господарству*, 4/2002, 308-316.

⁹³ Саша Никшић, „Електроничка трговина и уговори“, *Сувремено подузетништво: часопис за промицање подузетништва и тржишног господарства*, 9/2004, 99. Супр. вид. у Тин Матић, „Електронички облик уговора и исправа – нови облик?“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1/2006, 171. Према схватању овог аутора, уговор склопљен електронским путем може, али и не мора бити и остати у електронској форми, али у једном тренутку мора бити у електронској форми.

⁹⁴ Т. Матић, 180.

Поред наведених радова у којима се поистовећују електронска форма уговора и електронски облик уговора из ЗЕЛТ, електронску форму помиње још неколико аутора као једну од врста форме уговора.⁹⁵

Ипак, међу онима који настоје да ближе одреде електронску форму уговора, чини се да је на исправан начин дефинише само *Д. Бурђевић* према којем се под овом формом подразумева „испољавање воље у одређеном електронском формату на којем је означено име издаваоца и који је снабдевен квалификованим електронским потписом“⁹⁶.

3.3.2.2. Електронска форма уговора у домаћем законодавству

Када је реч о домаћем законодавству, нема изричите одредбе о томе шта се подразумева под електронском формом уговора, нити да ли се она може изједначити са писаном формом. У ЗЕЛПот и ЗЕЛДок(2009) било је предвиђено да квалификовани електронски потпис има дејство и доказну снагу својеручног потписа⁹⁷, да се „електронском документу не може оспорити доказна снага само зато што је сачињен у електронском облику“, као и да „ако је прописом утврђен писмени облик као услов пуноважности правног акта, правног посла или друге правне радње, одговарајући електронски документ потписује се квалификованим електронским потписом, у складу са законом којим се уређује електронски потпис“⁹⁸. У теорији су аутори свој став о томе да је у нашем праву електронска форма изједначена са писаном углавном заснивали на наведеној одредби којом се квалификован електронски потпис изједначава са својеручним.⁹⁹

Међутим, ступањем на снагу ЗЕЛДок ови закони су престали да важе. Из измена које је овај закон донео у односу на ЗЕЛПот и ЗЕЛДок (2009) уочљива је тенденција законодавца да се уздржи од регулисања електронске форме уговора.¹⁰⁰

⁹⁵ Ови аутори наводе електронску форму као врсту форме уговора поред усмене, писане и реалне. *Д. Бурђевић* писмену форму даље дели на обичну и квалификовану писмену форму, при чему се под квалификованом сматра она за чији настанак је потребно испуњење додатних формалности. У ову групу спадају јавно оверена (легализована), јавно потврђена (солемнизована) и јавно сачињена исправа. Вид. Дејан Бурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014, 23-25. Тако и у М. Караникић Мирић, 1296.

⁹⁶ *Д. Бурђевић, Јавнобележничка делатност*, 24.

⁹⁷ Чл. 10 ЗЕЛПот.

⁹⁸ Чл. 4, ст. 2 ЗЕЛДок(2009).

⁹⁹ Ј. Пушац, 208. Г. Трнавци, 459.

¹⁰⁰ Више о конкретним изменама вид. у С. Радовановић, Н. Мишчевић, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, 1653-1656.

3.3.2.3. Постојање основа за признање електронске форме уговора у Закону о облигационим односима и предлог *de lege ferenda*

Како ЗЕЛТ превасходно говори о уговорима који се закључују електронским путем, а ЗЕЛДок о дејству квалификованог електронског потписа, јавља се питање да ли признање електронске форме уговора има потпору у ЗОО. Како је изложено у делу о писаној форми, ову врсту форме чине два елемента, текст и својеручни потпис уговорних страна. За испуњење услова писане форме, према ЗОО, довољно је и то да стране „измењају писма или се споразумеју телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве“.¹⁰¹ Имајући у виду да квалификовани електронски потпис гарантује висок степен поузданости када је реч о утврђивању идентитета даваоца изјаве воље, као и њене садржине и аутентичности, чини се да електронска форма испуњава услов из чл. 72, ст. 4 ЗОО. У том случају, електронска форма би се могла сматрати подврстом писане форме. Ипак, тада настаје проблем примене одредаба ЗЕЛДок у којима се помиње електронска форма која није регулисана као посебна врста форме, нити могућност да се њоме замени писана форма.¹⁰²

Наведени проблеми који се у вези са електронском формом јављају у домаћем законодавству и теорији могли би се решити на најједноставнији начин тако што би се у делу закона којим се регулише форма уговора додала одредба о електронској форми. Њоме би електронску форму требало регулисати као посебну врсту форме уговора којом би, под одређеним условима, могла бити замењена писана форма.

На овај начин је електронска форма регулисана у немачком праву. У нГЗ је 2001. године измењен § 126 којим се регулише писана форма додавањем става о могућности замене писане форме електронском, под условом да законом није предвиђено шта друго, као и додавањем, нове, посебне одредбе § 126а којом се посебно регулише електронска форма уговора.¹⁰³ Према овом параграфу, када електронска форма треба да замени писану, потребно је да лице које изјављује вољу у изјави дода своје име и да приложи електронски документ са квалификованим електронским потписом. Уколико је у питању уговор, потребно је да обе стране електронски потпишу идентичан документ на

¹⁰¹ Чл. 72, ст. 4 ЗОО.

¹⁰² С. Радовановић, Н. Мишчевић, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, 1657.

¹⁰³ §126 III нГЗ.

претходно наведени начин. За уговоре код којих писана форма има изражену функцију упозорења искључена је могућност замене писане форме електронском.¹⁰⁴

3.3.3. Реална форма

Као једна од врста форме према начину настанка у домаћој теорији се често наводи и реална форма. Код реалних уговора за пуноважан настанак уговора није довољна проста сагласност воља уговорних страна, већ се захтева предаја ствари. Међутим, постоје схватања према којима анализи реалних уговора није место у оквиру поделе на формалне и неформалне уговоре, односно да се предаја ствари не може сматрати врстом форме уговора. У домаћој, али и страној доктрини учињени су напори да се објасни концепт реалних уговора. Мада је број реалних уговора у савременим правним системима мали, они нису сасвим ишчезли ни из нашег права. Због тога ће у наставку бити изложена схватања о примерености анализе реалних уговора у оквиру поделе на формалне и неформалне уговоре, као и различита објашњења концепта реалних уговора и ставови о (не)адекватности овог института савременим правним односима.

3.3.3.1. О месту реалних уговора у подели на формалне и неформалне уговоре

Као што је речено, у домаћој доктрини реални уговори се анализирају на два различита начина. Једна група аутора прави поделу на реалне и консензуалне уговоре независно од поделе на формалне и неформалне, док друга група посматра реалне уговоре као једну врсту формалних уговора, односно предају ствари као посебну врсту форме. Постоје и малобројни који, с једне стране, говоре и о реалној форми као једној од врста форме уговора, а с друге стране, у оквиру подела уговора посебно наводе и поделу на реалне и консензуалне уговоре.¹⁰⁵

Тако, према једном схватању, реалне уговоре треба посматрати независно од питања форме уговора.¹⁰⁶ Заступници овог схватања појам реалних уговора супротстављају консензуалним уговорима при чему под „консензуалним“ подразумевају све уговоре чије закључење не захтева и предају ствари без обзира на то у ком облику стране изражавају своју вољу.¹⁰⁷ Неки од њих се не изјашњавају изричито

¹⁰⁴ Вид. нпр. уговор о јемству из §126 III нГЗ, обећање дуга из §780 нГЗ, признање дуга из §781 нГЗ и отказ уговора о раду из §126, ст. 3 нГЗ.

¹⁰⁵ С. Јакшић, 138 и 150; Б. Визнер, *Уговори грађанског и привредног права*, 77-78 и 84-85.

¹⁰⁶ Михајло Вуковић, *Обвезно право*, књига II, Загреб 1964, 106-107; О. Станковић, у Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 169-170; Ј. Радишић, 128-130. У новијој хрватској литератури М. Ведриш, П. Кларић, 397-399.

¹⁰⁷ Ј. Радишић, 129; Биљана Петровић, „О реалним уговорима и њиховом односу према формалним уговорима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 34-35/1996, 249. Б. Петровић прво, позивајући

о томе да ли под консензуалним уговорима подразумевају и оне за чији настанак је потребно изразити вољу у одређеном облику све док се за настанак уговора не захтева предаја ствари.¹⁰⁸ Други пак експлицитно наводе да се и формални уговори могу сматрати консензуалним јер „и они претпостављају постојање сагласности, без обзира на то што она треба да буде изражена у нарочитом облику“.¹⁰⁹ Дакле, у таквој подели под консензуалне спадају и уговори за које се захтева писана форма, форма овере потписа, солемнизоване приватне исправе или јавнобележничког записа. Према *Вуковићу*, код реалних уговора предаја ствари спада у настанак уговора, а код консензуалних у извршење уговора.¹¹⁰ *Радишић* наводи да је убрајање реалних уговора у формалне погрешно јер се „под појам форме уговора не могу подводити радње које нису средство изјаве воље, него само додатак тој изјави“.¹¹¹ *Ведриш* и *Кларић* сматрају погрешним изједначавање начела неформалности са консензуализмом, односно неформалних уговора са консензуалним.¹¹² Они то образлажу тиме што „консенз није израз за облик, већ за садржај“, те како се за ове уговоре не тражи одређени облик, они су неформални.¹¹³

Са друге стране, често се у домаћој литератури се као једна од врста форме уговора према начину испољавања наводи и реална форма.¹¹⁴ Она се такође посматра као вид манифестације воље уговорних страна, с тим што се та воља не изражава писаним знацима, већ предајом ствари. За уговор се каже да је реалан када је за његов настанак, поред сагласности воља уговорних страна, неопходна и предаја ствари.¹¹⁵ У овом случају предаја ствари има конститутивно дејство и њеним предузимањем уговор се не испуњава већ настаје. Поред тога, у домаћој доктрини се термин „консензуални“ често

се на *Радишића*, наводи да је подела на формалне и консенсулане уговоре према којој би реални уговори били једна врста формалних уговора погрешна. Међутим, ова ауторка потом закључује да „реални уговори настају сагласношћу воље, а чин предаје је, уствари реализација већ закљученог уговора“. Ова реченица је, сматрамо, спорна јер је предаја као испуњење уговора који је настао сагласношћу воља оно што карактерише консензуалне уговоре.

¹⁰⁸ М. Ведриш, П. Кларић, 397-398.

¹⁰⁹ Ј. Радишић, 129.

¹¹⁰ М. Вуковић, *Обвезно право*, књига II, 106. Тако и у М. Ведриш, П. Кларић, 398.

¹¹¹ Ј. Радишић, 129 са даљим навођењем.

¹¹² М. Ведриш, П. Кларић, 125.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Драгољуб Аранђеловић, *Основи облигационог права*, Београд 1936, 72; Лазар Марковић, *Облигационо право*, репринт, Београд 1997, стр. 184; С. Јакшић, 138; С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 75-77; Б. Визнер, *Уговори грађанског и привредног права*, 77-78; О. Антић, 349-350; Б. Визнер, *Коментар ЗОО*, 307-308; Ј. Салма, *Облигационо право*, 320; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 24; М. Караникић Мирић, 1296; С. Радовановић, *Облигационо право*, 242; У новијој црногорској литератури вид. Велибор Кораћ, „Нотарска форма уговора“, *Правни живот*, 12/2011, 83-103.

¹¹⁵ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 75.

користи као синоним за неформалан уговор, тј. онај за чији пуноважан настанак није потребно да стране своје сагласне изјаве воље изразе у одређеном облику.¹¹⁶ Овај израз заснива се на латинском изразу *solo consensu obligat*, што значи да проста сагласност воља обавезује стране.¹¹⁷ Уосталом, и подела на консензуалне и реалне уговоре потиче из римског права и почива на критеријуму форме правног посла. Поред ових, поделом према форми, били су обухваћени и вербални, и литерарни контракти.¹¹⁸ Вербални контракти су такође подразумевали усмену сагласност, али уз употребу тачно одређених речи, односно одређених питања и одговора (нпр. стипулација). Литерарни контракти подразумевали су писану форму.¹¹⁹ Из Гајевих *Институција* видљиво је да аутор прави разлику између формалних и неформалних контраката. Тако консензуални, они који се закључују простом сагласношћу воља спадају у неформалне, док у формалне спадају вербални, литерарни и реални контракти.¹²⁰

Сваки уговор подразумева консензус, сагласност воља уговорних страна о битним елементима уговора. Тако, израз „консензуални уговор“ не може се користити у подели која би значила да уговор који није консензуалан није производ сагласности воља уговорних страна. Уколико се узме да су консензуални сви уговори осим реалних, укључујући и формалне, то би имплицирало да реални уговори настају предајом и без сагласности воља уговорних страна. Због тога, је, чини се, оправдано о консензуалним уговорима говорити као о уговорима за чији настанак је довољна *проста* сагласност воља. Тј. о онима за чије пуноважно закључење се не захтева да воља уговорних страна буде изражена на унапред одређени начин, односно у унапред одређеном облику. Како код реалних уговора предаја ствари представља начин којом се изражава воља уговорне стране да закључи уговор, не видимо разлог зашто се она не би сматрала једном од врста

¹¹⁶ Перовић говори о начелу консензуализма насупрот начелу формализма. С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 5-12; Б. Визнер, *Коментар ЗОО*, 306-307.

¹¹⁷ Мада Гај у својим *Институцијама* не одређује појам форме правног посла, из броја одредаба у *Институцијама* које се односе на форму видљив њен значај у класичном римском праву. Он и не користи термин *forma*, већ *modus* у смислу начина на који се закључује уговор, односно начин изражавања воље стране. Вид. Самир Аличичић, „Форма правног посла у Гајевим институцијама“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2006, 127, 138.

¹¹⁸ У § 89 треће књиге *Институција* Гај дели контракте на четири врсте: оне који настају „или предајом ствари (*re*), или свечаним речима (*verbis*), или писменим актом (*litteris*), или неформалним споразумом (*consensu*)“.

¹¹⁹ Облигација је настајала уписом потраживања у пословне књиге, или састављањем исправе о послу и обавези од стране дужника (хирографа), или састављањем исправе о дугу од стране трећег лица (синграфа). Код хирографе исправу је потписивао само дужник и предавао је повериоцу, а код синграфе исправу су потписивале обе стране при чему је свака задржавала по примерак. Вид. Антун Маленица, *Римско право*, Нови Сад 2007, 345-346.

¹²⁰ О другим пословима који су поред контраката спадали у формалне, односно неформалне послове вид. у С. Аличичић, 133-134.

форме уговора. Те, у том смислу, сматрамо да је прихватљиво говорити о „консензуалним“ као неформалним уговорима, а о реалним уговорима као једној врсти формалних уговора. У Француском грађанском законнику је од 2016. године изричито предвиђено начело неформалности у чл. 1172, у оквиру одељка који носи назив „Форма уговора“.¹²¹ Према ст. 1 овог члана, уговори су у начелу неформални (*consensuels*). Одредбом из ст. 2 прописана је могућност изузетка од наведеног начела у случају када је пуноважност уговора условљена закључењем у форми одређеној законом и санкција ништавости за случај закључења ових уговора без захтеване форме. У оквиру истог члана, у ст. 3 наводи се да се настанак појединих уговора закон условљава предајом ствари. Дакле, у фГЗ о реалним уговорима говори се експлицитно у члану којим се на општи начин регулише форма као услов пуноважности уговора.

3.3.3.2. Реална форма у Аустрији

Под утицајем римског права, у аГЗ су уговор о остави (§ 957), послузи (§ 971) и зајму (§ 983) били предвиђени као реални уговори. Изменом аГЗ из 2010. године која је уследила због увођења потрошачких кредита, уговор о зајму је регулисан као консензуални уговор. Међутим, одредбе о уговору о послузи и остави нису претрпеле измене. Код њих реални карактер уговора произлази из дела одредаба којима се регулишу ови уговори у којима се каже да обећање о томе да ће ствар бити преузета на чување (код уговора о остави), односно да ће ствари бити предата на послугу (код уговора о послузи) обавезује страну која је дала обећање, али још увек не представља уговор о остави, односно послузи. Стога, у овим случајевима сагласност воља уговорних страна није довољна, већ је потребно и да се ствар преда да би уговор настао.

И поред тога, у аустријској теорији се дуго расправља о концепту реалних уговора и његовој примерености савременим правним односима. Неки аутори постављају питање због чега је баш код ове три врсте уговора задржан концепт реалних уговора, те истичу да је овим уговорима заједничко то што се ради о уговорима који су нужно (уговор о послузи) или по правилу бестеретни. Осим тога, код свих ових уговора поверење игра значајну улогу и циљ захтева предаје ствари био је заштита од

¹²¹ Француски грађански законик – фГЗ (*Code civile*) из 1804. године, у верзији од 01. октобра 2016. године. До реформе из 2016. године у фГЗ није било изричито предвиђено начело неформалности. Међутим, оно је извођено из чл. 1108 у којем су били набројани неопходни услови за пуноважност уговора. Тачније, из тога што међу њима (сагласност, способност уговарања, предмет и кауза) није била наведена и форма.

пренагљености.¹²² Често се каже да се ради о застарелој и непрактичној правној конструкцији, те се анализирају различити начини превазилажења ових недостатака.¹²³ Први је тај да се нпр. посебни облици уговора о остави (уговор о ускладиштењу, *Lagervertrag*) који подлежу посебним законским условима третирају као консензуални, а не реални уговори.¹²⁴ Друга могућност је традиционална конструкција о којој се говори и у домаћој теорији, а састоји се у томе да се сагласност воља уговорних страна која претходи предаји ствари посматра као предуговор из § 936 аГЗ.¹²⁵ Према схватању појединих аутора у аустријској теорији, реални уговори се у резултату могу претворити у консензуалне применом правила *cessante ratione lex cessat ipsa* према којем престанком разлога постојања неког закона престаје и сам закон.¹²⁶ Међутим, *Ермл* истиче да ово правило треба примењивати са нарочитим опрезом, те да је у аГЗ концепција реалних уговора задржана из историјских разлога, али да се нису у међувремену догодиле толико значајне промене које би оправдале примену овог правила.¹²⁷ Од наведених могућности *Ермл* најмање лошом сматра опцију према којој се споразум пре предаје ствари сматра предуговором. Он истиче да форма реалних уговора јесте непрактична, али не у толикој мери неупотребљива да би се морало одступити од јасног текста и смисла закона.

3.3.3.3. Реална форма у Немачкој

У немачком праву међу врстама форме уговора не говори се о реалној форми, већ само о реалним уговорима као једној од врста уговора у оквиру поделе на консензуалне и реалне уговоре. Консензуалнима се сматрају сви уговори за чији настанак је довољна сагласност воља уговорних страна, без обзира на то у којој форми су изјаве воља уговорних страна изражене. Са друге стране, за настанак реалног уговора није довољна сагласност воља, већ она мора бити праћена предајом ствари.

Немачки аутори су концепт реалних уговора и њихову прилагођеност тадашњем савременом праву почели да преиспитују већ почетком 20. века. Међу првима то чини *Шлосман*.¹²⁸ Он у свом раду истиче да се да се као критеријум за одређивање реалних

¹²² Gunter Ertl y Attila Fenveyes, Ferdinand Kerschner, Andreas Vonkilch, *3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Klang Kommentar)*, Wien 2013, § 957, Rn. 1.

¹²³ *Ibid*, Rn. 3.

¹²⁴ *Ibid*.

¹²⁵ *Ibid*.

¹²⁶ *Ibid*, са даљим навођењем.

¹²⁷ *Ibid*.

¹²⁸ Siegmund Schloßmann, „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte“, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 45 (1903), 1-96.

уговора не може навести прелазак ствари са једног саговорача на другог као њима заједничка форма јер он код различитих уговора који се сматрају реалним има врло различито дејство. Тако код зајма предајом ствари на дужника прелази својина, код залог државина, а код оставе и послуге пријемник постаје детентор. Из тога произлази да предаја нема само за циљ да се већ формирана воља јасније и прецизније изрази, већ је повезана са економским циљем правног посла и неопходна је за његово испуњење.¹²⁹ Као карактеристично обележје реалних уговора, према овом аутору не може се навести ни природна облигација која на основу њих настаје – обавеза враћања примљене ствари. Ова обавеза не одражава економски карактер ових уговора јер се они не закључују са циљем враћања онога што је примљено. Тако је нпр. циљ зајма омогућавање коришћења туђег капитала у одређеном временском периоду, а послуге употреба одређене ствари. Ови различити циљеви захтевају различит третман односа који се заснивају овим пословима и који се не могу свести само на обавезу враћања, већ обухватају више обостраних обавеза током трајања датог односа.¹³⁰ Осим тога, предаја ствари која потом треба да буде враћена постоји и код других уговора који се карактеришу као консензуални, попут закупа.¹³¹ „Ако се каже да код реалних контраката предаја припада заснивању уговорног односа, док је код консензуалних контраката поменуте врсте обавеза враћања заснована већ сагласношћу воља и да се предајом постижу само неопходни услови за обавезу враћања, у томе лежи, ако се тиме жели објаснити постојање реалних контраката, ништа друго до *petitio principii*.“¹³² Шлосман истиче да се као критеријум за дефинисање реалних контраката не може узети ни то да ли је уговор теретан или бестеретан.¹³³ На крају, овај аутор оспорава и гледиште према којем се сагласност воља која претходи предаји ствари код тзв. реалних уговора сматра предуговором јер се оно заснива на неправилном схватању природе ових уговора.¹³⁴

¹²⁹ *Ibid*, 43-44. У савременој домаћој доктрини детентором се сматра лице „које по основу радног или сличног односа или у домаћинству врши фактичку власт на ствари за друго лице и дужно је да поступа по његовим упутствима“. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 34. У том смислу би се за послугу могло рећи да предајом ствари послугопримац постаје држалац, а не детентор. То одговара објективној концепцији државине која прихваћена и у нашем ЗОСПО према којем се држаоцем сматра свако лице које непосредно врши фактичку власт на ствари (чл. 70, ст. 1). Шлосманово гледиште одговара субјективној концепцији државине из класичног римског права према којој је појам државине био врло уско одређен, а појам детенције веома широко. Према њој је послугопримац само детентор јер нема вољу да ствар држи за себе, односно да се према њој понаша као власник (*animus rem sibi habendi*). Вид. А Маленица, 354-355.

¹³⁰ *Ibid*, 45-46.

¹³¹ *Ibid*, 46.

¹³² *Ibid*.

¹³³ *Ibid*, 47.

¹³⁴ *Ibid*, 90.

Неодрживост ове теорије, према овом аутору, показује се и на процесноправном пољу. Уколико сагласност воља за закључење нпр. уговора о зајму представља предуговор, тужбени захтев стране којој је овом сагласношћу обећан зајам морао би да буде усмерен на то да суд обавезе туженог да закључи уговор о зајму са тужиоцем, односно да му преда обећану суму новца, као и да дâ изјаву да ову суму предаје на име зајма.¹³⁵ Оваква изјава би била сувишна јер је у тзв. предуговору већ постигнута сагласност о томе да новац прелази на тужиоца који њиме може слободно да располаже, а да тужилац са друге стране треба да врати исту суму новца.¹³⁶ Он закључује да се ови уговори од осталих консензуалних уговора сличног карактера, тј. оних који такође обухватају обавезу предаје ствари попут нпр. закупа разликују само по томе што код тзв. реалних из просте сагласности не настаје утуживи захтев за испуњење и предају, односно преузимање ствари. За тадашње немачко право он истиче да из простог обећања код бестеретног зајма, послуге или оставе не настаје утуживи захтев, али ако би се радило о теретном уговору онда захтеву за предају, односно преузимање ствари треба признати утуживост.¹³⁷

Деценију касније *Шлосмановом* преиспитивању адекватности концепта реалних уговора модерном немачком праву тога времена придружио се и *Бомер*.¹³⁸ Он је ово изједначио са питањем да ли предаја ствари може још увек имати за циљ заснивање облигације (*causa obligandi*) или само испуњење потраживања (*causa solvendi*).¹³⁹ Он такође истиче да циљ зајма, послуге и оставе који се традиционално сматрају реалним контрактима није заснивање обавезе на враћање ствари, већ употреба туђе ствари, односно смањење терета чувања ствари, те да је обавеза враћања само пратећа појава главног дејства ових уговора.¹⁴⁰ Подударане закључења уговора и радње испуњења код неких уговора попут нпр. обећања поклона је случајно и чињенично, а не правно и неопходно.¹⁴¹ *Бомер* се у свом раду позива и на *Шлосманово* мишљење да је конструкција према којој се сагласност воља која претходи предаји ствари сматра предуговором практично неупотребљива.¹⁴² На основу претходних разматрања, он закључује да су зајам, послуга и остава према тада важећем праву консензуални уговори,

¹³⁵ *Ibid*, 84.

¹³⁶ *Ibid*, 84-85.

¹³⁷ *Ibid*, 90-91.

¹³⁸ Gustav Boehmer, „Realverträge im heutigen Rechte“, *Archiv für bürgerliches Recht*, Bd. 38, 1913, 314-334.

¹³⁹ *Ibid*, 317-319.

¹⁴⁰ *Ibid*, 320-321.

¹⁴¹ *Ibid*, 323.

¹⁴² *Ibid*, 326.

те истиче да одређење да ли је неки уговор реални или консенсуални има практичне последице, како материјалног, тако и процесног карактера. У домену материјалног права она се огледа у могућности уступања новчаног потраживања које произлази из обећања зајма. Ако се остане при поимању наведених уговора као реалних, уступање или залагање овог потраживања је немогуће. Ако се пак узме да се ради о консензуалном уговору онда се могућност уступања потраживања подразумева јер се у том случају ради о уобичајеном новчаном потраживању.¹⁴³ У погледу процесноправних последица он се позива на део *Шлосмановог* рада о захтевима које би тужба морала да садржи уколико би се прихватила теорија о предуговору, те истиче да би и принудно извршење било успостављено на начин који не одговара уговорним странама. Ово због тога што би прво тек правноснажношћу пресуде захтевана изјава туженог била замењена и тек тада би исплата своте новца, предаја ствари или преузимање ствари код оставе могли бити принудно извршени.¹⁴⁴

И поред тога што је у немачкој теорији о неадекватности концепта реалних уговора било речи још на почетку 20. века, одговарајућа измена у законодавству за уговор о зајму наступила је много касније, 2001. године, док су одредбе којим се регулишу послуга и остава остале непромењене. У савременој немачкој теорији се о реалним уговорима врло мало говори и то по правилу у делима у којим се обрађују зајам, послуга или остава. Ови осврти немачких аутора на концепт реалних уговора остају на нивоу констатације да су наведени уговори изворно, под утицајем римског права, сматрани реалним контрактима, али да се, према савременом владајућем схватању, ради о консенсуалним уговорима.

3.3.3.4. Реална форма у домаћем праву

Теорију о две етапе приликом закључења реалних уговора у настојању да их објасне ову врсту уговора користе и поједини домаћи аутори. Тако и они наводе да постизање сагласности воља заправо представља предуговор којим се стране обавезују на закључење уговора предајом ствари. Другу етапу чини сама предаја ствари којом се извршава предуговор и настаје главни уговор.¹⁴⁵ Међутим, имајући у виду раније наведене *Шлосманове* и *Боемерове* аргументе, чини се основаним њихов закључак о неадекватности теорије о предуговору као првој етапи настанка реалног уговора.

¹⁴³ *Ibid.*, 329-331.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 332.

¹⁴⁵ С. Јакшић, 150; С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 76; Ј. Салма, „Форма облигационих уговора“, 218; О. Станковић, *Увод у грађанско право*, 170; О. Антић, 277.

Доношењем ЗОО наш законодавац је зајам¹⁴⁶, оставу¹⁴⁷ и залогу¹⁴⁸ регулисао као неформалне уговоре, те се сматра да они настају у тренутку када се стране сагласе о битним елементима уговора, без обзира на предају ствари. То уједно значи да, уместо два једнострано обавезујућа, настаје један двострано обавезујући уговор. Једина специфичност ових уговора у односу на друге консензуалне уговоре огледа се у томе што обавезе обеју страна не настају истовремено, већ сукцесивно. То јест, да би настала обавеза зајмопримца да врати ствар потребно је да претходно зајмодавац испуни своју обавезу која се састоји у предаји уговорене ствари зајмопримцу. Ова промена наишла је на одобравање у домаћој теорији, будући да су поједини аутори и пре доношења ЗОО сматрали појам реалних уговора непотребним и реликтом прошлости.¹⁴⁹ Ипак, као изузетак од консензуализације реалних уговора у ЗОО наводи се капара, што није неспорно.¹⁵⁰ Међутим, пример реалних уговора у домаћем праву свакако представљају уговори о поклону и послузи будући да нису регулисани ЗОО, те се примењују правила СГЗ у којем су ови уговори конципирани као реални уговори.¹⁵¹

О томе да реални уговори не постоје у савременом праву говори *Станковић*, али их дефинише на другачији начин. Према овом аутору су „зајам, послуга, остава и залога по својој правној природи *сложени и мешовити, неправни двострано обавезујући консенсуално-реални* уговори“. Он наводи да је особеност ових уговора у томе што обавезе страна уговорница не нестају истовремено, те што се једним, претежним делом закључују сагласношћу воља, а другим, мањим делом су реални. Према *Станковићу*, ова категорија треба да обухвати и закуп, превоз, ускладиштење, али не и поклон будући да из реалног чина предаје онога што је поклонодавац обећао не настаје обавеза на повраћај

¹⁴⁶ Чл. 557 ЗОО.

¹⁴⁷ Чл. 712 ЗОО.

¹⁴⁸ Чл. 966 ЗОО.

¹⁴⁹ Михаило Константиновић, *Облигационо право*, Београд 1962, 22; С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 76.

¹⁵⁰ Према чл. 79 ЗОО, ст. 1 „ако је у тренутку закључења уговора једна страна дала другој извешан износ новца или извесну количину других заменљивих ствари као знак да је уговор закључен (капара), уговор се сматра закљученим кад је капара дата, ако није што друго уговорено“. О капари као реалном уговору говоре *Тешић* у Ненад Тешић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, 499; *Антић* у О. Антић, *Облигационо право*, 350; *Радовановић* у Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *Облигационо право*, 242. *Хибер*, међутим, сматра да део одредбе према којој ће давање новца или ствари значити капару, ако другачије није уговорено „дозвољава и хипотезу која негира реалну форму капаре: могла би се схватити и као консензуалан уговор, а да је предаја (потестативни) одложни услов“. Он додаје и да, иако се у ЗОО говори о предаји капаре у тренутку закључења главног уговора, према схватањима у доктрини, она може уследити и касније. Вид. Драгор Хибер, „Предуговор обезбеђен капаром код уговора о промету непокретности у праву Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/2018, 75 са даљим упућивањем.

¹⁵¹ Вид. §§ 561-568 и §§ 582-592 СГЗ.

примљеног. На крају, он закључује да реални уговори у савременом праву не постоје, те да су се они „утопили у овде описану посебну врсту двострано обавезних уговора“.¹⁵²

Без обзира на различита поимања реалних уговора, може се рећи да у домаћој доктрини, попут немачке и аустријске, преовлађује схватање да се ради о анахроном и непотребном институту који не одговара савременом праву.¹⁵³

¹⁵² Обрен Станковић, „Реални уговори у Српском грађанском законнику, његовом изворнику и упоредноправно“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994, Миодраг Јовичић (ур.), Београд 1996, 279-280. Исто и у О. Станковић, *Увод у грађанско право*, 169-171.

¹⁵³ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 76. Поједини аутори, истина, не називају реалне уговоре анахроним и превазиђеним, али наводе да се њихов број смањује услед развоја права. Вид. С.Јакшић, 150; Б. Визнер, *Уговори грађанског и привредног права*, 85.

III О ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИШТВУ

1. Појам јавног бележництва

Јавно бележничество представља правосудну професију чијим вршењем се обезбеђује тзв. превентивна правна заштита. Оно се сматра средством пружања превентивне правне заштите јер се ради о јавној служби чијим се учешћем у успостављању и обезбеђењу приватних правних односа унапређују правни интереси појединца, пре свега спречавањем њихове будуће повреде, али и штите интереси других и заједнице служећи на тај начин правичности, правној сигурности и правном миру.¹⁵⁴

Јавнобележничка делатност првенствено се састоји у сачињавању јавнобележничких аката и то састављању и потврђивању исправа о правним пословима, оверавању потписа и преписа, као и сачињавању записника о правнорелевантним чињеницама.¹⁵⁵ Као лица од јавног поверења, они вршењем своје делатности обезбеђују већи степен правне сигурности и спречавају настанак спорова и на тај начин чине део тзв. превентивног правосуђа.¹⁵⁶ Осим ових послова, јавним бележницима најчешће се, у циљу рестеређења судова, поверавају и други послови који излазе из оквира превентивне правне заштите, попут вођења одређених ванпарничних поступака.¹⁵⁷

2. Врсте јавног бележництва

У упоредном праву среће се више врста јавног бележництва. Најчешће се прво прави подела на европскоконтинентално (*civil law notary*) и англосаксонско (*common law notary*) јавно бележничество, односно нотаријат. У оквиру сваке од ових може се направити разлика између две или више подврста.

2.1. Европскоконтинентално јавно бележничество

У земљама европскоконтиненталног правног круга најраспрострањенија врста је *латинско јавно бележничество (нотаријат)*.¹⁵⁸ Осим у већини држава Европе, ова врста

¹⁵⁴ Wolfgang Baumann, „Das Amt des Notars - Seine öffentlichen und sozialen Funktionen”, *Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (MittRhNotK)*, 1/1996, 3.

¹⁵⁵ Дејан Ђурђевић, „Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву“, *Перспективе имплементације Европских стандарда у правни систем Србије* (прир. Стеван Лилић), књига I, 2011, 159 са даљим упућивањима.

¹⁵⁶ Михајло Дика, „Јавно бележничество у Републици Хрватској - стање и перспективе“, *Јавни бележник*, 46/2019, 43.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Поједини аутори не наводе европскоконтинентални нотаријат као посебну врсту, већ говоре о подели на англосаксонско и латинско бележничество, при чему у оквиру латинског бележництва разматрају друге врсте нотаријата присутне у европским државама – државно бележничество, модел бележництва као приватне праксе и модел адвокат бележник. Вид. Милена Трговчевић Прокић, *Овлашћења јавног бележника и организација бележництва*, Београд 2012, 84-94.

јавног бележничтва прихваћена је и у земљама на простору Азије, Африке и Јужне Америке. За латински нотаријат карактеристично је то што јавни бележник обавља нотарске послове самостално, тј. не налази се у службеничком односу према држави. Њима држава не исплаћује плату, нити одговара за штету коју они проузрокују неправилним радом. Јавни бележник своју професију обавља самостално и независно и у том смислу јавно бележничество наликује тзв. слободним професијама попут адвокатуре.¹⁵⁹ Међутим, поједини аутори истичу да чињеница да је јавни бележник носилац јавних овлашћења одваја нотарску делатност од слободних професија.¹⁶⁰ Због тога се у теорији каже и да се она налази између државне службе и слободне професије.¹⁶¹

Вршење нотарских послова представља једино или примарно занимање јавног бележника код ове врсте нотаријата. Међународна унија латинског нотаријата (UINL)¹⁶² дефинисала је латинског нотара на следећи начин: „Латински нотар је правник по занимању, који на основу јавних овлашћења прихвата од странке изјаву воље, даје јој потребну писмену правну форму и о томе издаје одговарајуће исправе које имају карактер јавне исправе. Оригиналe тих исправа преузима на чување, а издаје оверене преписе. У његове задатке спада такође и јавно потврђивање чињеница.“¹⁶³ Своју дефиницију дао је и Савет нотаријата Европске уније (CNUE)¹⁶⁴ и она гласи: „Нотар је носилац јавне службе и тиме врши јавна овлашћења која су деривирана из надлежности државе. Он сачињава исправе са јавним поверењем и гарантује чување, обезбеђује доказну снагу и извршност ових исправа. Да би се обезбедила фактичка независност, нотар врши своју функцију у виду слободне професије која обухвата све активности из

¹⁵⁹ Драгор Хибер, „Са нотарима у Европу“, *Фокус*, јул 2021, 15-16.

¹⁶⁰ Дејан Ђурђевић, „Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву“, *Перспективе имплементације Европских стандарда у правни систем Србије* (прир. Стеван Лилић), књига I, 2011, 161. Александар Јакшић, „Нотаријат као јавна служба“, *Јавнобележничко право* (прир. Драгор Хибер), Београд 2006, 90-91.

¹⁶¹ W. Baumann, б. Овај аутор истиче да се нотарска делатност у Немачкој не може сврстати у слободне професије упркос законом установљеној независности будући да у тој држави, поред службеника не постоји ниједно друго занимање које је тако свеобухватно регулисано законским одредбама као нотарско. У ову групу може се сврстати и *Хиберово* схватање о „дихотомији у појму латинских бележника“ у којем указује на два аспекта јавног бележничтва – да је, с једне стране, у питању слободна професија, а са друге, јавна служба. Вид. Д. Хибер, „Са нотарима у Европу“, 15-16.

¹⁶² Међународна унија латинског нотаријата (*The International Union of Notaries - UINL*) основана је 2. октобра 1948. године и чије чланство данас чини 89 нотарских организација широм света међу којима је и Јавнобележничка комора Србије од 2016. године. Вид. <https://www.uinl.org/web/uinl/home>.

¹⁶³ Наведено према Весна Ријавец, „Primerjalnopravni pregled različityh oblika notarijata v svetu“, *Revija za pravno teorijo in prakso*, 51/1996, 11.

¹⁶⁴ Савет нотаријата Европске уније (*The Council of the Notariats of the European Union - CNUE*) основан је 1993. године и броји 22 државе чланице и 4 државе које имају статус посматрача, међу којима је и Република Србија. Вид. <http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=190>.

области ванпарничне правне заштите. Као непристрасни старатељ и лични саветник странака које трагају за правом он сачињава јавне исправе и гарантује лицу које врши своје право правну сигурност коју тражи. Нотар је висококвалификовани правник са одговарајућим универзитетским образовањем који своје занимање може да врши тек након различитих испита, периода обуке и поступака избора (*Ausleseverfahren*) и који приликом вршења занимања подлеже дисциплинским правилима професије и сталном државном надзору¹⁶⁵.

Док у већини земаља које припадају кругу латинског нотаријата јавном бележнику није допуштено обављање друге професије уз бележничку, у појединим земљама они бележничку делатност могу обављати и уз неку другу попут нпр. адвокатске. Тако нпр. у Немачкој јавни бележници ову делатност обављају као искључиву (*Nurnotariat*), али у појединим њеним државама постоји и тзв. адвокатски нотаријат (*Anwaltsnotariat*).¹⁶⁶ Они јавнобележничку делатност обављају као споредну, уз бављење адвокатуром. Адвокатски нотаријат није једна јединствена професија која обухвата и нотаријат и адвокатуру, већ се ради о двема одвојеним професијама које се врше истовремено и на које се примењују различита правила.¹⁶⁷

У земљама у којима постоји латински систем нотаријата за обављање функције јавног бележника неопходно је да се ради о правнику, висококвалификованом професионалцу који ужива јавно поверење приликом вршења овлашћења која су му поверена. Латинског нотара карактерише дужност да као непристрасан стручњак поучава странке и упозорава их на последице правног посла који закључују. Јавно поверење огледа се у посебној доказној снази исправа које саставља, потврђује или оверава јавни бележник, односно у претпоставци истинитости онога што је у њој садржано.¹⁶⁸ Нотарске исправе у овим системима под одређеним условима могу имати и карактер извршне исправе.

За разлику од латинског нотаријата који подразумева слободно и независно вршење јавнобележничке делатности, постоји и службенички нотаријат (*Beamtennotariat, Amtsnotariat*). Ова врста нотаријата постојала је до 31. децембра 2017.

¹⁶⁵ Наведено према Wolfgang Baumann, „Das Amt des Notars – Seine öffentlichen und sozialen Funktionen“, *Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (MittRhNotK)*, 1-2/1996, 5.

¹⁶⁶ Тако је нпр. у Шлезвиг-Холштајну, Хесену, Доњој Саксонији, Северној Рајни-Вестфалији, Берлину и Бремену. *Ibid.*

¹⁶⁷ Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München 2020, Art. 138, Rn. 10-15.

¹⁶⁸ Pedro Malavet, „Counsel for the Situation: The Latin notary, A Historical and Comparative Model“, *Hastings International and Comparative Law Review*, 3/1996, 440.

године у немачкој држави Баден-Виртемберг¹⁶⁹ док у одређеним кантонима Швајцарске постоји и данас.¹⁷⁰ У овим системима јавни бележници су део државног службеничког апарата. Њима држава исплаћује плату и одговара за штету коју они проузрокују радом.

2.2. Англосаксонско јавно бележништво

У земљама англосаксонског правног круга положај и значај нотара знатно је другачији у односу на земље европскоконтиненталног правног круга. Тако нпр. у САД *notary public* је државни службеник који је овлашћен да врши службене радње које се, по правилу, свде на различите овере. Вршење овлашћења *notary public*-а не укључује значајна дискрециона овлашћења или одлучивање због чега се његова позиција пореди са позицијом окружног, градског или месног чиновника.¹⁷¹ За обављање ове професије није потребно правничко образовање. У САД је, по правилу, довољно да је лице старије од 18 година, да говори и пише енглески језик, да није осуђивано, да преда пријаву и положи заклетву.¹⁷² Латинском нотару сличнији је пак амерички *lawyer*.¹⁷³ Иако и *notary public* има овлашћење да потврђује исправе, оне се значајно разликују у односу на оне које потврђује латински нотар у погледу доказне снаге.¹⁷⁴ У САД нотарска потврда (*notary's seal and certificate*) се сматра аутентичном и потврђује само идентитет потписника и веродостојност потписа. Међутим, не сматра се да се његовом потврдом (*notary public's certificate*) потврђују чињенице које су садржане у исправи.¹⁷⁵

Разлика у значају нотарских исправа, а тиме и нотара у земљама европскоконтиненталног с једне и земљама англосаксонског правног круга с друге стране, произлази из разлике у значају који се придаје исправама као доказним

¹⁶⁹ У складу са §114 нЗНот, од 1. јануара 2018. године уместо службеничког нотаријата који је постојао у овој савезној држави једина форма нотаријата је нотаријат као самостална, искључива професија.

¹⁷⁰ Службенички нотаријат постоји у кантонима Цирих, Тургау и Апенцел-Аусероден, а мешовити облик нотаријата који обухвата и нотаре који обављају нотарску делатност као слободну професију и нотаре службенике постоји у кантонима Луцерн, Обвалден, Нидвалден, Золотурн, Базел-провинција, Сент Гален, Цуг, Граубинден, Апенцел-Инероден, Шафхаузен, Гларус, Швиц). Нотаријат као слободна професија заступљен је у кантонима Женева, Во, Вале, Фрибур, Нешател, Јура, Берн, Аргау, Базел-град, Ури и Тичино.

¹⁷¹ P. Malavet, 431-432.

¹⁷² P. Malavet, 465. У појединим државама, да би лице постало *notary public* потребно је и да положи испит о познавању опште правне и пословне терминологије, основних принципа и поступака у вези са вршењем ове делатности. *Ibid*, 467.

¹⁷³ *Ibid*, 436.

¹⁷⁴ *Ibid*, 441 са даљим упућивањем.

¹⁷⁵ *Ibid*, 442-443 са даљим упућивањем.

средствима. Док се у првима исправе сматрају поузданијим и објективнијим доказним средством, у Енглеској и САД се даје предност сведочењу.¹⁷⁶

У Енглеској данас постоје две врсте нотара. Први, *scrivener* нотари, су до 1999. године били једини овлашћени да врше нотарску делатност на територији Лондона. По условима за које морају испунити и пословима које врше наликују латинским нотарима. Они морају имати правничко образовање и овлашћени су да сачињавају уговоре, оверавају потписе, преписе итд.¹⁷⁷ Осим тога, документи које они потврде („уз њихову ауторизацију и жиг) имају велику доказну снагу.¹⁷⁸

Друга врста нотара у Енглеској је *notary public*. Иако су већина њих правници, *solicitor*-и, за *notary public*-а није неопходно да имају диплому правног факултета, али је потребно да поседују одређени степен знања из области права који се стиче кроз две фазе – академску и професионалну. То подразумева полагање испита из различитих грана права потребних за вршење нотарских послова и потом похађање курса нотарске праксе.¹⁷⁹

Нотарске исправе у Енглеској, као ни у САД нису јавне исправе, али је у Енглеској изменом законодавства 2005. године увећана њихова доказна снага.¹⁸⁰ Осим тога, јавнобележничка исправа у овим системима нема својство извршне исправе. Нотаријат англосаксонског типа разликује се од латинског и по једном од суштинских обележја латинског нотаријата, дужности и овлашћењу јавног бележника да непристрасно поучава странке и упозорава их на правне последице правног посла који закључују.¹⁸¹

3. Начела вршења јавнобележничке делатности

Вршење јавнобележничке делатности заснива се на неколико основних начела. У строј теорији углавном се говори о начелима непристрасности, независности и

¹⁷⁶ *Ibid*, 444-445.

¹⁷⁷ Сима Аврамовић, „Правноисторијски аспекти нотаријата“, *Јавнобележничко право* (прир. Драгор Хибер), Београд 2006, 77.

¹⁷⁸ *Ibid*, 77-78.

¹⁷⁹ Више о томе вид. у *Notaries (qualification) rules 2017* и Велибор Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, докторска дисертација, Подгорица 2017, 112-121.

¹⁸⁰ Велибор Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, 120-121.

¹⁸¹ Martin Henssler, „Будућност јавног бележника у правним оквирима Европе“, *Континентално право – часопис за одржив и складан развој права*, 1/2017, 22.

поверљивости, међутим, њима се у домаћој теорији најчешће додају и начело слободног приступа нотару, начело територијалности и начело поучавања странака.¹⁸²

3.1. Начело слободног приступа јавном бележнику

Начело слободног приступа нотару изводи се из права на слободан приступ суду које се гарантује у чл. 6, ст. 1 Европске конвенције о људским правима, односно у чл. 32, ст. 1 Устава Републике Србије.¹⁸³ Примењивост овог начела на јавне бележнике произлази из чињенице да јавни бележник иступа као носилац јавних овлашћења која су изворно у надлежности државе, те да се посредством јавног бележништва обезбеђује превентивна правна заштита.¹⁸⁴ Стога, свако, био то домаћи држављанин, странац или апатрид, има право да се обрати јавном бележнику ради предузимања неке од радњи за чије вршење је овлашћен.¹⁸⁵ Са друге стране, за разлику од адвоката, јавни бележник не може одбити такав захтев странке, осим у изричито предвиђеним ситуацијама. Ово начело у нашем ЗЈБ садржано је у чл. 9, ст. 2 и чл. 53. Наведеним одредбама је предвиђено да јавни бележник „не сме да ускрати предузимање радњи за које је овлашћен“, при чему се одступање од овог правила допушта само у случајевима одређеним овим законом. Тако је нпр. јавни бележник дужан да одбије вршење службене радње ако се она коси са његовом делатношћу, служи недопуштеном или непоштеном циљу, ако утврди да странка нема потребну пословну способност, озбиљну или слободну вољу за предузимање одређеног правног посла.¹⁸⁶ Сличне одредбе садржане су и у нЗНот и аЗНот. Према § 15 немачког нЗНот, јавни бележник не може одбити вршење радње у вези са сачињавањем исправа (*Urkundstätigkeit*) без довољног разлога, док је у § 35 аЗНот предвиђено да јавни бележник не може да одбије захтев за вршење службене радње, осим у случајевима предвиђеним у §§ 33 и 34. Слично аустријском и немачком,

¹⁸² Поједини домаћи аутори наводе знатно већи број начела. Тако *Трговчевић Прокић* као начела јавног бележништва наводи начело диспозиције, начело официјелности, начело непосредности и посредности, начело страначке и истражне максиме, начело контрадикторности, начело материјалне истине, начело објективности, начело јавног поверења, начело непристрасности, начело независности, начело поуке и начело пружања помоћи. М. Трговчевић Прокић, *Овлашћење јавног бележника и организација бележништва*, 136-141. Са друге стране, *Јакшић* у начела нотаријата убраја начело слободног приступа нотару, начело диспозиције, расправно начело, *Numerus clausus* нотаријалног поступка, начело формализма, начело равноправности странака, начело поучавања странака, док независност и непристрасност нотара обрађује у посебном поглављу. Александар Јакшић, „Нотаријат као јавна служба“, *Јавнобележничко право*, Београд 2006, 98-108.

¹⁸³ А. Јакшић, 98-99; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 39-40.

¹⁸⁴ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 39-40.

¹⁸⁵ А. Јакшић, 98-99; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 39-40.

¹⁸⁶ Вид. чл. 53, ст. 2 ЗЈБ. Више о разлозима за ускраћивање службене радње вид у Вицко Пранчић, „О дужности подузимања и ускрати службене радње јавног бележника“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, 4/2008, 997-1023 и Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 42-45.

и хрватски Закон о јавном билежничтву¹⁸⁷ у чл. 34 прописује да јавни бележник не може без ваљаних разлога ускратити предузимање службених радњи, док се у истом члану и чл. 33 наводе ситуације у којима је јавни бележник дужан да ускрати службену радњу.¹⁸⁸

Остварење овог начела обезбеђује се и правилном о утврђивању броја јавних бележника¹⁸⁹, о дужности јавног бележника да своју делатност обавља у јавнобележничкој канцеларији¹⁹⁰ у оквиру радног времена које одређује министар¹⁹¹, као и омогућавањем самосталног предузимања одређених радњи од стране јавнобележничких приправника, јавнобележничких сарадника и јавнобележничких помоћника.¹⁹²

3.2. Начело непристрасности

Непристрасност јавног бележника је карактеристично обележје јавнобележничке делатности.¹⁹³ У немачком законодавству и судској пракси, оно са начелом независности чини основу нотаријата.¹⁹⁴ Као носилац јавних овлашћења, лице од јавног поверења, нотар је дужан да делује непристрасно. За разлику од адвоката који се води искључиво интересима своје странке, јавни бележник не заступа интересе нити једне од странака, већ поступа у складу са прописима и начелом савесности и поштења.¹⁹⁵

Иако у домаћем ЗЈБ захтев за непристрасним поступањем јавног бележника није тако јасно истакнут као у немачком законодавству¹⁹⁶, ово начело свакако важи и у нашем јавном билежничтву. То је видљиво из текста заклетве коју јавни бележници полажу након именовања¹⁹⁷, Етичког кодекса јавних бележника,¹⁹⁸ као и других одредаба

¹⁸⁷ Закон о јавном билежничтву – хЗЈБ (НН 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16) од 25. августа 1993. године.

¹⁸⁸ О разлозима за ускраћивање службене радње јавног бележника у Хрватској вид. Вицко Пранчић, „О дужности подузимања и ускрати службене радње јавног билежника“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 997-1023.

¹⁸⁹ У складу са чл. 15 ЗЈБ, најмање једно јавнобележничко место одређује се за подручје једне општине, града или градске општине, а у подручјима са већом концентрацијом становништва и интензивнијим привредним пословањем на сваких 25.000 становника.

¹⁹⁰ Чл. 14 ЗЈБ.

¹⁹¹ Чл. 21 ЗЈБ.

¹⁹² Чл. 36, 36а и 42 ЗЈБ. Више о томе вид. у Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 40-42.

¹⁹³ W. Baumann, 8.

¹⁹⁴ Stefan Görk, *BeckOK BnotO mit DONot und RLEmBNotK*, (Hrsg. Stefan Görk auf der Grundlage von Schippel/Bracker, BnotO, 2011), München 2020, §14 Rn. 53.

¹⁹⁵ Чл. 9, ст. 1 ЗЈБ. „Јавни бележник је дужан да обавља своју делатност у складу са прописима и начелом савесности и поштења.“

¹⁹⁶ §§13, 14 и 28 нЗНот.

¹⁹⁷ Чл. 30, ст. 2 ЗЈБ. „Заклињем се својом чашћу да ћу поштовати правни поредак Републике Србије и да ћу делатност јавног бележника обављати законито, савесно, поштено и непристрасно.“

¹⁹⁸ Чл. 6 Етичког кодекса јавних бележника

садржаних у ЗЈБ које имају за циљ управо очување непристрасности јавног бележника приликом предузимања конкретне радње. Једна од њих је одредба о изузећу јавног бележника, тј. „уздржавању јавног бележника од вршења своје нотарске делатности када постоје законом предвиђене околности које доводе у сумњу његову непристрасност“.¹⁹⁹ Чл. 54 ЗЈБ садржи листу разлога за изузеће јавног бележника укључујући и једну општу одредбу којом се отвара могућност изузећа и за случај постојања неке околности која није наведена у овом члану уколико се њоме непристрасност јавног бележника доводи у сумњу.²⁰⁰ Уколико јавни бележник поступи супротно одредбама о изузећу тако сачињена исправа нема својство јавне исправе²⁰¹, а јавни бележник одговара за дисциплински преступ.²⁰²

Према *Д. Ђурђевићу*, сачињавање исправе упркос постојању разлога за изузеће у једном од законом предвиђених случајева може имати за последицу и ништавост те исправе, а не само изостанак својства јавне исправе.²⁰³ Ради се о разлогу из чл. 54, ст. 1, тач. 5, када јавни бележник или његов сродник по крви у правој линији или у побочној до четвртог степена сродства или његов супружник или ванбрачни партнер или сродник по тазбини до другог степена сродства, без обзира на то да ли је брак престао или није, стичу право или неку другу корист из односа поводом којег треба да сачини исправу. Другим речима, о ситуацији у којој би јавни бележник учествовао у настанку правног посла из којег би за њега или њему блиско лице настало одређено право или друга корист. Према овом аутору, иако ова последица није изричито предвиђена за случај располагања у корист јавног бележника и њему блиских лица као што је то случај у немачком праву, апсолутној ништавости таквих правних послова има места и у нашем правном систему. Ово због тога што слична норма постоји у Закону о наслеђивању²⁰⁴, као и из разлога што овај вид поступања јавног бележника представља најгрубљи облик кршења начела непристрасности као једног од основних принципа јавнобележничке

¹⁹⁹ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 52.

²⁰⁰ Више о разлозима за изузеће јавног бележника и њиховој подели на разлоге за апсолутно изузеће и разлоге за релативно изузеће вид. у Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 52-68.

²⁰¹ Чл. 54, ст. 4 ЗЈБ.

²⁰² Чл. 150, ст. 3, тач. 3 ЗЈБ.

²⁰³ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 69-70.

²⁰⁴ Чл. 160, ст. 1 Закона о наслеђивању - ЗН (*Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015). У време писања монографије *Д. Ђурђевића* у наведеној одредби ЗН није се изричито помињао јавни бележник и јавнобележнички тестамент, али је она у међувремену измењена, те је на тај начин отклоњена свака сумња о примењивости ове одредбе и на јавнобележнички тестамент и додатно оснажен аргумент овог аутора о аналогној примени ове одредбе и на друге правне послове који треба да буду сачињени у јавнобележничкој форми.

делатности. Стога, у овом случају има места примени чл. 103 ЗОО о ништавости уговора супротних принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.²⁰⁵

Поред случајева наведених у ЗЈБ јавни бележник као лице од јавног поверења треба и у другим ситуацијама да се уздржава од поступака који би могли изазвати сумњу у његову непристрасност.²⁰⁶ Као могући проблем у вези са непристрасношћу нотара у немачкој теорији се наводи случај „кућних нотара“ (*Hausnotar*), тј. случај када се исто лице нпр. једна банка приликом закључивања великог броја правних послова обраћа истом јавном бележнику. То свакако може указивати на то да дати јавни бележник ужива поверење тог лица, али не сме угрозити његову непристрасност. Он својим понашањем, а пре свега одговарајућим упозорењем и поучавањем сауговорача његовог сталног клијента треба да спречи макар и сумњу ове стране у његову непристрасност.²⁰⁷

3.3. Начело независности

Начело независности је једно од основних начела јавног бележништва. Према чл. 2, ст. 2 ЗЈБ јавни бележник је у обављању делатности независан и самосталан. Под тиме се подразумева да нотар, као вршилац јавне службе и део тзв. превентивног правосуђа, врши своју делатност слободно, без утицаја државних органа. Приликом вршења радњи на које је овлашћен води се искључиво важећим прописима, а не налозима и упутствима управних и судских органа.²⁰⁸

Независност јавног бележника подразумева висок степен интегритета лица које ову делатност обавља.²⁰⁹ То се обезбеђује посредством услова за именовање јавног бележника. Тако се као један од услова за именовање наводи и достојност јавног поверења за обављање послова јавног бележника.²¹⁰

²⁰⁵ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 69-70.

²⁰⁶ У немачком нЗНот је изричито предвиђено да нотар је дужан да се уздржава од поступака који би се могли чинити као кршење његових службених дужности, а посебно оних који би се могли чинити као зависност или пристрасност. Вид. §14, ст. 3, реч. 2 нЗНот.

²⁰⁷ Stefan Görk, *BeckOK BnotO mit DONot und RLEmbNotK*, (Hrsg. Stefan Görk auf der Grundlage von Schippel/Bracker, BnotO, 2011), München 2020, §14 Rn. 60; Rolf Gaupp, *Die Unparteilichkeit des Notars: Eine Garantie des Vertragsrechts, XXXIV. Kongres des lateinischen Notariats- Bericht der Deutschen Delegation*, Heilbronn 2003, 18-19.

²⁰⁸ В. Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, 153.

²⁰⁹ W. Baumann, 8.

²¹⁰ Чл. 25, ст. 1. тач. 6. У немачком праву овај захтев је садржан у §14, ст. 3, реч. 1 нЗНот у којем се наводи да је нотар дужан својим понашањем у оквиру службе и ван ње да се покаже достојним поштовања и поверења које се пружа јавном бележништву.

Независно поступање јавног бележника не сме да угрози ни то што, у складу са ЗЈБ, надзор над вршењем јавнобележничке делатности врше министарство надлежно за правосуђе, надлежни суд и јавнобележничка комора²¹¹, нити што о броју јавнобележничких места²¹², именовану²¹³ и престанку²¹⁴, радном времену²¹⁵ вршења службе јавног бележника, просторијма у којима се она врши²¹⁶, разрешењу²¹⁷, привременом удаљењу²¹⁸ јавног бележника и др. одлуку доноси министар правде. Управо ради заштите овог начела јавног бележништва у ЗЈБ су садржане и одредбе којима се жели очувати независност јавних бележника у односу на министарство и друге државне органе. Један од механизма заштите његове независности је сталност функције јавног бележника²¹⁹, односно то што се он не именује на одређено време, већ његова делатност престаје смрћу или са навршених 67 година живота, отказом или разрешењем.²²⁰ Такође, истом циљу служи и одредба којом је предвиђено да су претрес канцеларије јавног бележника и одузимање ствари које су му поверене на чување, јавнобележничких списа и књига могући само под условом да је то изричито наложено у одлуци која је донесена у кривичном поступку.²²¹

Осим тога, независност јавних бележника од државних органа постиже се тиме што он не прима плату од државе, већ награду за рад и накнаду трошкова наплаћује од странака.²²² Износ награде за одређену радњу јавног бележника је унапред одређен јавнобележничком тарифом коју утврђује министар. Међутим, у томе што примања јавних бележника зависе од странака и броја предузетих радњи поједини аутори виде и опасност по независност јавних бележника. Тако, према *Штирнеру*, зарада јавног

²¹¹ Чл. 13 ЗЈБ.

²¹² Чл. 15 ЗЈБ.

²¹³ Чл. 27 ЗЈБ.

²¹⁴ Чл. 24 ЗЈБ.

²¹⁵ Чл. 21 ЗЈБ.

²¹⁶ Чл. 20, 7 ЗЈБ.

²¹⁷ Чл. 31, ст. 2 ЗЈБ.

²¹⁸ Чл. 31а ЗЈБ.

²¹⁹ Чл. 2, ст. 2 ЗЈБ.

²²⁰ Чл. 24 ЗЈБ.

²²¹ Чл. 23 ЗЈБ. До 2015. године у ЗЈБ је у чл. 60 био предвиђен и имунитет јавног бележника који се у домаћој литератури такође наводи као вид заштите независности јавног бележника. Вид. Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 171. Ова одредба је гласила: „јавни бележник не може бити притворен у кривичном поступку који је покренут против њега због сумње да је учинио кривично дело у вези са обављањем делатности јавног бележника, без претходне дозволе већа вишег суда на чијем се подручју води поступак“. Међутим, Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележништву из 2015. године (*Сл. гласник РС*, бр. 106/2015 од 21. децембра 2015. године) ова одредба је брисана, а као разлог за ову измену у образложењу предлога тога закона је наведено да је „ова врста заштите неоправдано прописана“, те да се од ње одустаје.

²²² Чл. 134-142 ЗЈБ.

бележника зависи у великој мери од економски јаким клијената који му доносе много послова велике вредности.²²³ Због тога он се неће тако лако одлучити на то да темељним поучавањем и упозорењем одврати саговорника његовог клијента од закључења конкретног правног посла и на тај начин изгуби клијента који ће пронаћи другог нотара који ће мање озбиљно приступити поучавању његовог саговорача. Како даље наводи овај аутор, нотар „својим неустрашивим поучавањем“ неће спречити свог клијента да предузме сумњиву правну радњу, већ ће само смањити своје приходе.²²⁴

Поред овог, *Штирнер* наводи још један проблем у вези са могућношћу јавног бележника да што већим повећањем броја јавнобележничких записа које треба да сачини увећа своје приходе. Према овом аутору, у таквој ситуацији за јавног бележника је време новац. Због тога, он жури да заврши јавнобележнички запис не остављајући тако довољно времена за поучавање странака.²²⁵ Оно се тада своди на једнолично читање текста уговора уз кратке одговоре на питања. *Штирнер* исказује забринутост због тога што неретко нотар иступа као бизнисмен чиме се угрожава његова улога, односно независност и непристрасност која је слична судијској.²²⁶ Он сматра да ће „ризик тужбе за накнаду штете тешко навести нотара да неустрашивим поучавањем угрози приходе од такси, посебно због тога што осигурање умањује лични економски ризик“.²²⁷ У вези са тиме, *Штирнер* предлаже неколико начина да се очува непристрасност и економска независност нотара и да се ефективније обликује поучавање и правно неких лица. Један од њих је тај да нотари имају статус државних службеника који раде за фиксну плату јер би на тај начин њихова егзистенција била обезбеђена и не би зависила од прихода од такси. Према овом аутору, избор ове професије и не треба да буде мотивисан стицањем, већ задовољством вршења делатности која помаже да се избегну спорови.²²⁸ Иако је

²²³ Rolf Stürner, „Der Notar – unabhängiges Organ der Rechtspflege?“, *JuristenZeitung*, 5/6, 1974, 155. Иако је за лице које се обраћа јавном бележнику поводом предузимања неке службене радње прикладнији термин „странка“ овај аутор користи термин „клијент“. Он то вероватно чини са циљем да нагласи посебан однос који се који настаје између јавног бележника и странке која му се обраћа често поводом великог броја различитих послова.

²²⁴ R. Stürner, 156.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*, 159.

²²⁸ *Ibid.*, 159-160. Поред овог, *Штирнер* је у раду предложио још неколико начина обезбеђења непристрасности и независности јавног бележника. Један од њих је увођење чврсте надлежности за уговор које правно неуре стране по правилу закључују са правно верзираним и економски моћнијим саговорачима, као што су нпр. уговор о зајму или сви уговори у којима је садржана сагласност једне стране за непосредно извршење. Следећи предлог је да се искључи могућност да се нотар јави у својству саветника једне стране, у складу са § 24, ст. 1, реч. 1 нЗНот. Осим тога, према схватању овог аутора, редовна дужност поучавања би требало јасно да се прошири и на економске опасности које по правилу прете из одређеног правног посла или произлазе у конкретном случају из посебних чињеница које су

Штирнерова примедба о могућем утицају начина остваривања прихода јавног бележника на квалитет радњи које предузима смислена, чини се да претварање нотара у државне службенике који ће од државе примати плату није одговарајуће решење. Један од основних циљева увођења јавног бележништва је растерећење судова и државног апарата. Као што је већ речено, независност јавних бележника захтева висок степен интегритета лица која се за ово место именују, а то се обезбеђује високим критеријумима приликом избора лица достојних обављања јавнобележничке делатности, као и санкционисањем поступака супротних правилима којима се она регулише.

3.4. Начело поверљивости

Поједини аутори у немачкој теорији сврставају и начело поверљивости, заједно са начелима независности и непристрасности, у суштински темељ нотаријата.²²⁹ У српској и доктрини земаља из окружења једна група аутора наводи начело поверљивости као једно од начела јавног бележништва²³⁰, док поједини аутори то не чине²³¹. Под начелом поверљивости подразумева се дужност чувања јавнобележничке тајне, тј. дужност јавног бележника да чува као тајну податке које је сазнао приликом вршења делатности.²³² Осим јавног бележника, дужност чувања јавнобележничке тајне имају и друга лица која су код њега запослена.²³³ Ова обавеза је трајна, тј. не престаје завршетком службе јавног бележника, односно престанком запослења код јавног бележника.²³⁴

Ово начело служи интересу странака чији се поверљиви подаци откривају приликом предузимања неке радње јавног бележника, али и заштити јавног поверења које јавни бележник ужива.²³⁵ Предузимање радњи из надлежности јавног бележника по правилу подразумева откривање података о личним односима, породичним и имовинским приликама странака. Дужност чувања јавнобележничке тајне треба да

познате нотару. На крају, он истиче да би непристрасном и независном нотару требало дати могућност да одбије предузимање радње и на основу сумње у неважност уговорних одредаба, а не само у случају када је неважност очигледна као што је предвиђено у §14, ст. 2 нЗНот и 17, ст. 2 нЗПотИсп.

²²⁹ W. Baumann, 7.

²³⁰ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 46-51; Михајло Дика, „Јавнобележнички послови“, *Закон о јавном бележништву*, Загреб 1994, 93; *Трговчевић Прокић и Кораћ* ово начело називају начелом страначке привилегије – *intuitu personae*. Вид. М. Трговчевић Прокић, *Овлашћења јавног бележника и организација бележништва*, 140-141 и В. Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, 171-174.

²³¹ А. Јакшић, „Нотаријат као јавна служба“, 98-108.

²³² Чл. 57, ст. 1 ЗЈБ.

²³³ Чл. 57, ст. 2 ЗЈБ.

²³⁴ Чл. 57, ст. 6 ЗЈБ.

²³⁵ S. Görk, § 18.

допринесе томе да странке имају поверења у јавног бележника, тј. да буду слободне да пред њиме изнесу такве чињенице. Зато се каже да се ова дужност јавног бележника „заснива на природи јавнобележничке делатности и важи као неписано правило од њеног настанка“, тј. и пре него што је била изричито регулисана.²³⁶

Према чл. 57, ст. 1 ЗЈБ, дужност чувања јавнобележничке тајне постоји „ако из закона, воље странака или садржине правног посла не произлази шта друго“. Дакле, јавни бележник може бити ослобођен ове обавезе од стране саме странке будући да је у њеном интересу ова дужност и установљена.²³⁷ Осим тога, одлуку о ослобођењу од дужности чувања јавнобележничке тајне може донети и суд на захтев јавног бележника у случају да странка умре или ако је прибављање њене изјаве могуће само уз велике тешкоће. Одлуку о овом захтеву доноси основни суд на чијем подручју јавни бележник има службено седиште након прибављања мишљења Јавнобележничке коморе.²³⁸

Осим у наведеним случајевима, јавни бележник и лица запослена код њега могу бити ослобођени дужности чувања службене тајне и у судском или управном поступку, у складу са правилима којима се ови поступци регулишу.²³⁹

3.5. *Numerus clausus* и начело територијалности

У теорији се под начелом *numerus clausus* подразумева то да је број јавнобележничких места ограничен.²⁴⁰ Овај број одређује министар по прибављеном мишљењу Јавнобележничке коморе. За подручје једне општине, града или градске општине одређује се најмање једно јавнобележничко место. Као додатни критеријум користи се и степен привредне развијености подручја, односно број становника. Тако се у подручјима где је привредна активност интензивнија и концентрација становништва већа одређује по једно јавнобележничко место на сваких 25.000 становника.²⁴¹ Јавни бележник има своје службено седиште у којем је дужан да води своју канцеларију.²⁴² На територији државе одређена су службена подручја у оквиру којих јавни бележници

²³⁶ S. Görk, § 18, Rn. 1; У нашој теорији вид. Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 47.

²³⁷ Чл. 57, ст. 4 ЗЈБ.

²³⁸ Чл. 57, ст. 5 ЗЈБ.

²³⁹ Чл. 57, ст. 3 ЗЈБ. Више о случајевима ослобођања јавног бележника од чувања службене тајне вид. у Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 49-51.

²⁴⁰ Михајло Дика, „Јавнобележничка служба у Републици Хрватској“, *Право и порези*, 12/2001, 3; Драгор Хибер, „Са нотарима у Европу“, *Фокус*, јул 2010, 16; В. Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, 147.

²⁴¹ Чл. 15, ст. 1 и 2 ЗЈБ.

²⁴² Чл. 16, ст. 1 и 2 ЗЈБ.

имају своја седишта. Службено подручје „обухвата подручје основног суда на којем се налази службено седиште јавног бележника”.²⁴³

Начело територијалности подразумева да “јавни бележник може своје службене радње да обавља само на одређеном месту, односно у границама одређене територије”.²⁴⁴ Тако је у ЗЈБ одређено да јавни бележник своју делатност врши у јавнобележничкој канцеларији која мора да се налази у месту службеног седишта, односно да њему, по правилу, није допуштено да врши делатност и прима странке изван јавнобележничке канцеларије.²⁴⁵ У Закону о ванпарничном поступку предвиђено је да јавни бележник саставља исправе у канцеларији јавног бележника, као и да је одступање од овог правила могуће само ако странка због болести или старости не може или јој је отежано да приступи у јавнобележничку канцеларију или из других оправданих разлога.²⁴⁶ На сличан начин је у чл. 3, ст. 2 Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа регулисано место вршења јавнобележничких овера.²⁴⁷ У оба ова закона је такође предвиђено да, ако се исправа саставља, односно ако се врши овера ван јавнобележничке канцеларије, то у сваком случају мора бити у границама службеног седишта јавног бележника, осим ако је законом другачије предвиђено.²⁴⁸

Ограничењем броја јавних бележника и дефинисањем територије на којој могу предузимати службене радње настоји се обезбедити лојална конкуренција, као и спречити сукоб надлежности између јавних бележника и између органа који врше надзор над њиховим радом.²⁴⁹

Начело територијалности не треба поистовећивати са месном надлежношћу. Под месном надлежношћу подразумева се „право и дужност јавног бележника да поступа у предметима који су повезани с његовим службеним подручјем”.²⁵⁰ Начело територијалности указује на ком месту, на којој територији јавни бележник може да предузима службене радње на које је овлашћен. Са друге стране, месна надлежност

²⁴³ Чл. 17, ст. 1 ЗЈБ.

²⁴⁴ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 70.

²⁴⁵ Чл. 14, чл. 16, ст. 1 и чл. 10 ЗЈБ.

²⁴⁶ Чл. 166, ст. 2 Закона о ванпарничном поступку - ЗВП (*Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон).

²⁴⁷ Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа – ЗОвПРП (*Сл. гласник РС*, бр. 93/2014, 22/2015 и 87/2018).

²⁴⁸ Чл. 166, ст. 3 ЗВП и чл. 3, ст. 3 ЗОвПРП.

²⁴⁹ М. Дика, „Јавнобележничка служба у Републици Хрватској“, 5.

²⁵⁰ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 71.

указује на то који јавни бележник ће предузети одређену службену радњу према критеријуму постојања одређене везе између његовог службеног подручја и предмета поводом којег се та радња предузима. Та веза може бити персонална или реална, у зависности од тога да ли она постоји између службеног подручја јавног бележника и странака или између службеног подручја и добра на које се односи радња коју јавни бележник предузима.²⁵¹

У погледу сачињавања исправа правило је да месна надлежност не постоји. Наиме, у Закону о ванпраничном поступку предвиђено је да исправу може да сачини „сваки јавни бележник, независно од тога где учесник има пребивалиште, односно боравиште, где се налази седиште учесника који је правно лице или добро које је предмет правног посла“.²⁵² Слична одредба садржана је и у ЗОвПРП за јавнобележничке овере.²⁵³ Правило о непостојању месне надлежности код сачињавања исправа доприноси остварењу начела слободног приступа нотару јер се странкама пружа широка могућност избора јавног бележника којем ће поверити предузимање ове радње.²⁵⁴

Од овог правила предвиђен је изузетак код уговора о промету непокретности. Према одредбама Закона о промету непокретности, за ове уговоре захтева се форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, а за солемнизацију у овом случају надлежан је само јавни бележник на чијем подручју се налази непокретност.²⁵⁵ Исто правило би важило и за састављање јавнобележничког записа уколико би стране уговориле строжу форму од оне која је предвиђена у ЗПН. Искључива надлежност за правне послове који за предмет имају пренос права својине на непокретностима на исти начин је регулисана и Законом о ванпарничном поступку.²⁵⁶

Разлика између принципа територијалности и месне надлежности огледа се и у последицама њихове повреде. Тако правни послови које јавни бележник сачини супротно одредбама о искључивој месној надлежности не производе правно дејство.²⁵⁷ Са друге стране, повреда принципа територијалности не утиче на дејство тако закљученог правног посла, нити исправа губи својство јавне исправе.²⁵⁸ Према

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Чл. 165, ст.1 ЗВП.

²⁵³ Чл. 2 ЗОвПРП.

²⁵⁴ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 71-72, фн. 322 са даљим навођењем.

²⁵⁵ Чл. 4, ст. 1 и 2 Закона о промету непокретности – ЗПН (*Сл. гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015).

²⁵⁶ Чл. 165, ст. 2 ЗВП.

²⁵⁷ Чл. 4, ст. 4 ЗПН.

²⁵⁸ Чл. 166, ст. 4 ЗВП и чл. 4, ст. 1 ЗОвПРП.

Д. Бурђевићу, предузимање службене радње ван јавнобележничке канцеларије, односно ван седишта јавног бележника за последицу може имати само дисциплинску одговорност јавног бележника и то по основу кршења закона приликом сачињавања исправа или предузимања других радњи или по основу прибављања странака на недостојан начин из чл. 150, ст. 3, тач. 1 и 6 ЗЈБ.²⁵⁹ Ипак, уколико јавни бележник који је именован за службено подручје на територији Републике Србије састави исправу, односно овери потпис, рукопис или препис ван граница Републике Србије тако настала исправа или клаузула о оверавању неће производити дејство.²⁶⁰

3.6. Начело поучавања

Као једно од начела јавног бележништва у литератури се наводи и начело поучавања странака.²⁶¹ Оно има посебан значај будући да дужност јавног бележника да упозна странке са последицама уговора који закључују омогућује остварење једне од најважнијих функција форме уговора – функцију поучавања, а тиме и обезбеђује потпуније остварење друге важне функције - функције упозорења.

У немачкој теорији се чешће говори о дужности поучавања (*Belehrungspflicht*), него о начелу.²⁶² Код нас, обавеза поучавања произлази из чл. 172 ЗВП, ст. 1 о састављању исправе према којем је јавни бележник дужан да „објасни странкама смисао правног посла, да им укаже на његове последице и да испита да ли је правни посао дозвољен, односно да није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима“.²⁶³ На исти начин је ова дужност предвиђена код солемнизације приватне исправе у чл. 93ђ, ст. 1 ЗЈБ. У сваком случају, поучавање представља срж најстрожих форми уговора у нашем праву- јавнобележничког записа и јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе, тј. оно што их одваја од осталих врста форме. Јавни бележник, као непристрасан стручњак дужан је да упозна странке са правним значајем и последицама правног посла. Из тога произлази тесна повезаност овог начела са

²⁵⁹ Д. Бурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 78 и 79.

²⁶⁰ Чл. 166, ст. 5 ЗВП и чл. 4, ст. 2 ЗОВПРП.

²⁶¹ Д. Бурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 79-88. Јакшић уместо термина „поучавање“ користи термин „подучавање“, а *Кораћ* ово начело назива начелом саветовања и упозорења, а *Трговчевић* Прокић начелом поуке. Вид. А. Јакшић, „Нотаријат као јавна служба“, 101, В. *Кораћ*, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, 160-165 и М. *Трговчевић* Прокић, *Овлашћења јавног бележника и организација бележништва*, 141.

²⁶² Richard Daimer, Christoph Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, Limburg 1974, 26-58; Erkki Bernhard, *Beck'sches Notar-Handbuch*, München 2015, Rn. 59-60, 127-128; Hans Gerhard Ganter, „Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DnotZ)*, 6/2004, 421-437.

²⁶³ Ова одредба се, на основу чл. 185 ЗВП, сходно примењује и на солемнизацију приватних исправа. Осим тога, ова обавеза произлази и из чл. 84, ст. 1, тач 8 и чл. 93б, ст. 1, тач. 10 и 93ђ, ЗЈБ.

начелом непристрасности нотара јер он, за разлику од адвоката, не иступа у својству саветника само једне, већ свих странака.²⁶⁴ А та два начела се чврсто ослањају на начело независности јер се од јавног бележника може очекивати непристрасно поступање и саветовање странака само уколико је независан у свом раду.

Ова дужност јавног бележника, како наводи *Д. Ђурђевић*, представља манифестацију принципа државе социјалне правде која се не задовољава формалном правичношћу, већ настоји и да обезбеди и грађанима слабијег социјалног статуса да ефективно остварују своја права.²⁶⁵ У јавнобележничком праву ова идеја се остварује управо поучавањем странака од стране непристрасног стручњака.²⁶⁶ Стога, улога јавног бележника не исцрпљује се у простом записивању изјава воље странака, већ она подразумева његово активно учешће у циљу састављања исправе у којој ће јасно и потпуно бити изражена стварна воља странака.

То значи да нотар прво треба да разјасни право чињенично стање, да утврди праву намеру странака и да поучи странке о правном домашају правног посла који закључују²⁶⁷ о чему ће детаљније бити речи у наставку рада, у делу који се односи на циљеве форме уговора.

4. Овлашћења јавног бележника

4.1. Овлашћења јавног бележника према Закону о јавним бележницима (нотарима)

4.1.1. Укратко о доношењу и важењу ЗЈБКЈ

Након завршетка Првог светског рада у новоформираној Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца постојао је правни партикуларизам са шест правних подручја на којима су важили различити прописи (Србија, Војводина, Црна Гора, Босна и Херцеговина, Хрватска са Славонијом и Далмација са Словенијом). Различитост правних прописа који су важили на овим подручјима манифестовала се и кроз установу јавног бележничтва. У то време оно је постојало само у областима које су до 1918. године биле у саставу Аустро-Угарске, осим Босне и Херцеговине, тј. на територијама апелационих судова у

²⁶⁴ О односу начела непристрасности и начела саветовања вид. Драгана Кнежић Поповић, „Непристрасност јавног бележника“, *Правни живот*, 13/2008, 537-541.

²⁶⁵ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 80.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Christoph Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 59 и даље; С. Armbrüster, §17, Rn. 17-38; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 80.

Новом Саду, Загребу, Сплиту и Љубљани.²⁶⁸ Међутим, и на подручјима на којима је било успостављено, јавно бележништво је било регулисано различитим прописима. На територији Апелационог суда у Новом Саду и среским судовима у Међумурју је примењиван угарски закон о бележништву из 1874, на подручју Апелационог суда у Загребу аустријски Закон о нотаријату из 1855. године²⁶⁹, а на подручју сплитског и љубљанског апелационог суда аустријски Закон о нотаријату из 1871. године.²⁷⁰

Једна од мера предузетих у циљу превазилажења правног партикуларизма односила се и на установу јавног бележништва. Она је подразумевала уједначавање прописа којима је оно било регулисано на подручјима у којима је већ постојало, као и увођење јавног бележништва у преосталим деловима Краљевине. То је постигнуто 1930. године доношењем Закона о јавним бележницима (нотарима).²⁷¹ Овај закон рађен је по угледу на аустријски Закон о нотарским актима (*Notariatsaktsgesetz*) из 1871. године.²⁷²

У § 1 ЗЈБКЈ било је предвиђено да су јавни бележници лица од јавног поверења које поставља државна власт. У истој одредби наводи се да јавни бележници „састављају и отправљају јавне исправе о правним пословима, изјавама и чињеницама на којима се

²⁶⁸ Гордана Дракић, „Нормативно уређење установе јавног бележништва у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014, 201-203. У Средњем веку, на простору бивше Југославије нотаријат је развијен у приморским градовима (нпр. Дубровник, Сплит, Задар, Шибеник, Котор, Будва, Бар, Улцињ) под утицајем италијанског права. Више о томе вид. у Велибор Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, 34-58; Милена Трговчевић Прокић, *Овлашћења јавног бележника и организација бележништва*, Београд 2012, 42-51. Поједини аутори наводе да је једна врста нотара, под називом „пристав“, постојала и у средњовековној Србији. Њихов рад био је регулисан одредбама Душановог законика. Вид. Енес Бикић, Сефедин Суљевић, Мелиха Повлакић, Маринко Плавшић, *Нотарско право*, Сарајево 2013, 6-7. С. Аврамовић пак о приставима не говори као о нотарима, већ једној врсти особа „јавне вере“ поред нотара. Вид. у Сима Аврамовић, „Правноисторијски аспекти нотаријата“, *Јавнобележничко право*, Београд 2006, 58-62.

²⁶⁹ Нотаријат савременог карактера уведен је у аустријско право Законом о нотаријату (*Notariatsordnung*) од 29. септембра 1850. године. Овај закон је наишао на различите критике, те је прерађени текст тог закона објављен као нови Закон о нотаријату од 21. маја 1855. године (RGBl. 94/1855). Ипак, недуго потом дошло је до нове реформе овог закона те је 25. јула 1871. године објављен нови Закон о нотаријату заједно са Законом о нотарским актима (*Notariatsaktsgesetz*). О критикама на рачун увођења нотаријата и Закона о нотаријату из 1850. године, као и аргументима у корист опстанка овог института у аустријском праву вид. Johann Baptist Zugschwerdt, *Beitrag zur Vertheidigung des Notariatsinstitutes in Oesterreich*, Беч 1852.

²⁷⁰ Мирела Крешић, „Закон о јавним бележницима Краљевине Југославије из 1930.: Судјеловање јавног бележника у оставинском поступку – искуства из прошлости“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 2/2013, 357.

²⁷¹ Закон о јавним бележницима (нотарима) – ЗЈБКЈ од 11. септембра 1930. године (*Сл. новине Краљевине Југославије* бр. 220/1930). Више о дискусијама о потреби увођења јавног бележништва које су претходиле доношењу ЗЈБКЈ вид. у М. Крешић, 357-360; Г. Дракић, 206-208.

²⁷² Аустријски Закон од 25. јула 1871. године о захтеву јавнобележничког састављања одређених правних послова - *Gesetz vom 25. Juli 1871, betreffend das Erforderniß der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte* (RGBl. Nr. 76/1871), који се у аустријској теорији и пракси означава као *Notariatszwangsgesetz* (NZwG) или *Notariatsaktsgesetz* (*NotAktsg*). У складу са последњим наведеним називом, у овом раду биће означен као Закон о јавнобележничким актима – аЗЈА.

заснивају права; да примају исправе ради чувања или новац и папире од вредности ради предаје другим лицима или властима и да по налогу судова или других јавних власти проводе поступке који им се по закону могу поверити“. Осим тога, у наредном параграфу је прописано да јавнобележничке исправе и њихови отправци представљају јавне исправе.²⁷³ Већ из наведених одредаба видљиво је да је овим законом у Краљевини Југославији прихваћен систем латинског нотаријата. У складу са раније наведеним карактеристикама латинског јавног бележништва, јавни бележник није добијао плату од државе, већ је примао награду према прописаној тарифи.²⁷⁴ И из услова за постављање јавног бележника видљива су обележја латинског нотаријата попут захтева да се ради о висококвалификованом стручњаку из области права. Наиме, у § 6 међу условима за постављење наводе се диплома једног од правних факултета у Краљевини Југославији, стручна пракса у трајању од 5 година, као и положен адвокатски или судијски испит.²⁷⁵ Осим позитивних, у закону су били садржани и негативни услови међу којима су и они који се тичу могућности вршења друге службе, односно професије поред јавнобележничке. Тако се законодавац условима из §9 определио за систем у којем јавни бележник јавнобележничку делатност обавља као једину, те не може истовремено бити и адвокат (*Nurnotariat*).²⁷⁶

Иако донет за подручје целе Краљевине Југославије, овај закон није примењиван у оним деловима државе у којима је јавно бележништво тек требало да буде уведено, тј. на подручјима Апелационог суда у Београду, Апелационог суда у Скопљу и Великог суда у Подгорици. У § 253 ЗЈБКЈ је било предвиђено да закон „ступа у живот“ даном објављивања у Службеним новинама, да на наведеним подручјима добија „обавезну снагу“ када то одговарајућом уредбом одреди министар правде. Међутим, таква уредба никада није донета. Стога је ЗЈБКЈ примењиван само на подручјима на којима је јавно бележништво већ постојало (Апелациони судови у Новом Саду, Загребу, Сплиту и Љубљани), као и на подручју Врховног суда у Сарајеву, али је он на овом подручју стављен ван снаге 1932. године.²⁷⁷ Одлуком АВНОЈ-а о укидању јавних бележника и јавнобележничких комора од 17. новембра 1944. године установа јавног бележништва је укинута и пре него што је уопште заживела на територији Србије изузев подручја

²⁷³ §2 ЗЈБКЈ.

²⁷⁴ §227 ЗЈБКЈ.

²⁷⁵ § 6, ст. 4-6 ЗЈБКЈ.

²⁷⁶ § 7 ЗЈБКЈ.

²⁷⁷ Чл. 1 Закона о измени § 253 Закона о јавним бележницима (*Службене новине Краљевине Југославије* бр. 304) од 30.12.1932. године.

Војводине на којем је постојала и пре ЗЈБКЈ.²⁷⁸ Овом Одлуком је било предвиђено да сви послови које су вршили јавни бележници прелазе у надлежност редовних судова.²⁷⁹

4.1.2. Овлашћења јавног бележника према ЗЈБКЈ

Како суштину јавнобележничке делатности чини *састављање јавних исправа о правним пословима и другим релевантним чињеницама*, као и потврђивање и оверавање приватних исправа, овим пословима је у ЗЈБКЈ посвећено највише одредаба.²⁸⁰ Као најстрожа форма у овом закону предвиђена је форма *јавнобележничког акта* који сачињава сам јавни бележник. Друга врста јавнобележничких исправа предвиђених у ЗЈБКЈ биле су *солемнизоване приватне исправе*. У форми солемнизоване приватне исправе могли су бити сачињени правни послови за које овим законом није захтевана форма јавнобележничког акта. Трећу врсту јавнобележничких исправа представљала су *јавнобележничка посведочења (потврде)*. Под посведочавањем (потврђивањем) чињеница и изјава се подразумевало оверавање потписа (легализација), оверавање преписа (видимирање), оверавање превода, оверавање извода из трговачких и пословних књига, посведочење времена кад је исправа предочена, посведочење да је неко жив, као и других чињеница попут расправе о понудама, дражбе, жребања итд. Осим наведеног, јавни бележници су сачињавали и потврде о саопштавању одређене изјаве једне стране другој (отказ, понуда и сл.), као и о закључку главних скупштина или одбора друштава, задруга или др. удружења.²⁸¹ Ова посведочења имала су доказну снагу јавне исправе под условима предвиђеним ЗЈБКЈ.²⁸² Јавни бележници су о јавнобележничким актима, о записницима и уписима у регистар издавали отправке, преписе, потврде и изводе.²⁸³ О исправама које су јавни бележници, у складу са ЗЈБКЈ, састављали о правним пословима биће више речи у наставку рада, на одговарајућим местима, у циљу поређења са јавнобележничким записом, јавнобележнички потврђеном (солемнизованом) приватним исправом, односно јавнобележничком овером потписа важећег права.

²⁷⁸ Одлука о укидању јавних бележника и јавнобележничких комора – Одлука АВНОЈ-а (Сл. лист ДФЈ бр. 1/1945). Одлука је потврђена Законом о потврди одлука и закона пре 1. децембра 1945. године који је донет 12. новембра 1946 (Сл. лист ФНРЈ бр. 91/46). О околностима које су претходиле укидању јавног бележничтва и залагању за његово укидање вид. М. Крешић, 360-363.

²⁷⁹ § 2 Одлуке АВНОЈ-а.

²⁸⁰ §§ 52-130 ЗЈБКЈ.

²⁸¹ §§ 84-102 ЗЈБКЈ.

²⁸² § 84 ЗЈБКЈ.

²⁸³ §§ 103-119 ЗЈБКЈ.

У складу са §§ 120-126 ЗЈБКЈ, јавни бележник је био дужан да *прими на чување све врсте исправа и да преузме новац и хартије од вредности* када су му предате са циљем достављања другом лицу или власти. У другим случајевима, он је могао да преузме новац и хартије од вредности на чување, али на то није био обавезан.²⁸⁴

Поред састављања исправа као изворног дела јавнобележничке делатности, њима су *могли бити поверени и други послови*. По правилу, реч је било о вођењу оставинског поступка у својству повереника суда, али је суд јавним бележницима могао да повери и печатење и инвентарисање стечајне масе, процене и дражбе покретних и непокретних ствари у ванпарничном поступку, састављање или испитивање тачности рачуна положених од старатеља, принудних и осталих управитеља већих имовина, као и друге послове у који би били предвиђени посебним законима. Приликом иступања јавног бележника у својству судског повереника на његов рад су примењивани прописи који су важили за судове, укључујући одредбе о искључењу и изузећу судија, о заштити коју уживају државни службеници, о достављању позива, саопштења и одлука, о тражењу правне помоћи, извештаја и података од других надлежних органа. Надзор над радом јавног бележника у овим случајевима вршио је суд који му је поверио дати посао.²⁸⁵ Награду јавном бележнику за обављање послова у својству судског повереника одређивао је и досуђивао суд.²⁸⁶

Осим састављања, потврђивања и оверавања исправа, односно састављања записника и обављања поверених послова, јавни бележник је, према ЗЈБКЈ био овлашћен и да *заступа странке и упућује поднеске као пуномоћник* у ванпарничним поступцима који су у непосредној вези са исправом коју је сачинио или посведочењем.²⁸⁷ Осим у овим случајевима, јавни бележник је био овлашћен да заступа странке у грађанском, кривичном, ванпарничном или извршном поступку само онда када у месту у којем јавни бележник обавља делатност нема два адвоката и када закон не прописује изричито заступање од стране адвоката.²⁸⁸ Међутим, он није био овлашћен да заступа странку у поступку у којем се побија исправа коју је сачинио или друга радња коју је предузео као јавни бележник или повереник суда.²⁸⁹ У ситуацијама када јавни бележник иступа у

²⁸⁴ § 123 ЗЈБКЈ.

²⁸⁵ §§ 221-226 ЗЈБКЈ.

²⁸⁶ § 235 ЗЈБКЈ.

²⁸⁷ § 3, ст. 1 ЗЈБКЈ.

²⁸⁸ § 3, ст. 2 ЗЈБКЈ.

²⁸⁹ § 4 ЗЈБКЈ.

својству заступника за њега би важила иста правила као и за адвокате у погледу права, дужности и одговорности, а на његов однос према странци сходно би се применила правила Закона о адвокатима²⁹⁰ из 1929. године.²⁹¹ Према правилима истог закона одређивана је и награда за рад јавног бележника за радње које је предузео као заступник.²⁹² Осим могућности заступања странака у наведеним ситуацијама, параграфом 3 ЗЈБКЈ јавним бележницима дато је овлашћење и да, на захтев странака, *раде на састављању приватних исправа.*

4.2. Овлашћења јавног бележника према Закону о јавном бележничтву

И према важећем ЗЈБ састављање јавнобележничких исправа представља најзначајнији део јавнобележничке делатности. У складу са чл. 6 ЗЈБ јавнобележничким исправама сматрају се „исправе о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници (јавнобележнички записи), записници о правним и другим радњама које су обавили или којима су присуствовали јавни бележници (јавнобележнички записници) и потврде о чињеницама које су посведочили јавни бележници (јавнобележничке потврде), нејавне исправе које су потврдили јавни бележници (јавнобележничка солемнизација), као и нејавне исправе код којих је јавни бележник оверио потпис, односно оверио аутентичност преписа, превода или извода (јавнобележничке овере)“. Поред службених радњи које се тичу јавнобележничких исправа, у делатност јавног бележника, према чл. 4 ЗЈБ, спада и преузимање на чување исправа, новца, хартија од вредности и др. предмета, вршење поверених послова на основу закона или одлуке суда, као и предузимање других радњи у складу са законом.

4.2.1. Јавнобележничке исправе

Најважније врсте јавнобележничких исправа које истовремено представљају најзначајнију новину која је у наше право уведена доношењем ЗЈБ су јавнобележнички запис и јавнобележнички потврђена (солемнизована) приватна исправа. Како ће о њима, као и о овери потписа (легализацији) као о јавнобележничким формама уговора бити речи у главном делу рада, на овом месту ће бити поменуте друге исправе које се јављају у јавнобележничкој пракси.

²⁹⁰ Закон о адвокатима за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 65 од 19. марта 1929. године.

²⁹¹ § 5 ЗЈБКЈ.

²⁹² § 236 ЗЈБКЈ.

Ту спадају и *јавнобележнички записници*. То су исправе којима јавни бележник констатује да је предузео одређену службену радњу или да је присуствовао њеном предузимању.²⁹³ Према ЗЈБ, облик јавнобележничког записника може имати записник са оснивачке и друге скупштине акционарског друштва са више до 100 чланова или записник са седнице другог органа уколико тај орган одлучује о питањима из надлежности скупштине друштва.²⁹⁴ Јавнобележнички записник може оснивачким актом бити предвиђен као обавезан облик и за записнике са седнице других органа друштва, или седница органа друге врсте привредног друштва.²⁹⁵ Њиме могу бити утврђене и чињенице од којих зависи пуноважност или дејство правног посла. Осим тога, у овом облику могу бити сачињени и записници о обезбеђењу доказа, саслушању сведока, закључењу поравнања, споразуму странака о постојању новчаног потраживања, времену доспећа и обезбеђењу овог потраживања заснивањем заложног права на непокретности или покретним стварима дужника, чињеницама од којих зависи изрицање мера обезбеђења, изјави повериоца о продужењу рока за извршење обавезе из извршне исправе, испуњењу услова од којег зависи наступање извршности поравнања или другим изјавама или чињеницама одређеним законом.²⁹⁶

У складу са чл. 6 ЗЈБ јавнобележничким исправама сматрају се и *јавнобележничке потврде*. Као што је то случај са записницима, и јавнобележничким потврдама јавни бележник потврђује изјаве, догађаје и чињенице којима је сам присуствовао или које је непосредним опажањем констатовао.²⁹⁷ Јавни бележник је дужан да изда јавнобележничке потврде на захтев странке о томе да је сачињена јавнобележничка исправа, као и о наплаћеним трошковима. Обавеза издавања јавнобележничке потврде постоји и у случају да сведок, преводилац, тумач, вештак, законски заступник, службено лице органа старатељства или заступник правног лица захтева потврду о свом учешћу у поступку састављања исправе.²⁹⁸ Осим у наведена два случаја када је дужан да изда потврду, у другим случајевима јавни бележник је овлашћен, поред других овлашћених органа или лица, да изда потврду да је одређено лице живо, да је одређена исправа дата на увид овлашћеном лицу, да је одређена изјава саопштена одређеном лицу којем се по

²⁹³ Михајло Дика, „Јавнобележнички послови“, 97.

²⁹⁴ Чл. 86, ст. 1 ЗЈБ.

²⁹⁵ Чл. 86, ст. 2 ЗЈБ.

²⁹⁶ Чл. 87 и 88 ЗЈБ.

²⁹⁷ Михајло Дика, „Јавнобележничка служба у Републици Хрватској (II.)“, *Право и порези*, 1/2002, 3.

²⁹⁸ Чл. 90 ЗЈБ.

закону мора саопштити, о протесту менице или чека или о другим чињеницама којима је посведочио.²⁹⁹

Под *јавнобележничким оверама*, поред овере потписа, подразумевају се и овере преписа, превода или рукописа. У ЗЈБ је још увек садржана само одреба о овери превода, док су друге врсте јавнобележничких овера детаљније регулисане у ЗОвПРП. У складу са чл. 95 ЗЈБ, само јавни бележник који је и судски преводилац за одређени страни језик овлашћен је да овери превод са тог страног језика или на тај страни језик. Тиме он потврђује да превод одговара садржини изворног текста исправе, а овера ће производити исто дејство као да је учињена од стране судског преводиоца. Овером рукописа јавни бележник потврђује да је исправа која му је поднета написана својеручно од стране подносиоца исправе.³⁰⁰ Оверавањем преписа потврђује се подударност преписа са изворником или овереним преписом исправе. За то је потребно да препис одговара изворнику и у правопису, интерпункцији и скраћивању речи.³⁰¹

4.2.2. Јавнобележнички депозит

Осим састављања, потврђивања и оверавања наведених исправа, редовну надлежност јавног бележника чини и чување новца, хартија од вредности, различитих исправа и других предмета предвиђених чл. 165 ЗЈБ. Странка може предати предмет депозита било ком јавном бележнику, без обзира на његово службено седиште, осим када се тај предмет предаје ради испуњења обавезе. У том случају предмет се предаје оном јавном бележнику чије је службено седиште на територији јединице локалне самоуправе на којој је место испуњења обавезе.³⁰² Пре остављања предмета на чување, депонент подноси предлог за јавнобележнички депозит који садржи захтев за депоновање, податке о депоненту, разлозима депоновања, предмету, времену за које се предмет оставља, лицу у чију корист се депонује и др.³⁰³ Јавни бележник издаје депоненту потврду о депозиту која садржи сличне податке као предлог за депозит, као и

²⁹⁹ Чл. 91 ЗЈБ.

³⁰⁰ Чл. 19, ст. 1 ЗОвПРП.

³⁰¹ Чл. 21 ст. 1 и чл. 22, ст. 3 ЗОвПРП. У оквиру дела о оверавању преписа садржане су посебне одредбе о оверавању преписа дела исправе или извода из исправе, извода из јавних, трговачких и пословних књига, копије исправе, одштампаног примерка електронског документа, као и исправа намењених за употребу у иностранству. Вид. чл. 24-28 ЗОвПРП.

³⁰² Чл. 166 ЗЈБ, ст 1 и 2. Изузетак од правила из ст. 2 предвиђен је у случају када је из разлога хитности или због природе посла потребно да се предмет положи код јавног бележника чије се седиште налази у месту у којем се налази предмет депозита.

³⁰³ Чл. 167, ст. 1 ЗЈБ.

податке о јавном бележнику, његов потпис, печат и штамбиљ.³⁰⁴ Он може одбити предлог за депозит у случају да нису испуњени услови за пријем у погледу димензија и својстава предмета, ако предмет представља опасност за околину, ако нису предујмљени трошкови чувања пре остављања предмета у депозит или ако је законом забрањено узимање предмета у депозит.³⁰⁵ Одредбама ЗЈБ регулисане су и дужности и овлашћења јавног бележника у вези са чувањем и предајом депонованог предмета, као и поступањем у случају истека времена депозита или непреузимања предмета од стране депонента или лица у чију корист је предмет депонован.³⁰⁶ Јавнобележнички депозит има исто правно дејство као судски депозит, те се на њега сходно примењују правила којима се регулише судски депозит.³⁰⁷

4.2.3. Јавни бележник као повереник суда или другог државног органа

У правним системима у којима је успостављен латински нотаријат традиционално се нотарима поверава и вршење других послова који нису у њиховој изворној надлежности. Ипак, круг послова који може бити поверен јавним бележницима није исти у свим државама. Према ЗЈБ, јавном бележнику може бити поверено спровођење појединих ванпарничних поступака или предузимање одређених радњи у оквиру ових поступака.³⁰⁸ Тако јавном бележнику може бити поверено састављање смртвнице, попис и процена заоставштине, као и спровођење оставинског поступка. Јавни бележник којем је поверено састављање смртвнице може одредити и привремене мере за обезбеђење заоставштине у случају постојања околности које захтевају нарочиту опрезност.³⁰⁹ О целисходности поверавања спровођења поступка или предузимања одређене процесне радње одлучује суд решењем које доноси судија којем је додељен предмет.³¹⁰ Према чл. 30в ЗВП, јавног бележника којем ће бити упућен предмет решењем одређује председник суда који је надлежан за спровођење поступка, односно предузимање радње која се поверава према критеријумима наведеним у истој одредби.

³⁰⁴ Чл. 167, ст. 2 ЗЈБ.

³⁰⁵ Чл. 168 ЗЈБ.

³⁰⁶ Чл. 170-173 ЗЈБ.

³⁰⁷ Чл. 174 и 175 ЗЈБ.

³⁰⁸ Чл. 98, ст. 1 ЗЈБ. Изузетак од овог правила предвиђен је у ЗВП навођењем поступака и радњи које не могу бити поверене јавном бележнику. Тако, према чл. 30а, ст. 2 ЗВП, јавном бележнику суд не може поверити „спровођење поступка у статусним и породичним стварима, спровођење поступка за одређивање накнаде за експроприсану непокретност, вођење јавних књига и регистара за које је законом предвиђено да их води суд, састављање исправа за које је овим или посебним законом предвиђена искључива надлежност суда и спровођење поступка за расправљање заоставштине када је за наслеђивање меродавно право стране државе“.

³⁰⁹ Чл. 102 ЗВП

³¹⁰ Чл. 30 а, 30б ЗВП.

Јавни бележник је дужан да прихвати поверени посао, а његово извршење може одбити само ако постоје разлози за његово искључење или изузеће или друга околност која га спречава да прихвати посао.³¹¹ Он је дужан да приликом спровођења поступка или предузимања одређене радње из поступка поступа у складу са правилима која важе за тај поступак. Према истим правилима утврђује се и постојање разлога за његово изузеће или искључење, као и обавеза чувања службене тајне.³¹² Надзор над радом јавног бележника приликом обављања поверених послова врши суд који му је тај посао поверио. Решењем суда поверени посао може бити одузет из оправданих разлога у ком случају јавни бележник обуставља свој рад и доставља све списе предмета суду.³¹³ Против решења које донесе јавни бележник као повереник суда могу се поднети правни лекови под истим условима и у складу са истим правилима као да је донето од стране суда.³¹⁴

За разлику од појединих држава из окружења³¹⁵, у домаћем праву није предвиђена могућност поверавања јавним бележницима послова у оквиру извршног поступка, већ ове послове врше јавни извршитељи. Изузев обезбеђења доказа и достављања писмена у повереним пословима, јавном бележнику суд не може поверити ни предузимање радњи из парничног поступка. На крају, јавном бележнику суд не може поверити ни послове из надлежности другог државног органа.³¹⁶

У ЗЈБКЈ, по угледу на аустријски аЗНот, било је предвиђено да јавни бележник може обављати и друге послове који нису нашли место у нашем ЗЈБ, као што је заступање странака и састављање приватних исправа.³¹⁷ Са друге стране, у неким другим државама са простора бивше Југославије ова овлашћења јавног бележника садржана су

³¹¹ Чл. 30г, ст. 1 и 2 ЗВП.

³¹² Чл. 30д, ст. 1 и 2 ЗВП.

³¹³ Чл. 30е и 30ж ЗВП.

³¹⁴ Чл. 30з ЗВП. Више о јавном бележнику као судском поверенику у оставинском поступку вид. у Дејан Б. Ђурђевић, „Положај нотара као повереника суда у оставинском поступку“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 3, Београд 2013, 154-168.

³¹⁵ У Хрватској јавни бележник може да врши послове у поступку извршења на основу веродостојне исправе, у својству повереника суда. Вид. чл. 278-289 Овршног закона Хрватске - ОЗХ (*Народне новине* бр. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20). Поред тога, према одредбама овог закона јавном бележнику може бити поверено и спровођење јавног надметања ради продаје покретних ствари у поступку извршења на покретним стварима. Вид. чл. 149, ст. 2 ОЗХ. Више о облицима учешћа јавног бележника у оставинском и извршном поступку у хрватском праву, као и предлозима за проширење надлежности јавних бележника вид. Михајло Дика, „Изванпарнична“ и концилијацијска јавних бележника *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 6/2009, 1153-1177; Михајло Дика, „Јавнобележничка оврха према Новели Овршног закона из 2003.“, *Право и порези*, 4/2004, 3-8.

³¹⁶ Чл. 98, ст. 2-4 ЗЈБ.

³¹⁷ § 3 ЗЈБКЈ. У аустријском праву, ова овлашћења нотара предвиђена су § 5 а ЗНот.

и у новим законима којима је у тим системима поновно уведен нотаријат. Словеначки Закон о нотаријату³¹⁸ могућност заступања странака регулише на сличан начин како је то учињено у ЗЈБКЈ. И у овом закону је овлашћење за заступање одређеног јавног бележника у ванпарничним поступцима и неспорним стварима пред другим органима ограничено на случајеве који су у непосредној вези са јавнобележничком исправом коју је он сачинио.³¹⁹ Такође, и у словеначком закону је заједно са овлашћењем за заступање нотарима дато и овлашћење да састављају приватне исправе, те се наводи да они у овим случајевима имају положај адвоката.³²⁰

³¹⁸ Закон о нотаријату Словеније- сЗНот (*Zakon o notariatu*) (*Uradni list RS*, št. 2/07 – uradno prečišćeno besedilo, 33/07 – ZSReg-B, 45/08, 91/13 in 189/20 – ZFRO).

³¹⁹ Чл. 5, ст. 1 сЗНот. Ипак, јавном бележнику није допуштено да заступа странку у поступцима у којима се побија исправа, правни посао или друга радња коју је предузео у својству јавног бележника. Вид. чл. 5, ст. 3 сЗНот. Више о овлашћењима јавног бележника у словеначком праву вид. Весна Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, 108-129.

IV ФУНКЦИЈЕ ФОРМЕ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА

1. Уопштено о функцијама форме

На почетку рада, у делу о начелу неформалности и односу између форме уговора и начела приватне аутономије било је речи о предностима владајућег начела неформалности уговора, као и о потреби постојања оправданог разлога за одступање од њега наметањем обавезне форме за одређену врсту уговора. Осим тога, указано је на то да се под оправданим разлозима подразумевају различити циљеви које законодавац жели да постигне путем обавезне форме. Они могу служити заштити интереса уговорних страна, трећих лица или јавног интереса. Ипак, обавезна форма уговора са собом носи и трошкове за странке, не само у погледу новца, већ и времена, те последично може водити успоравању правног промета. Због тога, јасно је да, приликом одлучивања о томе да ли за одређену врсту уговора треба предвидети обавезну форму и коју, законодавац мора да одмери супротстављене интересе, односно циљеве које настоји да постигне. Због тога *Манковски* каже да „бавити се питањем форме у првој линији значи бавити се циљем прописане форме“.³²¹

Док једна група аутора у литератури користи израз „циљ форме“ (*Formzweck*), други говоре о „функцијама форме“ (*Formfunktion*), а трећи их користе као синониме. У овом раду ће се користити оба израза, с обзиром на то да им је смисао исти. Оба подразумевају циљ који законодавац настоји да постигне прописивањем обавезне форме за одређену врсту уговора, односно задатак који форма треба да врши у конкретном случају. По правилу су циљеви, односно функције форме усмерени на заштиту одређених интереса.³²²

Од циља због којег је форма у конкретном случају предвиђена, односно функције коју она треба да врши зависи и обим примене дате форме, тј. садржина уговора која мора бити изражена у захтеваном облику. Уз то, циљеви форме релевантни су и за

³²¹ P. Mankowski, 662.

³²² Према *Хеземејеру* функције форме правног посла могу имати објективне и субјективне циљеве (*objektiven- und subjektiven Zielrichtungen der Formfunktionen*). Под првим он подразумева случај када форма треба да служи приватној аутономији ради ње саме или када треба да управља приватном аутономијом или да је контролише ради њој претпостављеног јавног интереса. Са друге стране, функција форме има субјективни циљ када треба да служи интересу правног промета у целисти, интересу уговорних страна, интересу појединца, интересу трећег лица. Он истиче да је потребно разликовати јавни интерес од интереса правног промета јер овај потоњи представља скуп индивидуалних интереса који се остварују у сфери приватне аутономије. Ludwig Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte – Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft*, Frankfurt 1971, 168-195.

тумачење уговора, а од тога да ли су у конкретном случају остварени може да зависи и ништавост уговора.³²³

У домаћој теорији се најчешће говори само о две различите функције форме – функцији доказивања и функцији заштите.³²⁴ *Перовић* под заштитном функцијом обухвата заштиту како појединачних, тако и јавних интереса. Заштита појединачних интереса огледа се у спречавању пренагљеног одлучивања, недостатака воље, непрецизно и нејасно формулисаних клаузула у уговору. Заштита јавног интереса обавезном формом уговора огледа се у повећању правне сигурности, контроли и евиденцији промета одређених добара или олакшању спровођења фискалне политике. Према *Перовићу*, заштита појединачних интереса уговорних страна остварује се и када је обавезна форма предвиђена са циљем заштите јавног интереса. Такође, друга функција форме, доказна, представља општу карактеристику форме уговора будући да увек када се за неки уговор захтева одређена форма, она „остварује врло важну функцију на плану доказних средстава“.³²⁵ Иако *Визнер* не говори попут *Перовића* о искључиво две функције форме, циљеви које он наводи могу се сврстати у ове две групе. Он као најважније циљеве који се настоје постићи формом уговора наводи: заштиту општедруштвених интереса, заштиту интереса уговорних страна, заштиту интереса трећих савесних лица, заштиту интереса неискусних појединаца, олакшање и осигурање доказивања изјављене воље уговарача и спречавање фалсификовања фактички изјављене воље.³²⁶ Међу домаћим ауторима, на другачији начин и детаљније о функцијама форме говори *Тешић*, који као најважније функције форме наводи функцију заштите и функцију сазнања. Према овом аутору, функција заштите огледа се у заштити јавног интереса и интереса уговорних страна при чему се њена сложена садржина може разложити на функцију промишљања, функцију провере идентитета, функцију провере способности и функцију прецизности. Такође, и функција сазнања обухвата више подфункција и то: функцију изјаве, функцију доказа, функцију очувања, функцију публицитета и функцију контроле.³²⁷ Према *Водинелићу*, форма уговора има следеће функције: да странама обезбеди извесност у погледу садржине правног посла, да суду

³²³ *Ibid.*, 663.

³²⁴ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 43-44; Б. Визнер, 312;

³²⁵ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 43-44; Исто и у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), 278-279.

³²⁶ Б. Визнер, *Коментар ЗОО*, 312.

³²⁷ Ненад Тешић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, 509-511.

или другом органу олакша утврђивање садржине правног посла за потребе доказивања или надзора, да омогући странама и трећим лицима да буду боље информисани о садржини правног посла, да штити од пренагљене одлуке, као и да спречи давање послу непуноважне садржине.³²⁸ Д. Ђурђевић се детаљније бави функцијама форме са ослонцем у немачкој теорији.³²⁹

Циљеви и функције форме предмет су истраживања великог броја немачких аутора. Међутим, и међу њима постоје значајне разлике у погледу броја циљева форме које они разликују. Највише их наводи Манковски који у свом раду пише о 14 различитих циљева, односно функција форме: функција доказивања (*Beweiszweck*), функција аутентификације (*Authentizitätszweck*), функција идентификације (*Identifikationszweck*), функција комуникације (*Kommunikationszweck*), функција информације (*materieller Informationszweck*), функција индиције (*materieller Indizzweck*), функција разграничења или финализације (*Abgrenzungs- oder Finalisierungszweck*), функција публицитета (*Verlautbarungs- und Publizitätszweck*), функција упозорења и заштите од пренагљености (*Warnzweck und Übereilungsschutz*), функција поучавања (*Sicherstellen einer Belehrung und qualifizierten Beratung durch einen neutralen Fachmann*), функција отежавања закључења уговора ради регулисања тржишта (*Erschwerungszweck zur Marketregulierung*), функција заштите правног промета и поверилаца (*Verkehrsschutz- und Gläubigerschutzzweck*), контролна функција (*Kontrollzweck: Ermöglichen öffentlicher Überwachung*), и функција омогућавања настанка (*Ermöglichungszweck*).³³⁰ Једни аутори указују на то да Манковски не наводи који је практичан значај додатног диференцирања циљева форме у односу на оне о којима се до тада говорило у немачкој литератури.³³¹ Са друге стране, аустријски аутор Калс готово у потпуности усваја ову поделу.³³²

Многе од ових функција могле би се подвести под две функције које наводи Перовић – доказну и заштитну. Ипак, њихово додатно разлагање важно је ради утврђивања могућности њиховог испуњења појединим врстама форме уговора. Наиме, није свака врста форме подобна да оствари све наведене функције и у истом обиму. Док

³²⁸ Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2014, 464.

³²⁹ Д. Ђурђевић, „Форма пуномоћја *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Српска политичка мисао*, 4/2016, 293-306.

³³⁰ P. Mankowski, 662-668.

³³¹ Dorothee Einsele у Säcker Franz Jürgen, Rixecker Roland, Oetker Hartmut, Limpert Bettina, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Münch.Kommentar zum BGB)*, 8. Auflage, München 2018, §125, Rn. 9.

³³² S. Kalss, § 883, Rz. 3-7.

нпр. обична писана форма неке функције не може уопште да врши, друге може, али не у истој мери као од ње строже форме. Следствено, јасно разграничење различитих циљева, односно функција форме важно је и ради одређивања одговарајуће форме за одређену врсту уговора. До одговора на то питање законодавац треба да дође испитивањем дате врсте уговора и његових дејстава, те утврђивањем интереса који њиме могу бити угрожени. Спрам интереса којима, на основу процене законодавца, треба заштита одређују се функције форме којима се ова заштита може пружити. У том смислу, на основу функција које у конкретном случају форма треба да има да би се заштитили интереси долази се до оптималне врсте форме уговора. Тако одређена врста форме треба да омогући пружање заштите интереса на начин који одговара конкретној врсти уговора уз минимално ограничење слободе уговарања, успоравање правног промета и минималне трошкове.

У наставку рада биће изложени циљеви, односно функције уговора са акцентом на онима који су од значаја за облигационе уговоре, а посебно на функцијама карактеристичним за јавнобележничку форму уговора. С обзиром на то да *Манковски* наводи највише различитих циљева, његова подела ће послужити као ослонац за анализу функција форме у наставку рада. Уз то ће бити испитано постојање потребе за посебним издвајањем сваког од циљева које наводи овај аутор.

2. Функције форме

2.1. Функција доказивања

Ова функција може се приписати свим врстама форме. Обична писана форма, као и од ње строже врсте подразумевају састављање исправе у којој се формулишу изјаве воља уговорних страна. Тиме се омогућује касније доказивање њихове садржине. Како истиче *Јеринг*, писмена редакција уговора обезбеђује већи степен сигурности у односу на случај када се стране само усмено споразумеју, па макар и у присуству сведока. Доступност података о садржини уговора у другом случају зависи само од сећања странака или сведока и њиховог животног века. Осим тога, у сећању се по правилу садржава само смисао уговора, а не и језичка формулација која, у одређеним околностима, може бити од великог значаја.³³³

³³³ R. v. Jhering, 499.

Документовањем изјава воље омогућује се трајно чување, што подразумева да се текст и потписи који су садржани у исправи могу континуирано репродуковати и проверавати.³³⁴ Поједини немачки аутори посебно пишу о функцији документације која подразумева обезбеђивање трајне доступности изјаве.³³⁵ Могућност страна да провере и да се подсети садржине уговора у великом броју случајева спречава настанак спорова. У ситуацијама када до спора ипак дође, постојање исправе која служи као доказ о томе да је уговор закључен и која је његова садржина скраћује и поједностављује поступак. Тако се, према *Манковском*, доприноси процесној економији, а посредно и растерећењу правосуђа.³³⁶

Функција доказивања, према схватању *Манковског* обухвата и функцију јасноће (*Klarheitsfunktion*) која садржи функцију јасноће закључења (*Abschlussklarheit*) и функцију јасноће садржине уговора (*Inhaltsklarheit*). Под јасноћом закључења подразумева се да форма уговора пружа могућност странкама да одреде тренутак када је уговор закључен, тј. да раздвоје преговоре од настанка уговора. Јасноћа садржине уговора значи да се изражавањем воља уговорних страна у одређеној форми омогућује јасно утврђивање њихове садржине. Оне по *Манковском* не представљају посебне функције форме, већ припадају функцији доказивања.³³⁷ У старијој немачкој теорији ово схватање заступа *Бернард* који функције, односно циљеве доказивања, јасноће закључења и јасноће садржине уговора подводи под један циљ - циљ сигурности (*Sicherstellungszweck*) сматрајући да посебно издвајање наведених функција нема практичан значај.³³⁸ Функције јасноће и доказивања као једну функцију (*Klarstellungs- und Beweisfunktion*) наводе и *Ајзеле* и *Вентланд*.³³⁹

Поједини аутори пак ове функције посматрају одвојено од функције доказивања. Потребу њиховог разликовања истицао је *Хелдрих*.³⁴⁰ У новијој немачкој теорији *Плеве* функције јасноће закључења и јасноће садржине уговора посматра као једну функцију

³³⁴ P. Mankowski, 663; Lutz-Ingo Plewe, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts*, Aachen 2003, 11-12.

³³⁵ D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, §125, Rn. 9

³³⁶ P. Mankowski, 663-664;

³³⁷ P. Mankowski, 663.

³³⁸ Karl-Heinz Bernard, *Formbedürftige Rechtsgeschäfte*, Berlin 1979, 48.

³³⁹ D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, §125, Rn. 9; H. Wendtland, *BeckOK BGB*, §125, Rn. 1.

³⁴⁰ K. Heldrich, 91. *Лоренц* такође одвојено помиње функцију јасноће садржине и функцију доказивања. Werner Lorenz, „Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge“, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 5/1958, 394.

форме, али различиту од функције доказивања.³⁴¹ У аустријској литератури функцију доказивања и функцију јасноће одвојено наводе *П. Бидлински* и *Калс*.³⁴²

Функција доказивања по правилу се не јавља као одлучујући разлог за увођење обавезне форме за одређени уговор. Међутим, она свакако има велики значај. На то да су и учесници правног промета тога свесни указује чињеница да се свакодневно велики број иначе неформалних уговора вољом уговорних страна закључује у писаној или строжој форми, односно да се стране опредељују да закључе уговор у строжој форми од оне која је предвиђена законом.

2.2. Функција аутентификације и функција идентификације

Ове две функције као посебне функције форме уговора такође издваја *Манковски*. Формом уговора се обезбеђује „у мери колико је то могуће аутентичност изјаве воље“.³⁴³ Њоме се „отежава манипулација након давања изјаве, умањује ризик од фалсификовања и тиме подстиче повећање поверења“.³⁴⁴ Иако их посебно анализира, *Манковски* и сам наводи да се функција идентификације може посматрати као један аспект функције аутентификације. У сваком случају, функцијом идентификације он подразумева улогу форме да обезбеди да се личност изјавиоца воље идентификује или макар учини подобном за идентификацију.³⁴⁵ Ова функција остварује се стављањем својеручног потписа лица које изјављује вољу. Стога је за њено остварење довољна писана форма, док се строжим врстама форме то чини у још већем обиму тако што јавни бележник потврђује да је лице које је наведено у исправи као изјавилац воље заиста и потписало дату исправу.

Поставља се питање да ли је потребно функције аутентификације и идентификације како то чини *Манковски*, односно функцију документовања како то чини *Ајнзеле*, издвајати из садржине функције доказивања. Могло би се рећи да исправа која настаје закључењем уговора у захтеваној форми може да послужи као доказ о закључењу, садржини изјава воље, као и лицима која се изјавила вољу. Ипак, када се ове функције посматрају из аспекта конкретних врста форме, бар у немачком праву може се

³⁴¹ L. Plewe, 11,12 и 16.

³⁴² P. Bydlinski у Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberg, (Hrsg.), *ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Kurzkommentar zum ABGB)*, 3. Auflage, Wien 2010, §883, Rz. 2; S. Kalss, § 883, Rz. 5.

³⁴³ P. Mankowski, 664.

³⁴⁴ *Ibid.* Исто, по угледу на *Манковског* и *Калс*. Вид. S. Kalss, § 883, Rz. 6/1.

³⁴⁵ *Ibid.*

доћи и до другачијег одговора. Функција документације подразумева да се текст у којем је садржана изјава воље посредством одређеног медија учини трајно доступним. За њено остварење довољна је у текстуална форма из 126b нГЗ за чије испуњење је потребно да се садржина изјаве воље изрази читко у текстуалној форми са навођењем имена изјавиоца воље и да се сачува на трајном носачу података. Са друге стране, ова врста форме не може да оствари функцију идентификације будући да она не садржи својеручни потпис изјавиоца воље, те се простим навођењем његовог имена не остварује довољно јака и извесна веза са личношћу изјавиоца.

2.3. Функција комуникације

Манковски под овом функцијом подразумева да форма омогућује каналисање комуникације. Она чини комуникацију сврсисходном и доприноси снижавању трошкова одржавања алтернативних средстава комуникације.³⁴⁶

Иако каналисање комуникације може бити једна од предности која се постиже формом уговора чини се да нема основа за њено издвајање као посебног циља, односно функције форме уговора. Наиме, уколико овим изразима означавамо разлоге због којих законодавац предвиђа обавезну форму за конкретан уговор, односно задатке које она треба да врши у конкретном случају јасно је да се под њих не може подвести и поспешивање комуникације. То свакако није довољан разлог за одступање од једног од најважнијих начела облигационог права.

2.4. Функција информисања

Поједини аутори као посебну функцију форме наводе и функцију информисања.³⁴⁷ Према схватању *Манковског*, „форма може да служи томе да пренесе информације и да их њиховим отелотворењем учини доступним“.³⁴⁸ На тај начин информације добијају већи значај и постају подобне за репродукцију. Даље, чување и репродукција садржине чине је проверљивом у сваком тренутку. Она помаже да се отклони неједнакост у информисаности страна и ублаже последице ове неједнакости. Овај циљ форме тако служи транспарентности и заштити слабијег.³⁴⁹ Као пример форме која има циљ информисања и *Манковски*, и *Дернер* наводе § 550 нГЗ којим се регулише обавезна

³⁴⁶ *Ibid.*, са даљим упућивањем.

³⁴⁷ P. Mankowski, 664; Heinrich Dörner y Reiner Schulze (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (BGB Handkommentar)*, 10. Auflage 2019, §125, Rn. 2.

³⁴⁸ P. Mankowski, 664.

³⁴⁹ *Ibid.*

форма уговора о закупу стана будући да се на тај начин омогућује каснијем стицаоцу предметне непокретности да се упозна са постојањем уговора о закупу.³⁵⁰

Мада форма уговора неспорно може да допринесе информисаности страна о уговору који закључује, то није довољан разлог за то да се говори о посебној функцији форме. Аспекти форме о којима код ове функције говори *Манковски* преклапају се са другим функцијама о којима је било или ће бити речи у наставку. Отелотворење садржине уговора и стварање могућности за његову сталну репродукцију и проверу, већ је обухваћено функцијом доказивања или прецизније функцијом документовања као једним елементом функције доказивања. Са друге стране, изједначавање позиција страна у погледу њихове информисаности, односно заштита слабије стране о којима говори *Манковски* обухваћени су, према нашем схватању, функцијама упозорења и поучавања.

2.5. Функција индиције

Претходно речено у вези са функцијом информисања важи за још једну функцију коју у свом раду наводи *Манковски* – функцију индиције. Под овом функцијом он подразумева да форма уговора заснива индицију о консензусу уговорних страна. Он додаје да је ова функција блиска функцији доказивања, али се од ње разликује по томе што се индиција ствара не само о закључењу правног посла, већ и о његовој садржини.³⁵¹ Ипак, чини се да то није довољно да би се направила разлика и ова функција одвојила од функције доказивања из простог разлога што, како и сам *Манковски* наводи, функција доказивања обухвата функцију јасноће закључења (*Abschlussklarheit*) и функцију јасноће садржине уговора (*Inhaltsklarheit*). Стога, није јасно због чега би функција индиције била блиска функцији доказивања у погледу закључења уговора, али не и у погледу његове садржине.

2.6. Функција разграничења или финализације

У делу рада који се односи на ову функцију *Манковски* наводи да циљ форме може бити и раздвајање простих преговора од закључења уговора. Форма представља граничну линију између изјаве воље или правног посла с једне стране и преговора и припремних радњи с друге стране. Он додаје да то подразумева јасноћу закључења, а потом и да се овде може сврстати и јасноћа садржаја, извесност шта су стране уговориле

³⁵⁰ P. Mankowski, 664-665; H. Dörner, §125, Rn. 2.

³⁵¹ *Ibid*, 665.

или изјавиле. Будући да се у делу рада о доказној функцији форме изричито каже да јасноћа закључења и јасноћа садржине нису посебне функције, већ припадају функцији доказивања, поставља се питање због чега *Манковски* након тога као посебну функцију наводи функцију разграничења и финализације.

2.7. Функција публицитета

У појединим случајевима уговор може да производи дејство не само према уговорним странама већ и према другим учесницима правног промета. За такве правне послове може бити предвиђена обавезна форма како би се уговор учинио видљивим и трећим лицима на чије интересе његово закључење може утицати. Као пример *Манковски* наводи оснивање привредног друштва које се уноси у јавни регистар. Он додаје да је инсистирање на обавезној форми потребно и код располагања за случај смрти с обзиром на то да се након смрти оставиоца не могу отклонити нејасноће. Под ову врсту може се подвести и функција препознатљивости за трећа лица (*Erkennbarkeit für Dritte*) о којој пишу *Хелдрих* и *Плеве*. *Хелдрих* у свом раду наводи да не оспорава могућност да законодавац пропише обавезну форму за неки уговор у циљу препознатљивости тог уговора за трећа лица. Међутим, он изражава неслагање са навођењем као примера за овај случај тадашњег §566 нГЗ (садашњи §550 нГЗ) којим се регулише форма уговора о закупу који се закључује на период дужи од годину дана. Овај аутор заузима став према којем је обавезна писана форма у овом случају предвиђена у корист закупца и то са циљем јасноће закључивања, јасноће садржине и обезбеђења доказа. Овај уговор, према *Хелдриху*, има за закупца изузетно велики значај јер представља његов дом, те је потребно да му његова правна позиција буде потпуно јасна.³⁵² *Лоренц* и *Плеве* пак одступају од *Хелдриховог* схватања и као пример уговора код којег обавезна форма има функцију препознатљивости за трећа лица наводе управо §550 нГЗ.³⁵³ Према схватању *Плеве*, у овом случају обавезна писана форма служи трећем лицу, стицаоцу стана који је предмет закупа будући да он ступа на место закуподавца у складу са §566 нГЗ. Њему се на овај начин пружа могућност да се упозна са детаљима уговорног односа у који ступа куповином закупљене непокретности.³⁵⁴ И *Хајс* помиње ову одредбу нГЗ као пример заштите трећег лица посредством обавезне форме уговора.³⁵⁵ Имајући у виду различита схватања ових аутора о функцији форме уговора о

³⁵² К. Heldrich, 91-92.

³⁵³ W. Lorenz, 394; L. Plewe, 16.

³⁵⁴ L. Plewe, 16.

³⁵⁵ H. Heiss, 72, 100-101.

закупу из §550 нГЗ, као и раније наведена схватања *Манковског* и *Дернера* који ову одредбу наводе као пример форме са функцијом информације видљиво је да је циљ форме овог уговора у немачкој литератури у значајној мери споран. Обавезна писана форма за уговор о закупу стана прописана је и у нашем праву, у чл. 70. ст. 2 Закона о становању и одржавању зграда.³⁵⁶ С обзиром на то да и према чл. 591 ЗОО стицалац предмета закупа ступа на место закуподавца запажања немачких аутора у погледу функција форме уговора о закупу стана применљива су и на решење српског законодавца. Међутим, у ставу којим наш законодавац регулише форму уговора о закупу стана предвиђена је и дужност закуподавца да у року од 30 дана од закључења уговора достави један примерак надлежној локалној пореској администрацији. Овај део наведене одредбе указује на то да би циљ којем је законодавац тежио прописивањем обавезне писане форме могла бити и заштита јавног интереса, односно вршење функције контроле у циљу остваривања фискалних интереса државе.

2.8. Функција контроле

Функција контроле наводи се неретко као посебна функција форме уговора.³⁵⁷ Када форма одређеног уговора има ову функцију, то значи да законодавац њоме жели да обезбеди службени надзор над закључивањем те врсте уговора за потребе заштите јавног интереса. У немачкој теорији као пример уговора код којих је обавезна форма прописана ради остварења овог циља најчешће се наводи § 34 верзије Закона против ограничења конкуренције која је била на снази до 1. јануара 1999. године.³⁵⁸ Овом одредбом је за уговоре којима се ограничава конкуренција захтевана писана форма у циљу да се властима и судовима обезбеди могућност контроле над закључењем споразума који су начелно непожељни и могу бити допуштени само изузетно.³⁵⁹ Под ову функцију *Манковски* подводи и циљ стварања основе за реално опорезивање наводећи пример јавнобележничког записа који се тражи за уговор о куповини непокретности, као и сагласност титулара права и друге стране о настанку правне промене и њеном упису у земљишну књигу (*Auflassung*). Осим ових, он сматра да је са истим циљем обавезна форма прописана и за закључење брака, усвојење, признање очинства.³⁶⁰

³⁵⁶ Закон о становању и одржавању зграда (*Сл . гласник РС*, бр. 104/2016 и 9/2020 - др. закон) од 23. децембра 2016.

³⁵⁷ К. Heldrich, 92-93; L. Plewe, 13-16; D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, §125, Rn. 10; S. Dullinger, §886 Rz. 12.

³⁵⁸ L. Plewe, 13-14; P. Mankowski, 667-668.

³⁵⁹ L. Plewe, 13-14.

³⁶⁰ P. Mankowski, 668.

2.9. Функција отежавања закључења уговора ради регулисања тржишта

У неким случајевима законодавац предвиђа обавезну форму за одређени уговор са циљем да се отежа његово закључење.³⁶¹ Постоје правни послови који се са становишта законодавца и јавног интереса чине непожељним, те се на овај начин настоје сузбити. Као пример форме која треба да врши функцију отежавања закључивања правног посла немачки аутори наводе форму јавнобележничког записа код уговора о уступању удела од стране члана друштва (правни посао располагања). Иста форма предвиђена је и за уговоре којима се заснива обавеза члана друштва да уступи удео (правни посао обавезивања).³⁶² Циљ законодавца је да на овај начин спречи шпекулативне радње са уделима.³⁶³ У аустријској литератури о овом циљу говори *Калс* и као пример форме која служи његовом остварењу наводи такође уступању удела члана друштва правним пословима међу живима, као и споразуме о обавези члана друштва да у будућности уступи удео за које се захтева форма јавнобележничког записа.³⁶⁴

Према *Хеземејеру*, обавезна форма као средство отежавања закључења правног посла не би требало да буде допуштена.³⁶⁵ Сличан став у аустријској литератури заузима *П. Бидлински* говорећи о форми уговора о преносу удела члана друштва која је на сличан начин регулисана као и у немачком праву. Према његовом схватању, намера да се имобилизују удели као предмет правног промета, на коју се указује у литератури и судској пракси, не може бити сама себи циљ. Он сматра да код правног посла обавезивања форма има функцију заштите од пренагљености, док код правног посла располагања иста форма јавнобележничког записа има функцију јасноће (*Klarstellungsfunktion*).³⁶⁶ Међутим, схватања *Хеземејера* и *П. Бидлинског* супротна су у погледу тога која страна се обавезном формом настоји заштити од пренагљености. Према првом, то је преносилац, а према другом стицалац удела.³⁶⁷

³⁶¹ К. Heldrich, 93; L. Plewe, 17-18; P. Mankowski, 667.

³⁶² §15, ст. 3 и 4 немачког Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу – нЗДОО (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG*) (RGBI. I S. 477) од 20.04.1982. године, последњи пут мењан 3. јуна 2021. године.

³⁶³ L. Plewe, 17; P. Mankowski, 667; D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, §125, Rn. 10 са даљим упућивањима.

³⁶⁴ §76, ст. 2 аустријског Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу - *Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG* (RGBI. Nr. 58/1906) од 6. марта 1906. године, последњи пут мењан законом објављеном у службеном листу *BGBI. I Nr. 86/2021*.

³⁶⁵ L. Häsemeyer, 174.

³⁶⁶ Peter Bydlinski, "Die Notariatsaktspflicht 1850 und heute", *Österreichische Notariatszeitung*, 1990, 289.

³⁶⁷ L. Häsemeyer, 189-192; Peter Bydlinski, "Die Notariatsaktspflicht 1850 und heute", 289.

2.10. Функција заштите правног промета и поверилаца

Манковски ову функцију издваја у односу на функцију публицитета иако се у оба случаја говори о томе да се посредством форме трећим лицима, односно у овом случају повериоцу једне од страна правног посла, омогућује да се информише о постојању и садржини правног посла.³⁶⁸ Други аутори пак пишу о „функцији заштите трећег лица, односно повериоца“.³⁶⁹ Сви наведени аутори као пример форме уговора која је предвиђена у циљу заштите повериоца наводе §1, ст. 1, тач. *b* аЗЈА којим се регулише форма уговора о куповини, размени, ренти, зајму и признању дуга између супружника. Овом одредбом је за наведене уговоре предвиђена обавезна форма јавнобележничког акта. Међутим, поједини аутори у аустријској теорији оспоравају потребу заштите повериоца обавезном формом уговора будући да се то може остварити на други начин, посредством института побијања правних радњи дужника.³⁷⁰ Према овим ауторима, одредба којом се за наведене уговоре супружника захтева обавезна форма постала је сувишна 1914. године, доношењем Закона о побијању правних радњи дужника изван стечаја³⁷¹ и Закона о стечају³⁷². У том смислу изјаснила се и аустријска судска пракса. Према схватању тамошњег Врховног суда, „ова одредба треба да заштити супружнике од пренагљености и разјасни правну ситуацију састављањем јавнобележничког акта о правним пословима закљученим између супружника. Повериоци супружника заштићени су од преноса имовине Законом о побијању правних радњи дужника изван стечаја који олакшава побијање код послова између сродника.“³⁷³ С обзиром на то да не постоји потреба заштите трећих лица, а заштита уговорних страна од пренагљености није нужна или се због посебне ситуације у којој се налазе супружници не може

³⁶⁸ P. Mankowski, 667.

³⁶⁹ S. Kalss, §883, Rn. 6; P. Bydlinski у *Kurzkommentar zum ABGB*, §883, Rn. 2.

³⁷⁰ Peter Bydlinski, Franz Bydlinski, *Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand*, Wien 2001, 40.

³⁷¹ Аустријски Закон о побијању правних радњи дужника изван стечаја - *Anfechtungsordnung (AnfO)* (RGBl. Nr. 337/1914) од 10. децембра 1914 године. Законом о општој реформи извршног права - *Gesamtreform des Exekutionsrechts (GREx)* (BGBl. I Nr. 86/2021) Закон о побијању правних радњи дужника изван стечаја стављен је ван снаге, а његове одредбе постале су део Закона о извршењу – *Exekutionsordnung (EO)*. Више о побијању правних радњи дужника изван стечаја у аустријском праву вид. Николина Мишчевић, „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: време настанка потраживања“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2018, 1340-1342; Николина Мишчевић, „О значењу термина „доследност“ из чл. 280, ст. 1 Закона о облигационим односима: само доследност или и извршност потраживања?“, *Хармониус*, 2018, 134-135 и Николина Мишчевић, „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: новчано (и неновчано) потраживање“, *Правна ријеч*, 55/2018, 481-497 са даљим упућивањима.

³⁷² Аустријски Закон о стечају – *Konkursordnung (KO)* (RGBl. Nr. 337/1914) од 10. децембра 1914 године, касније преименован у *Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)*.

³⁷³ Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 3 Ob 127/72 од 23.11.1972. године, а тако и у 3 Ob 31/73 од 28.02.1973, 3 Ob 11/81 од 25.03.1981, 3 Ob 132/85 од 19.02.1985. и 2 Ob 49/94 од 30.06.1994. године.

остварити кроз услов форме, према ауторима који заступају ово схватање, наведени уговори би требало да буду неформални и када су уговорне стране супружници.³⁷⁴ Или би бар, према њиховом схватању, требало још једном размотрити да ли се овом формом може остварити свеобухватна заштита странака, или је резервисати за финансијски значајније правне послове. Правни послови који су уобичајени међу супружницима и који су мањег значаја не могу угрозити ни супружнике, ни њихове повериоце, те је строга форма јавнобележничког акта у таквим случајевима свакако непотребна.³⁷⁵ Хајс, са друге стране, поводом уговора из §1, ст. 1, тач. *b* аЗЈА не предлаже измену у погледу захтева форме, већ у погледу санкције њеног недостатка. Према његовом схватању, у овом случају уместо ништавости довољна би била и рушљивост тако насталог правног посла.³⁷⁶

2.11. Функција омогућавања настанка

Као пример правних послова код којих форма има ову функцију Манковски наводи хартије од вредности. Хартије од вредности омогућују кретање правних односа, а саме хартије нису замисливе без отелотворења посредством форме.³⁷⁷

2.12. Функција упозорења и заштите од пренагљености

Док у погледу претходно наведених функција, осим функције доказивања, постоје значајне разлике међу ауторима у погледу њиховог диференцирања или међусобног повезивања, може се рећи да је теорија усаглашена у погледу функције заштите од пренагљености или упозоравајуће функције форме уговора. Како аутори који наводе тек неколико циљева којима форма може да служи, тако и они који разликују много више, као најважнији или један од најважнијих, наводе циљ заштите уговорних страна од пренагљеног обавезивања. О заштити од пренагљеног обавезивања као једној од предности форме писали су Савињи и Јеринг у другој половини 19. века. Тако је, према Савињију, „за правни промет пожељно да се уговори не закључују пренагљено, већ са пажљивим разматрањем последица које из њега произлазе“.³⁷⁸ Он наводи да је природа

³⁷⁴ P. Bydlinski, F. Bydlinski, 41.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ Helmut Heiss, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen 1999, 101-102.

³⁷⁷ P. Mankowski, 668.

³⁷⁸ Friedrich Carl von Savigny, *Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Zweiter Band, Berlin 1853, 219.

формалног уговора усмерена на то да “пробуди разумно разматрање“, док *Јеринг*³⁷⁹, слично томе, говори о форми као „будилнику правне свести“³⁸⁰.

О овом циљу, односно функцији форме било је речи на почетку рада у делу о односу форме уговора и начела приватне аутономије. Ова функција представља аргумент у прилог тези да обавезна форма уговора није нужно само ограничење приватне аутономије, односно слободе уговарања страна, већ најчешће служи управо њеној заштити. Швајцарска ауторка *Арнет* наводи да се функцијом заштите од пренагљености штити „негативна слобода уговарања“, тј. слобода лица да не закључи уговор.³⁸¹ Додатна формалност коју странке треба да испуне да би се уговор закључио даје им још једну прилику да размотре значај и последице тог уговора, те трезвено одлуче о његовом закључивању. Због тога се каже и да „форма штити приватну аутономију од ње саме“.³⁸² У Мотивима за нГЗ циљеви форме су приказани на следећи начин: “Потреба да се поштује форма ствара код учесника пословно расположење, буди правну свест, подстиче опрезно разматрање и обезбеђује озбиљност донете одлуке“.³⁸³

Дакле, одлагање закључења уговора ради испуњења услова форме даје странама додатно време да размисле о уговору о чијем закључењу су се усмено споразумеле. Осим тога, предајом ствари код реалне форме или формулисањем изјава воље у исправи уговорници постају свеснији обавеза које давањем ових изјава преузимају. Код неких уговора упозоравајућа функција форме може бити усмерена само према једној уговорној страни. То су уговори из којих произлази значајан ризик или обавеза само за једну уговорну страну. Такви су нпр. уговор о поклону и уговор о јемству. У овим случајевима

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ R. v. Jhering, 498. О функцији форме да пробуди правну свест, подстакне на разумно разматрање и „унапреди озбиљност вољног одлучивања у складу са друштвеним значајем одлуке“ говорио је и *Лоренц*. Вид. Werner Lorenz, „Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge“, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 5/1958, 393.

³⁸¹ R. Arneth, 403-404.

³⁸² L. Häsemeyer, 172; P. Mankowski, 665.

³⁸³ *Motiven zum BGB I*, Mugdan I, 451. Наведено према D. Einsele *Münch. Kommentar zum BGB*, §125, Rn. 8.

услов форме односи се првенствено на изјаву воље стране која се обавезује, тј. у овим случајевима поклонодавца³⁸⁴ и јемца³⁸⁵.

Ипак, *Манковски* истиче да не треба прецењивати упозоравајућу функцију многих форми, посебно писане форме која се изузетно често користи, чак и у случајевима када није обавезна. Што се чешће користи, односно што је уобичајенија, она буди мање пажње код уговорних страна, што последично негативно утиче на циљ упозорења уговорних страна на правне последице уговора.³⁸⁶ Он додаје да се може догодити да форма повећа опасност оштећења једне стране у ситуацији када не прочита текст уговора који је формулисала друга страна. На пример, ретко се дешава да јемац темељно прочита уговор о јемству који састави банка.³⁸⁷

Супротно томе, *Арнет* истиче да се значај ове функције не треба потценити, те у том смислу наводи пример кризе на тржишту непокретности у САД и поставља питање да ли би се она могла спречити или ублажити ефикасним захтевима форме за уговоре о куповини непокретности или хипотеци.³⁸⁸

³⁸⁴ Схватање да је за пуноважност уговора о поклону довољно да поклонодавац да своју изјаву у захтеваној форми владајуће је како у нашој, тако и у немачкој и аустријској теорији. Међу домаћим ауторима вид. Михајло Вуковић, *Обвезно право, књига II*, Загреб 1964, 253 и 254, Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд 2012, 150. Више о томе вид. у Николина Мишчевић, „Форма обећања поклона покретне ствари“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2019, 1134-1135. Уколико је пак предмет поклона непокретност, потребно је да уговор у целисти буде сачињен у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе, у складу са чл. 4 Закона о промету непокретности (*Сл. Гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015) од 1. септембра 2014. године.

1. За Немачку вид. U. Stenzel у *Vertragsrecht Kommentar*, §518, Rn. 2; Heinz-Peter Mansel у Stürner Rolf (Hrsg.), *Jauernig Bürgerlichesgesetzbuch Kommentar (Jauernig BGB Kommentar)*, 18. Auflage, 2021, §518, Rn. 3; Jens Koch у *Münch.Kommentar zum BGB*, §518, Rn. 4. И у немачком праву обавезна форма јавнобележничког записа односи се на цео уговор о поклону када је предмет поклона непокретност, тј. тада и изјава о прихвату мора бити сачињена у датој форми (§311b нГЗ).

За Аустрију вид. Peter Bydlinski, „Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§1, ст. 1, тач. d аЗЈА)“, *Österreichische Notariatszeitung*, 1991, 166 и даље; Gunter Ertl у Fenveyes, Kerschner, Vonkilch, (*Klang Kommentar*), §943, Rn. 3; Raimund Bollenberger у *Kurzkommentar zum ABGB*, §943, Rn. 1; У судској пракси вид. пресуду Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5 Ob 266/99z од 20.10.1999.

II. Бидлински и Ф. Бидлински предлажу да се у одредби којом се регулише форма обећања поклона захтев форме изричито ограничи на изјаву воље поклонодавца, као што је то случај код одредбе којом се регулише уговор о јемству. (§1346, ст. 2 аГЗ). Р. Bydlinski, F. Bydlinski, 63.

³⁸⁵ Вид. чл. 998 ЗОО. „Уговор обавезује јемца само ако је изјаву о јемчењу сачинио писмено“. У Немачкој и Аустрији такође је захтев форме изричито ограничен на изјаву јемца. Вид. § 766 нГЗ, односно § 1346, ст. 2 аГЗ.

³⁸⁶ P. Mankowski, 666.

³⁸⁷ *Ibid.* У вези с тим, *Манковски* наводи да циљу заштите од пренагљеног обавезивања у одређеним случајевима боље служе друга средства од форме уговора. Као пример за то наводи право потрошача да одустане од уговора из §355 нГЗ.

³⁸⁸ R. Arnet, 404.

2.13. Функција поучавања

Од свих функција, са становишта теме рада, најважнија је функција поучавања (*Belehrungsfunktion*). Она се може остварити само посредством двеју врста форме уговора у нашем праву – јавнобележничким записом и јавнобележнички потврђеном (солемнизованом) приватном исправом. Оне су резервисане за правне послове са посебно тешким последицама или високим ризиком по интерес једне или обеју страна и, по правилу, како би се поучавањем од стране квалификованог, независног и неутралног стручњака овим лицима пружила додатна заштита. Наиме, форма уговора која подразумева дужност нотара да странкама пружи потребна обавештења и упутства о последицама уговора који закључују обезбеђује додатни степен заштите у односу на функцију упозорења. Иако се циљ упозорења може, у одређеној мери, постићи свим врстама форме он се тек поучавањем странака од стране нотара остварује у пуном обиму. Наиме, упозоравајућа функција, тј. функција заштите од пренагљеног обавезивања подразумева пружање могућности странкама да кроз испуњавање захтеваних формалности још једном размотре уговор који закључују и трезвено донесу одлуку о ступању у уговорни однос. Да би се овај циљ у потпуности остварио потребно је да су оне упознате са релевантним чињеницама и да разумеју значај и последице изјава воље које дају. Код уговора који су, према оцени законодавца, нарочито комплексни, ризични или посебно тешких последица то се обезбеђује поучавањем. Приликом закључења таквих уговора постоји значајна вероватноћа да правно неке странке закључе уговор чије дејство заправо не желе, или да састављајући исправу самостално своју вољу изразе нејасно, непрецизно или коришћењем неодговарајућих термина стварајући тиме подлогу за потенцијалне будуће спорове. У том смислу *Arnet* наводи да се функцијом упозорења штити слобода лица да не закључи уговор (негативна слобода уговарања), а функцијом поучавања слобода да сам уређује своје односе (позитивна слобода уговарања).³⁸⁹

2.13.1. Утврђивање намере странака

Развојем схватања према којем се дужности јавног бележника не свде смо на обављање формалних задатака, већ да је он и носилац превентивне правне заштите постављени су већи захтеви према делатности коју врши.³⁹⁰ Његова улога приликом састављања јавнобележничког записа не састоји се у простом записивању изјава

³⁸⁹ R. Arnet, 403-406.

³⁹⁰ P. Jansen, §17, Rn. 1 са даљим упућивањем.

странака. Он мора да истражи њихову праву вољу и да је формулише тако да она у исправи буде јасно и недвосмислено изражена.³⁹¹ Истраживање праве намере уговорних страна и утврђивање чињеничног стања потребно је не само ради исправног формулисања изјава воља уговорних страна, већ и ради адекватног испуњења дужности поучавања. Ово произлази и из начина на који је дужност поучавања регулисана у немачком праву, у §17 нЗПотИсп који се сматра „централном нормом за ток поступка састављања јавнобележничког записа и садржину исправе“³⁹². Према §17, ст. 1 нЗПотИсп, „нотар треба да истражи вољу странака, разјасни чињенично стање, поучи странке о правном домаћају посла и да њихове изјаве јасно и недвосмислено унесе у запис. При томе, он треба да пази да се избегну заблуде и сумње и да неискусне и невеште странке не буду оштећене“. Иако дужности поучавања јавног бележника у аустријском праву није посвећена посебна одредба као у немачком, она јасно произлази из §52 аЗНот у којој се, између осталог, наводи и да је нотар дужан да странке поучи о смислу и последицама правног посла и да се увери у озбиљну и праву вољу странака. Такође, закони швајцарских кантона којима се уређује поступак састављања јавнобележничког записа по правилу садрже одредбе којима се изричито регулише обавеза поучавања, а с тим у вези и дужност нотара да испита намере странака. Тако нпр. у закону кантона Золотурн садржана је одредба под насловом „утврђивање воље“ која гласи: „Приликом састављања јавнобележничког записа о изјавама усмереним на закључење правног посла, бележник мора пажљиво да утврди вољу странака, да је писмено формулише, да у потпуности упозна странке са исправом и да се пре потписивања, уколико је потребно, испитивањем странака и разјашњавањем садржине увери да је формулација схваћена и одобрена и да код уговора постоји сагласност око свих битних тачака“.³⁹³

Јавни бележник не сме увек да се задовољи простим изјавама странака, већ мора да истражи њихову стварну, а не хипотетичку вољу.³⁹⁴ Може се догодити да странке у изјавама користе одређене правничке термине чије право значање им није познато и не одговара њиховим жељама у погледу дејства уговора. Уколико посумња у постојање

³⁹¹ Поједини аутори у немачкој теорији говоре и о дужности формулисања (*Formulierungspflicht*) као једној од дужности јавног бележника која произлази из §17 нЗПотИсп. Вид. Christoph Reithmann у Richard Daimer, Christoph Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, Limburg 1974, 59, Rn. 122; P. Jansen, §17, Rn. 15; C. Armbrüster, §17, Rn. 39-42.

³⁹² W. Litzemberger у, *BeckOK BGB*, BeurkG §17.

³⁹³ § 17 Уредбе о нотаријату швајцарског Кантона Золотурн (*Notariatsverordnung*) од 21. августа 1959 (*BGS* Nr. 129.11) са изменама.

³⁹⁴ C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 61-62, Rn. 128 и 131.

разлике између њихове стварне воље и садржине изјава воље, нотар треба постављањем одговарајућих питања и тражењем појашњења од странака да утврди њихове праве намере.³⁹⁵ Дужност утврђивања намере странака односи се на правни посао у целости.³⁹⁶ Она се односи и на споредне одредбе, те нотар треба да укаже странкама на споредне одредбе које се уобичајено уговарају у вези са датим предметом уговора. Он не сме да претпостави да се ове одредбе обухваћене вољом странака.³⁹⁷

Јавни бележник је дужан сам да испита намеру уговорних страна, чак и у случају када је предузимање припремних радњи поверио помоћнику.³⁹⁸ Исто важи и у случају када странке доставе нацрт исправе.³⁹⁹

Истраживање намере странака није везано искључиво за случај када изјаве воља уговорних страна формулише јавни бележник, тј. када сачињава јавнобележнички запис. Он је дужан да утврди праве намере странака и у случају солемнизације приватне исправе, те установи да ли начин на који су њихове изјаве формулисане у приватној исправи коју желе да солемнизују одражава њихову стварну вољу, те им укаже на евентуална одступања.

2.13.2. Утврђивање чињеничног стања

Да би могао да утврди праве намере странака, а потом и да их поучи о правном домаћају уговора који закључују, нотар мора да се упозна са релевантним чињеницама. Међутим то не значи да је дужан да по службеној дужности изводи доказе и истражује чињенично стање.⁴⁰⁰ Он се првенствено води изјавама странака о чињеничном стању. Ипак, када се ради о правнорелевантним околностима нотар не треба да се држи пасивно, већ мора странкама да постави директна питања.⁴⁰¹ Уколико из одређеног разлога посумња у тачност и потпуност навода странака о правнорелевантним чињеницама потребно је да јавни бележник учини додатне напоре како би створио одговарајућу основу за сачињавање пуноважног јавнобележничког записа или потврђивање (солемнизацију) исправе.⁴⁰² Због тога, у неким случајевима, јавни

³⁹⁵ W. Litzemberger у, *BeckOK BGB*, BeurkG §17.

³⁹⁶ C. Armbrüster, §17, Rn. 22.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*; P. Jansen, §17, Rn. 5.

³⁹⁹ P. Jansen, §17, Rn. 5; W. Litzemberger у, *BeckOK BGB*, BeurkG §17, Rn. 1.

⁴⁰⁰ C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 63, Rn. 133; E. Bernhard, Rn. 58; C. Armbrüster, §17, Rn. 18; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 82-83.

⁴⁰¹ C. Armbrüster, §17, Rn. 19.

⁴⁰² E. Bernhard, Rn. 58.

бележник је дужан да прегледа документа које му поднесу странке и узме их у обзир приликом сачињавања исправе. Тако он, на пример, увидом у пуномоћје које му доставе странке утврђује постојање овлашћења одређеног лица да даје изјаву воље у име и за рачун лица које је једна од страна уговора који се закључује. Он може да утврди релевантне чињенице и увидом у одговарајући регистар.⁴⁰³ Примера ради, увидом у електронски регистар непокретности Републичког геодетског завода јавни бележник проверава да ли је странка која жели уговором да располаже непокретношћу заиста и њен власник, као и да ли на тој непокретности постоје одређени терети о којима би јавни бележник требало да поучи странке, односно странку која је стицалац предметне непокретности.⁴⁰⁴ Такође, увидом у електронску матичну књигу може да провери брачни статус странака од чега зависи да ли је за пуноважан настанак уговора потребна сагласност супружника лица које располаже непокретношћу или врста права својине коју стиче прибавилац (посебна или заједничка). Из наведеног је видљиво да утврђивање правога чињеничног стања представља предуслов испуњења обавезе поучавања јер одређује његову садржину.

2.13.3. Поучавање странака

Након што утврди чињенично стање и интересе и намере странака, јавни бележник поучава странке о смислу и последицама уговора који закључују. У немачкој теорији говори се о правном опсегу, правном домаћају правног посла (*rechtliche Tragweite*) о којем се странке поучавају. Он треба да укаже странкама на услове од којих зависи резултат који странке желе да постигну закључењем уговора и непосредне правне последице које су са њиме повезане.⁴⁰⁵ Правни домаћај чине услови пуноважности

⁴⁰³ У немачком праву, у § 21, ст. 1 нЗПотИсп је предвиђено да, у случају када се у облику јавнобележничког записа сачињава правни посао који за предмет има право које је уписано или треба да буде уписано у земљишну књигу, јавни бележник треба да се упозна са садржином земљишне књиге. Он може радњу предузети и без тога када странке захтевају њено хитно предузимање упркос упозорењу о опасностима које су са таквим поступање повезане, с тим што је дужан да то констатује у запису.

⁴⁰⁴ Како би се спречило вишеструко располагање непокретношћу и пре уписа промене власника у катастар непокретности на основу раније закљученог уговора установљена је и посебна централизована евиденција о уговорима о промету непокретности који су сачињени у облику јавнобележничког записа и уговора који су закључени у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе коју води основни суд за непокретности које се налазе на његовом подручју. Вид. Правилник о вођењу посебне централизоване евиденције о уговорима о промету непокретности који су сачињени у облику јавнобележничког записа и уговора који су закључени у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе (*Службени гласник* бр. 105/2020, 106/2020). Увидом у овај регистар пре закључивања уговора о промету непокретности јавни бележник може да провери да ли је лице које жели уговором да отуђи непокретност и које је уписано као власник у катастру непокретности њоме већ раније располагало.

⁴⁰⁵ С. Armbrüster, §17, Rn. 27.

правног посла, околности које спречавају његову пуноважност, приговори и сви услови који су потребни за његово извршење.⁴⁰⁶ Према *Рајтману*, правни домашај обухвата питање да ли правни поредак допушта правни циљ према којем су усмерене изјаве воље странака, односно питања да ли пуноважност зависи од дозволе или сагласности власти, да ли је правни посао ништав или рушљив, да ли постоји законско право прече куповине, те питање да ли странке имају пословну способност и овлашћење располагања.⁴⁰⁷ Ту спада и питање шта је, поред изјава воље, још потребно да би се остварио правни циљ којем странке теже (нпр. *clausula intabulandi* за упис у регистар непокретности).

Рајтман говори и о правним последицама које нису непосредне, али које у одређеним случајевима могу захтевати поучавање странке. Као пример он наводи негативне правне последице, тј. последице које лаик повезује са одређеним правним послом иако оне, супротно његовим очекивањима, не наступају, попут очекивања да куповином непокретности престаје право закупа.⁴⁰⁸ Ипак, немачки аутори углавном истичу да поучавање о посредним последицама правног посла не произлази из §17 нЗПотИсп којим се регулише дужност поучавања приликом потврђивања исправе, већ из опште дужности јавног бележника као лица које вршењем своје делатности обезбеђује превентивну правну заштиту да се стара о странкама (*allgemeine Betreuungspflicht*).⁴⁰⁹ Она се још назива и проширеном дужношћу поучавања (*erweiterte Belehrungspflicht*). Проширена дужност поучавања не односи се само на састављање исправе, већ и на друге аспекте делатности јавног бележника јер је он дужан да се приликом вршења свих својих овлашћења непристрасно стара о странкама.⁴¹⁰ Она наступа само под посебним околностима које указују на постојање опасности од настанка штете које странка није свесна.⁴¹¹

У посредне последице *Армбристер* сврстава и побојност правног посла.⁴¹² Ипак, у погледу дужности јавног бележника да поучи странке о могућности побиијања правног посла не постоји сагласност. Једна група аутора сматра да таква дужност нотара постоји,

⁴⁰⁶ Rainer Regler, „Die notarielle Prüfungs- und Betreuungspflicht – Strukturfragen für Gegenwart und Zukunft“, *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot)*, 2/2017, 120.

⁴⁰⁷ C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 30, Rn. 49.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, 31-32, Rn. 53-56.

⁴⁰⁹ C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 34-39, Rn. 62-72; C. Armbrüster, §17, Rn. 31; E. Bernhard, Rn. 127-128.

⁴¹⁰ Немачки аутори наводе да она произлази из §§ 1 и 14 нЗНот који се односе уопште на вршење јавнобележничке делатности као једног вида превентивне правне заштите.

⁴¹¹ Те околности могу да произлазе из правне структуре уговора или из посебних одредби закона. Више о томе вид. C. Armbrüster, §17, Rn. 8. E. Bernhard, Rn. 128-130; R. Regler, 121.

⁴¹² C. Armbrüster, §17, Rn. 31;

те да он треба да укаже странкама на могућност и услове побијања правног посла од стране преносиочевих поверилаца. Према другом схватању које заступа и *Д. Ђурђевић*, јавни бележник није дужан да о томе поучи странке јер побојност правног посла не подразумева ни његову ништавост, ни рушљивост.⁴¹³ Осим тога, у овом случају не ради се о непосредној последици правног посла, већ побојност наступа као последица удаљених околности које се налазе изван правног посла који се закључује, попут нпр. инсолвентности дужника.⁴¹⁴ Овај став у домаћој литератури дели и *Трговчевић Прокић*.⁴¹⁵

2.13.3.1. Адресати, садржина и обим поучавања

О правном домашају уговора и са њим повезаним ризицима јавни бележник поучава странке у формалном смислу, тј. лица која пред њиме изјављују вољу у своје или туђе име. Садржина и обим поучавања одређују се према околностима у конкретном случају. На то у значајној мери утичу образовање, интелигенција и знање странака, као и чињеница да ли су о правном домашају изјава воље које дају и ризицима који из њих произлазе већ саветоване од стране правника.⁴¹⁶ Ипак, поучавање странака не зависи од њихових жеља. Бележничкова дужност поучавања не изостаје самим тим што странке не желе да слушају поуке и упозорења јавног бележника или што су о последицама уговора који намерава да закључи саветоване од стране адвоката. Такође, нотар се не ослобађа аутоматски дужности поучавања ни када је једна од странака правник јер ово звање не представља гаранцију да је она добро упозната са предметном материјом, релевантним чињеницама и околностима у којима се уговор закључује.⁴¹⁷ Он мора кроз разговор и постављање питања да испита да ли су и у којој мери странке упознате са правним домашајем изјава воље које дају, односно уговора који закључују, и да садржину и обим поучавања прилагоди томе. Поучавање може изостати тек онда када се нотар увери да су све стране потпуно упознате са условима за закључење, правним последицама и ризицима уговора, те да озбиљно желе да га закључе.⁴¹⁸

⁴¹³ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 87-88 са даљим упућивањем.

⁴¹⁴ Hans Gerhard Ganter, „Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 6/2004, 424.

⁴¹⁵ Милена Трговчевић Прокић, „Јавнобележнички запис и солемнизација“, *Правни живот*, 2/2017, 108.

⁴¹⁶ К. Wagner, G. Knechtel, § NO, Rn. 6. Према схватању швајцарског Савезног суда, „обим дужности поучавања зависи од потреба уговорних страна, односно од природе посла и од нивоа знања лица које изјављује вољу“. Вид. извод из необјављене пресуде швајцарског Савезног суда од 7. децембра 1998. године објављен у *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 81/2000, 62.

⁴¹⁷ С. Armbrüster, §17, Rn. 31; К. Wagner, G. Knechtel, § NO, Rn. 10.

⁴¹⁸ С. Armbrüster, §17, Rn. 25. Према *Рајтаману*, ова обавеза изостаје и онда када правни посао одговара правилима праксе и када према околностима случаја не прети опасност. *Армбристер* одступа од овог

У аустријској теорији наводи се да дужност поучавања не постоји ни „када га се стране одрекну због тога што су већ добиле (правни) савет или су оне правници или када се утврди да би поучавање било бесмислено (због непобитне пристрасности, очигледне „тврдоглавости“, потпуне неразумности) или када странке поднесу правно неспоран потпун нацрт и када су им значај и последице посла јасни“.⁴¹⁹ Међутим, исти аутори сматрају и да, у случају када странке не желе да слушају о непожељним последицама уговора јер нпр. не желе да одустану од посла, јавни бележник треба барем минимално да их поучи, макар и противно њиховој вољи.⁴²⁰ Ово схватање се чини спорним, а посебно у делу који се односи на случајеве у којима би према *Вагнеру* и *Кнехтелу* поучавање било бесмислено. Функција поучавања је најважнија функција форме уговора. Форме уговора којима се ова функција може остварити су најстроже врсте форме, оне које су резервисане за правне послове који, према оцени законодавца, са собом носе нарочито тешке последице или нарочито висок ризик за једну или обе стране. Као што је раније речено, она представља корак даље у односу на функцију упозорења, односно омогућује њено остварење у пуном капацитету. У одређеним случајевима законодавац обавезном формом настоји да заштити приватну аутономију, односно слободу уговарања лица од ње саме спречавањем исхитреног и непромишљеног обавезивања. Формом јавнобележничког записа, односно солемнизоване приватне исправе ова заштита се оснажује обезбеђивањем макар минималног степена сазнања странака о правном дејству изјава воље које дају и евентуалној опасности и ризицима који из ових изјава произлазе. Циљ поучавања је пре свега заштита равноправности странака, тачније спречавање преношења фактичке неједнакости која постоји међу странакама на правни однос који заснивају закључењем уговора. Ова неједнакост може бити последица значајних разлика у интелигенцији, односно знању или искуству страна у погледу предмета уговора. Улога јавног бележника је да, као стручњак, овим лицима на неутралан начин укаже на шансе и ризике закључења планираног правног посла и тако омогући да доношењем одлуке са потребним знањем и разумевањем ефикасно искористе могућност учешћа у формирању правног односа.⁴²¹

схватања сматрајући да, по правилу, у оваквим случајевима постоји дужност поучавања. Вид. С. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 34, Rn. 59 и С. Armbrüster, §17, Rn. 24.

⁴¹⁹ К. Wagner, G. Knechtel, § NO, Rn. 10.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*, 404.

Због тога, проста невољност странака да слушају поуке нотара, њихова трврдоглавост, неразумност или пристрасност не би смели да буду разлог изостанка поучавања. Штавише, у том случају би ова функција, па и форме којима се она остварује изгубиле сваки смисао. Улога јавног бележника је управо да заштити странке од њихових непромишљених поступака. У крајњем случају, разлика у стручности и искуству у погледу предмета уговора омогућује да једна страна вешто убеди другу да у уговору који желе да закључе нема ништа спорно, те да су правне последице сасвим јасне и благе, а ризици непостојећи.

Чини се, стога, исправним став *Рајтмана* према којем дужност поучавања постоји и онда када странка којој треба да се пружи заштита жели да се поучавање скрати или избегне јер га сматра преопширним, па чак и онда када свесно одбија да слуша о потенцијалним опасностима јер не жели да угрози закључење уговора „правним формалностима“.⁴²²

2.13.3.2. Економске последице уговора

У теорији се у вези са поучавањем странака често поставља питање да ли је јавни бележник дужан да поучава странке о економским последицама уговора који закључују. Да ли је приликом закључења уговора о продаји непокретности нотар дужан да процењује да ли је уговорена цена адекватна и да о томе поучава странке, да ли терет који на њој постоји умањује њену вредност и сл. Владајући став је да јавни бележник није дужан да води рачуна о економским ефектима уговора у чијем закључењу учествује, нити да о томе поучава странке.⁴²³ „Дужност правног поучавања не протеже се на економске последице намераваног посла управо због тога што економске последице нису правне последице“.⁴²⁴ Такође, задатак јавног бележника није ни да испитује економске мотиве странака за закључење уговора, као што је нпр. намеравани начин коришћења непокретности која се на основу тог уговора прибавља.⁴²⁵ Ипак, пример са утицајем терета на непокретности на њену цену не треба погрешно тумачити тако да јавни бележник уопште не треба да указује странкама, односно стицаоцу на њихово постојање. Штавише, питање да ли на одређеној непокретности постоје терети или не

⁴²² C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 33-34, Rn. 59.

⁴²³ P. Jansen, §17, Rn. 10.

⁴²⁴ Hans Gerhard Ganter, „Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DnotZ)*, 11/1998, 856.

⁴²⁵ C. Armbrüster, §17, Rn. 66-67; K. Wagner, G. Knechtel, § 52 NO, Rn. 8.

постоје спада у правни домашај уговора о продаји непокретности о којем је јавни бележник дужан да поучи странке.⁴²⁶

Дужност поучавања не обухвата ни указивање странки на евентуалне сумње у солигентност и поузданост друге уговорне стране.⁴²⁷ Међутим, поједини немачки аутори сматрају да је нотар којем је познато да је на имовини једне уговорне стране покренут стечајни поступак или да су одређене мере обезбеђења дужан да на то упозори странку будући да се ради о ограничењима овлашћења располагања које свакако спада у правни домашај уговора. Са друге стране, дужност поучавања не постоји ако он само сумња у постојање основа за отварање стечајног поступка због неспособности плаћања или претеће неспособности плаћања.⁴²⁸

Упркос претходно наведеном, јавни бележник не може сасвим да занемари економске последице уговора јер значајна диспропорција између чинидбе и противчинидбе може указати на евентуалне недопуштене циљеве, привидност уговора, односно намеру страна да избегну законске обавезе у ком случају ће одбити предузимање радње.⁴²⁹ Према *Амбристеру*, јавни бележник би морао да посаветује странке о економским последицама правног посла само на основу опште дужности старања, уколико се за то испуне услови.⁴³⁰

2.13.3.3. Пореске последице

Поред економских последица, у вези са обавезом поучавања често се поставља и питање да ли је јавни бележник дужан да упозна странке са евентуалним пореским обавезама које произлазе из закључења уговора. Владајуће схватање у немачкој и аустријској литератури је да јавни бележник није порески саветник странака, те да он није дужан да их поучава о пореским питањима.⁴³¹ На истом становишту је и немачки Савезни суд према којем јавни бележник, по правилу, није дужан да указује на пореске последице уговора који потврђује ни на основу § 17, ст. 1, реч. 1 нЗПотИсп којом се регулише обавеза поучавања, нити § 14, ст. 1, реч. 2 нЗНот којом је предвиђена општа

⁴²⁶ C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 32, Rn. 57.

⁴²⁷ C. Armbrüster, §17, Rn. 66.

⁴²⁸ Michael Schillig, "Gläubigeranfechtung gegen den Einzelrechtsnachfolger – Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus notarieller Sicht", *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot)*, 5/2002, 352; C. Armbrüster, §17, Rn. 68.

⁴²⁹ C. Armbrüster, §17, Rn. 69.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ C. Armbrüster, §17, Rn. 59; H. G. Ganter, 856; K. Wagner, G. Knechtel, § 52 NO, Rn. 11.

дужност старања.⁴³² Према *Јансену*, „из пореске обавезе не произлази било каква „опасност“ или „оштећење“ странке, већ је она законом одређена последица остварења порескоправног чињеничног стања“.⁴³³ *Гантер* истиче да је недовољно образложење да дужност поучавања не обухвата и пореске последице због тога што оне по правилу не спадају у садржину посла који се потврђује, већ настају по сили закона као његова последица.⁴³⁴ По њему, суштина је у томе што пореске последице, по правилу, нису непосредне последице правног посла.⁴³⁵ Због тога, оне могу бити обухваћене дужношћу поучавања онда када непосредно утичу на правни посао који се закључује.⁴³⁶ Такође, поучавање о пореским питањима може бити предвиђено и посебним законским одредбама. У складу са § 19 нЗПотИсп, када се, према правилима о порезу на промет земљишта (*Grunderwerbsteuerrecht*), упис у земљишне књиге може извршити само након подношења потврде управе за финансије о уредном извршењу пореских обавеза, нотар на то треба да укаже странкама и да то констатује то у запису. Циљ ове одредбе је да се странкама укаже на то да се пореске обавезе могу испречити извршењу потврђеног уговора⁴³⁷. У сваком случају, јавни бележник није дужан да их поучава уопштено о овој врсти пореза, висини или конструкцијама којима би се постигла уштеда на име пореза.⁴³⁸ Уколико би пак јавни бележник, иако на то није обавезан, посаветовао странке у вези са порезом он одговара за тачност информација о пореским обавезама.

У швајцарској теорији могу се срести различита мишљења.⁴³⁹ Према традиционалном схватању, у случају недовољног разјашњења пореских последица нотар не одговара због повреде дужности приликом вршења нотарске делатности.⁴⁴⁰ Према новијим схватањима, у одређеном обиму треба потврдити дужност поучавања јавног бележника о пореским последицама. Према једнима, та обавеза постоји ако

⁴³² Пресуда немачког Савезног суда бр. III ZR 33/07 од 20.9.2007. године.

⁴³³ P. Jansen, §19, Rn. 2 са даљим упућивањем.

⁴³⁴ H. G. Ganter, 856. Ово образложење наводи Армбристер. Вид. C. Armbrüster, §17, Rn. 59 са даљим упућивањем.

⁴³⁵ H. G. Ganter, 857.

⁴³⁶ H. G. Ganter, 857. N. Preuß, §19, Rn. 1. Тако, ако се приликом куповине предузећа у целисти уговором жели искључити одговорност за до тада настале обавезе у складу са §25 немачког Трговачког законика неопходно је ради разјашњења правног домашаја указати и на одредбе Закона о порезима (§§75 и даље) којима се регулише одговорност стицаоца за дугове по основу пореза на пословање предузећа. *Гантер* сматра да пореске последице спадају у правни домашај уговора и онда када уговорачи раскину раније потврђени уговор због негативних пореских последица и обрате се истом нотару ради потврђивања измењеног уговора којим се ове негативне последице избегавају.

⁴³⁷ P. Jansen, § 19, Rn. 3. N. Preuß, § 19, Rn. 4.

⁴³⁸ H. G. Ganter, 857. N. Preuß, §19, Rn. 3.

⁴³⁹ Jörg Schmid, „Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht“ у *Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars* (Hrsg. Jörg Schmid), Zürich 2006, 25-27 са даљим упућивањима.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

странка уколико би знала пореске последице, са вероватноћом која се граничи са сигурношћу не би или не би под тим условима закључила правни посао. Према другом схватању, ова дужност зависи од врсте пореза. Према овим ауторима, она постоји код пореза на стицање права на непокретностима, пореза на наслеђе и поклоне.⁴⁴¹ Према *Шмиду*, чак и ако саветовање о порезу не спада у службену дужност нотара приликом потврђивања исправе, фактички је треба потврдити у обиму који је неопходан да би се схватила права воља странака. Блискост врсте пореза правном послу који се потврђује је помоћно средство за процену, да ли поучавање може да утиче на вољу странака и да ли је потребно просто упозорење или даље поучавање.⁴⁴²

У домаћој пракси јавни бележници редовно поучавају странке о пореским обавезама које прате закључење уговора. Ова дужност јавног бележника произлази из правила Закона о порезима на имовину.⁴⁴³ Према одредбама овог закона, када је предмет опорезивања право које се стиче уговором који оверава, потврђује или саставља јавни бележник сматра се да пореска обавеза настаје даном закључења уговора. У овим случајевима, не подноси се пореска пријава, већ је јавни бележник дужан да исправу у којој је садржан уговор на основу којег се стиче право, у року од 24 сата од извршења радње, учини доступном, путем електронског шалтера, надлежном пореском органу.⁴⁴⁴ Он је дужан да уз исправу достави и друге потребне податке за утврђивање пореске обавезе које му доставља обвезник.⁴⁴⁵ Уколико му обвезник не достави потребна изјашњења и доказе, јавни бележник о томе сачињава белешку коју доставља пореском органу.⁴⁴⁶ Тада је обвезник дужан да у року од 30 дана сам достави те податке, односно доказе надлежном пореском органу. У случају да то не учини, пореска обавеза се утврђује према подацима којима располаже надлежни порески орган.⁴⁴⁷ Међутим, јавни бележник свакако није порески саветник странака и није дужан да поучава странке о

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ Закон о порезима на имовину- ЗПорИм (*Сл. гласник РС*, бр. 26/2001, *Сл. лист СРЈ*, бр. 42/2002 – одлука СУС и *Сл. Гласник РС*, бр. 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 – одлука СУС, 47/2013, 68/2014 – др. закон, 95/2018, 99/2018 -одлука УС, 86/2019 и 144/2020).

⁴⁴⁴ Чл. 33б, ст. 1 и 2 ЗПорИм. Овај члан односи се на пореске пријаве обвезника који не води пословне књиге, док се порез на имовину обвезника који води пословне књиге утврђује самоопорезивањем. Вид. чл. 33 ЗПорИм. Ова дужност јавног бележника предвиђена је и у чл. 23, ст. 6 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водава (*Сл. гласник РС*, бр. 41/2018, 95/2018, 31/2019 и 15/2020).

⁴⁴⁵ Чл. 33б, ст. 3 и 4 ЗПорИм.

⁴⁴⁶ Правилник о начину подношења пријаве за порезе на имовину преко јавног бележника (*Сл. Гласник РС*, бр. 50/2018).

⁴⁴⁷ Чл. 33б, ст. 5 и 6 ЗПорИм.

самим условима и начину утврђивања пореза на имовину, пореској основици, стопи и сл.

Из наведеног се, сматрамо, не може закључити да је поучавање странака у вези са порезом на имовину дужност која произлази из правила којим се уређује његова дужност поучавања о правним домаћајима правног посла приликом сачињавања јавнобележничког записа или потврђивања приватне исправе. Ова улога јавног бележника и његово поучавање о поступку утврђивања пореза на имовину у нашем праву произлази непосредно из одредаба ЗПорИм, које су пак последица настојања да се обезбеди већи степен правне сигурности и ажурности јавних регистара. Дужност достављања исправе пореском органу, као и органу надлежном за послове катастра, основном суду ради евиденције уговора о промету непокретности има за циљ смањење бирократије, као и обезбеђење потребних и ажурних података надлежним органима. На овај начин, једним одласком код јавног бележника постиже се оно што је раније захтевало вишеструке посете различитим државним органима, попуњавање великог броја различитих образаца и плаћање више различитих такси.

3. Хајсово схватање о одређивању циљева појединих услова форме

Немачки аутор *Хајс* наводи као проблем недовољно јасно дефинисање циља који се жели постићи увођењем услова форме за одређену врсту уговора. Он указује на то да се у теорији најчешће сваком услову форме приписује више различитих циљева. Неспорно је да се сваком формом може остварити више циљева, али је потребно издвојити онај разлог због којег је у конкретном случају прописана одређена врста форме. *Хајс* наводи да се „понекад стиче утисак, да је обавезна форма уведена ради испуњења једног циља форме и касније – да ли због тога што се препознаје недовољан капацитет правог циља форме или зато што је канон циљева форме већ постао толико уобичајен да се он наводи у сваком случају, аутоматски, код сваког услова форме у потпуности – допуњен свим другим могућим циљевима форме“.⁴⁴⁸ Као пример за то наводи услов форме уговора о промету непокретности из § 313, односно у важећој редакцији § 311*b* нГЗ. У Мотивима за нГЗ се као разлог увођења обавезне форме за ове уговоре наводе друштвени значај права својине на непокретностима, широк правни домаћај и дугорочне правне последице овог уговора. Циљ доказивања се у Мотивима не помиње, као ни у другом нацрту нГЗ (*Protokolle*). Међутим, у трећем нацрту нГЗ

⁴⁴⁸ Н. Heiss, 60.

(*Denkschrift*) се одједном говори и о циљу доказивања, с тим што је наглашено да је најважнији циљ заштита од пренагљености.

Хајс напомиње да додавање и повезивање различитих циљева не олакшава тумачење уговора. Због тога је нејасно зашто се уговор о промету непокретности одједном убраја међу уговоре код којих постоји потреба за обезбеђењем доказа мада су претходно као разлози увођења обавезне форме код ових уговора наведени друштвени значај непокретности и правни домашај уговора. Неодређеност циља којем форма одређене врсте уговора треба да служи омогућује и то да пракса трага за циљем који јој у датом тренутку „одговара“. Опасност која прети од таквих образложења је појављивање каснијих негативних последица. „Ако се прошири подручје циљева форме, често ће се проширити и подручје аналогне примене; истовремено се отежава коришћење телеолошких метода тумачења којима би се могао исправно одмерити услов форме“.⁴⁴⁹ То се мора одразити и на санкцију недостатака форме. Стога би циљеве форме требало изоловати и посматрати у оквиру хомогених група, односно избећи повезивање хетерогених циљева форме.⁴⁵⁰

У том смислу, он према циљевима којима служи разликује четири врсте форме: 1. форма као индиција озбиљности, гаранција заштите од пренагљености, саветовања и транспарентности, 2. форма као инструмент обезбеђења доказа, избегавања и олакшавања поступка, 3. форма са дејством публицитета: заштита јавног интереса и трећих лица и 4. форма са „функцијом имобилизације“ код отуђења удела у друштвима са ограниченом одговорношћу.

⁴⁴⁹ *Ibid*, 61.

⁴⁵⁰ *Ibid*, 61.

V ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

1. Јавнобележничка форма облигационих уговора у немачком праву

1.1. О врстама форме уговора у немачком праву уопште

О томе да је у немачком праву општеприхваћено начело неформалности уговора иако није изричито предвиђено у нГЗ било је речи у претходном делу рада. Такође је у делу о врстама форме указано на то да се у немачкој литератури не говори о реалној форми као једној од врста форме уговора, већ као о антиподу консензуалним уговорима за чији настанак није потребна предаја ствари без обзира на то да ли је неопходно да сагласне изјаве воља буду изражене у одређеном облику. У нГЗ постоји пет различитих врста форме уговора: писана, електронска, текстуална, форма јавно оверене исправе и јавнобележничког акта. Писана форма регулисана је § 126 нГЗ. Као и у нашем праву, она се састоји из текста самог уговора и потписа уговорних страна.⁴⁵¹ Она се нпр. захтева за уговор о закупу који је закључен за период дужи од годину дана и за изјаву јемца код уговора о јемству.⁴⁵²

Одредба којом се регулише електронска форма уговора унета је у нГЗ 2001. године⁴⁵³ са циљем усклађивања правила националног права са Директивом о правном оквиру Заједнице за електронске потписе⁴⁵⁴ и Директивом Европске заједнице о неким правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту⁴⁵⁵ које су донете ради подстицања развоја електронске трговине. Тако је прво параграфу којим се регулише писана форма додат став којим је предвиђена могућност замене писане форме електронском, осим у случајевима када из закона произлази нешто друго.⁴⁵⁶ Поред тога, у нГЗ је унет и § 126а о електронској

⁴⁵¹ Више о писаној форми у немачком праву вид. Н. Kötz, *Vertragsrecht*, 75-76; О. Deinert, *Vertragsrecht Kommentar*, § 126.

⁴⁵² §§ 550 и 766 нГЗ.

⁴⁵³ Закон о прилагођавању услова форме у приватном праву и других услова модерном правном промету (*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*) од 18. јула 2001. године (*BGBI. I Nr. 35/2001*).

⁴⁵⁴ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, OJ L 13, 19. 01. 2000, pp. 12-20. У даљем тексту: Директива о електронском потпису

⁴⁵⁵ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), Official Journal of the European Communities (OJ) L 178, 17. 07. 2000, pp. 1-16. У даљем тексту: Директива о електронској трговини

⁴⁵⁶ § 126, ст. 3 нГЗ.

форми уговора. Овом одредбом предвиђено је да је, у случају када се писана форма замењује електронском, потребно да лице које даје изјаву унесе своје име и приложи квалификовани електронски потпис.⁴⁵⁷

Заједно са електронском формом у нГЗ је уведена и текстуална форма (*Textform*) са циљем олакшавања правног промета. Текст § 126b којим је ова врста форме уговора регулисана измењен је 2013. године са циљем терминолошког усаглашавања са Директивом о потрошачком праву, али су њен смисао и функције остали непромењени. То је најблажа врста форме у немачком праву која се од писане разликује по томе што за њено испуњење није потребан потпис лица које изјављује вољу, нити квалификовани електронски потпис. Текстуална форма, према овој одредби, подразумева да је изјава воље читљива и садржана на трајном носачу података. Осим тога, у њој мора бити именовано лице које је дало изјаву. Оно може бити именовано на крају текста, али и у заглављу или садржини изјаве и то не нужно навођењем презимена, већ је довољно и само име, надимак или псеудоним под условом да се у конкретном случају на основу тога може довољно јасно одредити давалац изјаве.⁴⁵⁸ За разлику од првобитног текста одредбе у новом тексту није изричито предвиђен услов препознатљивости закључења изјаве (*Erkennbarkeit des Abschlusses der Erklärung*), али због тога што измена одредбе није била садржинског карактера, немачки аутори наводе да је и даље потребно да се учини препознатљивим да је изјава дата стављањем копије потписа или на други начин.⁴⁵⁹ Недостатак својеручног потписа или квалификованог електронског потписа код ове врсте форме указује на то да она не може у довољној мери вршити функције доказивања и упозорења. Њоме се настоје остварити функција документовања и функција информисања.⁴⁶⁰ Стога је она резервисана за уговоре код којих је потребно да се ономе коме је изјава упућена омогући да се са релевантним чињеницама упозна посредством одређеног медија који дату изјаву може да репродукује трајно, писаним карактерима.⁴⁶¹ То јест, за оне случајеве у којима је потребно да изјава буде трајно сачувана, а класична писана форма са својеручним потписом би представљала

⁴⁵⁷ Код електронске форме неопходно је и да стране квалификованим електронским потписом потпишу идентичан документ. Вид. § 126a, ст. 2 нГЗ.

⁴⁵⁸ Dorothee Einsele у *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 2018, § 126b, Rn. 7.

⁴⁵⁹ *Ibid*, Rn. 8.

⁴⁶⁰ *Ibid*, Rn. 8; Karl Winkler, *Beurkundungsgesetz Kommentar*, München 2008, Einl, Rn. 17.

⁴⁶¹ *Ibid*, Rn. 1.

непримерено отежаваће правног саобраћаја.⁴⁶² Пример уговора за које се захтева ова форма у немачком праву су уговори на даљину.⁴⁶³

Немачко право познаје две врсте јавнобележничке форме уговора – јавну оверу (*öffentliche Beglaubigung*) и јавнобележнички запис (*notarielle Beurkundung*). Уколико се за одређени правни посао захтева писана форма или форма овере потписа, оне могу бити замењене формом јавнобележничког записа, док јавнобележнички запис може бити замењен судским поравнањем уношењем изјава у записник.

1.2. Јавнобележнички запис (*notarielle Beurkundung*, јавнобележничка потврда)

Јавнобележнички запис (*notarielle Beurkundung*) представља најстрожу форму уговора у немачком праву. Иако реч *Beurkundung* више одговара српској речи „потврда“, у наставку рада за ову врсту форме користиће се назив „јавнобележнички запис“. Разлог за то је чињеница да ова форма одговара нашем јавнобележничком запису, те се уједначавањем термина настоје отклонити евентуалне нејасноће које би могле бити последица различитог означавања ове врсте форме у различитим правним системима.

Јавнобележнички запис је у немачком праву регулисан § 128 нГЗ. Ипак, овом одредбом није ближе одређено које елементе он треба да садржи као што је то случај са осталим врстама форме у нГЗ. Њоме је заправо само предвиђено да је, у случају када је за одређени уговор законом прописана ова врста форме, допуштено и сукцесивно састављање јавнобележничког записа о понуди и прихвату понуде од стране нотара. Због тога ова одредба није примењива на оне уговоре код којих се форма јавнобележничког записа захтева за изјаву воље само једне уговорне стране (нпр. обећање поклона из § 518 нГЗ) или на уговоре код којих се изричито захтева истовремено присуство обеју уговорних страна (нпр. брачни уговор из § 1410 нГЗ).⁴⁶⁴

1.2.1. Поступак састављања јавнобележничког записа

Поступак сачињавања јавнобележничког записа регулисан је одредбама нЗПотИсп. За састављање уговора у овој форми надлежни су по правилу само јавни бележници. То произлази из §1 нЗПотИсп, као и § 63 овог закона. Према § 63, „и када

⁴⁶² О. Deinert, *Vertragsrecht Kommentar*, § 126b, Rn. 1.

⁴⁶³ § 312c нГЗ у вези чл. 246, §§ 1 и 2 Уводног закона за Грађански законик (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) у верзији од 21. септембра 1994 године (*BGBI. I S. 2494; 1997 I S. 1061*) последњи пут мењан чл. 2 закона од 10. августа 2012. (*BGBI. I S. 3515*).

⁴⁶⁴ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, §128, Rn. 2.

друге одредбе досадашњег савезног права предвиђају судску или нотарску оверу или запис, надлежан је само нотар“.⁴⁶⁵

У нЗПотИсп прави се разлика између јавнобележничког записа о изјавама воље и других, посебних потврда, те се на прву односе §§ 6-36, а на другу §§ 36-43 овога закона. Према § 8 нЗПотИсп, приликом потврђивања изјава воље, јавни бележник је дужан да сачини исправу о радњи састављања јавнобележничког записа. Појам радње (*Verhandlung*) није прецизније одређен у закону, али се у теорији истиче да је овим појмом, у смислу § 8 нЗПотИсп, обухваћена само радња састављања јавнобележничког записа (*Beurkundungsverhandlung*) „коју нотар започиње читањем заглавља исправе (*Urkundseingang*) у присуству странака и завршава потписивањем исправе“.⁴⁶⁶ Према *Рајтману*, она представља централни део поступка састављања јавнобележничког записа.⁴⁶⁷ Она одваја јавнобележнички запис као потврду о правним пословима (*notarielle Beurkundung*) у односу на друге врсте потврда (*Beurkundung*). Истовременим присуством странака и консултативним учешћем јавног бележника омогућује се да изјаве воља буду јасно и недвосмислено формулисане и у складу са системом нГЗ-а.⁴⁶⁸

Дакле, према немачким ауторима, у радњу састављања јавнобележничког записа у смислу § 8 нЗПотИсп не спадају радње које се предузимају са циљем припреме јавнобележничког записа попут претходних договора и припремања исправе.⁴⁶⁹ У пракси нотар унапред припрема нацрт записа, мада је у неким областима постало уобичајено и да стране доставе нацрт уговора јавном бележнику.⁴⁷⁰ Након сачињавања нацрта већина нотара у пракси доставља странкама нацрт на увид пре самог поступка састављања јавнобележничког записа, мада из § 8 нЗПотИсп не произлази таква обавеза.⁴⁷¹ Ипак, овај нацрт не обавезује нотара, те припремљени текст приликом сачињавања јавнобележничког записа, пре потписивања може бити мењан, односно

⁴⁶⁵ У ранијим редакцијама ова одредба је била садржана у § 56. Осим наведеног општег правила о начелној искључивој надлежности нотара, до измене од 29. јуна 2015. године (BGBl. I S. 1042), посебним ставовима овог параграфа су измењене одредбе других закона тако што је из њих брисан део којим је поред јавнобележничког био предвиђен и судски запис. Изменом од 1. јуна 2017. године (BGBl. I S. 1396) ова одредба је премештена у § 63 и садржи само став који на општи начин уређује надлежност нотара за овере и записе.

⁴⁶⁶ Thomas Renner у Christian Armbüster, Nicola Preuß, Thomas Renner, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar*, Berlin 2009, § 8, Rn. 6.

⁴⁶⁷ Christoph Reithmann, „Die „Verhandlung“ (§ 8 BeurkG) als Kernstück der Beurkundung“, *DnotZ* 2003, 603-611.

⁴⁶⁸ *Ibid*, 604.

⁴⁶⁹ *Ibid*, 608.

⁴⁷⁰ C. Reithmann, 608; T. Renner, § 8, Rn. 3.

⁴⁷¹ *Ibid*, § 8, Rn 4.

допуњаван.⁴⁷² У теорији и судској пракси поставило се питање да ли је јавни бележник дужан да, приликом читања текста записа, посебно упозори странке на учињене измене. Према *Рајтману*, по правилу, он на то није обавезан и сматраће се да је испунио дужност поучавања странака из §17 нЗПотИсп све док правне последице јасно и недвосмислено произлазе из тога како је формулисан текст исправе.⁴⁷³

У § 9 нЗПотИсп регулисана је садржина записа (*Niederschrift*). Као и код овере потписа, прави се разлика између елемената које запис мора и оних које би требало да садржи, а то произлази из начина на који су формулисане одредбе којима су они предвиђени (*Mussvorschriften* и *Sollvorschriften*). Према § 9, у запису *морају* бити означени нотар и странке и *морају* бити садржане изјаве странака, а *требало би* да буду садржани место и време предузимања радње. Значај разликовања ових норми огледа се у последицама по пуноважност јавнобележничког акта и уговора уколико јавни бележник не поступи у складу са њима. Тако, непоштовање одредбе у којој се каже шта у запису *мора* бити садржано има за последицу ништавост јавнобележничког записа, а тиме и уговора уколико је његова пуноважност условљена закључењем у тој форми.⁴⁷⁴ Са друге стране, непоступање у складу са одредбом којом је одређено шта *би требало* запис да садржи нема за последицу ништавост јавнобележничког записа, али може утицати на његову доказну снагу.⁴⁷⁵ У домаћој теорији о овој подели говори *Д. Ђурђевић* и назива је поделом на савршене и несавршене правне норме.⁴⁷⁶

1.2.1.1. Означавање нотара и странака

У погледу обавезног означавања нотара који је сачинио исправу, у немачкој теорији и судској пракси поставило се питање да ли ће она бити пуноважна у случају да име нотара не буде наведено у заглављу. На ово питање дат је сагласан одговор да је то могуће под условом да из исправе, њеног текста и потписа, јасно и недвосмислено произлази личност и функција лица које је сачинило јавнобележнички запис.⁴⁷⁷ Овај услов не сматра се испуњеним уколико је нотар само потписао исправу.

⁴⁷² C. Reithmann, 608; T. Renner, § 8, Rn. 15.

⁴⁷³ C. Reithmann, 609.

⁴⁷⁴ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner у *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare – Kommentar*, Einl, Rn. 25; Erkki Bernhard, *Beck'sches Notar-Handbuch*, München 2015, Rn. 2.

⁴⁷⁵ *Ibid*, Einl, Rn. 26. Осим ове две врсте, у оквиру исте поделе наводе се и одредбе којима се нотар *може* да предузме одређену радњу, али није на то обавезан (*Kannvorschriften*). Пример за ову врсту је § 5, ст. 2 нЗПотИсп према којем он може на захтев да сачини исправу и на страном језику. Међутим, он није дужан то да учини чак ни у случају да одлично влада тим страним језиком. Вид. *Ibid*, Einl, Rn. 27.

⁴⁷⁶ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 126.

⁴⁷⁷ T. Renner, § 9, Rn. 8.

Осим нотара, у исправи морају бити означене и странке. Појмом странке у смислу § 9 нЗПотИсп обухваћена су она лица која пред јавним бележником дају изјаву воље о којој се саставља јавнобележнички запис, без обзира на то да ли је дају у своје или туђе име, то јест странке у формалном смислу (*formell Beteiligten*).⁴⁷⁸ Означавање странака обухвата и утврђивање у чије име то лице изјављује вољу. То значи да ће у исправи бити означене и странке у материјалном смислу (*materiell Beteiligten*), а то су лица на чија права, обавезе или интересе се односи дата исправа.⁴⁷⁹ Утврђивање и означавање странака детаљније је уређено у § 10 нЗПотИсп и § 26 Правила службе за нотарке и нотаре.⁴⁸⁰ Према § 10, ст. 2 нЗПотИсп, у запису странке треба да буду означене тако прецизно да су искључене сумње и забуне. Ово правило конкретизовано је посредством § 26 нПрСлужНот у којем су набројани подаци који треба да буду наведени приликом означавања странака.⁴⁸¹ Ипак, у литератури се истиче да од наведених правила само § 9 нЗПотИсп има карактер савршене норме (*Mussvorschrift*) чија повреда резултира ништавошћу јавнобележничког записа. Са друге стране, § 10 нЗПотИсп је несавршена норма (*Sollvorschrift*), те непоступање у складу са њом и § 26 нПрСлужНот неће утицати на пуноважност јавнобележничког записа све док је испуњен услов из § 9, ст. 1 нЗПотИсп. Дакле, као и код означавања нотара који је предузео радњу састављања јавнобележничког записа, и за странке је довољно да буду означене на начин да се са сигурношћу може утврдити о којим се лицима ради, односно тако да постоји потпуна извесност у погледу њихових идентитета.⁴⁸² Сам потпис нотара, односно странке није довољан да би се услов из § 9, ст. 1 нЗПотИсп сматрао испуњеним.⁴⁸³

У § 10 нЗПотИсп је предвиђено и да нотар треба са сигурношћу да утврди ко су странке, као и да из записа треба да произлази да ли он странке познаје, односно на који начин је утврдио њихов идентитет. У случају да није у могућности да са сигурношћу

⁴⁷⁸ P. Jansen, § 9, Rn. 9; T. Renner, § 9, Rn. 14 у вези са C. Armbrüster, § 6, Rn. 17.

⁴⁷⁹ C. Armbrüster, § 10, Rn. 17-18.

⁴⁸⁰ Правила службе за нотарке и нотаре – нПрСлужНот (*Dienstordnung für Notarinnen und Notare- DONot*).

⁴⁸¹ Према § 26, ст. 2 нПрСлужНот, за физичка лица потребно је да се наведе име, датум рођења, место пребивалишта (*Wohnort*) и адреса (*Wohnung*). Уколико се презиме странке разликује од девојачког презимена, потребно је навести и девојачко. Навођење адресе може изостати у изузетним случајевима када је то потребно ради заштите угрожене странке или члана њеног домаћинства. За заступнике правних лица или запослене код јавног бележника уместо места пребивалишта може бити наведено седиште правног лица, односно канцеларија јавног бележника.

⁴⁸² T. Renner, § 9, Rn. 14-17; P. Jansen, § 9, Rn. 9.

⁴⁸³ P. Jansen, § 9, Rn. 8-9.

утврди идентитет странака, а оне и поред тога захтевају састављање јавнобележничког записа, нотар треба у запису да наведе ове чињенице.⁴⁸⁴

Део којим се утврђује идентитет странака представља доказ у смислу § 415 нЗПП да су оне пред нотаром дале изјаве воље које су садржане у исправи, и „свака друга, а посебно слободна оцена доказа је искључена“.⁴⁸⁵

1.2.1.2. Изјаве воље

С обзиром на то да је ова врста форме резервисана за потврђивање изјава воље странака, оне представљају неопходан део јавнобележничког записа. То је изражено у делу § 9 нЗПотИсп у којем се каже да запис *мора* да садржи изјаве странака (савршена норма, *Mussvorschrift*). Под тиме се не подразумева да се просто унесу речи странака, већ је потребно да оне буду јасно и недвосмислено формулисане уз коришћење потребне правничке терминологије.⁴⁸⁶ Овде улога јавног бележника као непристрасног стручњака долази до изражаја. Он не треба да формира вољу странака, већ да је истражи и формулише на одговарајући начин, тако да се њима постиже резултат који су стране хтеле. Када дају изјаве воље, јавни бележник упознаје странке са правним последицама које из њихових изјава произлазе, у складу са § 17 нЗПотИсп. То ипак може имати одређеног утицаја на формирање воље странке уколико она пре поучавања од стране нотара није била свесна тих правних последица.⁴⁸⁷

Саставни део јавнобележничког записа не морају бити само изјаве воља које су странке дале усмено пред јавним бележником и које су садржане у самом запису, већ то могу бити и изјаве које се налазе у одређеном документу. За то је потребно да запис садржи упућивање (*Verweisung*) на тај документ, као и да му је он приложен. У овом случају изјаве странака важиће као да су садржане у самом запису.⁴⁸⁸ Ово правило сходно се примењује и у случајевима када странке дају изјаве воље уз употребу мапа, цртежа или илустрација.⁴⁸⁹

Дакле, када је за неки уговор правилима материјалног права предвиђена форма јавнобележничког записа, овај услов може бити испуњен на три различита начина. Прво,

⁴⁸⁴ § 10 ст. 1 и 3 нЗПотИсп.

⁴⁸⁵ Erkki Bernhard, *Beck'sches Notar-Handbuch*, München 2015, Rn. 163.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, Rn. 172.

⁴⁸⁷ T. Renner, § 9, Rn. 18-19.

⁴⁸⁸ § 9, ст. 2, реч. 2.

⁴⁸⁹ § 9, ст. 2, реч. 3.

изјаве воља које чине уговор могу бити у потпуности садржане у тексту записа (главна исправа, *Haupturkunde*). Друго, оне могу бити делимично садржане у главној исправи, а делимично у прилозима на које се упућује у главној исправи, који су јој додати и на одговарајући начин са њом повезани. И трећи начин је у вези са претходним, али се односи на случајеве када се конститутивне изјаве воља уговорних страна делимично налазе у неком другом јавнобележничком запису (*notarielle Niederschrift*).⁴⁹⁰ У било којој од ових ситуација нотар је дужан да странкама прочита не само главну исправу, већ и прилоге и исправе на које се упућује у запису. Он је дужан да их поучи о последицама изјава воље без обзира на то где су оне садржане. Међутим, када су конститутивне изјаве воља садржане у другом јавнобележничком запису странке се могу одрећи поновног читања исправе на коју се у главној исправи упућује, као и прилагања те исправе у складу са § 13a нЗПотИсп што код обичних прилога није могуће.⁴⁹¹ У сваком случају, јавни бележник је дужан да странке упозори на последице одрицања, као и да то констатује у запису.⁴⁹²

1.2.1.3. Упућивање и позивање на други документ

Немачки аутори истичу потребу да се направи разлика између упућивања (*Verweisung*) које се помиње у §§ 9, 13, 13a и 14 нЗПотИсп и *Bezugnahme*, односно *Hinweis*. Јасно разграничење термина *Bezugnahme*, *Verweisung*, *Hinweis* и њихове садржине, према наводима немачких аутора, представља изазов и у тамошњој литератури и пракси, посебно због тога што, осим ових, поједини аутори уводе и друге термине за означавање истих појмова.⁴⁹³ Утолико је теже наћи одговарајуће термине на српском језику којима би се јасно направила разлика између ових појмова. У овом раду ће се за *Verweisung* користити термин „упућивање“, а за *Hinweis*, односно *Bezugnahme* у жеу смислу, израз „позивање на“.

⁴⁹⁰ T. Renner, § 9, Rn. 23-25.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² § 13a, ст. 1 и 2 нЗПотИсп.

⁴⁹³ Johannes Melchers, „Zur Verweisung als Erklärungsmittel in der notariellen Niederschrift“, *Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg* (BWNotZ), 2/1991, 41; T. Renner, § 9, Rn. 26. Тако, док су у погледу термина *Verweisung* аутори углавном сагласни будући да се он користи у нЗПотИсп, у погледу других термина постоје разлике. Нпр. *Ренер* користи *Verweisung* и *Bezugnahme* као термине истог ранга којима се означавају две врсте позивања на одређени садржај, које имају различите правне последице. Са друге стране, *Ротман* користи термин *Bezugnahme* као виши појам који обухвата и *Verweisung*, и *Hinweis* при чему се иза термина *Hinweis* крије појам који *Ренер* означава термином *Bezugnahme*. Вид. L. Rothmann, 60-63. Осим ових, у немачкој литератури за *Verweisung* користе се још и изрази *echte Bezugnahme*, *förmliche Verweisung*, *ersetzende Bezugnahme* или *ergänzende Bezugnahme*, док се за оно што *Ротман* означава као *Hinweis* употребљавају и изрази *unechte Bezugnahme*, *erläuternde Bezugnahme*, *erläuternde Verweisung*, *schlichte Bezugnahme*, *einfache Bezugnahme*, *untechnische Bezugnahme* или *hinweisende Bezugnahme*.

Упућивање о којем се говори у наведеним правилима нЗПотИсп је поступак којим се писмену, мапи, цртежу или илустрацији поверава исто правно дејство као главној исправи.⁴⁹⁴ Уколико је упућивање извршено на одговарајући начин, важи фикција инкорпорације (*Inkorporationsfiktion*) из § 9, ст. 1, реч. 2, то јест изјаве из прилога на који се упућује у запису важе као да су и саме садржане у њему.⁴⁹⁵ На тај начин, садржина ових исправа потврђује се заједно са садржином записа, те и дужност испитивања и поучавања из § 17 нЗПотИсп обухвата не само запис, већ и прилоге на које се у њему упућује.⁴⁹⁶ У немачкој литератури у вези са упућивањем у смислу § 9, ст. 1, реч. 2 нЗПотИсп поставило се питање да ли је оно допуштено само за прилоге у којима су садржане изјаве за које се захтева да буду сачињене у форми јавнобележничког записа (*beurkundungsbedürftig*). Према једним ауторима, појам упућивања из § 9, ст. 1, реч. 2 нЗПотИсп и дејство ове одредбе треба ограничити само на те случајеве⁴⁹⁷, док, према другима, фикција инкорпорације обухвата целокупну садржину прилога. Тако према *Ротман*, потврђивањем записа, то јест главне исправе потврђује се и део његове садржине за који се та форма не захтева. Стога, не треба другачије да важи ни за прилоге који са записом представљају јединство на основу § 9, ст. 1, реч. 2 нЗПотИсп.⁴⁹⁸ Она истиче да заједничко потврђивање може бити сувишно, али да није недопуштено.⁴⁹⁹ Такође, било би контрадикторно захтевати да се приликом потврђивања заједно са записом прочита цео прилог, а да фикција инкорпорације обухвата само одређене делове прилога који садрже изјаве за које се захтева форма јавнобележничког записа.⁵⁰⁰

1.2.1.3.1. Позивање на други документ (*Bezugnahme; Hinweis*)

Оно није регулисано одредбама нЗПотИсп као што је то случај са упућивањем, али су немачки аутори сагласни у томе да је нужно направити разлику између ова два појма.⁵⁰¹ Разлика међу њима може се направити како према условима, тако и према дејству. Док упућивање мора да се предузима у складу са свим захевима који важе и за састављање самог записа, код позивања на други документ (*Bezugnahme, Hinweis*) то није случај. Оно не подлеже посебним формалним захтевима, а уколико би документ на

⁴⁹⁴ T. Renner, § 9, Rn. 26.

⁴⁹⁵ Laura Rothmann, *Beurkundung und Bezugnahme – Zum verfahrensrechtlichen Umgang mit komplexen Vertragswerken*, Баден-Баден 2018, 65.

⁴⁹⁶ *Ibid.* 65-66.

⁴⁹⁷ J. Melchers, 42.

⁴⁹⁸ L. Rothmann, 68.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ *Ibid.*, 69.

⁵⁰¹ T. Renner, § 9, Rn. 32.

који се њиме указује био и спојен са самим записом, не би се сматрао његовим саставним делом, већ „неправим прилогом“ (*unechte Anlage*).⁵⁰² Дакле, ова разлика између упућивања из § 9, ст.1, реч. 2 нЗПотИсп и позивања на други документ надовезује се на другу, још значајнију која се испољава у њиховом дејству. За разлику од упућивања, позивање на други документ нема за последицу истовремено потврђивање онога на шта се указује. Оно превасходно служи разјашњењу садржине уговора која мора бити изражена у захтеваној форми да би уговор пуноважно настао.

За разлику од упућивања, позивања на други документ се односе на изјаве, правне односе и чињеничне околности које не чине садржину правног посла за коју се захтева да буде изражена у форми јавнобележничког записа.⁵⁰³ Као што је претходно наведено, упућивање није нужно ограничено само на изјаве воље, односно садржину која мора бити изражена у форми јавнобележничког записа, већ на основу воља страна посредством упућивања ова форма може проширити и на друге изјаве и чињенице. Са друге стране, обрнуто није могуће. То јест, просто позивање на други документ није довољно у случају када се указује на садржај за који мора бити обухваћен обавезном формом да би уговор пуноважно настао.

1.2.1.3.2. Упућивање или позивање на други документ?

Због тога су у немачкој литератури и судској пракси учињени напори да се случајеви у којима је нужно упућивање разграниче од случајева у којима је довољно и позивање на други документ. Било би најједноставније одредити се у сваком случају за упућивање и на тај начин обухватити обавезном формом укупну садржину, без обзира на то да ли је за поједине елементе довољно и просто позивање на други документ. Међутим, с обзиром на обавезу нотара да током поступка потврђивања прочита исправу коју потврђује, као и све прилоге на којој се у њој упућује у складу са § 9, ст. 1, реч. 2 нЗПотИсп, такво решење могло би се показати контрапродуктивним. Имајући у виду све већи број обимних уговора са бројним прилозима, читање и оних за које би било довољно и просто позивање на други документ могло би угрозити остварење циљева којима ова форма служи.⁵⁰⁴ „Дуготрајно читање писмена која су странкама у таквим случајевима углавном дуго позната, је неекономично, заморно и одвраћа пажњу са

⁵⁰² L. Rothmann, 72.

⁵⁰³ *Ibid.*, 99.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

битног; смисао читања тада изостаје“.⁵⁰⁵ Услед умора и пада концентрације може се догодити да јавни бележник не примети недостатак на који би било потребно да упозори странке или да странке не испрате са довољном пажњом поучавања од стране нотара о правним последицама уговора који закључују, то јест да се угрози остварење функција упозорења и поучавања. Стога, према *Ренеру* и *Ротман*, *Крусиусов* савет да је „боље потврдити једну тачку превише, него једну премало“ не треба прихватити безизузетно, већ је треба ограничити и применити само онда када постоји права сумња у то да ли је у конкретном случају довољно просто позивање на други документ или је пак неопходно упућивање.⁵⁰⁶ А ово питање своди се заправо на питање која садржина уговора мора бити изражена у форми јавнобележничког записа, а која не.⁵⁰⁷

Судска пракса и бројни аутори настојали су да дају своје одговоре и наведу конкретне примере. Они су углавном сагласни у томе да се одговор на ово питање може наћи само у правилима материјалног права. Материјалноправним правилима одређује се *шта* треба да буде сачињено у форми јавнобележничког записа, док се у процесним правилима, тј. нЗПотИсп налази одговор на питање *како* то треба да се учини.⁵⁰⁸ Осим правилима материјалног права, обавезна форма може бити предвиђена и сагласношћу воља уговорних страна, па тако се њиховом вољом она може и проширити на изјаве које иначе не би морале бити обухваћене овом формом.⁵⁰⁹ Након анализе схватања других аутора који су се бавили овом темом још од почетка XX века, *Ротман* закључује да је позивање на други документ довољно када се њиме указује на изјаве којима се представљају чињенице или којима се ближе појашњава шта су стране уговориле. Она ове изјаве назива изјавама сазнања (*Wissenserklärung*) чије је дејство чисто декларативно, и супротставља их изјавама воље (*Willenserklärung*) које су усмерене на постизање одређеног правног дејства, односно на заснивање, измену или престанак права или обавеза.⁵¹⁰ Други случај у којем није неопходно упућивање, већ је довољно и позивање на други документ, према овој ауторки, чине прилози у којима су садржане изјаве воље које је су усмерене на постизање правног дејства, али ово дејство наступа,

⁵⁰⁵ T. Renner, § 9, Rn. 32.

⁵⁰⁶ T. Renner, § 9, Rn. 34; L. Rothmann, 99.

⁵⁰⁷ *Ibid*, 99.

⁵⁰⁸ L. Rothmann, 101-110, са даљим упућивањима.

⁵⁰⁹ *Ibid*, 114. Ова ауторка наводи § 794, ст. 1, тач. 5 нЗПП као пример појединачних случајева у којима обавезна форма јавнобележничког записа може да буде предвиђена и процесним правилима, али истиче да то у сваком случају не могу бити правила јавнобележничког процесног права (*Beurkundungsverfahrenrecht*).

⁵¹⁰ *Ibid*, 118.

већ на основу закона, независно од датих изјава воље.⁵¹¹ Трећу групу прилога за које није потребно упућивање из § 9, ст. 1, реч. 2 нЗПотИсп чине они који садрже приказ чињеничне основе правног посла.⁵¹² Као конкретни случајеви у којима је довољно просто позивање на други документ у немачкој теорији се наводе нпр. измена или раскид уговора⁵¹³, изјава о прихвату⁵¹⁴, одобрење уговора закљученог од стране заступника без овлашћења за заступање, законске одредбе, преузимање дуга, уступање уговора, пуномоћја или легитимациони папири.⁵¹⁵ Како *Ротман* закључује, „уколико се узимају у обзир ови принципи разграничења прилога на које је упућивање обавезно од оних на које није и уколико се инструмент упућивања користи само у нужним случајевима, то може допринети значајном растерећењу поступка састављања јавнобележничког записа“.⁵¹⁶

1.2.1.4. Читање записа

Претходно анализирано питање разграничења прилога за које је, да би се испунио услов обавезне форме јавнобележничког записа, потребно упућивање од случајева код којих је довољно позивање на други документ значајно је због дужности јавног бележника да странкама прочита запис, као и прилоге на које се у њему упућује пре него што се стране са њиховом садржином сагласе и потпишу запис. Ова обавеза нотара регулисана је §§ 13, 13а и 14 нЗПотИсп.

Према § 13 нЗПотИсп, запис *мора* бити прочитан странкама у присуству нотара, а потом га оне *морају* одобрити и потписати. У случају да запис упућује на мапе, цртеже или илустрације, уместо читања, они *морају* странкама бити дати на увид. У запису *треба* да се констатује да је то учињено. Такође, на захтев странака, пре њихове сагласности, запис *треба* да буде дат странкама и на увид. Осим странака, запис *мора* својеручно да потпише и нотар, а потпису би *требало* да дода и своју службену ознаку.

⁵¹¹ *Ibid*, 120. Као пример за ову врсту изјава *Ротман* наводи уговор о продаји стана који је дат у закуп којем се прилаже документ у којем је детаљно изложен постојећи правни однос по основу уговора о закупу, те се уговара да стицалац права својине на стану ступа у тај однос преносом права својине. Иако се ради о изјави воље, правно дејство на које је усмерена наступа на основу § 566, ст. 1 нГЗ.

⁵¹² *Ibid*, 121-123.

⁵¹³ Под тиме се подразумева да у исправи у којој садржана сагласност воља уговорних страна да се измени или раскине раније закључени уговор није потребно упућивати на уговор који се мења или раскида, већ је довољно позивање на тај документ. Т. Renner, § 9, Rn. 36.

⁵¹⁴ Када се понуда за закључење уговора за који је предвиђена обавезна форма јавнобележничког записа и прихват понуде дају sukcesивно, према *Ренеру*, приликом потврђивања изјаве о прихвату није потребно да се упућује на понуду. Т. Renner, § 9, Rn. 37.

⁵¹⁵ Т. Renner, § 9, Rn. 35-49; L. Rothmann, 123-203.

⁵¹⁶ L. Rothmann, 203-204.

Видљиво је да се и у овој одредби којом се уређује садржина јавнобележничког записа прави разлика између савршених и несавршених норми (*Mussvorschriften* и *Sollvorschriften*) о којој је раније било речи. Стога, одредбе о обавезном читању записа, односно стављању на увид мапа, цртежа и илустрација, одобрењу и потписивању од стране странака и нотара представљају услове пуноважности јавнобележничког записа. Њихова повреда има за последицу ништавост јавнобележничког записа, а уз то и ништавост уговора уколико ова форма представља битан услов за настанак датог уговора.⁵¹⁷ Са друге стране, изостанак констатација да је запис прочитан, да су се странке сагласиле и да је потписан не чини запис ништавим.⁵¹⁸

Читање записа странкама сматра се у немачкој литератури изузетно важним делом поступка сачињавања јавнобележничког записа.⁵¹⁹ На овај начин омогућава се странкама да се упознају са свим појединостима њихових изјава, а нотару да последњи пут преконтролише исправност и потпуност исправе.⁵²⁰ Поред овога, читање записа повезано је и са обавезом разјашњења и поучавања. Током читања странке имају последњу прилику да нотару поставе питања, као и да нотар постави додатна питања или да додатна појашњења уколико буде сматрао да је потребно.⁵²¹ Због тога је значајно да се странкама запис чита у присуству јавног бележника, те макар и привремено одсуство јавног бележника током читања записа води неважности записа.⁵²² Препоручљиво је да запис чита сам нотар, али уместо њега то може учинити и неко од запослених у канцеларији. То неће негативно утицати на пуноважност исправе све док је јавни бележник присутан приликом читања и док он поучава странке о правним последицама уговора.⁵²³ Јавнобележнички запис се чита странкама у целисти, а не само изјаве воље из којих се уговор састоји, односно делови уговора који морају бити изражени у овој форми. Међутим, према владајућем схватању у немачкој литератури, нечитање података који не чине обавезну садржину исправе попут места, времена сачињавања јавнобележничког записа неће водити његовој ништавости.⁵²⁴

⁵¹⁷ T. Renner, § 13, Rn. 1.

⁵¹⁸ *Ibid.*, § 13, Rn. 2.

⁵¹⁹ *Ibid.*, § 13, Rn. 3 са даљим упућивањем.

⁵²⁰ Rainer Kanzleiter, „Das Vorlesen“ der Niederschrift“, *DnotZ* 1997, 262-263; T. Renner, § 13, Rn. 3; E. Bernhard, Rn. 205.

⁵²¹ Rainer Kanzleiter, „Das Vorlesen“ der Niederschrift“, 262-263; T. Renner, § 13, Rn. 3; E. Bernhard, Rn. 205.

⁵²² E. Bernhard, Rn. 204.

⁵²³ P. Jansen, § 13, Rn. 11; E. Bernhard, Rn. 204.

⁵²⁴ P. Jansen, § 13, Rn. 4; T. Renner, § 13, Rn. 4 са даљим упућивањем.

Странке могу захтевати од нотара да им преда запис на увид, али се тиме не може заменити читање.⁵²⁵ Једини изузетак од правила да увид у садржај записа не замењује његово читање постоји у случају упућивања на мапе, цртеже или илустрације.⁵²⁶ У литератури и судској пракси заузет је став да за испуњење услова читања записа није довољно да нотар прочита текст исправе са монитора рачунара пре него што одштампа текст.⁵²⁷ Потребно је дакле, да се прочита одштампан текст исправе, а не нацрт у који се накнадно уносе измене.⁵²⁸ Уколико током читања записа одређени део буде измењен довољно је да се након новог штампања прочита само измењени део.⁵²⁹

Овај закључак немачки аутори изводе из аналогне примене § 13, ст. 2 нЗПотИсп у којем је предвиђена могућност сужавања обима дужности читања у случају када се у исто време сачињава више записа који се у потпуности и делимично међусобно поклапају (колективне потврде, *Sammelbeurkundungen*). Према овој одредби, у том случају довољно је да се одговарајући садржај странкама прочита једном, под условом да се тиме не угрози функција саветовања и поучавања, као и да нотар не повреди своју обавезу поверљивости из § 18 нЗНот (*Verschwiegenheitspflicht*).⁵³⁰ Када у колективној потврди учествује више странака потребна је сагласност свих њих да би се потврђивање могло извршити на овај начин.

Ипак, у нЗПотИсп предвиђена су два изузетка од обавезе читања из § 13. Према § 13а, таква могућност постоји када се у запису упућује на други нотарски запис (*Niederschrift*) који је сачињен према правилима о потврђивању изјава воље. Тада није потребно читати запис на који се упућује под условом да стране изјаве да им је позната његова садржина и одрекну се његовог читања. Нотар треба одрицање странака да констатује у запису. Он, према овој одредби, радњу потврђивања треба да предузме само ако странке приложе запис на који се упућује макар у овереном препису. Сходна примена овог правила предвиђена је и за случај када се уместо читања странкама дају на увид мапе, цртежи или илустрације. Такође, у складу са § 13а, ст. 2 нЗПотИсп, стране се могу одрећи и прилагања записа на који се упућује у главном запису, а нотар у том

⁵²⁵ P. Jansen, § 13, Rn. 12; T. Renner, § 13, Rn. 16-17; Bernhard, Rn. 209.

⁵²⁶ § 13 ст. 1, реч. 1 у вези § 9 ст. 1, реч. 3 нЗПотИсп.

⁵²⁷ Одлука немачког Вишег земаљског суда (*Oberlandsgericht-OLG*) у Франкфурту од 30.8.1999, бр. 1 Not 1/98, *DnotZ*, 7/2000, 513; Rainer Kanzleiter, „Das Vorlesen“ der Niederschrift“, 265; T. Renner, § 13, Rn. 10; E. Bernhard, Rn. 208.

⁵²⁸ E. Bernhard, Rn. 208.

⁵²⁹ *Ibid*, Rn. 208.

⁵³⁰ E. Bernhard, Rn. 207; T. Renner, § 13, Rn. 20-23.

случају треба да констатује и ово одрицање странака. Одредбама садржаним у § 13a одступа се од правила да је, у случају упућивања на одређени прилог у запису, неопходно са текстом записа прочитати и текст прилога на који се упућује. На тај начин настоји се постићи циљ о којем је било речи у делу о упућивању, то јест спречити одвраћање пажње странака са значајних делова уговора, као и са упозорења и поука нотара услед преобимног садржаја уговора и прилога који се читају у поступку потврђивања.⁵³¹ Међутим, ограничење обавезе читања не значи истовремено и ограничење обавезе испитивања и поучавања. Ова обавеза јавног бележника односи се и на садржину записа на који се упућује без обзира на то да ли су се странке одрекле њеног читања у поступку потврђивања. У § 13a, ст. 3 изричито је наведено да нотар треба да поучи странке о значају упућивања на други запис, односно на то да изјаве које су садржане у том запису представљају саставни део уговора као да се налазе у главном запису. Стога, неопходно је да нотар буде упознат са садржином записа на који се упућује да би испунио обавезу поучавања, као и да би се избегло евентуално злонамерно измештање сагласних изјава воље које су посебно значајне за правни посао у запис на који се упућује.⁵³²

У немачком праву допуштено је и тзв. ланчано упућивање (*Kettenverweisung*). Оно постоји када се у запису који се сачињава упућује на други нотарски запис у којем је извршено упућивање на неки трећи нотарски запис. Ланчано упућивање има дејство као да је непосредно извршено упућивање на трећи запис, те ће се изјаве воље садржане у њему такође сматрати делом главног записа, то јест оног који се сачињава. Самим тим, и он је обухваћен бележниковом дужношћу испитивања и поучавања из § 17 нЗПотИсп.⁵³³

Други случај одступања од правила о обавезном читању записа која се потврђује предвиђен је § 14 нЗПотИсп који носи назив „ограничена обавеза читања“. Ово правило обухвата две ситуације. У једној се ради о упућивању на прилоге у којима су садржани биланси, инвентари, пописи заоставштине или други пописи ствари, права и правних односа. Друга обухвата упућивање на исправу у којој су садржане изјаве које су дате приликом заснивања заложног права на непокретностима (хипотека, земљишни дуг) или другог регистрованог заложног права (хипотека на броду, регистровано заложно право

⁵³¹ *Ibid*, § 13a, Rn. 2.

⁵³² *Ibid*, § 13a, Rn. 35-36.

⁵³³ *Ibid*, § 13a, Rn. 16.

на ваздухоплову), а чије навођење у земљишној књизи или другом одговарајућем регистру није потребно. Када се у запису упућује на документ ове садржине који му је приложен странке се могу одрећи његовог читања. Нотар тада треба да предочи документ странкама, а оне потом да се потпишу и то на свакој страни документа, уколико се он састоји из више страна.⁵³⁴ У овом случају одрицања странака од читања текста прилога јавни бележник *мора* у запису да констатује то одрицање, а *треба* да констатује да је странкама предочен приложени документ.⁵³⁵ Практичан значај ограничења обавезе читања из § 14 нЗПотИсп показује се нпр. у случају куповине предузећа, закључења брачног уговора или споразума о последицама развода.⁵³⁶ Као и у случају из § 13а, одрицање странака од читања не утиче на бележникову дужност поучавања из § 17 нЗПотИсп.⁵³⁷

1.2.1.5. Сагласност (*Genehmigung*)

Након читања записа и прилога, странке се са њиховом садржином морају у потпуности сагласити. Ова сагласност може бити изражена и конклюдентном радњом као што је потписивање записа.⁵³⁸ Сагласност странака мора бити изјављена у присуству нотара, временски мора да следи читању записа и прилога, а да претходи потписивању исправе од стране нотара. Све док нотар не потпише исправу странка може опозвати сагласност. Уколико се странка не сагласи са садржином записа и прилога сматра се да није дала изјаве воље садржане у запису. Са друге стране, то не утиче на пуноважност изјава воље друге странке која се сагласила са садржином записа.⁵³⁹ Нотар *треба* да констатује у запису да су се странке са његовом садржином сагласиле. Ипак, недостатак ове констатације неће имати за последицу непуноважност записа. Ово произлази и из

⁵³⁴ § 14, ст. 2 нЗПотИсп. У немачкој литератури поставља се питање због чега у овом случају законодавац захтева да се потпише свака страна документа, што није случај са прилозима из § 9 ст. 1, реч. 2 нЗПотИсп код којих је довољно само да се странке потпишу на крају текста прилога. Једни истичу да ова новела представља страном тело у нЗПотИсп, а други да се ради о грешци. Такође, због коришћења различитих термина (у првом делу реченице користи се *Unterschrift* који означава својеручни потпис, а у другом делу реченице користи се термин *Unterzeichnung* којим се означава шири појам који обухвата потпис, параф и рукознак) у истом ставу § 14, једни аутори сматрају да је својеручни потпис потребан само на последњој страни, док је параф довољан на осталим странама датог прилога, а други да је је и на последњој страни довољан параф. Више о томе вид. у Т. Renner, § 14, Rn. 29; Rainer Kanzleiter, „Formzwecke, Beurkundungsverfahren und Berufsrecht - Die Änderungen des Beurkundungsverfahrenrechts durch die BNotO-Novelle v. 31.8.1998“, *DnotZ*, 4/1999, 299-300.

⁵³⁵ § 14, ст. 3 нЗПотИсп.

⁵³⁶ Rainer Kanzleiter, „Formzwecke, Beurkundungsverfahren und Berufsrecht - Die Änderungen des Beurkundungsverfahrenrechts durch die BNotO-Novelle v. 31.8.1998“, 298; Т. Renner, § 14, Rn. 11.

⁵³⁷ § 14, ст. 2 нЗПотИсп.

⁵³⁸ Т. Renner, § 13, Rn. 24.

⁵³⁹ *Ibid*, § 13, Rn. 25-27.

тога што је § 13, ст. 1 изричито предвиђено да се, уколико су странке својеручно потписале запис, претпоставља да им је он прочитан, односно дат на увид и да су се оне са њиме сагласиле. Ова претпоставка је оборива, те странка која се позива на непуноважност потврђене изјаве воље мора да докаже да сагласност није дата иако је исправа потписана.⁵⁴⁰

1.2.1.6. Потписи странака и нотара

Након што се странке сагласе са садржином записа потребно је да га потпишу оне, а потом и сам нотар. У немачкој теорији и судској пракси развила се дискусија о функцији потписа странака код ове врсте форме и о томе да ли је довољно да крају записа странке ставе параф или је неопходно да то буде потпис, односно шта су нужни елементи потписа. Тако, *Канцлајтер* полази од функције коју потпис има у писаној форми, а то је да се искључи сумња и обезбеди доказ о томе да је изјаву дало лице које је и потписало исправу, да се искључи или бар отежа фалсификовање, као и да се странка заштити од пренагљеног обавезивања, односно да се искључи сумња у озбиљност лица које даје изјаву.⁵⁴¹ Он потом истиче да се сви ови циљеви остварују већ у поступку сачињавања јавнобележничког записа. У поступку се јавни бележник уверава у идентитет даваоца изјаве воље и присуствује потписивању исправе у којој је воља садржана чиме се отклања сумња у идентитет потписника. Такође, могућност фалсификовања смањује се у највећој могућој мери правилима о сачињавању и чувању исправе. На крају, функција упозорења и заштите од пренагљеног обавезивања, као и отклањање сумње у озбиљност странке остварују се истраживањем воље странке и њеним поучавањем о правним последицама изјаве воље од стране нотара.⁵⁴² Код ове врсте форме потпис странака служи као знак закључења и пуноважности, односно као потврда да су се странке сагласиле са садржином исправе и да признају изјаве воље које се у њој налазе као своје.⁵⁴³ Стога је, према овом аутору, код нотарских исправа безначајно да ли се ради о потпису или парафу.⁵⁴⁴ Са друге стране, према схватању *Ренера*, погрешно је различито постављати захтеве за потписе у зависности од конкретног случаја и циљева форме.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ T. Renner, § 13, Rn. 25-27.

⁵⁴¹ Rainer Kanzleiter, „Anforderungen an die Unterschriften von Beteiligten und Notar unter der notariellen Niederschrift“, *DNotZ*, 7/2002, 523.

⁵⁴² *Ibid.*, 524.

⁵⁴³ Rainer Kanzleiter, „Anforderungen an die Unterzeichnung der Niederschrift durch die Beteiligten“, *MittBayNot*, 3/2003, 197.

⁵⁴⁴ Rainer Kanzleiter, „Anforderungen an die Unterschriften von Beteiligten und Notar unter der notariellen Niederschrift“, 524-525.

⁵⁴⁵ T. Renner, § 13, Rn. 33.

Он истиче да у циљу очувања правне сигурности не треба дозволити да појам „својеручни потпис“ ослаби и изгуби своје контуре, постављањем различитих захтева од случаја до случаја. То пак не значи да тај јединствен стандард за постојање потписа мора бити посебно строг.⁵⁴⁶

У судској пракси заузет је став да се навођење само имена не може сматрати потписом, односно да потпис мора да садржи презиме.⁵⁴⁷ У правном промету презиме се користи за разликовање једног лица од другог, а не име. Према § 13, ст. 3 нЗПотИсп, странке морају потписати запис. Он представља услов пуноважног настанка записа. Стављањем потписа рађа се претпоставка да је садржај записа прочитан странкама које су га потписале и да су се оне са њиме сагласиле. Такође, од исправности потписа зависи и доказно дејство записа из § 415 нЗПП. Захтевом да потпис садржи презиме странке не отежава се поступак сачињавања јавнобележничког записа. Наиме, нотар је свакако дужан да у поступку утврди идентитет странака, те старање о томе да се странке потпишу макар само презименом не представља за њега додатни напор. На крају, у пресуди се закључује да, уколико потпис не садржи презиме, изјаве воље странке која се тако потписала су неважеће.⁵⁴⁸

Нотар, по правилу, последњи ставља потпис и тиме закључује запис. Потпису би нотар требало да дода и службену ознаку. Тиме исправа стиче својство јавне исправе. Након тога накнадне измене и потписивања у основи нису допуштени.⁵⁴⁹ Пре потписивања нотар би требало да констатује да је исправа прочитана странкама, да су се странке са њоме сагласиле и да су је својеручно потписале. Ипак, у теорији се наглашава да изостанак ове клаузуле нема за последицу ништавост исправе будући да се ради о несавршеној норми (*Sollvorschrift*).⁵⁵⁰ Такође, према владајућем схватању у немачкој литератури, пуноважност јавнобележничког записа неће бити угрожена уколико нотар ненамерно пропусти да одмах потпише исправу, већ он може и накнадно отклонити тај недостатак. Потписи странака и нотара имају и функцију означавања завршетка сачињавања исправе (*Abschlussfunktion*), али је за то потребно испуњење објективног и субјективног услова. Под објективним условом *Ренер* подразумева да је споља видљиво

⁵⁴⁶ *Ibid*, § 13, Rn. 33-35.

⁵⁴⁷ Пресуда немачког Савезног суда (BGH) од 25.10.2002. године бр. V ZR 279/01, *MittBayNot*, 3/2003, 233. Према схватању овог суда, потписивање навођењем само имена би, изузетно, могло бити довољно само у случају да је лице које се тако потписује под тим именом у јавности широко познато.

⁵⁴⁸ *Ibid*, 234-235.

⁵⁴⁹ T. Renner, § 13, Rn. 61.

⁵⁵⁰ *Ibid*, Rn. 76.

да се њима завршава исправа, а под субјективним да су странке свесне да је стављање потписа последњи корак у сачињавању оригинала исправе.⁵⁵¹

1.3. Овера потписа (*Öffentliche Beglaubigung*, јавна овера)

Овера потписа (*Öffentliche Beglaubigung*, јавна овера) као једна од врста форме регулисана је §129 нГЗ. Према овој одредби, „када је за изјаву законом прописана јавна овера изјава мора бити писмено састављена, а потпис лица које даје изјаву оверен од стране нотара“.⁵⁵² У немачкој литератури истиче се да потпис лица не мора бити читак, нити исписан латиничним словима, већ може и другим писмом под условом да лице које је дало изјаву потпис признаје као свој.⁵⁵³ Осим потписа, предмет овере може бити и рукознак. Исто тако, у теорији се наводи да се рукознаком (*Handzeichen*) сматра сваки знак који се користи уместо потписа, као и да није потребно да има индивидуалан карактер.⁵⁵⁴ Будући да је за оверу потписа из §129 нГЗ првенствено надлежан нотар, ова врста форме се назива још и нотарска овера (*notarielle Beglaubigung*)⁵⁵⁵. Такође, за њу се користи још и термин „овера потписа“ (*Unterschriftsbeglaubigung*).⁵⁵⁶ Овера потписа у немачком праву није од великог значаја са становишта теме рада будући да је ова форма по правилу предвиђена за једностране изјаве попут сагласности за упис у земљишну књигу⁵⁵⁷ или пријаве за упис у регистар привредних субјеката.⁵⁵⁸ Ипак, она ће укратко бити приказана за потребе каснијег поређења са домаћом формом јавнобележничке овере потписа.

⁵⁵¹ *Ibid.*, Rn. 78.

⁵⁵² §129, ст. 1, реч. 1 нГЗ.

⁵⁵³ Rainer Kanzleiter, „Anforderungen an die Unterschriften von Beteiligten und Notar unter der notariellen Niederschrift“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 7/2002, 526; N. Preuß, § 40, Rn. 13-14. Према Јансену, потписи исписани страним писмом могу бити оверени као рукознак. Вид. Paul Jansen, *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetz und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften – Kommentar*, Berlin 1972, Beurkundungsgesetz, § 40, Rn. 41.

⁵⁵⁴ N. Preuß, § 40, Rn. 42.

⁵⁵⁵ Nicola Preuß y Christian Armbüster, Nicola Preuß, Thomas Renner, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare - Kommentar*, § 40, Rn. 2. Осим нотара за оверу потписа изузетно је надлежан и службеник конзулата. Вид. у Lutz-Ingo Plewe, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts*, Aachen 2003, 69. Овера коју врше службеници органа управе (*amtliche Beglaubigung durch Verwaltungsbehörden*) не сматра се јавном овером из §129 нГЗ нити служи као њена замена. D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, §129, Rn. 4; N. Preuß, § 40, Rn. 10.

⁵⁵⁶ Hans Michael Malzer, „Die öffentliche Beglaubigung – Wesen, Funktion, Bedeutung und Perspektive einer zivilrechtlichen Formvorschrift“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 3/2000, 169; L. Plewe, 69.

⁵⁵⁷ § 29, ст. 1 немачког Закона о земљишној књизи (*Grundbuchordnung*) у издању од 26. маја 1994. године (*BGBI. I S. 1114*), последњи пут мењан чланом 28 Закона од 5. октобра 2021. године (*BGBI. I S. 4607*).

⁵⁵⁸ § 12, ст. 1 немачког Трговачког законика (*Handelsgesetzbuch*) од 10. маја 1897. године, последњи пут мењан 10. августа 2021. године (*BGBI. I S. 3436*).

1.3.1. Поступак овере

Поступак овере потписа регулисан је одредбама нЗПотИсп.⁵⁵⁹ Према §40 овог закона, јавни бележник оверава потпис који је извршен у његовом присуству или потпис који је на исправу стављен раније, али га је странка чија изјава је садржана у исправу признала као свој у присуству јавног бележника. Овером потписа нотар сведочи о томе да је одређено лице пред њиме потписало исправу или признало потпис као свој.⁵⁶⁰ Клаузула о овери (*Beglaubigungsvermerk*) коју сачињава нотар представља сведочанство о аутентичности потписа садржаног у исправу.⁵⁶¹ Садржина ове клаузуле регулисана је §§ 39 и 40 нЗПотИсп. У њој јавни бележник мора да означи лице чији потпис се оверава, као и да наведе да ли је оно пред њиме потписало исправу или признало потпис као свој.⁵⁶² Он мора са сигурношћу да се увери у идентитет овог лица, да у клаузули наведе на који начин се уверио у његов идентитет, те да га означи тако прецизно да се отклоне евентуалне сумње или забуне.⁵⁶³ Осим тога, у складу са § 39, клаузула о овери мора да садржи и потпис и печат јавног бележника, а требало би да садржи и место и дан издавања клаузуле. Она може да се налази на самој исправу на којој је и потпис који се оверава, али и на посебном папиру који у том случају мора бити на одговарајући начин повезан са потписаном исправом.⁵⁶⁴

1.3.2. Овера бланко потписа

У § 40, ст. 5 нЗПотИсп предвиђена је могућност овере бланко потписа (*Blankobeglaubigung*). За то је потребно да се покаже да је овера потребна пре него што се утврди садржина исправе. У том случају, у клаузули о овери потписа треба да се наведе да приликом овере није био доступан текст на који се потпис односи. Према схватању немачких аутора, препоручљиво је да се у клаузули наведе разлог због којег је потребна овера бланко потписа, иако то није неопходно.⁵⁶⁵ Ово правило аналогно се примењује и на случајеве када текст садржи празнине уколико су оне толико значајне да се може узети да суштинска садржина изјаве још није утврђена.⁵⁶⁶ Према владајућем схватању у немачкој теорији, допуштена је и овера потписа када је текст изјаве на

⁵⁵⁹ Немачки Закон о потврђивању исправа – нЗПотИсп (*Beurkundungsgesetz*) од 28. августа 1969. године (*BGBI. I S. 1513*) последњи пут мењан чланом 13 Закона од 30. новембра 2019. године (*BGBI. I S. 1942*).

⁵⁶⁰ N. Preuß, § 40, Rn. 6.

⁵⁶¹ *Ibid.*, § 40, Rn. 23.

⁵⁶² § 40, ст. 3.

⁵⁶³ § 10 у вези са § 40, ст. 4 нЗПотИсп.

⁵⁶⁴ N. Preuß, § 40, Rn. 25.

⁵⁶⁵ H. M. Malzer, 175.

⁵⁶⁶ *Ibid.*; L. Plewe, 76.

страном језику, чак и у случају када јавни бележник не зна тај страни језик. Ови аутори полазе од тога да је законом изричито допуштена овера бланко потписа, те нема разлога да се не допусти овера потписа и у случају када је текст који му претходи исписан на страном језику будући да ни код овере бланко потписа нотар није у могућности да испита садржину исправе у смислу § 40, ст. 2 нЗПотИсп.⁵⁶⁷ У овом случају јавни бележник треба као и код овере бланко потписа у клаузули да укаже на ове посебне околности.⁵⁶⁸

1.3.3. Доказна снага клаузуле о овери и приватне исправе

Клаузула о овери потписа представља јавну исправу из § 418 немачког Закона о парничном поступку⁵⁶⁹. У складу са ст. 1 овог параграфа, она представља доказ пуне вредности (*voller Beweis*) о чињеницама које су њоме потврђене, тј. да је исправу потписало лице које се у исправи наводи као њен потписник. Доказивање да потврђена чињеница није тачна је допуштено, осим ако таква могућност није искључена или ограничена земаљским законом. У складу са § 437, ст. 1 нЗПП, за ове исправе важи претпоставка аутентичности. Ова претпоставка се односи на порекло исправе, тј. на то да исправа потиче од лица које је у њој наведено.⁵⁷⁰

Својство јавне исправе овером потписа не добија и текст потписане изјаве, већ он остаје приватна исправа из § 416 истог закона. Према овој одредби, приватна исправа која је потписана од стране лица које ју је сачинило је доказ пуне вредности о томе да је ово лице дало изјаву која је садржана у датој приватној исправи. Услов за овакво доказно дејство приватне исправе је аутентичност текста и потписа.⁵⁷¹ Аутентичност текста приватне исправе претпоставља се у случају када је аутентичност потписа који се налази испод текста утврђена или када је рукознак оверен од стране јавног бележника.⁵⁷² У сваком случају, услов аутентичности потписа, односно рукознака испуњен је уколико буду оверени од стране нотара, у складу са § 418, ст. 1 нЗПП. Осим тога, потребно је да исправа не садржи значајније спољне недостатке, као и да се текст налази изнад потписа.

⁵⁶⁷ Н. М. Malzer, 175; L. Plewe, 76; N. Preuß, § 40, Rn. 29-33.

⁵⁶⁸ N. Preuß, § 40, Rn. 33.

⁵⁶⁹ Немачки Закон о парничном поступку – нЗПП (*Zivilprozessordnung*) у верзији од 5. децембра 2005. године (*BGBI. I S. 3202*; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781) последњи пут мењан чл. 8 закона од 20. децембра 2020. године (*BGBI. I S. 3320*).

⁵⁷⁰ K. Schreiber у Rauscher Thomas, Krüger Wolfgang, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (Münch.Kommentar zum ZPO)*, 6. Auflage, München 2020, §437, Rn. 4.

⁵⁷¹ N. Preuß, § 40, Rn. 36.

⁵⁷² §440, ст. 2 нЗПП.

Дејство претпоставке аутентичности текста приватне исправе састоји се у томе да се претпоставља да се текст изнад потписа налази на том месту вољом потписаног лица.⁵⁷³

У немачкој теорији уз ово питање испитује се и утицај измене текста изјаве након овере потписа како на могућност испуњења услова форме из § 129 нГЗ, тако и на доказно дејство исправе.⁵⁷⁴ Према владајућем схватању, накнадна измена текста не утиче на дејство форме, посебно имајући у виду да је допуштена и овера бланко потписа.⁵⁷⁵ У том случају није потребан нови потпис и његова овера.⁵⁷⁶

Ипак, другачије је код доказног дејства исправе. Накнадна измена текста може имати утицаја на претпоставку аутентичности текста исправе из §440, ст. 2 нЗПП. Ова претпоставка заснива се на аутентичности потписа односно рукознака. Уколико је накнадна измена утврђена, претпоставка из §440, ст. 2 нЗПП не важи.⁵⁷⁷ Аутентичност се тада цени у складу са начелом слободне оцене доказа.⁵⁷⁸

1.3.4. Контрола садржине исправе и дужност поучавања

У вези са овом врстом форме уговора поставља се питање да ли и у којој мери јавни бележник треба да испитује садржину исправе. У основи, с обзиром на то да се ради о овери потписа, а не текста исправе, јавни бележник нема обавезу да испитује његову садржину, вољу потписника, нити да га поучава о последицама давања потписане изјаве. Ипак, у нЗПотИсп изричито је предвиђено да је код ове врсте форме потребно да нотар испита исправу само ради утврђивања да ли постоји неки од разлога за одбијање службене радње.⁵⁷⁹ Из ове одредбе произлази да он није дужан да испитује материјалноправну пуноважност изјаве, али уколико је она очигледно непуноважна може одбити оверу.⁵⁸⁰ Ово питање је од значаја због утврђивања обима одговорности јавног бележника за садржину исправе.⁵⁸¹ Потпуни изостанак обавезе јавног бележника

⁵⁷³ Klaus Schreiber у *Münch.Kommentar zum ZPO*, 6. Auflage, München 2020., §440, Rn. 4-5.

⁵⁷⁴ N. Preuß, § 40, Rn. 36-39.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, Rn. 37; *Jauernig Bürgerlichesgesetzbuch Kommentar*, 17. Auflage, München 2018, §129, Rn. 4.

⁵⁷⁶ L. Plewe, 79. Супр. у старијој немачкој литератури вид. у P. Jansen, § 40, Rn. 13. Према *Јансену*, схватање да поновно потписивање и овера потписа нису потребни не може се оправдати допуштеношћу овере бланко потписа јер код накнадне измене текста нису испуњени посебни услови за оверу бланко потписа из § 40, ст. 5 нЗПотИсп.

⁵⁷⁷ K. Schreiber у *Münch.Kommentar zum ZPO*, §440, Rn. 6.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ § 40, ст. 2 нЗПотИсп. Ту спадају случајеви предвиђени у § 3 нЗПотИсп (*Mitwirkungsverbote*), очигледна супротност садржине исправе добрим обичајима или законској забрани, као и случај када нотар није могао са сигурношћу да се увери у идентитет потписника. Вид. L. Plewe, 72-73.

⁵⁸⁰ H. M. Malzer, 174-175.

⁵⁸¹ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 183.

да испитује текст потписане изјаве значи и његово ослобођење од одговорности за садржину исправе. У немачкој теорији се на ова питања надовезује и питање да ли је обим одговорности нотара шири у случајевима када је нацрт потписане изјаве сачинио нотар. Неки аутори оверу потписа на исправи која је састављена на основу нацрта јавног бележника називају квалификованом јавном овером (*qualifizierte öffentliche Beglaubigung*).⁵⁸² Према схватању ових аутора, у овом случају постоји могућност личног контакта између нотара и лица које потписује изјаву, те се ствара прилика за то да јавни бележник одговори на евентуална питања и посаветује странке у својству непристрасног стручњака.⁵⁸³ Тада нотар има обавезу испитивања и поучавања као и код јавнобележничког записа јер странкама треба омогућити да имају поверења у пуноважност и исправност нацрта изјаве који сачини нотар.⁵⁸⁴ Судска пракса, међутим, заузела је другачије становиште. Према схватању немачког Савезног суда, ограничена дужност испитивања и поучавања код овере потписа важи и у случају када је исправу саставио нотар који оверава потпис. У супротном би приликом сваке овере потписа морао да испита да ли дата исправа потиче од њега, а то практично значи да се испочетка упознаје са њеном садржином и правним последицама. Осим тога, суд истиче и да накнада за оверу потписа не би била адекватна ризику од одговорности коју би у том случају имао нотар.⁵⁸⁵ Ово схватање прихваћено је и у каснијој немачкој литератури.⁵⁸⁶

2. Јавнобележничка форма облигационих уговора у аустријском праву

2.1. О врстама форме уговора у аустријском праву уопште

Форма уговора регулисана је §§ 883-886 аГЗ. Начело неформалности уговора важи и у аустријском праву, а изводи се из §883 аГЗ који гласи: „Уговор може бити закључен усмено или писмено; пред судом или ван њега, са или без сведока. Ова различитост форме не прави разлику у погледу обавезности уговора, осим у законом одређеним случајевима“. Иако ово начело трпи ограничења у виду законске обавезне форме постоје уговори који имају значајне правне последице, али су у аустријском праву неформални. Тако за пуноважан настанак уговора о купородаји непокретности није потребна

⁵⁸² Н. М. Malzer, 176; L. Plewe, 73.

⁵⁸³ *Ibid*, 180; L. Plewe, 73.

⁵⁸⁴ P. Jansen, § 40, Rn. 30; L. Plewe, *Ibid*.

⁵⁸⁵ Пресуда немачког Савезног суда (*Bundesgerichtshof – BGH*) III ZR 63/04 од 11.11.2004. године.

⁵⁸⁶ N. Preuß, § 40, Rn. 27.

одређена форма, већ је довољна и усмена сагласност иако је у већини других правних система овај уговор типично формалан уговор за који се по правилу захтева и нека од строжих врста форме. Фактички, ипак, овај уговор бива сачињен у облику јавне исправе или приватне исправе на којој су оверени потписи уговорних страна, али за потребе уписа у земљишну књигу, у складу са правилима којима се регулишу услови за упис у овај јавни регистар непокретности.⁵⁸⁷ Међутим, тиме овај уговор не постаје формалан јер наведена форма не предствља услов за пуноважан настанак уговора.⁵⁸⁸ Обавезна форма не захтева се ни за нпр. уговор о кредиту и уговор о осигурању.⁵⁸⁹

Следећи параграф односи се на уговорну форму. У њему је садржана претпоставка обавезности форме у случају када се стране сагласе о употреби одређене врсте форме приликом закључења уговора. То јест, у таквој ситуацији „претпоставља се да не желе да буду везане пре испуњења ове форме“.⁵⁹⁰ У §885 регулисана је пунктација, а у §886 писана форма.

Према овој одредби, уговор за који је законом или вољом уговорних страна предвиђена писана форма настаје потписом уговорних страна. Под тиме се подразумева да се писана форма, као и у нашем и немачком праву, састоји из два елемента – текста и својеручног потписа уговорних страна. У §886 аГЗ предвиђено је и да се својеручни потпис може заменити судски или нотарски овереним рукознаком или рукознаком потврђеним од стране два сведока од којих је један потписао странку у случају да су стране неписмене, или неспособне да потпишу. Овом одредбом предвиђена је и могућност замене писане форме судском или јавнобележничком потврдом (*Beurkundung*). Копија својеручног потписа сачињена механичким путем (употребом факсимила) довољна је само уколико је то уобичајено у правном промету.⁵⁹¹

За разлику од нГЗ, у аГЗ се не помиње електронска форма као посебна врста форме, већ се у Закону о електронским потписима и службама од поверења за електронске трансакције којим се регулишу електронски потписи квалификовани електронски

⁵⁸⁷ § 26 и 31 Закона о земљишној књизи (*Allgemeines Grundbuchgesetz*) од 2. фебруара 1955. године (BGBl. Nr. 39/1955) последњи пут мењан законом од 24. јула 2020. године (BGBl. I Nr. 81/2020).

⁵⁸⁸ Susanne Kalss у Andreas Kletečka, Martin Schauer (Hrsg.), *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, §883, Rz. 12.

⁵⁸⁹ Peter Bydlinski у Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberg, (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, §883, Rz 1.

⁵⁹⁰ §884 аГЗ.

⁵⁹¹ §886 аГЗ.

потпис изједначава са својеручним потписом у смислу §886 аГЗ.⁵⁹² Ипак, од овог правила постоје одступања, те у електронској форми не могу пуноважно настати правни послови располагања за случај смрти. Осим ових, у истој одредби наведене су и изјаве воље које могу бити пуноважно дате у електронској форми под условом да је у електронској исправи садржана и потврда нотара или адвоката да је потписника упознао са правним последицама стављања електронског потписа. Ту спадају изјаве воље породичног или наследног права за које се захтева писана или строжа форма, као и изјава о јемству којом се лице обавезује ван своје комерцијалне, пословне или професионалне делатности.⁵⁹³

Такође, у аГЗ нема посебно речи ни о текстуалној форми која је предвиђена у нГЗ под којом се подразумева изражавање садржине уговора у текстуалном облику без својеручног потписа уговорних страна. Ипак, у аустријској литератури наводи се да она произлази из циља појединих законских одредаба којима се захтева писана форма, а који се састоји у пружању информација.⁵⁹⁴ У законодавство Аустрије ова форма уведена је изменом Закона о акционарским друштвима⁵⁹⁵ из 2009. године. Према § 13, ст. 2, уколико је овим савезним законом за изјаве прописана текстуална форма, изјава мора бити дата на исправи или на други начин који је погодан за трајну репродукцију писаним карактерима (словима, *Schriftzeichen*), мора бити наведено лице које даје изјаву, и крај изјаве означен стављањем копије потписа (*Nachbildung der Namensunterschrift*) изјавиоца или на неки други начин. Услов текстуалне форме испуњавају нпр. СМС порука, имејл или телефакс. Аустријски законодавац, међутим, још увек се не одлучује да на општи начин регулише текстуалну форму као што је то учињено у немачком праву путем §126b нГЗ.⁵⁹⁶

Аустријски правни систем познаје више врста тзв. квалификоване писане форме. Неке од њих подразумевају учешће суда, али у већини случајева ради се о јавнобележничким исправама. Ту спадају судска или јавнобележничка овера (*gerichtliche oder notarielle Beglaubigung*), судска или јавнобележничка потврда

⁵⁹² § 4 Закона о електронским потписима и службама од поверења за електронске трансакције – аЗелПотСП (*Bundesgesetz über elektronische Signaturen und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen (Signatur – und Vertrauensdienstegesetz*)) од 8. јула 2016. године (*BGBI. I Nr. 50/2016*).

⁵⁹³ § 4 (2) аЗелПотСП.

⁵⁹⁴ Silvia Dullinger у Peter Rummel, Meinhard Lukas (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 2014, §886, Rz 5.

⁵⁹⁵ Савезни закон о акционарским друштвима - *Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktengesetz – AktG)* (*BGBI. I Nr. 98/1965*) последњи пут мењан чл. 11 закона од 14. маја 2021. године (*BGBI. I Nr. 86/2021*).

⁵⁹⁶ S. Kalss, §886, Rz. 12.

(*gerichtliche oder notarielle Beurkundung*), јавнобележнички акт (*Notariatsakt*) или судски записник (*gerichtliche Protokoll*).

2.2. Јавнобележнички запис (*Notariatsakt*, јавнобележнички акт)

Најстрожа врста форме у којој може бити закључен уговор у аустријском праву је *Notariatsakt*. То је „писана исправа сачињена од стране нотара за странке, која се учешћем нотара снабдева снагом јавне исправе“.⁵⁹⁷ Ради се, дакле, о форми која одговара нашем јавнобележничком запису, те ће се и на овом месту у раду за означавање ове врсте форме, уместо „јавнобележнички акт“, користити назив „јавнобележнички запис“ у циљу постизања термилошке уједначености и отклањања евентуалних нејасноћа.

Ова врста форме регулисана је §§52-69 Закона о нотаријату (*Notariatsordnung*)⁵⁹⁸, док је листа уговора који морају бити сачињени у овој форми наведена у § 1 аЗЈА. Према овом параграфу, састављањем у форми јавнобележничког записа условљена је пуноважност: а) брачних уговора; б) уговора о купопродаји, размени, ренти, зајму између супружника, као и за признање дуга које један супружник учини другом; д) уговоре о поклону без праве предаје ствари;⁵⁹⁹ е) свих исправа о правним пословима међу живима које слепа лица закључују лично. У овом последњем случају јавнобележнички запис није неопходан за свакодневне правне послове и уобичајене уговоре у пословању банака о отварању жиро рачуна и остале правне послове, осим изјава о јемству, ако слепа особа свом сауговорачу изричито изјави да се одриче услова форме из § 1, ст. 1, тач. е) аЗЈА.⁶⁰⁰ На неважност правног посла због недостатка захтеване форме јавнобележничког записа из § 1, ст. 1, тач. е) аЗЈА може се позивати само особа са инвалидитетом.⁶⁰¹ Осим у аЗЈА,

⁵⁹⁷ *Ibid*, § 883, Rz. 16 са даљим упућивањима.

⁵⁹⁸ Закон о нотаријату – *Notariatsordnung* - аЗНот (*RGBl.* Nr. 75/1871) последњи пут мењан законом објављеним у службеном листу *BGBI.* I Nr. 86/2021.

⁵⁹⁹ Овој тачки следила је тачка ц) којом је ова форма захтевана и за потврде о пријему мираза и онда када није предат супрузи, већ другом лицу, али је брисана изменом из 2009. године (*BGBI.* I Nr. 75/2009).

⁶⁰⁰ § 1, ст. 3 аЗЈА. § 1, ст. 1, тач. е) аЗЈА претрпео је неколико измена од доношења овог закона. У првобитној верзији из 1871. године услов форме јавнобележничког записа није био резервисан само за правне послове које закључују слепа лица, већ и оне које лично закључују глува лица која не знају да читају или нема лица која не знају да пишу. Потом је, изменом из 2001. године (*BGBI.* I Nr. 98/2001), додат део према којем овај услов не важи за правне послове из свакодневног живота и када исправу о правном послу потписује и особа од поверења која је позвана од стране слепог лица. Истом изменом унета је и реченица о изостанку услова форме јавнобележничког записа и код стандардних банкарских уговора о отварању жиро рачуна. Изменом из 2007. године (*BGBI.* I Nr. 111/2007) из наведене одредбе обрисан је део који се односи на глува лица која не знају да читају и нема лица која не знају да пишу, те је овај услов ограничен само на слепа лица. Осим тога, ранији ст. 3 овог параграфа означен је бр. 4, а у ст. 3 наведени су изузеци од правила из ст. 1, тач. е) на начин како је то предвиђено у важећој одредби.

⁶⁰¹ § 1, ст. 4 аЗЈА.

јавнобележнички запис као обавезна форма предвиђен је и појединим одредбама аГЗ⁶⁰² и других закона⁶⁰³.

У аустријском Закону о нотаријату, поред јавнобележничког записа предвиђена је и јавнобележничка потврда (*notarielle Beurkundung*). Међутим, аустријска *notarielle Beurkundung* различита је од немачке *notarielle Beurkundung* која у тамошњем правном систему представља најстрожу врсту форме која је резервисана за правне послове и изјаве воље. У аустријском праву она није намењена правним пословима, односно уговорима, већ преваходно служи потврђивању чињеница или изјава сазнања, а не изјава воље. Немачка *notarielle Beurkundung* (у овом раду означавања као јавнобележнички запис) сличнија је аустријском *Notariatsakt*-у (у овом раду такође јавнобележнички запис), како према начину настанка, тако и према дејству. О значају разликовања ових двеју врста форме говори и чињеница да се у аустријском Закону о акционарским друштвима у неколико одредаба наводи јавнобележничка потврда (*notarielle Beurkundung*) као услов пуноважности одређеног правног посла или изјаве док се под тиме заправо подразумева форма јавнобележничког записа (*Notariatsakt*).⁶⁰⁴ Погрешно означавање последица је преузимања формулација из закона из 1937. године који је разматран са становишта немачког нЗПотИсп, а не аустријског аЗНот.⁶⁰⁵

2.2.1. Поступак састављања јавнобележничког записа

Према § 52 аЗНот, „нотар је дужан да по могућности приликом сачињавања јавнобележничког записа испита способност и овлашћење сваке стране за закључење посла, да поучи стране о његовом смислу и последицама и да се увери у њихову искрену и праву вољу, њихову изјаву потпуно јасно и одређено забележи у писаном облику и да након читања акта личним испитивањем страна провери да ли он одговара њиховој

⁶⁰² § 1278, ст. 2 аГЗ према којем се за уговор о куповини наследства захтева форма јавнобележничког акта или потврђивање путем судског записника.

⁶⁰³ § 97, ст. 1 Закона о браку – *Ehegesetz* од 6. јула 1938. године (*dRGBl. I S 807/1938*), последњи пут мењан законом објављеним у *BGBI. I Nr. 59/2017*. Овом одредбом за уговор којим се унапред уређује подела брачне штедње или брачног дома захтева се форма јавнобележничког записа. Готово идентична одредба са истим захтевом форме садржана је и у § 40 Закона о регистрованом партнерству - *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (BGBI. I Nr. 135/2009)* од 01.01.2010. године који је последњи пут мењан законом објављеним у *BGBI. I Nr. 86/2021*. Ова врста форме предвиђена је и у §§ 4, ст. 3, 52, ст. 4 и 76, ст. 2 Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу - *Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG* од 6. марта 1906. године (*RGBl. Nr. 58/1906*) који је последњи пут мењан законом објављеним у *BGBI. I Nr. 86/2021*.

⁶⁰⁴ S. Kalss, § 883, Rz. 20 и 25.

⁶⁰⁵ *Ibid*, § 883, Rz. 25.

вољи“. Док се у немачком закону којим се уређује јавнобележнички запис користи термин странка (*Beteiligte*), у аЗНот се употребљава термин страна (*Partei*). Ипак, овај термин из аустријског закона користи се у истом значењу као и термин странка (*Beteiligte*) у немачком, тј. њиме се означавају „сва лица која пред нотаром у своје или туђе име закључују правне послове или дају изјаве воље“. ⁶⁰⁶

Јавни бележник све радње у вези са састављањем јавнобележничког акта предузима лично, док његови сарадници могу обављати само припремне радње. Ипак, у доктрини се истиче да поступање сарадника преко граница њихових овлашћења води дисциплинској одговорности нотара, али нема за последицу неважност акта, односно губитак снаге јавне исправе. Ово због тога што ове последице наступају услед разлога који су наведени у § 66 и 68 аЗНот у којима се то не помиње. ⁶⁰⁷

2.2.1.1. Утврђивање идентитета, пословне способности и овлашћења за закључење правног посла

У складу са § 55 аЗНот, јавни бележник може да утврди идентитет странке на један од пет понуђених начина. Први је лично познанство са странком. За утврђење идентитета странке овим путем није довољно посредно и површно познанство, већ је неопходно да је нотар уверен у личност и име странке. Други могући начин утврђивања идентитета је увид у службену исправу странке са фотографијом. За то није од значаја да ли исправа служи само идентификацији лица (лична карта) или као доказ о томе да је лице које је у њој означено ималац одређеног овлашћења (возачка дозвола). Такође, ирелевантно је и да ли је истекло њено важење ако не постоји разлог за сумњу у њену аутентичност. У случају промене имена након издавања исправе којом се доказује идентитет потребно је и ту чињеницу доказати одговарајућом исправом. ⁶⁰⁸ Трећи начин на који јавни бележник може утврдити идентитет странке је саслушање два сведока идентитета (*Identitätszeugen*) које по имену познаје, односно чији је идентитет утврђен посредством исправе са фотографијом. Ова лица треба да буду поуздана и вредна поверења. Још једна могућност утврђивања идентитета укључује сведоке идентитета, с тим што се у овом случају то чини путем једног сведока идентитета и од стране странке

⁶⁰⁶ Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *NO online - Kommentar zur Notariatsordnung*, Stand 1.1.2007. rdb.at, § 52 NO, Rz. 6.

⁶⁰⁷ *Ibid*, § 52 NO, Rz. 1.

⁶⁰⁸ *Ibid*, § 55 NO, Rz. 3-5.

предате исправе које није службена исправа са фотографијом, али ствара претпоставку да је њен држалац управо лице које је у њој означено.⁶⁰⁹ Последњи, пети начин је утврђивање идентитета странке посредством другог позваног јавног бележника. То мора бити „позвани“ нотар који заједно са првим нотаром сачињава запис јер у супротном, уколико не иступа у својству јавног бележника имао би својство сведока идентитета као и свако друго лице што би последично захтевало учешће још једног сведока идентитета или увид у исправу странке која нема својство службене исправе са фотографијом.⁶¹⁰ Иако то није експлицитно предвиђено у § 55 аЗНот, у аустријској теорији заступљено је схватање да, у случају немогућности да утврди идентитет странке на неки од наведених начина, нотар треба да одбије предузимање радње.⁶¹¹ Уколико није постојала немогућност утврђивања идентитета, већ је нотар пропустио да испита идентитет странке коју не познаје лично, таква исправа неће имати снагу јавне исправе, у складу са § 66 аЗНот.⁶¹² Међутим, када је јавни бележник испитао идентитет странака на одговарајући начин, али је пропустио да то назначи у нотарском акту, такав акт не губи снагу јавне исправе.⁶¹³

Приликом састављања јавнобележничког записа јавни бележник је дужан да испита постојање способности и овлашћења страна за закључење правног посла. Према § 34, ст. 2 аЗНот, јавном бележнику је забрањено предузимање радње уколико зна или мора основано да претпостави да нису способна за закључење правног посла због малолетства или из неког другог разлога. Уколико је једна од страна малолетна, нотар је дужан да са тиме упозна све странке, да их поучи о последицама и да у јавнобележничком запису констатује да је једна од страна малолетна.⁶¹⁴ Када се ради о пунолетном лицу, јавни бележник испитује пословну способност странке само када посумња у њено постојање. У том случају није потребно да посебно истражује и захтева доказе, већ је довољно да у циљу отклањања сумње испита странку. Он није дужан да одбије предузимање радње када посумња у пословну способност странке, али може о томе унети напомену у исправу коју сачињава.⁶¹⁵

⁶⁰⁹ *Ibid*, § 55 NO, Rz. 6.

⁶¹⁰ *Ibid*, § 55 NO, Rz. 8.

⁶¹¹ *Ibid*, § 55 NO, Rz. 1.

⁶¹² Овом одредбом је предвиђено да јавнобележнички запис приликом чијег састављања се није водило рачуна о формалностима и мерама опреза из §§ 54-65 аЗНот нема снагу јавне исправе.

⁶¹³ § 68, ст. 2 аЗНот.

⁶¹⁴ К. Wagner, G. Knechtel, § 34 NO, Rz. 7.

⁶¹⁵ *Ibid*, § 34 NO, Rz. 7.

Осим пословне способности, јавни бележник је дужан да испита и овлашћење странке да предузме дати правни посао. У складу са § 36 аЗНот, уколико нотар посумња у овлашћење странке због недостатка потребног пуномоћја или из другог разлога, нотар је дужан да изрази своју сумњу, а ако странка и поред тога инсистира да се јавнобележничка исправа сачини дужан је да то, у виду напомене, констатује у исправи. Попут § 35, и § 36 аЗНот се односи не само на јавнобележничке записе, већ и на друге јавнобележничке исправе. Међутим, када је реч о о овлашћењу за заступање стране приликом закључења правног посла у форми јавнобележничког записа, поред § 36 аЗНот, релевантни су и §§ 69 и 69а аЗНот. Овим параграфима регулишу се услови који морају бити испуњени када се правни посао закључује у форми јавнобележничког записа путем пуномоћника. У § 69, ст. 1 је предвиђено да је за сачињавање јавнобележничког записа посредством пуномоћника потребно да пуномоћ буде дата у форми јавне исправе или приватне исправе са овереним потписом властодавца.⁶¹⁶ По правилу, оригинал или оверен препис пуномоћја треба да буде предочен нотару пре сачињавања јавнобележничког записа, али према § 69а, он може бити сачињен и када пуномоћје није предато у потребној форми, с тим што он стиче снагу јавне исправе тек када пуномоћје буде поднето нотару. То мора бити учињено у року од 30 дана од састављања акта. Странке, ипак, могу уговорити дужи рок, али не дужи до шест месеци о чему јавни бележник ставља напомену у акту. Тек након достављања пуномоћја сачињеног у захтеваној форми јавни бележник може да издаје копије или оверене преписе оригинала јавнобележничког записа. Он је дужан да приликом састављања јавнобележничког записа упозори странке на недостатак одговарајућег пуномоћја, поучи их о правним последицама тог недостатка, као и да то изричито наведе у јавнобележничком запису.⁶¹⁷ Уговор у форми јавнобележничког записа може бити закључен и на основу пуномоћја које је садржано у неком раније сачињеном јавнобележничком запису. Ако је тај запис саставио нотар пред којим се закључује и нови уговор, он може новом запису приложити извод из раније сачињеног јавнобележничког записа у којем је садржано пуномоћје или оверени препис пуномоћја које је било приложено том запису.⁶¹⁸ Уколико је ранији јавнобележнички запис саставио други нотар у којем је садржана или му је приложена пуномоћ, странка може да захтева да се сачини извод из јавнобележничког записа који

⁶¹⁶ О форми пуномоћја у домаћем и упоредном праву биће више речи у наставку рада.

⁶¹⁷ § 69а аЗНот.

⁶¹⁸ К. Wagner, G. Knechtel, § 69 NO, Rz. 11.

се односи на пуномоћје и да је преда нотару који саставља нови јавнобележнички запис као изворник.⁶¹⁹

2.2.1.2. Обавеза испитивања и поучавања

Јавни бележник је дужан да странке упозна са правним последицама уговора који закључују. Под странкама се и у овом случају подразумевају лица која пред њиме изјављују вољу у своје или у туђе име, а не она која посредно учествују у закључењу правног посла у форми јавнобележничког записа.⁶²⁰ Нотар је дужан да испита вољу странака и циљеве које настоје да постигну правним послом који закључују. Уколико се ради о забрањеном правном послу или уколико основано посумња да стране овај посао закључују само ради привида, изигравања закона или у циљу противправног оштећења трећег лица, у складу са §34, ст. 1 аЗНот, нотар је дужан да одбије предузимање службене радње. У случају да се не ради о забрањеном уговору, те да нема недопуштених циљева уговорних страна, јавни бележник поучава странке о обиму и правним последицама уговора. Том приликом, обим поучавања зависи од степена знања, интелигенције и образовања странака, као и тога да ли су заступане или саветоване од стране стручних лица.⁶²¹ Испитивањем воље странака и њиховим поучавањем јавни бележник се стара да уговор буде закључен без мана воље.

Вагнер и *Кнехтел* наводе да се стране могу одрећи поучавања због тога што су оне саме квалификоване или већ саветоване од стране стручног лица, или када оне поднесу јавном бележнику потпун и правно неспоран нацрт правног посла, те када су им јасни значај и последице правног посла који закључују. Према овим ауторима, обавеза поучавања не постоји ни када је јасно да то не би имало било какву сврху због неотклоњиве пристрасности и тврдоглавости или потпуне неразумности странака.⁶²² Ипак они истичу да је потребно странке макар минимално поучити, чак и када се оне томе противе јер не желе да угрозе правни посао, као и да заступање страна од стране адвоката приликом закључења правног посла не искључује аутоматски обавезу поучавања, мада може утицати на њен обим.⁶²³ Јавни бележник дужан је да вољу

⁶¹⁹ *Ibid.* Rz. 10.

⁶²⁰ *Ibid.*, § 52 NO, Rz. 6.

⁶²¹ *Ibid.*, § 52 NO, Rz. 7.

⁶²² *Ibid.*, § 52 NO, Rz. 10. Неслагање са схватањем *Вагнера* и *Кнехтела* према којем дужност поучавања не постоји када би оно било бесмислено због неотклоњиве пристрасности, тврдоглавости и неразумности странака изразили смо у делу о функцијама форме.

⁶²³ *Ibid.*

уговорних страна пренесе у запис јасно и потпуно. Он није везан нацртом уговора који му доставе уговорне стране, већ треба да испита да ли он одговара вољи уговорних страна и да ли је на одговарајући начин формулисан да произведе жељене правне последице.⁶²⁴ Због тога се каже да он није само сведок давања изјаве воље, већ и “коаутор“ садржине изјаве воље у исправи.⁶²⁵ Дужности поучавања странака тиче се и § 53 аЗНот, с тим што се ова норма односи на једно конкретно питање, на случај када странке у јавнобележнички запис желе да уврсте и одредбе које су нејасне, двосмислене, које би лако могле довести до спора између странака, одредбе које не би имале правно дејство или када постоји разлог за страх да одредба има за циљ превару једне стране. Тада је јавни бележник дужан да странкама укаже на своје сумње, као и да их на одговарајући начин поучи о евентуалним последицама. Уколико странке и поред тога инсистирају да се дата одредба унесе у уговор, нотар је дужан да сачини запис, али да у њега јасно унесе своје запажање.⁶²⁶

2.2.1.3. Читање јавнобележничког записа

Након састављања записа нотар је дужан да га прочита странкама пре давања сагласности и потписивања исправе. Странке се не могу одрећи читања текста исправе.⁶²⁷ Јавни бележник мора да присуствује читању исправе, мада не мора он лично да је чита, већ то може поверити неком од сарадника. У литаретури се наводи да ће се сматрати да је услов присуства нотара испуњен и ако се он налази у суседној просторији са отвореним вратима уколико се тиме не угрожава његово звучно и визуелно опажање и уколико су странке упознате са тиме да је он нотар, а не лице које чита текст исправе.⁶²⁸ Попут немачке, и у аустријској теорији истиче се да за испуњење ове обавезе није довољно читање са монитора, већ је потребно да текст исправе буде одштампан на папиру.⁶²⁹ Такође, читање текста исправе треба да пружи прилику странкама да поставе додатна питања што захтева непосредност, те се искључује могућност и замене читања пуштањем тонског записа текста исправе.⁶³⁰ Јавнобележнички запис се странкама чита у целисти, укључујући делове у којима се наводе странке, нотар, датум, сл. Уколико јавнобележнички запис као саставни део садржи и нацрте, планове, карте, они се, као и

⁶²⁴ *Ibid*, § 52 NO, Rz. 14.

⁶²⁵ *Ibid*, са даљим упућивањем.

⁶²⁶ § 53 аЗНот.

⁶²⁷ К. Wagner, G. Knechtel, § 53 Rz. 16

⁶²⁸ *Ibid*, § 68 NO, Rz. 10.

⁶²⁹ *Ibid*, § 52 NO, Rz. 16.

⁶³⁰ *Ibid*.

у немачком праву, уместо читања дају странкама на увид.⁶³¹ Документи који представљају прилоге јавнобележничком запису се не читају, осим ако се ради о приватним исправама које се солемнизују.⁶³² У складу са § 68, ст. 1, тач. *f*, у запису мора да се констатује да је прочитан странкама, односно да се укаже на формалности којима је, у складу са одредбама аЗНот замењено читање. Без ове напомене запис неће имати снагу јавне исправе, чак и ако је исправа на одговарајући начин прочитана странкама.

2.2.1.4. Сагласност и потписи странака

За пуноважан настанак јавнобележничког записа потребно је да се странке сагласе са његовом садржином. Њихова сагласност не мора да буде изражена речима, већ је довољно и понашање које указује на то да је странка сагласна са прочитаним текстом исправе попут, нпр. климања главом или беспоговорног потписивања исправе.⁶³³ Као и за читање исправе, истом одредбом аЗНот предвиђено је и да јавнобележнички запис неће имати снагу јавне исправе ако у њему нотар не констатује да су се странке сагласиле са садржином акта. У аЗНот није одређено шта се сматра потписом. Према аустријским ауторима, навођење презимена је довољно, осим када су обе странке истог презимена, када је потребно навести и име ради лакшег разликовања. Само име без презимена није довољно, осим ако се нпр. ради о црквеним великодостојницима. Такође, могуће је и додати и девојачко презиме или уметничко име. Параф или иницијали нису довољни да би се сматрала потписом као обавезним елементом јавнобележничког записа. Рукопис странке не мора бити читак, али је потребно да се види да је име наведено у потпуности.⁶³⁴ Када се уговор у форми јавнобележничког записа закључује посредством заступника, заступник потписује исправу својим именом, а не именом заступаног лица.⁶³⁵

2.2.2. Јавнобележнички запис као јавна исправа

Према §2 аЗНот јавнобележничке исправе (јавнобележнички запис, јавнобележнички записник и јавнобележничка потврда), као и њихови преписи који су сачињени у складу са законом представљају јавне исправе под условом да су састављени у складу са прописаним битним формалностима. Тако су у §68 наведени елементи које сваки јавнобележнички запис мора да садржи под претњом губитка снаге јавне исправе.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ *Ibid*, Rz. 17.

⁶³⁴ *Ibid*, Rz. 13.

⁶³⁵ *Ibid*, Rz. 14.

Ту спадају место, дан, месец и година предузимања радње, име, презиме и седиште нотара, име и презиме странака, као и сведока, особа од поверења и тумача уколико учествују у настанку јавнобележничког записа, садржину правног посла и упућивање на пуномоћја и друге прилоге уколико нису спојени са записом, напомене да је запис прочитан странкама и да су се оне са њиме сагласиле, потпис странака, као и сведока, особа од поверења и тумача који су били укључени у поступак састављања јавнобележничког записа, потпис и печат јавног бележника. У другом ставу овог параграфа предвиђено је да нотар у запису треба да наведе и адресу странака, сведока идентитета и акта, особа од поверења и тумача, као и то да ли познаје ова лица и на који начин је утврдио њихов идентитет. Међутим, изостанак ових елемената, за разлику од оних из првог става не одузима запису својство јавне исправе.

Осим тога, јавнобележнички запис нема својство јавне исправе ни у случају непоступања у складу са §§ 54-65 аЗНот којима се уређује начин утврђивања идентитета учесника поступка, учешће сведока и тумача.⁶³⁶ На крају, поступање супротно §§32 и 33 аЗНот такође има за последицу изостанак својства јавне исправе. У § 32 предвиђена је забрана вршења овлашћења, односно састављања јавнобележничких исправа пре полагања заклетве, пре преузимања новог места или након престанка службе јавног бележника, у вези са §19 аЗНот. Следећим параграфом регулишу се разлози искључења нотара, односно забрањује се нотару састављање исправа у стварима у којима је учесник он, његов супружник или лице са којим је у правој линији у крвном сродству, тазбинском или по усвојењу, као и лица са којима је у побочном крвном сродству до четвртог степена, односно у тазбинском сродству до другог степена.⁶³⁷ Исто важи и у случају када се исправа саставља о располагању које се врши у корист јавног бележника или претходно наведених њему блиских лица. Забрана састављања исправа у наведеним случајевима важи и у случају престанка блиског односа јавног бележника са наведеним лицима.⁶³⁸

2.3. Солемизација приватне исправе (*Solemnisierung*)

У аустријском праву поред састављања јавнобележничког записа, предвиђена је могућност и солемизације (*Solemnisierung*) приватне исправе. Поступком солемизације приватна исправа постаје јавна исправа. У § 54 аЗНот којим је ово питање

⁶³⁶ § 66 аЗНот.

⁶³⁷ § 33, ст. 1 аЗНот.

⁶³⁸ § 33, ст. 3 аЗНот.

регулисано стоји да лица која су саставила приватну исправу, нека од тих лица или дужник из те исправе могу тражити да се она нотарски потврди о чему се том приликом сачињава јавнобележнички запис.⁶³⁹ Овај јавнобележнички запис у теорији се назива *Mantelakt*. Да би приватна исправа била солемнизована, односно да би стекла својство јавне исправе потребно је да странке поднесу исправу нотару, а потом да он испита да ли је она у складу са §§ 34, 36, 52 и 53 аЗНот о којима је дужан да води рачуна и када он сачињава јавнобележнички запис. Када утврди да не постоји препрека за солемнизацију, акт потписују он и сведоци под условом да су они учествовали у поступку у складу са § 56 аЗНот у којем су наведене ситуације у којима је неопходно њихово учешће.⁶⁴⁰ Исправа која се потврђује се потом причвршћује за јавнобележнички запис и чува заједно са њим.⁶⁴¹ Међутим, она се не сматра прилогом јавнобележничком запису, већ његовим саставним делом.⁶⁴² Будући да представља његов саставни део бележничкова дужност читања садржине записа обухвата и садржину приватне исправе. У складу са претходно наведеним одредбама, нотар је дужан и да испита да ли странке из приватне исправе имају потребну пословну способност, односно овлашћење, као и да ли је правни посао из исправе која се солемнизује забрањен или усмерен на изигравање закона или у циљу противправног оштећења трећег лица. Дужност поучавања странака која је карактеристична за форму јавнобележничког записа постоји и у случају солемнизације приватне исправе, те је нотар дужан да упозна странке са смислом и последицама правног посла чија садржина је изражена у приватној исправу.

Солемнизација приватне исправе могућа је само у случају када је у њој садржана изјава воље или правни посао. С обзиром на то да се о њој сачињава јавнобележнички запис којим се она потврђује (*Mantelakt*) њена садржина мора да буде пододобна за сачињавање ове врсте јавнобележничке исправе.⁶⁴³ У теорији и судској пракси се поставило питање да ли је солемнизација допуштена и код оних правних послова за које се захтева форма јавнобележничког записа према правилима аЗЈА. Док је судска пракса на ово питање потврдно одговорила, у теорији се могу срести различита схватања. Тако

⁶³⁹ § 54, ст. 1 аЗНот.

⁶⁴⁰ § 54, ст. 2 аЗНот. Према § 56 аЗНот, потребно је да два сведока (сведоци акта, *Aktszeugen*) присуствују сачињавању јавнобележничког акта о уговору о наслеђивању или другом тестаментарном налогу (*letztwillige Anordnung*), ако је једна страна неписмена, не говори језик на којем је састављен запис или је слепа, глува или нема. Осим тога, странке могу позвати сведоке да присуствују састављању јавнобележничког записа и у другим случајевима. Присуство два сведока може бити замењено присуством позваног другог јавног бележника.

⁶⁴¹ § 54, ст. 3 аЗНот.

⁶⁴² К. Wagner, G. Knechtel, § 68 NO, Rz. 7.

⁶⁴³ *Ibid*, § 54 NO, Rz. 6.

се у једној пресуди из 1968. године Врховни суд изричито изјаснио да солемнизација приватне исправе замењује састављање јавнобележничког записа, као и да се уговори за које је у аЗЈА предвиђена ова форма могу пуноважно закључити и солемнизацијом приватне исправе одбацујући став *Vajsa* који се поводом овом питања изјаснио супротно.⁶⁴⁴ При истом ставу суд је остао и у каснијим одлукама.⁶⁴⁵

Vajsovo схватање од којег је у наведеној пресуди одступио суд, гласи: „Будући да је приватна исправа о закључењу брачног уговора неважећа, она нема значај. Јавнобележничка потврда такве неважеће приватне исправе је искључена и нотар не сме да предузме службену радњу ове врсте јер се ради о правном послу који је закључен ради изигравања аЗЈА“.⁶⁴⁶ Ипак, за разлику од њега, већина аутора не искључује априори могућност замене јавнобележничког записа и у случају када је за одређени правни посао предвиђена обавезна форма јавнобележничког записа, али је и не прихвата безрезервно како је то учинио Врховни суд у наведеним пресудама. Према *Kostneru*, она зависи од циља који је законодавац тежио да оствари наметањем обавезне јавнобележничке форме за одређени правни посао.⁶⁴⁷ Према *Wagneru* и *Knechtelu*, немогућност учествовања нотара у облику поучавања и потпуно јасног и одређеног бележења онога што странке желе отвара простор за сумњу у могућност солемнизације већ постојећих, потписаних приватних исправа о правним пословима за које је форма регулисана правилима аЗЈА.⁶⁴⁸ Сама чињеница да је за правни посао о којем су стране сачиниле приватну исправу обавезна форма нотарског записа не представља разлог за одбијање предузимања службене радње. Али, како истичу ови аутори, уколико би нотар морао да сачини јавнобележнички запис којим се потврђује приватна исправа (*Mantelakt*) чак и ако има сумње у вези са садржином исправе и овлашћењима странака за предузимање датог правног посла функција поучавања из §54 аЗНот би била бесмислена.⁶⁴⁹ На нотару је да одлучи на који начин ће потврдити правни посао за који се захтева форма јавнобележничког записа. Он треба да примени начело „најсигурнијег пута“ и избегава састављање записа којим се приватна исправа солемнизација (*Mantelakt*), а посебно у случају правних послова које закључују лица са инвалидитетом за које је обавезна форма

⁶⁴⁴ Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5 Ob 346/68 од 05.03.1969.

⁶⁴⁵ Пресуде Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5 Ob 1528/85 од 06.09.1985; 6Ob167/17b од 28.02.2018 и 2 Ob 13/18b од 30.10.2018.

⁶⁴⁶ Egon Weiß, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Fünfter Band, Wien 1954, § 1217, 698.

⁶⁴⁷ Alfred Kostner, *Notariatsordnung*, 197 и даље. Наведено према: K. Wagner, G. Knechtel, § 54, Rz. 1.

⁶⁴⁸ K. Wagner, G. Knechtel, § 1 NotAktG, Rz. 4.

⁶⁴⁹ *Ibid*, § 54 NO, Rz. 11.

јавнобележничког записа предвиђена § 1, ст. 1, тач. е) аЗЈА.⁶⁵⁰ „Јавнобележничка исправа из §54 није у свим појединостима изједначена са §52. Искључиво је на нотару да процени да ли ће у конкретном случају да се одлучи за потврђивање приватне исправе или за сачињавање јавнобележничког записа из §52.“⁶⁵¹

2.4. Овера потписа (*öffentliche Beglaubigung*, јавна овера)

Овера потписа (*öffentliche Beglaubigung*) или тзв. легализација (*Legalisierung*) је службена радња којом јавни бележник потврђује да оверени потпис потиче од одређеног лица.⁶⁵² Као и у немачком праву, код ове врсте форме учешће јавног бележника усмерено је само на потписе на исправи, те је и својство јавне исправе ограничено само на клаузулу којом се врши легализација, односно оверава потпис. Такође, са становишта теме овог рада, легализација није од једнаког значаја за закључивање облигационих уговора у аустријском праву. По правилу, уколико према схватању законодавца постоји потреба за условљавањем настанка уговора одређеном формом и то оном која пружа додатни степен сигурности у односу на обичну писану форму, за такве уговоре захтева се форма јавнобележничког записа. И поред тога, у наставку рада ће, као и у делу о немачком праву, бити укратко изложена и ова врста форме у циљу њеног упоређивања са легализацијом у српском праву.

2.4.1. Поступак оверавања

Оверавање потписа од стране нотара регулисано је §79 аЗНот.⁶⁵³ У ст. 1 овог параграфа предвиђени су услови под којима нотар може потврдити аутентичност својеручног потписа (одговарајућих елемената идентификације правног лица) или рукознака на исправи сачињеној на папиру, а у зависности од техничких и личних могућности, и електронског потписа на електронски састављеној исправи. Он то може учинити када странка докаже свој идентитет, а према околностима, и датум рођења путем једног од средстава наведених у §55 аЗНот. Такође, у случају коришћења електронског потписа, потребно је да странка докаже да је електронски потпис додељен њој. Трећи услов је да потпис или рукознак, односно електронски потпис стави пред

⁶⁵⁰ K. Wagner, G. Knechtel, § 54 NO, Rz. 1.

⁶⁵¹ *Ibid*, § 54 NO, Rz. 11.

⁶⁵² *Ibid*, § 79 NO, Rz. 1.

⁶⁵³ Оверавање потписа од стране суда регулисано је §188 аустријског Закона о ванпарничном поступку (*Außerstreitgesetz – AußStG*) од 12. децембра 2003. године (*BGBI. I* Nr. 111/2003) последњи пут мењан законом од 22. маја 2019. године (*BGBI. I* Nr. 38/2019).

нотаром или изричито призна да дати потпис, рукознак или електронски потпис потиче од ње.

С обзиром на то да овером потписа нотар потврђује да је исправу потписало лице које је у њој означено он мора бити сасвим уверен у идентитет потписника. Због тога се захтева утврђивање идентитета на један од пет начина из §55 аЗНот који су изложени у делу о састављању јавнобележничког записа.

Када је реч о овери потписа, у аустријској теорији истиче се да је потребно да се ради о својеручном потпису. Ако постоје тешкоће да се лице потпише, допуштено је придржавање руке потписника од стране другог лица све док се не ради о навођењу руке, нити ограничењу или онемогућавању кретања руке.⁶⁵⁴ У таквом случају, како би избегао сумње, јавни бележник може тражити да странка стави рукознак. Такође, уколико лице не може да се потпише јер нпр. нема шаке могуће је и потписивање помоћу уста или ногом.⁶⁵⁵

Потпис мора да се састоји од слова која не морају бити читка, али је потребно да се из потписа може идентификовати потписник и препознати његова намера да наведе своје име.⁶⁵⁶ Обичне, таласасте линије не сматрају се потписом, чак ни уколико их странка изричито означи као свој потпис. Међутим, ако је странка способна да стави само такве црте и линије оне се оверавају као рукознак.⁶⁵⁷ Стављање рукознака и његово оверавање допуштено је само у случају када лице није у стању да се потпише без обзира на разлог (неписменост, телесни недостатак, слабост...)⁶⁵⁸ У закону се не помиње средство којим странка мора да стави потпис да би био подобан за оверу. Према *Вагнеру* и *Кнехтелу*, графитна и хемијска оловка представљају подобно средство, док употребу фломастера не би требало допустити због недостатка трајности и сигурности од фалсификовања.⁶⁵⁹

⁶⁵⁴ K. Wagner, G. Knechtel, §79 NO, Rz. 2.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ *Ibid.* Kalss, § 886, Rz. 6; Dullinger, § 886, Rz. 2.

⁶⁵⁷ K. Wagner, G. Knechtel, §79 NO, Rz. 2.

⁶⁵⁸ Вид. Одлука Врховног суда бр. 6337 из 1877. године, објављена у *Entscheidungen des K.K. Obersten Gerichtshofes in Civilsachen*, Беч 1880, стр. 3. У овој одлуци наводи се да се могућност замене потписа рукознаком која је предвиђена у закону ограничава само на случајеве када је лице које саставља исправу потпуно неписмено.

⁶⁵⁹ K. Wagner, G. Knechtel, §79 NO, Rz. 6.

Код оверавања електронског потписа странка доказује да јој је овај потпис додељен помоћу одговарајућег сертификата.⁶⁶⁰ То је електронско уверење којим се једном лицу додељују подаци о провери потписа и којим се потврђује његов идентитет.⁶⁶¹

Јавни бележник може потврдити аутентичност потписа странке како у случају када она пред њим својеручно потпише исправу, тако и онда када потпис који се већ налази на исправи призна као свој својеручни потпис.⁶⁶²

2.4.2. Клаузула о оверавању потписа

Оверавање потписа врши се стављањем клаузуле (*Legalisierungsklausel*) која мора да садржи: пословни број регистра потврда, име и презиме странке, према околностима и њен датум рођења и потврду аутентичности потписа (одговарајућих елемената идентификације правног лица) или рукознака. Адреса странке означава се према њеним наводима. Клаузула о овери ручно се причвршћује уз исправу сачињену на папиру, односно прилаже се тексту исправе сачињене у електронском облику.⁶⁶³ Клаузула о овери потписа не мора да се налази непосредно испод потписа странке. Она може да се налази и на посебном папиру који се причвршћује уз исправу.⁶⁶⁴ У клаузули име треба да буде написано онако како је наведено у исправи која је приложена ради утврђивања идентитета уз примену правила о транслитерацији када је поднета исправа исписана словима која нису латинична.⁶⁶⁵

За разлику од немачког права, у аустријском нотар није дужан да у клаузули наведе на који начин је утврдио идентитет странке чији потпис оверава. Уколико је странка пре овере потписа у исправи нешто мењала, допуњавала или прецртавала нотар то може констатовати у садржини клаузуле о овери, али би клаузула требало да буде што сажетија.⁶⁶⁶ У одредби којом се регулише садржина клаузуле о овери не тражи се експлицитно да се у њој наведу и место и време овере, али то произлази из §44 аЗНот који се односи на све јавнобележничке исправе. У ст. 2 овог параграфа предвиђено је да датум, друге временске одреднице, обрачунски резултати, износи које једна странка

⁶⁶⁰ §79, 3 аЗНот.

⁶⁶¹ § 2, тач. 8 Закона о електронским потписима (*Signaturgesetz – SigG*) од 19. августа 1999. године (*BGBI. I Nr. 190/1999*) последњи пут мењан законом од 8. јула 2016. године (*BGBI I 50/2016*).

⁶⁶² §79, 8 аЗНот.

⁶⁶³ §79, ст. 5 аЗНот.

⁶⁶⁴ К. Wagner, G. Knechtel, §79 NO, Rz. 19.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ *Ibid.*, §79 NO, Rz. 20.

може да захтева од друге морају бити исписани словима. Ова одредба се у доктрини тумачи тако да из ње произлази да се навођење датума у исправи подразумева.⁶⁶⁷

2.4.3. Овера бланко потписа

Овера бланко потписа у аустријском праву није изричито забрањена. Међутим, у литератури се истиче да у случају када исправа на којој се налазе потписи који се оверавају не садржи текст или када је текст непотпун не сме постојати бојазан од злоупотребе. Ако нотар посумња да се садржина исправе намерно прикрива треба да одбије предузимање радње.⁶⁶⁸ Процени ли јавни бележник да нема разлога за то да одбије оверавање потписа он треба да наведе у клаузули да у време овере текст на који се односи потпис није био уопште доступан или да је био непотпун.⁶⁶⁹

2.4.4. Контрола садржине исправе и дужност поучавања

Како код овере потписа својство јавне исправе не добија исправа у целости, већ само клаузула којом се оверава потпис, јавни бележник не одговара за њену садржину. Он није дужан да контролише садржину исправе, да испитује способност уговарања, праву вољу уговорних страна, нити да их поучава о правном домашају уговора који закључују у овој форми.⁶⁷⁰

У §79, ст. 6 аЗНот је и изричито прописано да јавни бележник не одговара за садржину исправе или овлашћење (*Berechtigung*) странке. Следећом реченицом овог става експлицитно се искључује примена § 34 аЗНот на ову врсту форме. Мада је овај параграф већ анализиран у делу о јавнобележничком запису подсетићемо да се у њему наводе случајеви у којима је нотар дужан да одбије предузимање службене радње. Према ст. 1, он је дужан то да учини када се ради о забрањеном послу или послу у погледу којег постоји основана сумња да га странке закључују само ради стварања привида, изигравања закона или у циљу противправног оштећења трећег лица. Другим ставом истог параграфа јавном бележнику се забрањује да предузме службену радњу са лицима за која зна или мора основано да претпостави да, због малолетства или из неког другог разлога, нису способна да закључе дати правни посао.

⁶⁶⁷ К. Wagner, G. Knechtel, §79 NO, Rz. 26 и §44 NO, Rz. 7.

⁶⁶⁸ *Ibid*, §79 NO, Rz. 9.

⁶⁶⁹ *Ibid*, §79 NO, Rz. 32.

⁶⁷⁰ *Ibid*, §79 NO, Rz. 33.

Ипак, не може се рећи да нотар не врши било какву контролу исправе која му се подноси ради овере потписа. У првој реченици §79, ст. 6 аЗНот предвиђено је да он мора да изврши увид у садржину исправе тек толико колико је неопходно ради састављања клаузуле о овери и уписа у Регистар овера (*Beurkundungsregister*). Такође, искључивање примене § 34 аЗНот не значи да нотар не треба да одбије да овери потпис онда када је и из такве, ограничене контроле садржине исправе сасвим јасно да се ради о забрањеном правном послу.⁶⁷¹ У уредби савезног министра којом се уређује вршење послова оверавања од стране аустријских дипломатско-конзуларних представништава у иностранству прописано је и да је службеник који оверава потписе дужан да одбије предузимање радње када је очигледно да се ради о привидном послу, послу чији је циљ изигравање закона или противправно оштећење трећих лица.⁶⁷² Вагнер и Кнехтел говоре само о одбијању предузимања радње овере потписа од стране нотара када је уговор забрањен, а о могућности одбијања у осталим случајевима из § 34, ст. 1 се не изјашњавају, већ само наводе изложено решење из Уредбе која се односи на дипломатско-конзуларна представништва. Чини се да и без тако јасне одредбе није спорно да нотар одбије да овери потписе и ако је *очигледно* да је правни посао привидан или усмерен на изигравање закона или противправно оштећење трећег лица. Истина је да се у §79, ст. 6 аЗНот искључује примена § 34 аЗНот, али овим параграфом се нотар овлашћује да одбије да предузме службену радњу када *сумња* у неку од ових околности. Дакле, сумња не би била оправдан разлог за одбијање оверавања потписа, али уколико је и без детаљније анализе садржине уговора нотару јасно да се ради о неком од случајева из § 34, ст. 1 аЗНот свесно занемаривање те чињенице и оверавање потписа било би несврнисходно.

Када је реч о ситуацији из § 34, ст. 2 аЗНот, према Вагнеру и Кнехтелу нотар може одбити да изврши легализацију само када је уверен да је странка пословно неспособна. Само због малолетства странке пак не може одбити предузимање ове радње.⁶⁷³ Приликом овере, јавни бележник мора да испита и да ли постоји неки од разлога за његово искључење из § 33 аЗНот. Примена овог параграфа није искључена у § 79 аЗНот, те је нотар дужан и да одбије да овери потпис на исправи у којој је садржан правни посао у којем је учесник он, његов супружник или лице са којим је у правој линији у крвном

⁶⁷¹ К. Wagner, G. Knechtel, §79 NO, Rz. 33.

⁶⁷² §5 аустријске Уредбе савезног министра спољних послова од 16. марта 1984. о вршењу послова оверавања од стране аустријских представништава у иностранству објављена 5. априла 1984. године (*BGBI.* 140/84).

⁶⁷³ К. Wagner, G. Knechtel, §79 NO, Rz. 33.

сродству, тазбинском или по усвојењу, као и лица са којима је у побочном крвном сродству до четвртог степена, односно у тазбинском сродству до другог степена. Дакле, није нужно да се разлог за искључење односи на лице чији се потпис оверава, већ то може бити и друго лице на које се односи садржина поднете исправе.⁶⁷⁴

Из изложених примера, може се закључити да констатација да јавни бележник у аустријском праву не контролише садржину исправе не би била сасвим тачна, већ да јавни бележник и у овом правном систему врши, како је *Д. Ђурђевић* назива, ограничену контролу поднете исправе.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ *Д. Ђурђевић, Јавнобележничка делатност, 183-192.*

VI ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

А. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИ ЗАПИС

1. Јавнобележнички запис у Закону о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије (ЗЈБКЈ)

По угледу на аустријски аЗНот и тамошњи назив *Notariatsakt* за ову врсту исправе, она је и у ЗЈБКЈ називана јавнобележничким актом. Ипак, за њу ће се у овом раду, у циљу доследности у означавању ове врсте форме такође користити назив „јавнобележнички запис“. Листа правних послова за које је захтевана форма јавнобележничког записа била је готово идентична оној из првобитне верзије § 1 аЗЈА. Тако је према § 52 ЗЈБКЈ, ова форма била услов за пуноважност брачних имовинских уговора, уговора о продаји, размени, ренти и зајму закључених између супружника, признање дуга једног супружника другом, потврде о пријему мираза, уговоре о поклону без праве предаје, свих исправа о правним пословима међу живима које лично предузимају слепи, глуви који не знају да читају или неми који не знају да пишу, као и уговора о одрицању права на наследство и куповини наследства уколико изјаве воља нису унете у судски записник.⁶⁷⁶

1.1. Поступак састављања јавнобележничког записа

Поступак састављања јавнобележничког записа о правним пословима био је регулисан §§ 52-83 ЗЈБКЈ. И ове одредбе ЗЈБКЈ биле су врло сличне одредбама из аустријског аЗНот које су анализирани у претходном делу рада.⁶⁷⁷

1.1.1. Утврђивање идентитета, пословне способности и овлашћења за закључење правног посла

За разлику од аустријског узора, у ЗЈБКЈ није било предвиђено пет, већ четири могућа начина утврђивања идентитета учесника поступка састављања исправе. Према овом закону, нотар није могао да утврди идентитет само на основу исправе. Он је то могао учинити на основу личног познанства учесника, другог јавног бележника, путем два сведока идентитета или једног сведока идентитета и исправе издате од стране јавне

⁶⁷⁶ § 52 ЗЈБКЈ.

⁶⁷⁷ Вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

власти која садржи фотографију и потпис учесника чији се идентитет потврђује.⁶⁷⁸ Сведоци идентитета морали су имати најмање двадесет година, бити лично и по имену познати јавном бележнику и веродостојни. Изричито је било предвиђено да то могу бити и жене, као и лица која су блиска јавном бележнику, учеснику или лицу које на основу јавнобележничког записа стиче какву корист.⁶⁷⁹

У ЗЈБКЈ, као и у аЗНот поред сведока идентитета, помињу се и сведоци акта чије учешће захтевано у случају да јавнобележнички запис садржи наследни уговор или друго располагање за случај смрти, да један од учесника не зна језик који је у службеној употреби, да је слеп, глув, нем, глувонем, или да је неписмен. И тада је два сведока могао да замени други јавни бележник. За сведоке акта били су постављени строжи услови утолико што је поред услова за сведоке идентитета било потребно и да знају службени језик, уколико нису познати јавном бележнику да се њихов идентитет утврди на начин на који се утврђује идентитет странака, као и да макар један од њих зна да чита и пише.⁶⁸⁰ У поступку састављања јавнобележничког записа у својству сведока акта нису могла да учествују ни лица која због душевних или телесних недостатака нису способна да сведоче на одговарајући начин, лица која раде код јавног бележника, лица која имају корист од правног посла који се закључује и она која су у блиском односу са учесником, лицем које остварује корист од правног посла или са јавним бележником.⁶⁸¹ Јавни бележник је био дужан да приликом сачињавања јавнобележничког записа испита способност и овлашћење странака за предузимање предметног правног посла.⁶⁸² Као и у аустријском праву, уколико би знао или морао знати да лице није способно да предузме правни посао због малолетства или из неког другог разлога, није смео да предузме службену радњу.⁶⁸³

1.1.2. Обавеза испитивања и поучавања

Поред испитивања способности и овлашћења за предузимање правног посла, у § 56 ЗЈБКЈ прописана је и дужност нотара да упозна странке са смислом и правним последицама правног посла и увери се у постојање и озбиљност њихове воље. На основу

⁶⁷⁸ § 59 ЗЈБКЈ.

⁶⁷⁹ § 60, ст. 2 у вези са § 63, ст. 1, тач. 4 ЗЈБКЈ.

⁶⁸⁰ § 62 ЗЈБКЈ.

⁶⁸¹ § 63, ст. 1 ЗЈБКЈ. Овај круг лица одређиван је у складу са § 32 ЗЈБКЈ у којем су били предвиђени разлози за искључење јавног бележника.

⁶⁸² § 56 ЗЈБКЈ.

⁶⁸³ § 35, ст. 2 ЗЈБКЈ.

воље и изјава странака био је дужан да потпуно јасно и одређено сачини писмено, а потом га прочита странкама и увери се да садржај одговара њиховој вољи.⁶⁸⁴ Ако би странке желеле да се у запис унесу нејасне, неразговорне или двосмислене изјаве, обавеза јавног бележника је била да их на то упозори и сходно томе поучи. У случају да странке остану при датим изјавама, нотар би их унео у јавнобележнички запис, али и изричито напоменуо да су странке на нејасност, неразговорност и недвосмисленост изјава, као и на евентуалне последице таквих изјава прописно упозорене.⁶⁸⁵ Исто је важило и у случају када је правни посао који странке желе да закључе забрањен или ако постоји основана сумња да се закључује привидно или у циљу обилажења закона или противправног оштећења трећег лица.⁶⁸⁶

1.2. Садржина јавнобележничког записа

Садржина јавнобележничког записа у ЗЈБКЈ била је предвиђена у § 72. Према ст. 1, тач. 1 овог параграфа, јавнобележнички запис је морао да садржи породично и рођено име, седиште јавног бележника и напомену да иступа у том својству. Када би у састављању ове исправе учествовао и други јавни бележник било је потребно да се и за њега наведу исти подаци. Поред овог, елементи јавнобележничког записа били су и подаци о учесницима и евентуалним сведоцима, поузданицима и тумачима (тач. 2), напомена о начину на који је утврђен идентитет ових лица (тач. 3), садржина правног посла с позивом на пуномоћје и прилоге (тач. 4), напомена да је исправа прочитана учесницима или да су оне на други прописан начин упознате са њеном садржином, те да су оне одобриле јавнобележнички запис (тач. 5), дан, месец, година, место, а када је законом предвиђено и сат када је састављена исправа (тач. 6), као и потпис лица из тач. 1 и 2 и печат јавног бележника који је саставио јавнобележнички запис (тач. 7). Ако би накнадно дошло до допуне, исправке или преиначења једног јавнобележничког записа другим било је потребно то назначити на изворнику ранијег јавнобележничког записа или овереном препису који чува јавни бележник уколико је изворник издат.⁶⁸⁷

У складу са § 73, ст. 1 ЗЈБКЈ, јавнобележнички запис није имао снагу јавне исправе ако није испуњавао услове из одредаба којим се уређује потврђивање (солемнизација) приватних исправа (§ 58), утврђивање идентитета учесника (§ 59, ст. 1), потребно

⁶⁸⁴ § 56 ЗЈБКЈ.

⁶⁸⁵ § 57 ЗЈБКЈ.

⁶⁸⁶ § 35 ЗЈБКЈ.

⁶⁸⁷ § 72, ст. 2 ЗЈБКЈ.

учешће сведока акта (§ 61, ст. 1), учешће жене у својству сведока акта (§ 62, ст. 2), учешће сведока акта и тумача (§§ 64-71). Осим тога, јавнобележнички запис није имао дејство јавне исправе ни ако није садржао напомену да је јавнобележнички запис прочитан учесницима и да су га они одобрили, време и место сачињавања јавнобележничког записа, или потпис јавног бележника и учесника, сведока, поузданика и тумача (§ 72, ст. 1, тач. 5, 6 и 7). Са друге стране, утицај других недостатака на веродостојност јавнобележничког записа зависио је од оцене суда. Тј. да ли ће веродостојност јавнобележничког записа бити укинута или умањена суд је ценио у случају повреде правила која се односе на утврђивање истоветности на основу изјаве једног сведока идентитета и исправе (§ 59, ст. 1, реч. 2), услове за сведока идентитета (§ 60), правила према којем жена може бити сведок акта, као и да бар један сведок акта мора да зна да чита и пише (§ 62, ст. 2 и 3), као и правила којим се регулише која лица не могу бити сведоци акта (§ 63). Осим тога, укидање или умањење веродостојности акта ценио је суд и у случају да у акту недостају подаци о јавном бележнику, учесницима и евентуалним сведоцима, поузданицима и тумачима, напомена о начину на који је утврђен идентитет ових лица, садржина правног посла (§ 72, ст. 1, тач. 1-4) или ако на изворнику или овереном препису јавнобележничког записа који се допуњује, исправља или преиначује другим јавнобележничким записом није стављена одговарајућа забелешка (§ 72, ст. 2).

Осим својства јавне исправе, јавнобележнички запис у којем је установљен дуг у новцу или у заменљивим стварима, обавеза да се преда одређена ствар или да се оснује, пренесе, ограничи или укине књижно право или да се обезбеди новчано потраживање могао је имати и својство извршне исправе. За то је било потребно и да су у акту означени поверилац и дужник, правни наслов, предмет и време чинидбе, као и изричит пристанак дужника на непосредно извршење дуга који је садржан у исправи.⁶⁸⁸

⁶⁸⁸ § 53 ЗЈБКЈ.

2. Јавнобележнички запис у Закону о јавним бележницишту (ЗЈБ)

2.1. Појам јавнобележничког записа

Јавнобележнички запис је исправа о правним пословима и изјавама коју саставља јавни бележник.⁶⁸⁹ За разлику од нпр. јавнобележничког записника у којем јавни бележник сведочи о одређеним чињеницама, радњама или изјавама, ова врста исправе резервисана је за правне послове и друге изјаве воље и представља најстрожу врсту форме уговора у нашем правном систему. Стога је она резервисана за најкомплексније уговоре, тј. оне који са собом носе највећи ризик или посебно тешке правне последице. Јавнобележнички запис издваја се од друге две врсте јавнобележничке форме уговора по томе што исправу у целости саставља јавни бележник. На тај начин странкама се обезбеђује додатни степен сигурности под условом да нотар поступи у складу са законским одредбама којима се регулишу поступак састављања ове врсте исправе и њена обавезна садржина.

2.2. Поступак сачињавања и садржина јавнобележничког записа

Поступак састављања јавнобележничког записа може се поделити на три фазе: припремну фазу, фазу писмене редакције и фазу признавања јавнобележничког записа.⁶⁹⁰ Нотар сачињава јавнобележнички запис у складу са одредбама ЗВП и ЗЈБ о састављању исправа. Поступак састављања исправе почиње утврђивањем идентитета странака. Ипак, пре описивања поступка састављања јавнобележничког записа потребно је одредити субјекте који у овом поступку учествују. Међу њима се прави разлика између обавезних субјеката без којих јавнобележнички запис никако не би могао да настане и споредних субјеката чије учешће је потребно само у одређеним, законом предвиђеним случајевима.⁶⁹¹ Обавезни субјекти у овом поступку су, по природи ствари, јавни бележник и странке, односно најмање једна странка. Будући да је тема овог рада форма облигационих уговора, за њихово закључење у форми јавнобележничког записа нужно је учешће двеју странака. Као споредни субјекти у поступку састављања

⁶⁸⁹ Чл. 6 ЗЈБ.

⁶⁹⁰ Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, 128 и *Јавнобележничка делатност*, 133; В. Кораћ, „Нотарска форма уговора“, 93 и у *Улога нотари у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних решења*, 350. *Трговчевић Прокић* разликује припремну фазу, поступак састављања и одобравања јавнобележничког записа и достављање отправка странки. М. Трговчевић Прокић, „Јавнобележнички запис и солемнизација“, 103.

⁶⁹¹ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 127.

јавнобележнике исправе могу учествовати сведоци идентитета, тумачи, судски преводиоци и позвани сведоци.

2.2.1. Странке и други субјекти поступка

2.2.1.1. Странке

Док се у ЗЈБ користи термин „странке“, у ЗВП се употребљава термин „учесници“. У претходном делу рада било је већ речи томе да се под термином „странка“ у контексту састављања јавнобележничких исправа подразумева странка у формалном смислу, као што је то случај у немачком и аустријском праву.⁶⁹² То је лице које пред јавним бележником изјављује вољу, било у своје, било у туђе име. Са друге стране, странка у материјалном смислу је лице у односу на које изјава воље која се даје пред јавним бележником производи правне последице, односно на чија права и обавезе утиче. Тако, приликом сачињавања уговора у форми јавнобележничког записа, ако једна уговорна страна закључује уговор посредством пуномоћника, пуномоћник има својство странке у формалном смислу, док његов властодавац има својство странке у материјалном смислу. Уколико пак друга уговорна страна лично даје изјаву воље пред јавним бележником, а не преко пуномоћника у њој се стичу и својство странке у формалном, и странке у материјалном смислу.⁶⁹³ С обзиром на то да се у неким одредбама којима се уређује делатност јавних бележника термин „странка“ користи са значењем странке у материјалном смислу, *Д. Ђурђевић* напомиње да би у сваком конкретном случају, циљним тумачењем, требало ценити које значење овај термин има у датој одредби. Као пример случаја у којем се под „странком“ подразумева странка у материјалном смислу овај аутор наводи изузеће јавног бележника из чл. 54 ЗЈБ. Овој одредби могли бисмо додати и чл. 84 ЗЈБ којим се уређује садржина јавнобележничког записа у којем се захтева навођење имена, презимена и других података о странкама, пуномоћницима и законским заступницима. Из тога што су ова лица посебно наведена у истој одредби произлази да се у овом случају странке посматрају одвојено од пуномоћника и законских заступника, тј. да се ради о странкама у материјалном смислу.

⁶⁹² Вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁶⁹³ *Д. Ђурђевић, Јавнобележничка делатност*, 128.

Термин „учесник“ користи се и у ЗЈБ, али означава скупни појам који обухвата сва лица која учествују у састављању јавнобележничког записа, дакле и сведоке, заступнике, тумаче и др.⁶⁹⁴

У ЗВП се не користи термин „странка“ за лице које закључује уговор или други правни посао у форми јавнобележничког записа, већ „учесник“, у складу са језичком праксом у домаћем грађанском процесном законодавству.⁶⁹⁵ Термин „странка“ карактеристичан је за парнични поступак и означава тужиоца и туженог, док се термин „учесник“ користи у ванпарничном поступку да означи лице које је покренуло поступак, односно о чијим се правима или интересима одлучује у поступку.⁶⁹⁶ У складу са тим, учесником се у ЗВП назива и лице које је покренуло поступак ради састављања јавнобележничког записа.⁶⁹⁷ Будући да се термин „странка“ користи у ЗЈБ, као и да је општеприхваћен у домаћој литератури из области јавнобележничког права, он ће се, у претходно наведеном значењу, користити и у овом раду.

2.2.1.2. Сведоци

У одређеним ситуацијама у сачињавању јавнобележничког записа могу учествовати и сведоци. Међу њима разликују се сведоци идентитета и позвани сведоци.⁶⁹⁸

2.2.1.2.1. Сведоци идентитета

Сведоци идентитета су лица која у овом поступку сведоче о идентитету странака. Јавни бележник на овај начин утврђује идентитет странке када не може то да уради увидом у личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом.⁶⁹⁹ У првобитној верзији ЗЈБ из 2011. године није се правила разлика између сведока идентитета и позваних сведока, те су и услови за стицање ових улога у

⁶⁹⁴ То произлази из одредбе којом се регулише садржина јавнобележничког записа и то нпр. чл. 84, ст. 1, тач. 9 ЗЈБ којом је предвиђено да јавнобележнички запис мора да садржи и „потписе странака, законских и других заступника, пуномоћника, тумача и других учесника“ или из дела тач. 8 који гласи: „изјаву да су странке, а кад је потребно и други учесници поучени о садржини и правним последицама правног посла ...“.

⁶⁹⁵ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 129.

⁶⁹⁶ Чл. 3, ст. 1 ЗВП.

⁶⁹⁷ О целисходности употребе термина „учесник“ и у ЗЈБ за означавање лица које закључује правни посао у форми јавнобележничког записа вид. у Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 129-130.

⁶⁹⁸ М. Трговчевић Прокић уместо „сведок идентитета“ и „позвани сведок“ користи термине „сведок истоветности“ и „сведок акта“. Вид. М. Трговчевић Прокић, 145-146. У аустријском праву разликују се такође сведоци идентитета (*Identitätszeugen*) и сведоци акта (*Aktszeugen*). Вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁶⁹⁹ Чл. 168, ст. 1 ЗВП и чл. 34 Јавнобележничког пословника - ЈБПосл (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2016, 66/2017, 48/2018, 54/2018 и 151/2020).

поступку састављања јавнобележничког записа били исти.⁷⁰⁰ Међутим, с обзиром на значајне разлике у погледу чињеница о којима треба да сведоче, односно захтевности њихових задатака, услови за сведоке идентитета су значајно ублажени. Да би једно лице могло да сведочи у поступку пред јавним бележником о идентитету странке потребно је да је пунолетно и да је достојно поверења. Како се у одредбама које се односе на сведоке идентитета не помиње пословна способност, већ само пунолетство, у теорији је прихваћено становиште да није потребно да се ради о потпуно пословно способном лицу будући да он само треба да потврди да ли познаје странку.⁷⁰¹ Потребно је да се ради о поузданом лицу које заслужује поверење. Недостојним поверења сматра се лице које је осуђено за давање лажног исказа. У том случају ће јавни бележник одбити да га саслуша у својству сведока идентитета.⁷⁰²

Сведок идентитета може бити и лице које је заинтересовано за садржину правног посла који се саставља у форми јавнобележничког записа. У улози сведока идентитета могу се, дакле, јавити и супружник странке, деца, родитељи и други сродници странке, као и друга лица на чија права и интересе може утицати дати правни посао.⁷⁰³ Ипак, уколико јавни бележник посумња у истинитост исказа сведока идентитета и не стекне уверење о томе да је странка оно лице за које се представља, јавни бележник одбија састављање јавнобележничког записа.⁷⁰⁴

2.2.1.2.2. Позвани сведоци

Позвани сведоци су лица чије је учешће у поступку неопходно у случају када је странка слепа, глува, нема, неписмена или ако не зна језик који је у службеној употреби.⁷⁰⁵ Улога позваних сведока у овом поступку је да потврде да је исправа која је у поступку сачињена аутентична, да су изјаве воља странака у њој изражене тачно и потпуно. Због захтевније улоге коју имају, услови за својство позваног сведока строжи су у односу на оне који важе за сведоке идентитета. Наиме, својство позваног сведока може имати лице које је пунолетно, пословно способно, писмено и које познаје језик на којем се саставља исправа.⁷⁰⁶ Поред ових позитивних постоје и негативни услови,

⁷⁰⁰ Чл. 75 ЗЈБ који је престао да важи ступањем на снагу Закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку 2014. године (*Сл. гласник РС*, бр. 55/2014).

⁷⁰¹ Дејан Б. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, *Јавнобележничко право*, Београд 2006, 124.

⁷⁰² Чл. 41 ЈБПосл.

⁷⁰³ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 131; Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, 124.

⁷⁰⁴ Чл. 170 ЗВП, ст. 2 и чл. 45, ст. 2 ЈБПосл.

⁷⁰⁵ Чл. 174-177 ЗВП.

⁷⁰⁶ Чл. 182, ст. 2 ЗВП.

односно разлози неподобности једног лица да буде позвани сведок. Та неподобност може бити апсолутна или релативна.⁷⁰⁷

О апсолутној неподобности се ради у случају када лице не може да буде позвани сведок ни у једном поступку састављања јавнобележничког записа, без обзира на то ко је странка, ко је јавни бележник и да ли правни посао у конкретном случају утиче на његова права и интересе.⁷⁰⁸ Нпр. апсолутно неподобно за својство позваног сведока је лице која не зна језик странке у случају када странка не зна језик који је у службеној употреби⁷⁰⁹ или лице које не може да се споразуме са глувонемим особама онда када странка није у стању да чује, а не може ни да прочита јавнобележнички запис.⁷¹⁰

Релативна неподобност везује се за разлоге који се тичу односа потецијалног сведока са странком или јавним бележником или везе са правним послом који се закључује у форми јавнобележничког записа.⁷¹¹ Тако она обухвата лица која раде у јавнобележничкој канцеларији или су у служби код јавног бележника, која су са странком или јавним бележником у крвном сродству у правој линији, у побочном сродству закључно са 4. степеним сродства, у тазбинском сродству закључно са 2. степеном сродства, сродници по усвојењу, као и супружнике, бивше супружнике, ванбрачне партнере, бивше ванбрачне партнере, старатеље, бивше старатеље, штићенике или бивше штићенике странке или јавног бележника. Осим наведених, у ову групу спадају и лица на чији правни положај непосредно или посредно може утицати правни посао који се закључује у форми јавнобележничког записа или лице које је заступник, односно одговорно лице у правном лицу на чији правни положај може утицати дати правни посао.⁷¹²

2.2.1.3. Преводиоци и тумачи

У поступку састављања јавнобележничког записа могу учествовати и преводиоци и тумачи. Учешће сталног судског преводиоца неопходно је у случају када странка не разуме језик који је у службеној употреби. Странки се исправа чита преко преводиоца,

⁷⁰⁷ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 132; Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, 126-127.

⁷⁰⁸ Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, 125; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 132. Док Д. Ђурђевић за позване сведоке каже да они, за разлику од сведока идентитета, нису доказно средство, већ битан елемент форме јавнобележничког записа, М. Трговчевић Прокић управо за ове сведоке, тј. сведоке акта, како их назива, каже да су они доказно средство. Вид. Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 131 и М. Трговчевић Прокић, 146.

⁷⁰⁹ Чл. 177 ЗВП.

⁷¹⁰ Чл. 178, ст. 2 ЗВП.

⁷¹¹ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 132; Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, 126-127.

⁷¹² Чл. 182, ст. 2 и 3.

у присуству јавног бележника и два позвана сведока.⁷¹³ Са друге стране, тумач суделује у поступку када странка која није у стању да чује није способна ни да прочита исправу због неписмености или из неког другог разлога. Тада ће му исправа бити прочитана преко тумача, у присуству јавног бележника и два позвана сведока.⁷¹⁴

2.2.2. Ток поступка

2.2.2.1. Припремна фаза

2.2.2.1.1. Утврђивање идентитета

На почетку поступка састављања јавнобележничког записа, нотар је дужан да утврди идентитет странака и осталих субјеката који учествују у овом поступку. Поуздано утврђивање њиховог идентитета и навођење начина на који је то учињено нужно је за остварење основне функције нотаријата - превентивне правне заштите.⁷¹⁵ Разноврсна законодавна решења у упоредном праву у погледу начина утврђивања идентитета странака од стране јавног бележника *Д. Ђурђевић* дели у два система: систем слободног утврђивања идентитета и систем везаног утврђивања идентитета.⁷¹⁶

Систем слободног утврђивања идентитета подразумева да јавни бележник није није строго везан законским одредбама у погледу доказних средстава помоћу којих може да утврђује идентитет странака.⁷¹⁷ Пример таквог решења срећемо у немачком праву у којем је на општи начин предвиђена дужност нотара да са сигурношћу утврди ко су странке, да их у акту означи са таквом прецизношћу да се искључе све сумње и забуне, као и да из акта треба да буде видљиво да ли странку познаје лично, односно на који други начин је утврдио њихов идентитет.⁷¹⁸

У систему везаног утврђивања идентитета јавни бележник је везан у погледу избора доказних средстава којима се може служити приликом утврђивања идентитета странака. Пример овог система утврђивања идентитета је аустријско право у којем је изричито наведено пет начина на који се то може учинити (лично познанство са странком по имену, посредством два сведока идентитета, путем једног сведока

⁷¹³ Чл. 177 ЗВП.

⁷¹⁴ Чл. 178 ЗВП.

⁷¹⁵ Дејан Б. Ђурђевић, „Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе“, *Правни живот*, 12/2011, 63; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 134-135.

⁷¹⁶ Д. Ђурђевић, „Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе“, 64 и даље. Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 134-135.

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ § 10 нЗПотИсп. О начину утврђивања идентитета странака у немачком праву вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

идентитета и исправе која није службена исправа са фотографијом, али ствара претпоставку о подударности идентитета држаоца исправе и лица које је у њој означено или посредством другог позваног нотара).⁷¹⁹ У овај систем сврстава се и наше право. Наиме, у складу са чл. 168, ст. 1 ЗВП, „јавни бележник утврђује идентитет странака увидом у личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом, а ако то није могуће, саслушањем два сведока идентитета“.⁷²⁰ Дакле, и наше нотарско право ограничава јавног бележника у погледу начина на који може да испита идентитет странака, с тим што додатно ограничава доказна средства у односу на аустријско право. Наш закон не нуди могућност да нотар утврди идентитет странке на основу тога што је лично познаје по имену или учешћем другог позваног јавног бележника, као ни комбиновано доказивање путем једног сведока идентитета и исправе која није службена исправа са фотографијом.

2.2.2.1.1.1. Утврђивање идентитета увидом у службену исправу са фотографијом

Поред личне карте, пасоша или возачке дозволе свој идентитет држављани Републике Србије могу доказивати и другим службеним исправама са фотографијом као што су војна књижица за лица која се налазе на одслужењу војног рока, војној вежби или другог војној дужности и расељеничка легитимација за интерно расељена лица са Косова и Метохије. Идентитет избеглице може се утврдити путем избегличке легитимације. Идентитет страних држављана може се утврђивати увидом у службене исправе које издају органи Републике Србије (лична карта за странца, путна исправа за странца), као и увидом у личну или путну исправу издату од стране матичне државе тог лица. Такође, идентитет страног држављанина утврђује се и помоћу личне карте која се издаје страном држављанину који тражи азил, личне карте која се издаје страном држављанину којем је одобрен азил или личне карте која се издаје страном држављанину којем је пружена привремена заштита.⁷²¹

Могућност коришћења исправе чија је важност истекла ради утврђивања идентитета странке није априори искључена. Овакво решење образлаже се тиме што је важност службене исправе релевантна само за вршење овлашћења које је повезано са њеним постојањем, али је не чини неподобном за доказивање идентитета њеног

⁷¹⁹ § 55, ст. 1 аЗНот. О начину утврђивања идентитета странака у аустријском праву вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁷²⁰ Исто гласи и чл. 34, ст. 1 ЈБПосл.

⁷²¹ Чл. 35 Јавнобележничког пословника.

имаоца.⁷²² Ипак, у нашем праву је њено коришћење у дату сврху искључено у случају када странка изјавом воље која је садржана у јавнобележничком запису отуђује, гаси, умањује или оптерећује постојеће право, стиче или повећава обавезу, даје јемство или на други начин погоршава своју правну позицију.⁷²³

Уколико странка промени лично име након издавања службеног документа, дужна је да то докаже јавном исправом.⁷²⁴ Одредбом ЈБПосл додатно је регулисано утврђивање идентитета странке на основу биометријског службеног документа издатог од стране надлежног органа Републике Србије. Према овом правилу, нотар је дужан да увид у садржину биометријског документа изврши коришћењем електронског читача.⁷²⁵ Јавни бележник је дужан да направи копију сваког службеног документа и друге исправе на основу којих је утврђен идентитет странке, те да копије приложи у јавнобележнички спис.⁷²⁶

У ЗВП је предвиђено да се идентитет заступника утврђује на исти начин као и идентитет странака.⁷²⁷ Ово због тога што и заступници, као што је раније наведено, имају својство странке у формалном смислу у поступку састављања јавнобележничких исправа. Идентитет сведока идентитета, као и позваног сведока јавни бележник може да утврђује само на основу личне карте, путне исправе, возачке дозволе или другог службеног документа са фотографијом.⁷²⁸ У ЈБПосл је за сведоке идентитета додатно прописано да се њихов идентитет не може утврђивати службеним документом чија је важност истекла.⁷²⁹ За тумаче и судске преводиоце, поред службеног документа са фотографијом, предвиђена је још једна опција утврђивања идентитета која јавном бележнику не стоји на располагању када су у питању странке, а сходно томе, ни заступници. Наиме, јавни бележник може да утврђује идентитет ових субјеката поступка и на основу личног познанства по имену.⁷³⁰ У ЈБПосл предвиђено је да се идентитет осталих субјеката поступка састављања јавнобележничког акта утврђује у складу са правилима о утврђивању идентитета странака, осим ако је законом или самим

⁷²² Д. Ђурђевић, „Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе“ 73; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 140-141.

⁷²³ Чл. 36 ЈБПосл.

⁷²⁴ Чл. 37 ЈБПосл.

⁷²⁵ Чл. 38, ст. 1 ЈБПосл.

⁷²⁶ Чл. 38, ст. 1 ЈБПосл.

⁷²⁷ Чл. 168, ст. 2 ЗВП и чл. 34, ст. 2 ЈБПосл.

⁷²⁸ Чл. 169, ст. 2 ЗВП и 182, ст. 1.

⁷²⁹ Чл. 43 ЈБПосл.

⁷³⁰ Чл. 177, ст. 2 и чл. 178, ст. 3 ЗВП, као чл. 47, ст. 1 и чл. 49, ст. 2 ЈБПосл.

пословником предвиђено другачије.⁷³¹ То значи ће се на сведоке идентитета, тумаче, судске преводиоце и позване сведоке применити само она правила која се односе на утврђивање идентитета помоћу службених докумената, а не и одредбе о утврђивању идентитета саслушањем сведока идентитета. Са друге стране, на заступнике ће се применити сва претходно наведена правила, као и правила о сведоцима идентитета о којима ће бити речи у наставку.

2.2.2.1.1.2. Утврђивање идентитета помоћу сведока идентитета

За утврђивање идентитета странке на овај начин потребно је учешће два сведока. Јавни бележник саслушава сваког сведока идентитета појединачно, без присуства странке и другог сведока, постављајући му питања у вези са подацима о странки који су потребни за састављање јавнобележничке исправе, али и о другим чињеницама како би се уверио у то да сведок заиста познаје странку и да је није заменио са другим лицем истог имена и презимена (како су се упознали, подаци о запослењу, породици странке и сл). Потом о истим чињеницама јавни бележник поставља питања и странки како би се уверио у подударност њихових одговора и истинитост исказа сведока идентитета.⁷³² Јавни бележник је дужан да у исправу унесе напомену о томе да је идентитет странке утврђен посредством сведока идентитета, име и презиме сведока, пребивалиште, датум и место рођења, као и начин на који је утврђен његов идентитет (врста службеног документа, подаци о издаваоцу, датум издавања и серијски број документа).⁷³³

2.2.2.1.1.3. Последице немогућности да се утврди идентитет и пропуста јавног бележника у вези са утврђивањем идентитета странака

За разлику од немачког права у којем и у случају када не може са сигурношћу да утврди идентитет странака, нотар на захтев странака ипак саставља запис уз навођење ових чињеница у запису⁷³⁴, у домаћем праву је изричито предвиђено да у овој ситуацији јавни бележник одбија да сачини исправу. У складу са чл. 170 ЗВП, он ће то учинити ако странка не може да докаже свој идентитет, тј. ако нема одговарајућу службену исправу са фотографијом, нити два сведока која могу да потврде њен идентитет. Поред тога, јавни бележник ће одбити да сачини исправу и уколико на основу увида у поднети

⁷³¹ Чл. 39 ЈБПосл.

⁷³² Чл. 40 ЈБПосл.

⁷³³ Чл. 44, ст. 2 и 3 ЈБПосл.

⁷³⁴ Вид. о томе у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

документ или саслушања сведока идентитета не стекне уверење да је странка оно лице којим се представља.⁷³⁵ Сличан став заузет је и у аустријској литератури иако ово питање није изричито регулисано у §55 аЗНот који се односи на утврђивање идентитета странака.⁷³⁶

Осим последице немогућности утврђивања идентитета која је предвиђена у ЗВП, у домаћој теорији *Д. Ђурђевић* поставља питање последица пропуста јавног бележника у овом делу поступка састављања акта. И то пропуста јавног бележника да утврди идентитет на одговарајући начин, с једне стране, и пропуста да у сачињеној исправи констатује да је утврдио идентитет странке, с друге стране.⁷³⁷

У првом случају, када нотар не утврди идентитет странке у складу са раније наведеним одредбама могуће су две различите ситуације. Наиме, уколико лице које учествовало у поступку састављања акта није оно за које се издаје, ради се о фалсификованом правном послу, те ће такав правни посао бити апсолутно ништав.⁷³⁸ „Он не може да производи правне последице према лицу за које је у нотарском акту назначено да је предузело правни посао јер не постоји воља, која је основни део сваког правног посла“.⁷³⁹ Друга могућа ситуација је да се странка није лажно представила, али јавни бележник није поступио у складу са правилима којим се уређује утврђивање идентитета странака. Став *Д. Ђурђевића* у овом случају поклапа се са решењем из аустријског права према којем тако настали акт неће имати снагу јавне исправе.⁷⁴⁰ То, према овом аутору, произлази и из чл. 7, ст. 1 ЗЈБ према којој „јавнобележничка исправа сачињена и издата по овом закону има снагу јавне исправе, ако су при њеном сачињавању и издавању испуњени битни услови форме и законитости прописане овим законом“. Правилно утврђивање идентитета странака у поступку састављања јавнобележничке исправе свакако представља формалност чији изостанак тако насталој исправи ускраћује снагу јавне исправе.

Други пропуст који јавни бележник може да направи у вези са утврђивањем идентитета странака јесте да правилно утврди идентитет, али да то не констатује у самој исправи. У чл. 84 ЗЈБ којим се уређује садржина јавнобележничког записа изричито се захтева да у њему буду наведени подаци о странкама, законским заступницима,

⁷³⁵ Чл. 179, ст. 2 ЗВП.

⁷³⁶ Вид. о томе у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁷³⁷ Д. Ђурђевић, „Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе“, 79-81; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 143-145.

⁷³⁸ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 143.

⁷³⁹ *Ibid*, 143.

⁷⁴⁰ Вид. о томе у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

пуномоћницима⁷⁴¹, као и о начину на који је јавни бележник утврдио идентитет странака, сведока, законских заступника и других учесника.⁷⁴² У ст. 2 овог члана наведени су подаци без којих јавнобележнички запис „нема својство нити правно дејство јавне исправе“. Међу њима су подаци о странкама, али не и о начину на који је утврђен њихов идентитет. За изостанак тог податка у закону није наведена санкција. Због тога је, према *Д. Ђурђевићу*, изостанак овог податка у запису, под условом да је нотар правилно утврдио идентитет странака, правно ирелевантан.⁷⁴³ У том смислу, можемо закључити да је наш законодавац и по овом питању на истом становишту као и аустријски будући да је у аЗНот предвиђено да повреда правила овог закона о навођењу података о начину утврђивања идентитета у нотарском акту не лишава овај акт својства јавне исправе.⁷⁴⁴

2.2.2.1.2. Утврђивање пословне способности

Осим идентитета, јавни бележник је дужан да утврди и пословну способност странака.⁷⁴⁵ Тачније, да утврди да странка има степен пословне способности који је, према правилима материјалног права, потребан за закључење одређеног уговора.⁷⁴⁶ Уколико се ради о пунолетном лицу, нотар ће детаљније испитати способност странке тек уколико у њу посумња.⁷⁴⁷ Нотар испитује пословну способност странке на основу разговора с њом и њеног понашања. У случају сумње, он би требало да на основу одговара странке на његова питања оцени да ли је она способна да схвати значај и последице уговора који закључује. У том циљу корисно је да постави и питања која нису у вези са датим уговором, и која ће му обезбедити одговоре странке из којих ће бити видљива њена временска и просторна оријентација.⁷⁴⁸

Јавни бележник може и треба да ускрати састављање јавнобележничког записа само уколико је убеђен у недостатак потребне пословне способности странке. Ако није убеђен, већ само сумња да странка нема способност уговарања он може сачинити јавнобележнички запис, с тим што у њему треба да наведе да сумња постоји и чињенице

⁷⁴¹ Чл. 84, ст. 1, тач. 2 ЗЈБ.

⁷⁴² Чл. 84, ст. 1, тач. 3 ЗЈБ.

⁷⁴³ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 144.

⁷⁴⁴ §68, ст. 2 аЗНот. Вид. о томе у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁷⁴⁵ Чл. 167, ст. 1 ЗВП.

⁷⁴⁶ Т. Renner, § 11, Rn. 6.

⁷⁴⁷ Ово је став теорије како у немачком, тако и у аустријском праву. Т. Renner, § 11, Rn. 12 за немачко и К. Wagner, G. Knechtel, § 34 NO, Rz. 7 за аустријско право.

⁷⁴⁸ Т. Renner, § 11, Rn. 14.

које су је проузроковале.⁷⁴⁹ У циљу отклањања сумње нотар може и да тражи од странке да поднесе лекарско уверење о пословној способности. У немачкој теорији се истиче да, и ако странка приложи такво уверење, нотар мора своју одлуку да заснује на сопственој процени, те да он не треба безрезервно да прихвата став лекара и вештака без сопственог разматрања.⁷⁵⁰

Уколико пак странка одбије да приложи такво уверење, јавни бележник према околностима конкретног случаја цени значај овог поступка странке, те на основу тога доноси одлуку о сачињавању јавнобележничког записа. Он не стиче право да ускрати предузимање ове радње само на основу одбијања странке да поднесе уверење о пословној способности.⁷⁵¹

2.2.2.1.3. Утврђивање овлашћења за заступање

Када једно лице закључује уговор у форми јавнобележничког записа посредством заступника, нотар је дужан да утврди постојање овлашћења за заступање.

Уколико једно лице иступа као *законски заступник* уговорника, његово овлашћење за заступање утврђује се увидом у јавне регистре као што су нпр. матичне књиге или катастар непокретности.⁷⁵² У том случају, јавни бележник је дужан да одштампа извод из јавног регистра, стави на одштампани примерак потписану белешку на који начин је извршен увид и приложи га у спис. И у јавнобележничком запису треба да стоји напомена да је утврђивање овлашћења за заступање извршено увидом у јавни регистар, датум када је то учињено и податке о лицу које је извршило увид уколико то није учинио сам јавни бележник.⁷⁵³

Осим увидом у јавни регистар, нотар може утврдити постојање овлашћења за заступање и увидом у поднете јавне исправе које су подобне да докажу одговарајући однос из којег проистиче овлашћење за заступање. Тако се овлашћење родитеља да заступа дете доказује увидом у извод из матичне књиге рођених уколико је дете малолетно или у судску одлуку о продужењу родитељског права када је дете пунолетно. Одлуком којом је засновано усвојење може се доказати овлашћење усвојиоца да заступа свог усвојеника, а одлуком о стављању под старатељство овлашћење старатеља да

⁷⁴⁹ Т. Renner, § 11, Rn. 15. К. Wagner, G. Knechtel, § 34 NO, Rz. 7. Вид. о томе у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁷⁵⁰ Т. Renner, § 11, Rn. 15.

⁷⁵¹ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 146.

⁷⁵² Чл. 52, ст. 1 ЈБПосл.

⁷⁵³ Чл. 53, ст. 2 и 54, ст. 2 ЈБПосл.

заступа свог штићеника.⁷⁵⁴ Ако је на овај начин утврдио својство законског заступника, нотар је дужан да копира сваку јавну исправу на основу које је то учинио и копију приложи у спис. Поред тога, у запису треба да буде садржана напомена да је овлашћење утврђено увидом у јавну исправу, потпуне податке о издаваоцу јавне исправе, датум издавања и службени број исправе.⁷⁵⁵

Као и код немогућности утврђивања идентитета, тако и у случају да законски заступник не може да докаже своје овлашћење за заступање на неки од наведених начина, јавни бележник одбија да сачини тражену исправу, у овом случају јавнобележнички запис.⁷⁵⁶

Код уговора који закључује правно лице вољу у поступку састављања јавнобележничког записа изјављује *заступник правног лица*. Његово овлашћење за заступање и обим овлашћења утврђују се увидом у јавни регистар попут нпр. Регистра привредних субјеката или Регистра удружења или увидом у акт о оснивању или други унутрашњи организациони акт из којег је видљиво његово овлашћење да изјављује вољу правног лица.⁷⁵⁷ Ако је испитао постојање овлашћења за заступање увидом у регистар дужан је да одштампа извод из регистра, те одштампан примерак са потписаном белешком о начину на који је узвршен увид приложи у спис.⁷⁵⁸ Такође, као код законског заступника, и овде јавнобележнички запис треба да садржи напомену о томе на који начин је утврђено овлашћење за заступање правног лица, датум када је извршен увид у регистар и, уколико то није учинио нотар, подаци о лицу које је извршило увид.⁷⁵⁹ Уколико је постојање овлашћења за заступање правног лица утврђивао на основу исправе, попут нпр. акта о оснивању правног лица, нотар је дужан да овај акт или другу исправу на основу које се овлашћење утврђује копира и приложи у спис. И тада јавнобележнички запис треба да садржи напомену о начину утврђивања идентитета, податке о издаваоцу исправе, датуму издавања и службеном броју исправе.⁷⁶⁰ У складу са чл. 65 ЈбПосл, нотар ће одбити да предузме ову службену радњу у случају немогућности утврђивања овлашћења за заступање правног лица на начин предвиђен правилима закона и пословника.

⁷⁵⁴ Чл. 52 ЈбПосл.

⁷⁵⁵ Чл. 53, ст. 1 и чл. 54, ст. 1 ЈбПосл.

⁷⁵⁶ Чл. 55 ЈбПосл.

⁷⁵⁷ Чл. 62 ЈбПосл.

⁷⁵⁸ Чл. 63, ст. 2. ЈбПосл.

⁷⁵⁹ Чл. 64 ЈбПосл.

⁷⁶⁰ Чл. 63, ст. 1 и чл. 64, ст. 1 ЈбПосл.

Када изјаву воље пред јавним бележником даје пуномоћник једне уговорне стране јавни бележник утврђује постојање овлашћења за заступање увидом у пуномоћје. За разлику од законског заступника и заступника правног лица, у ЈБПосл није садржана посебна одредба за питање немогућности утврђивања овлашћења за заступање када у поступку састављања исправе учествује пуномоћник. Међутим, ово питање је на општи начин регулисано у чл. 167, ст. 3 ЗВП којим је предвиђено да јавни бележник одбија да предузме тражену службену радњу ако заступник не може да докаже своје овлашћење за заступање.⁷⁶¹ Стога, уколико се једно лице представи као пуномоћник једне од страна уговора који се закључује у форми јавнобележничког записа, а не приложи одговарајуће пуномоћје јавни бележник ће одбити да сачини запис. Ово решење различито је од решења у аустријском праву према којем јавни бележник може да сачини јавнобележнички акт, али он добија снагу јавне исправе тек када пуномоћје буде предато нотару. Нотар је дужан да упозори странке на недостатак пуномоћја, поучи их о последицама недостатка и да то констатује у акту.⁷⁶²

2.2.2.2. Фаза писмене редакције

2.2.2.2.1. Формулисање текста уговора

Специфичност по којој се форма јавнобележничког записа разликује од других врста форме је то што исправу у целости сачињава јавни бележник. Уговорне стране које желе да закључе уговор у форми јавнобележничког записа могу да упознају јавног бележника са садржином уговора и чињеницама релевантним за његово закључење на било који начин. То не мора бити лично, већ потребне информације могу доставити и писмено или путем електронске поште.⁷⁶³ На основу тога нацрт исправе се може унапред припремити, и пре приступања странке ради закључења уговора и састављања јавнобележничког записа. Ову фазу припреме нотар може поверити и неком од запослених у својој канцеларији. Осим тога, нацрт уговора јавном бележнику могу доставити и саме уговорне стране. Међутим, само јавни бележник може да формулише коначан текст и предузме остале радње у поступку састављања јавнобележничког записа.

⁷⁶¹ Више о материјалноправним захтевима у погледу форме пуномоћја вид. у делу рада о паралелизму форме пуномоћја и главног уговора.

⁷⁶² Вид. о томе у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁷⁶³ Чл. 171, ст. 1 ЗВП.

Тако, након утврђивања идентитета, пословне способности и овлашћења за заступање ако изјаву воље даје заступник или пуномоћник, јавни бележник приступа писменој редакцији уговора према казивању странака.⁷⁶⁴ Према чл. 71 ЗЈБ, јавни бележник је дужан да у исправу коју сачињава верно запише садржину изјава које су пред њим дате, као и истинито опише чињенице које је непосредно сазнао“. У чл. 171, ст. 2 ЗВП је такође предвиђена обавеза нотара да „изјаву учесника верно унесе у исправу, по могућности његовим речима, пазећи при томе да воља учесника буде јасно изражена“. Међутим, наведене одредбе не треба схватити тако да је улога јавног бележника у састављању текста исправе сасвим пасивна.

Као што је речено у делу о функцији поучавања, јавни бележник је дужан да утврди намере странака и чињенично стање, а потом и да поучи странке о правном домашају уговора који закључују. На основу тога, он утврђује правни циљ којем странке теже, у складу са којим треба да се врши редакција текста уговора који се закључује. Дакле, улога јавног бележника у овом делу поступка сачињавања јавнобележничког записа не исцрпљује се простим бележењем онога што су странке изјавиле. Његова формулација текста исправе не треба нужно верно да осликава изјаве странака, већ треба да има значење које је усмерено на постизање жељеног правног циља.⁷⁶⁵

Једино тако форма јавнобележничког записа добија смисао. У супротном би форма јавнобележничког записа била сувишна јер би се улога јавног бележника свела на ону коју има у поступку солемнизације приватне исправе, а то је поучавање странака о правним поседицама уговора чији готов текст су оне доставиле јавном бележнику. Његово учешће у састављању текста исправе треба да обезбеди да воља уговорних страна буде јасно и недвосмислено изражена. Она треба да буде формулисана тако да се могућност заблуда или настанка спора око садржине уговора сведе на минимум. Управо из тог разлога, не треба по сваку цену инсистирати на томе да изјава воље странке буде исказана у исправу „њеним речима“. То посебно долази до изражаја када уговор закључују лица која нису правници и не владају стручним и правничким терминима.

Истина, наш законодавац је изразом „по могућности“ ограничио захтев да се изјава странке у исправу унесе њеним речима. Ипак, решења аустријског и немачког права се чине мање стриктним што је у овом случају, сматрамо, оправдано. Тако се у §17

⁷⁶⁴ В. Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења*, 359.

⁷⁶⁵ С. Armbrüster, §17, Rn. 39 са даљим упућивањем.

нЗПотИсп захтева да нотар изјаве странака у запису репродукује „јасно и недвосмислено“, а у §52 аЗНот „са потпуном јасноћом и одређеношћу“.

У вези са наведеним поставља се питање у којој мери јавни бележник треба да користи законске и правне термине приликом формулисања изјава странака, тј. уговорних страна или њихових заступника. Део „по могућности његовим речима“ из одредбе нашег закона може се тумачити тако да предност треба дати терминима које користи странка све док из њих јасно произлази њена воља. Са друге стране, у немачкој теорији истиче се да нотар, ако је могуће, користи законске изразе и формулације све док су недвосмислене.⁷⁶⁶ То значи да јавни бележник ипак треба да води рачуна о томе да исправа није намењена само суду за случај спора, већ и уговорним странама. Због тога правним појмовима треба дати предност приликом формулисања текста исправе, али не прелазећи границу када би они могли постати збуњујући за контрахенте и довести их у заблуду.⁷⁶⁷

Супротно томе, приликом поучавања странака о правним последицама уговора нотар треба да води рачуна да оно буде разумљиво странкама.⁷⁶⁸ Ово се чини сасвим оправданим када се узму у обзир циљеви којима служе ови различити задаци јавног бележника у поступку састављања јавнобележничког записа. Поучавање о правним последицама усмерено је искључиво према странкама и служи њиховој заштити. Њиме нотар треба да помогне странкама да закључе уговор који ће бити у складу са њиховим интересима или пак да га не закључе јер не одговара њиховим интересима и намерама које су желеле да остваре његовим закључењем. То може постићи само уколико странакама прикаже домашај правног посла на начин који је њима близак и разумљив имајући у виду њихову стручност, образовање и искуство. А то даље значи и прилагођавањем изрза и формулација које ће том приликом да користи.

За разлику од поучавања, дужност јавног бележника да састави текст исправе и у њему пренесе изјаве воље странака не служи само заштити интереса уговорних страна. Овај задатак јавног бележника омогућује остварење других функција форме, односно њихово остварење у већем обиму него што је случај са блажим формама код којих стране саме састављају текст уговора и формулишу своје изјаве воље. Он значајно доприноси вршењу функције доказивања, односно јасноће садржине уговора у пуном обиму. У делу

⁷⁶⁶ C. Armbrüster, §17, Rn. 41.

⁷⁶⁷ C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 22.

⁷⁶⁸ C. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 22, Rn. 38; C. Armbrüster, §17, Rn. 41 са даљим упућивањем.

о функцијама форме речено је да исправа у којој су садржане сагласне изјаве воља уговорних страна омогућује да се уговорне стране подсети садржине уговора и тиме спречи настанак спора. Уколико спор упркос томе настане, помоћу исправе олакшава се доказивање постојања уговора и његове садржине, те скраћује судски поступак. Ово је нарочито случај када исправу саставља јавни бележник као непристрасни стручњак који уноси у запис вољу коју уговорне стране у поступку изјављују саме или преко заступника. Нотар то чини водећи рачуна о томе да из садржине исправе јасно произлази правни циљ којем уговорне стране теже, као и да су њихове изјаве воље тако формулисане да могу да произведу жељене правне последице. На то да језичка формулација уговора може бити од великог значаја указао је *Јеринг* говорећи о предностима писане форме уговора у односу на његово усмено закључење.⁷⁶⁹ То указује и на значај учешћа јавног бележника као стручњака из области права који својим интервенисањем приликом формулисања изјава воље уговорних страна помаже да те формулације буду јасне и недвосмислене. Поред наведене функције, јасна формулација садржине уговора посебно је важна и у случајевима када обавезна форма треба да оствари функцију публицитета, односно да учини уговор и његову садржину видљивим трећим лицима.

2.2.2.2.2. Поучавање странака о правном домаћају уговора

Поучавање странака о правном домаћају правног посла је у нашем праву ближе регулисано чл. 172 ЗВП. У ст. 1 је предвиђено да је нотар дужан да објасни странкама смисао правног посла и укаже на његове последице, као и да испита да ли је правни посао дозвољен, односно да ли је у сагласности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.⁷⁷⁰ Према ст. 3, уколико јавни бележник утврди да правни посао садржи изјаве које су нејасне, двосмислене или неразумљиве дужан је да на то упозори странке, као и да ово упозорење унесе у исправу уколико странке остану при таквим изјавама.⁷⁷¹ У случају да наведени услови из ст. 1 нису испуњени или да се

⁷⁶⁹ Вид. о томе у делу о функцијама форме уговора.

⁷⁷⁰ Чл. 172, ст. 1 ЗВП.

⁷⁷¹ У овом члану могу се уочити недоследности у погледу коришћења појединих термина. Тако у ст. 1 пише да је јавни бележник дужан да „странкама“ објасни смисао правног посла (...) иако се у ЗВП укључујући и остале ставове чл. 172 користи термин „учесници“. Осим тога, у ст. 3 користи израз „нејасне, неразумљиве или двосмислене одредбе“, а у ст. 4 у овом контексту уместо „одредбе“ користи термин „изјаве“.

странка успротиви уношењу упозорења на нејасност, неразумљивост или двосмисленост изјаве јавни бележник одбија састављање исправе.⁷⁷²

Поучавање странака о правним последицама уговора који закључују не може се јасно одвојити од формулисања текста изјава воља уговорних страна због тога што се они међусобно преплићу. Функција поучавања обухвата претходно истраживање намера уговорних страна, утврђивање циља који настоје да постигну закључењем уговора, а потом и указивање странкама на правне последице и евентуалне ризике које његово закључење носи са собом. Истраживање намера и правних циљева уговорних страна свакако претходи формулисању текста уговора јер на основу тога нотар утврђује коју врсту уговора стране желе да закључе. И само поучавање о правном домаћају уговора треба да претходи формулисању текста јер на основу њега странке треба да донесу коначну одлуку о томе да ли заиста желе да закључе предметни уговор. Међутим, оно се ту не завршава јер и током састављања текста уговора нотар може странкама да пружа додатна појашњења самостално или на основу њихових питања, те уколико је потребно, упозорава странку на нејасност или двосмисленост изјаве. Штавише, поучавање надживљава фазу писмене редакције и залази и у наредну фазу, фазу признавања јавнобележничког записа.

2.2.2.3. Фаза признавања јавнобележничког записа

Након формулисања текста исправе следи стадијум признавања за који се у теорији каже да представља најзначајнији део поступка састављања јавнобележничке исправе.⁷⁷³ Он се означава и термином „рекогниција“. У нашем праву, као и у немачком и аустријском⁷⁷⁴, овај стадијум поступка састављања јавнобележничког записа састоји се из три дела: читања, саглашавања и потписивања јавнобележничког записа.

2.2.2.3.1. Читање јавнобележничког записа

Овај део поступка признавања служи томе да се странке упознају са садржином записа који је, по њиховом казивању, саставио јавни бележник. У делу о јавнобележничким исправама у упоредном праву већ је поменуто да је читање садржине јавнобележничког записа изузетно важно јер странке тада могу да провере да ли је нотар

⁷⁷² Чл. 172, ст. 2 и 4 ЗВП.

⁷⁷³ Дејан Б. Ђурђевић, „Признање нотарског записа“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012, 160; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 148 са даљим упућивањем.

⁷⁷⁴ Вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

у запис на одговарајући начин унео њихове изјаве. Оне имају још једну прилику да поставе питања јавном бележнику. Такође, приликом читања и јавни бележник има прилику да уочи и отклони евентуалне грешке и недостатке у тексту и у том циљу да постави питања и тражи од странака додатне информације и појашњења.

Иако су у првобитној верзији ЗЈБ постојале одредбе о поступку сачињавања јавнобележничке исправе, међу њима није била и одредба којом би се на општи начин уредио поступак рекогниције и начин упознавања странака са садржином исправе. На тај недостатак указао је у свом раду *Д. Ђурђевић*.⁷⁷⁵ Он је тумачењем правила о посебном поступку рекогниције, према којем се странка која је глува или глувонема са садржином исправе упознаје тако што је сама чита, утврдио да у редовном поступку рекогниције странкама нотар чита исправу.⁷⁷⁶

Изменом из 2014. године чл. 72-81 о састављању јавнобележничке исправе брисани су из ЗЈБ, те је ово питање регулисано одредбама ЗВП. У чл. 173, ст. 1 овог закона је предвиђено да „исправа мора бити прочитана учеснику у присуству јавног бележника“. У ст. 3 истог члана стоји да „учесник може захтевати да лично прочита исправу пре него што је призна и потпише“. Дакле, овом одредбом је дат јасан одговор на питање на који начин се странке у поступку сачињавања јавнобележничког записа упознају са његовом садржином. Иако је исто правило важило и пре измене из 2014. године, наведеном одредбом ЗВП отклоњене су евентуалне недоумице и потврђено је да у српском праву прихваћено решење које важи и у немачком, и аустријском праву. У том смислу, јавнобележнички запис не читају странке саме, већ је неопходно да им његова садржина буде прочитана од стране другог лица. Из наведене одредбе ЗВП произлази да то не мора бити јавни бележник, али је нужно да он присуствује читању исправе. У складу са чл. 180, ст. 1 ЗВП, уколико странке уговору који закључују у форми јавнобележничког записа прилажу карте, скице, планове, техничке цртеже, узорке и сличне прилоге, они се, уместо читања, дају странкама да их лично прегледају.

Слично решењу из немачког права, и у нашем ЗВП предвиђена је могућност ограниченог читања исправе када се у правном послу о којем се сачињава исправа упућује на другу исправу која је састављена, односно потврђена пред судом или јавним бележником. У овом случају, јавни бележник не чита садржину исправе на коју се упућује под условом да странке изјаве да им је садржина дате исправе позната.⁷⁷⁷ Он је

⁷⁷⁵ Д. Ђурђевић, „Признање нотарског записа“, 171-174.

⁷⁷⁶ *Ibid*, 174-178.

⁷⁷⁷ Чл. 181, ст. 1 ЗВП.

дужан да у исправу унесе напомену да су странке то изјавиле непосредно изнад места предвиђеног за потписе страна и осталих учесника поступка. Истим чланом ЗВП предвиђено је на овај начин поступа и када се у правном послу упућује на законе, друге правне прописе, судске одлуке и друге појединачне акте државних органа или организација којима је поверено вршење јавних овлашћења.⁷⁷⁸ Како се наведеним чланом ЗВП посебно регулише ситуација у којој јавни бележник не мора да чита прилоге, може се закључити да је он, по правилу, дужан да странкама прочита исправу у целисти укључујући и све прилоге на које се у њој упућује. Овај изузетак из чл. 181 ЗВП свакако има исти циљ као и §13а нЗПотИсп у немачком законодавству. На овај начин настоји се растеретити поступак састављања јавнобележничког записа од дуготрајног и сувопарног читања целокупне садржине уговора укључујући прилоге и сачувати концентрација странака за важне делове уговора.⁷⁷⁹ Међутим, то не значи да је јавни бележник ослобођен дужности да упозори странке на правне последице упућивања. Његова дужност поучавања односи се на укупан правни домаћај уговора укључујући и правне последице и евентуалне ризике који произлазе из садржине исправе на које се у њему упућује. Док се ова могућност у немачком праву ограничава на „изјаве воље које су садржане у исправу на коју се упућује“ у нашем чл. 181 ЗВП то није прецизно дефинисано. Чини се да се ова одредба не односи само на изјаве јер се она примењује и на ситуације када се у запису упућује на закон, други пропис или одлуку надлежног органа. Такође, није одређено ни да ли, уколико се упућује на приватну исправу, она стиче својство јавне исправе. У нашем закону није изричито предвиђено ни да се исправе на које се упућује сматрају делом садржине записа који се саставља, нити се прави разлика између „упућивања“ и „позивања и другу исправу“ као што је то случај у немачком праву. На крају, није одређено ни то да странке морају изричито да се одрекну читања исправе на коју се упућује, већ само да изјаве да им је позната њена садржина.⁷⁸⁰

С обзиром на то да у закону нема других правила која се односе на овај део поступка рекогниције и која би евентуално могла наводити на другачији закључак, сматрамо да су за наше право прихватљиви ставови немачке и аустријске теорије и

⁷⁷⁸ Чл. 181, ст. 2 и 3 ЗВП.

⁷⁷⁹ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁷⁸⁰ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

судске праксе о појединим питањима у вези са читањем јавнобележничког записа странкама која у одредбама нашег закона нису изричито регулисана.⁷⁸¹

У том смислу, треба прихватити став према којем за испуњење обавезе читања исправе странкама није довољно да њен текст буде прочитан са монитора рачунара, већ да је потребно да то буде одштампан документ који ће странке потписати, уколико се сагласе са његовом садржином. На овај начин отклања се ризик да омашком јавног бележника или лица запосленог у његовој канцеларији буде одштампана друга верзија уговора, а не она која је странкама прочитана, те да странке потпишу документ чија је садржина другачија од оне са којом су се странке сагласиле. Осим људског фактора, узрок неподударности између прочитане и штампане верзије може бити и последица неког техничког недостатка, грешке у софтверу и сл.⁷⁸² Због тога је важно да се странкама прочита текст изворника јавнобележничког записа који ће оне потом потписати. Такође, ни пуштање тонског записа не може заменити читање исправе странкама будући да би у том случају изостао један од најважнијих разлога постојања дужности читања исправе, а то је давање прилике за додатна питања и разјашњења у вези са прочитаним текстом.

Имајући у виду значај овог дела поступка састављања јавнобележничког записа странке не могу да се одрекну читања исправе. Из истог разлога, изостанак овог стадијума има за последицу ништавост јавнобележничког записа.⁷⁸³

2.2.2.3.2. Сагласност странака

Након што им се прочита текст исправе странке треба са њиме да се сагласе, односно да признају исправу. Као што је приказано у претходном делу рада, у немачком и аустријском праву није нужно да странке своју сагласност изјаве усмено, већ је довољно да то учине и конклюдентном радњом.⁷⁸⁴ Ипак, наш законодавац није оставио места тумачењу. У чл. 173, ст. 2 ЗВП предвиђено је да учесник „усмено изјављује да је његова воља у свему верно унета и потписује се“. Тиме се избегавају било какве спорне ситуације и евентуално оспоравање пуноважног настанка јавнобележничког записа услед изостанка сагласности странке са садржином исправе која јој је прочитана. Напомену о томе да су све прописане радње предузете нотар ставља на месту непосредно

⁷⁸¹ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁷⁸² Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 154.

⁷⁸³ *Ibid*, 153.

⁷⁸⁴ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

изнад места које је намењено потписима странака и других учесника поступка састављања јавнобележничког записа.⁷⁸⁵

2.2.2.3.3. Потписивање исправе

Стављањем потписа окончава се поступак састављања јавнобележничког записа и закључења уговора. Под потписом се подразумева својеручни потпис. За разлику од обичне писане форме код које се, према ставовима појединих домаћих аутора, у одређеним случајевима, прихвата и коришћење факсимила уместо стављања својеручног потписа⁷⁸⁶, код сачињавања јавнобележничког записа нема места разматрању таквих решења. Неспорно је да потпис мора бити својеручан. Међутим, садржина својеручног потписа није изричито регулисана. По правилу, потпис би требало да садржи и име, и презиме јер се на тај начин може најлакше индивидуализовати потписник. Ипак, у пракси се не инсистира на потпуности својеручног потписа, те се толерише и када се лице потпише првим словом имена и презименом, или само презименом. Према *Перовићу*, од потпуног потписа може се одступити увек када се на основу њега може индивидуализовати потписник и када се таквим потписом не буди сумња у озбиљност изјављене воље.⁷⁸⁷ Тако, и према *Визнеру*⁷⁸⁸, може се прихватити и потпис који садржи само презиме, или псевдоним, па чак и само име имајући у виду могућност индивидуализације лица и одражавања озбиљности намере према околностима конкретног случаја. Наведена схватања односила су се на потписе као елемент обичне писане форме уговора. Чини се исправним схватање да стандард за потпис који би одговарао услову форме не треба да буде престрог како би се спречило оспоравање важности исправе, односно уговора због незнатних недостатака. Али, као што је о овом питању у немачкој литератури навео *Ренер*, како би се сачувала правна извесност и правна сигурност потребно је да појам „својеручни потпис“ сачува своје контуре.⁷⁸⁹ Стога, иако јавни бележник претходно утврђује идентитет странака и других учесника поступка и уверава се да исправу потписују она лица која су и означена у исправи, не делује претерано строго захтев да у својеручном потпису буде садржано макар презиме потписника.

⁷⁸⁵ Чл. 173, ст. 4 ЗВП.

⁷⁸⁶ Вид. о томе у делу рада о писаној форми уговора.

⁷⁸⁷ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 64.

⁷⁸⁸ Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним односима*, 333.

⁷⁸⁹ Т. Renner, § 13, Rn. 33-35. Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

Као и у немачком и аустријском, ни у нашем праву се не захтева да потпис буде читак. Да ли је потпис једног лица читак другим лицима је врло релативна ствар, те би и постављање критеријума према којем би се у конкретном случају ценило да ли је тај услов испуњен било изузетно тешко.⁷⁹⁰ Осим тога, потпис подразумева постојање одређеног степена индивидуалности. Када потез оловком који лице прави у циљу стављања потписа не представља било какав израз личности и индивидуалности, он се не може сматрати потписом.⁷⁹¹

Уколико су учествовали у поступку састављања јавнобележничког записа, поред странака и јавног бележника, на исправи се потписују и судски преводилац, тумач, позвани сведок, сведок идентитета, пуномоћник, законски заступник и овлашћено лице органа старатељства.⁷⁹² Од наведених учесника, печате осим потписа стављају и судски преводилац⁷⁹³ и тумач⁷⁹⁴. У случају када се јавнобележнички запис састоји од више страница, странке и јавни бележник потписују сваку страницу, док се остали учесници потписују само на последњој страници исправе.⁷⁹⁵ Јавни бележник последњи потписује исправу, а осим потписа, на последњој страници исправе ставља и потпис и штамбиљ. Уколико он пропусти да стави својеручни потпис и печат, такав јавнобележнички запис нема правно дејство јавне исправе.⁷⁹⁶

2.2.2.3.4. Ванредни поступак признавања

Ванредни поступак признавања исправе спроводи се када у својству странке учествује лице са посебним потребама. С обзиром на елементе из којих се састоји редовни поступак, странком са посебним потребама у контексту састављања јавнобележничког записа сматра се „странка која у моменту састављања

⁷⁹⁰ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 65.

⁷⁹¹ Немачки виши земаљски суд у Нирнбергу је одбацио као недопуштену жалбу која је била исписана на пословним папирима пуномоћника туженог и потписана закривљеном линијом. Суд је утврдио да такав „талас“ не указује довољно на идентитет лица од којег потиче. Написана линија указивала је тек на прву половину првог слова презимена пуномоћника, те није била видљива намера да се лице потпише пуним именом. Стога она, према схватању овог суда, представља параф, а не потпис. Вид. из закључка Савезног суда Немачке бр. VGН V ZB 96/07 од 21. фебруара 2008. године.

⁷⁹² Чл. 68 ЗЈБ. У ст. 5 овог члана пише да „пре јавног бележника, исправу потписују странке, а сведоци тумачи, преводиоци, законски заступници, пуномоћници и овлашћена лица органа старатељства – онда када је то овим законом одређено“. Из ове одредбе произлази да се термин „странка“ користи у материјалном смислу, а не у формалном будући да се посебно наводе законски заступници и пуномоћници.

⁷⁹³ Чл. 177, ст. 3 ЗВП.

⁷⁹⁴ Чл. 178, ст. 3 ЗВП. Иако је у чл. 178 четврти по реду, овај став је у закону погрешно нумерисан бројем три као и став који му претходи.

⁷⁹⁵ Чл. 68а, ст. 1 ЗЈБ.

⁷⁹⁶ Чл. 69 ЗЈБ.

јавнобележничког записа није способна да чује, види, говори, пише, чита и комуницира на језику на којем се саставља јавнобележничка исправа“.⁷⁹⁷

*Када странка није у стању да говори исправа јој мора бити прочитана у присуству јавног бележника и једног позваног сведока. Уколико је сагласна са садржином прочитане исправе, на питање јавног бележника да ли је њена воља у свему верно унета у исправу странка треба да да потврдан одговор климањем главом или на други несумњив начин. Након тога потписује исправу.*⁷⁹⁸

*Странка која није у стању да чује упознаје се са садржином исправе тако што је сама чита у присуству јавног бележника и још једног сведока. Ако сматра да садржина исправе коју је прочитала потпуно и верно одражава њену вољу признаје исправу и потписује је.*⁷⁹⁹

*Када странка није у стању да чита или пише због слабовидости, неписмености или из неког другог разлога потребно је да читању исправе, поред јавног бележника присуствују и два позвана сведока. По читању исправе, странка је признаје и ставља потпис.⁸⁰⁰ Ако није у стању да се потпише, странка ставља отисак кажипрста десне руке. Странка која нема кажипрст десне руке, ставља отисак другог прста десне руке који има према следећем редоследу: средњи прст, прстењак, мали прст и палац, а ако нема десну шаку ставља отисак прста леве руке према истом редоследу. Када уопште није у стању да стави отисак прста, странку потписује један од позваних сведока. Јавни бележник у исправи ставља напомену о начину на који је странка потписала исправу.*⁸⁰¹

*Странки која не зна језик који је у службеној употреби јавнобележнички запис мора бити прочитан посредством судског преводиоца, у присуству јавног бележника и два позвана сведока који знају службени језик и језик странке. Ако не познаје судског преводиоца лично, јавни бележник утврђује његов идентитет увидом у личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ с фотографијом. Да су садржина исправе, одговори и објашњења јавног бележника верно пренети странки судски преводилац потврђује стављањем свог потписа и печата.*⁸⁰²

Ако код странке постоји више различитих недостатака, те није у стању да чује, а ни да чита исправа јој мора бити прочитана преко тумача, уз присуство јавног

⁷⁹⁷ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 159.

⁷⁹⁸ Чл. 174 ЗВП.

⁷⁹⁹ Чл. 175 ЗВП.

⁸⁰⁰ Чл. 176 ЗВП.

⁸⁰¹ Чл. 179 ЗВП.

⁸⁰² Чл. 177 ЗВП.

бележника и два позвана сведока. Позвани сведоци морају да знају језик на којем је састављена исправа и да се споразумеју са странком. Попут судског преводиоца, и тумач својим потписом и печатом потврђује да је садржину исправе, као и све одговоре и објашњења јавног бележника странки верно пренео.⁸⁰³ Разлог због којег странка не може да чита није релевантан. Када исправа садржи карте, скице, планове и сл. прилоге, а странка није у стању да види, њихова садржина мора бити описана странки у присуству јавног бележника и два позвана сведока.⁸⁰⁴

2.3. Садржина јавнобележничког записа

У чл. 84, ст. 1 ЗЈБ наведени су обавезни елементи јавнобележничког записа.⁸⁰⁵ Према овој одредби, у јавнобележничком запису треба да буду садржани подаци о јавном бележнику и његова изјава да поступа у том својству, подаци о странкама, њиховим законским заступницима, пуномоћницима, односно заступнику правног лица, сведоцима, преводиоцима, тумачима, као и подаци о начину утврђивања идентитета ових лица. Јавнобележнички запис садржи и текст правног посла који се у овој форми саставља, означање исправа које су му приложене, као и изјаву да су странке и други учесници поучени о садржини и последицама правног посла, да су странке упозорене на

⁸⁰³ Чл. 178 ЗВП.

⁸⁰⁴ Чл. 180 ЗВП.

⁸⁰⁵ „Јавнобележнички запис садржи:

- 1) име и презиме јавног бележника, изјаву да поступа у својству јавног бележника и ознаку седишта јавног бележника;
- 2) име и презиме, податке о месту и датуму рођења, као и о адреси и пребивалишту странака у поступку које закључују правни посао или дају изјаву или сачињавају завештање, име и презиме, адресу и пребивалиште законског заступника и пуномоћника странке, односно назив и седиште странке - правног лица и име и презиме, адресу и пребивалиште његовог заступника;
- 3) податке о начину утврђивања идентитета странака, сведока, законских заступника и других учесника;
- 4) име и презиме, адресу и пребивалиште сведока, преводиоца и тумача ако су учествовали у поступку састављања јавнобележничког записа и податке о начину утврђивања њиховог идентитета и основа заступања;
- 5) текст садржине правног посла, завештања (тестамент) или изјаве, односно запис о поништају изгубљене, уништене или оштећене исправе;
- 6) означање исправа које се прилажу јавнобележничком запису, као што су пуномоћја, изводи из матичних књига, катастра непокретности, земљишних и других јавних књига;
- 7) датум и час, као и место састављања јавнобележничког записа, ако се запис саставља ван јавнобележничке канцеларије;
- 8) изјаву да су странке, а кад је потребно и други учесници, поучени о садржини и правним последицама правног посла, завештања (тестамент) или изјаве, као и да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале;
- 9) потписе странака, законских и других заступника, пуномоћника, тумача и других учесника;
- 10) потпис јавног бележника, као и печат и штамбил јавног бележника.

Јавнобележнички запис који не садржи податке одређене у ставу 1. тач. 1), 2), 7), 8), 9) и 10) овог члана нема својство нити правно дејство јавне исправе.

Јавнобележнички запис који не садржи ни податке из става 1. тачка 5) овог члана сматра се непостејећим.“

нејасност, неразумљивост и двосмисленост њихових изјава, те да су и поред тога остале при датим изјавама. На крају, у њему треба да буду садржани и датум, час, као и место састављања уколико се саставља ван јавнобележничке канцеларије, потписи странака, законских и других заступника, пуномоћника, тумача и других учесника, као и потпис, печат и штамбиљ јавног бележника.

У ст. 2 овог члана наведени су елементи који морају постојати у јавнобележничком запису да би он имао својство јавне исправе. Тако ће јавнобележнички запис бити без својства и дејства јавне исправе када у њему нису наведени подаци о јавном бележнику, странкама, њиховим заступницима и пуномоћницима, датум, час и место састављања записа, изјава о поучавању о правном послу и упозорењу на нејасне, неразумљиве и двосмислене изјаве странака, као и када не садржи потписе учесника поступка и потпис, печат и штамбиљ јавног бележника.

Уколико пак у јавнобележничком запису није садржан ни текст правног посла који се у овој форми закључује он се, према ст. 3 истог члана, сматра непостојећим.

Од садржине јавнобележничког записа зависи друго важно својство – својство извршне исправе. Јавнобележнички запис може бити извршна исправа под условом да је у њему утврђена обавезана чинидбу и да садржи изјаву лица које се обавезује да се на основу те исправе, по доспелости обавезе, може непосредно спровести принудно извршење.⁸⁰⁶

2.4. Јавнобележнички запис до измене ЗЈБ из 2015. године

Као што је наведено, измена од значаја за поступак састављања јавнобележничких исправа наступила је доношењем Закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку 2014. године када су престали да важе чл. 72-81 ЗЈБ којим су била уређена ова питања. Са друге стране, Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву из 2015. године донео је значајне промене са становишта круга правних послова за које се захтева форма јавнобележничког записа.

До доношења овог закона у чл. 82, ст. 1 било је предвиђено да се „у облику јавнобележничког записа сачињавају нарочито: 1) уговор о имовинским односима између супружника; 2) уговори о имовинским односима између ванбрачних партнера;

⁸⁰⁶ Чл. 41, ст. 6 Закона о извршењу и обезбеђењу – ЗИО (Сл. гласник РС, бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење, 113/2017 - аутентично тумачење и 54/2019), чл. 85, ст. 1 ЗЈБ. О јавнобележничким исправама као извршним исправама вид. у Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Београд 2022, 200-207.

3) споразуми о деоби заједничке имовине супружника или ванбрачних партнера; 4) споразуми о законском издржавању, у складу са законом; 5) уговори о располагању непокретностима лица која су пословно неспособна; 6) уговори о уступању и расподели имовине за живота; 7) уговори о доживотном издржавању; 8) обећање поклона и уговори о поклону за случај смрти; 9) други правни послови и изјаве за које закон одређује да морају бити закључени у облику јавнобележничког записа, по законима и другим прописима који уређују њихово сачињавање“. Ст. 2–4 овог члана задржани су и након измене, те и данас важе у неизмењеном облику.

Док су у чл. 82, ст. 1 били наведени правни послови који су *морали* бити сачињени у форми јавнобележничког записа јер у супротном не би производили дејство, чл. 83 је садржао списак правних послова који су *могли* бити сачињени у овој форми. Ст. 1 овог члана првобитно је гласио: „У облику јавнобележничког записа, поред других облика који су предвиђени законом могу се закључити, сачинити или дати: 1) уговори о располагању непокретностима; 2) уговори о располагању покретним стварима или правима; 3) изјаве и располагање имовином ради оснивања задужбине, односно фондације за живота или за случај смрти оснивача задужбине односно, фондације; 4) запис о поништају изгубљених, уништених или оштећених исправа; 5) завештање (тестамент); 6) изјава којом се нужни наследник искључује из наследства; 7) изјава којом се нужни наследник лишава наследства; 8) изјава да се поклон дат законском наследнику неће урачунавати у његов наследни део, у складу са законом; 9) изјава да се дуг будућег наследника неће урачунавати у његов наследни део, у складу са законом; 10) изјава о признању очинства као и изјава о сагласности са признатим очинством; 11) изјава о пристанку на поступак биомедицински потпомогнутог оплођења; 12) други правни послови и изјаве за које закон одређује да се могу закључити или дати у облику јавнобележничког записа“.

На први поглед, могло би се констатовати да је члан у којем се наводе правни послови који *могу* бити закључени у најстрожој форми непотребан. Ово због тога што је за одређени правни посао довољно одредити најблажу врсту форме у којој *мора* бити закључен, а лица која их закључују су слободна да се определе за строжи облик од законом захтеваног. Наиме, на почетку рада било је речи о томе да могућност уговарања строже форме од законом предвиђене представља вид манифестације слободе уговарања. Такође, речено је и да се строжом формом увек може заменити блажа јер садржи све елементе као и потоња, али уз њих обухвата додатне формалности којима се остварује нека додатна функција форме, односно постиже већи степен заштите

одређеног интереса. Међутим, из начина на који је био формулисан уводни део чл. 83, ст. 1, као и тач. 12 овог става произлази то да је могућност закључења уговора у форми јавнобележничког записа била ограничена само на случајеве предвиђене законом. Он указује на то да стране током важења ових одредаба не би могле да у форми јавнобележничког записа закључе уговор који је иначе неформалан или за који је предвиђена блажа форма. Стога, форма јавнобележничког записа је према тадашњој редакцији овог члана била изузетак од наведеног правила о замени блаже форме строжом, те је и слобода уговарања страна у том смислу трпела додатно ограничење. Можда се у томе налази корен дилеме судске праксе у погледу могућности пуноважног закључења уговора о располагању непокретностима у форми јавнобележничког записа након што је за ове уговоре прописана само форма солемнизоване приватне исправе.⁸⁰⁷

Чл. 83 ЗЈБ је први пут измењен 2013. године⁸⁰⁸ брисањем прве тачке која се односила на уговоре о располагању непокретностима, уз истовремено брисање речи „лица која су пословно неспособна“ из чл. 82, ст. 1, тач. 5 чиме је заправо форма јавнобележничког записа постала обавезна за све уговоре о располагању непокретностима, без обзира на њихову пословну способност. Ипак, 2014. године⁸⁰⁹ чл. 83 допуњен је још једним, 6. ставом у којем је било предвиђено да се „уговори и други правни послови којима се располаже непокретностима пословно способних лица закључују у облику јавнобележничког записа или у писменом облику који оверава јавни бележник у складу са прописима којима се уређује оверавање нејавне исправе (солемнизација)“. У чл. 82, ст. 1, тач. 5 опет су додате речи „лица која су пословно неспособна“ чиме је искључиво форма јавнобележничког записа опет постала обавезна само за уговоре о располагању непокретностима пословно неспособних лица.

Прва измена је извршена и пре почетка примене ЗЈБ, а друга само два месеца након тога. Узрок ових измена, као и вишеструког одлагања почетка примене закона може се наћи у значајним променама које је овај закон требало да унесе у до тада важећи систем, а тиме и у великом неповерењу које је постојало у јавности према новој правосудној професији. Посебан отпор пружали су адвокати који су ову новину у домаћем правном систему схватили као удар на њихову професију и узрок значајног умањења зараде у

⁸⁰⁷ Ова дилема отклоњена је Правним ставом усвојеним на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 25.10.2016. године.

⁸⁰⁸ Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву (*Сл. гласник РС*, бр. 19/2013) од 27. фебруара 2013. године.

⁸⁰⁹ Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву (*Сл. гласник РС*, бр. 121/2014) од 5. новембра 2014. године.

будућности. Наиме, за широк круг уговора, и то оних који су чести у пракси и за чије састављање су учесници у промету по правилу ангажовали адвокате, доношењем ЗЈБ као услов пуноважног настанка предвиђена је форма јавнобележничког записа. То је аутоматски значило и искључење учешћа адвоката у састављању уговора, с обзиром на то да исправу у потпуности саставља јавни бележник. Међу овим уговорима, посебно осетљиву тему представљали су уговори о промету непокретности који су због учесталости и висине вредности предмета били од великог значаја за адвокате. Због тога су се прве измене чл. 83 односиле управо на ову врсту уговора и биле усмерене на ублажавање обавезне форме за њихово закључење.

Ипак, измена из новембра 2014. године којом је за уговоре о располагању непокретностима предвиђена конкуренција форми јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе није била довољна да отклони незадовољство адвоката који су у знак протеста обуставили рад одмах по почетку примене ЗЈБ.

2.5. Уговори у форми јавнобележничког записа из чл. 82 и 83 ЗЈБ након измена и допуна ЗЈБ, ЗВП, ЗПН, ЗН и ПЗ од 22. јануара 2015. године

Штрајк адвоката потрајао је све до јануара 2015. године када су усвојене измене и допуне ЗЈБ, ЗВП, ЗПН, ПЗ и ЗН.⁸¹⁰ Ове измене односиле су се првенствено на форму правних послова. Тако је листа правних послова за које је у чл. 82 ЗЈБ била предвиђена обавезна форма јавнобележничког записа сведена на само три врсте правних послова: уговоре о располагању непокретностима пословно неспособних лица, споразуме о законском издржавању и уговоре о хипотеци или заложне изјаве које садрже изричиту изјаву обавезаног лица да пристаје на непосредно извршење судским или вансудским путем. За већину других правних послова из овог члана након измене захтева се форма солемнизоване приватне исправе. Тако су нпр. овом изменом из чл. 82 ЗЈБ брисане одредбе о уговору о уступању и расподели имовине за живота и уговору о доживотном издржавању, а истовремено је, изменом ЗН у чл. 184 и 195 овог закона за наведене уговоре предвиђена обавезна форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе. Исто тако, тачке које су се односиле на уговоре којима се регулишу имовински односи супружника и ванбрачних партнера обрисане су из чл. 82 ЗЈБ, док су

⁸¹⁰ Закони о изменама и допунама наведених закона објављени су у *Сл. гласнику РС* бр. 6/2015 од 21. децембра 2015. године.

одговарајуће одредбе ПЗ измењене тако што се за споразум о деоби заједничке имовине, брачни уговор и уговор о управљању и располагању заједничком имовином захтева форма солемнизоване приватне исправе при чему се ове одредбе сходно примењују и на имовинске односе ванбрачних партнера.⁸¹¹ За споразум о законском издржавању задржана је форма јавнобележничког записа из чл. 82 ЗЈБ, с тим што је у јануару 2015. учињена и одговарајућа измена чл. 161 ПЗ, тако да је форма овог споразума у оба закона регулисана на исти начин.⁸¹² Једини уговори за чији настанак је захтевана форма јавнобележничког записа, код којих се измена из јануара 2015. године није састојала у ублажавању форме и/или регулисању у другом пропису, већ у простом брисању из наведеног члана су обећање поклона и уговори о поклону за случај смрти. Тиме је форма ових уговора опет постала нерегулисана важећим прописом.⁸¹³

Чл. 83 у којем су били наведени правни послови који су, осим у другим врстама форме, могли бити закључени и у форми јавнобележничког записа у потпуности је избрисан. Од уговора и изјава који су били наведени у овом члану само је форма уговора и других правних послова о располагању непокретностима пословно способних лица и даље регулисана ЗЈБ, али међу одредбама којим се регулише солемнизација приватних исправа. Такође, након ове измене, у погледу уговора које закључују пословно способна лица у ЗЈБ се користи израз „промет непокретности“, а не „располагање непокретностима“. За наведене правне послове више нису алтернативно предвиђени јавнобележнички запис и солемнизована приватна исправа, већ се као обавезна форма захтева само ова потоња. Истовремено са овом изменом усвојена је и одговарајућа измена ЗПН, те је у чл. 4, ст. 1 овог закона предвиђено да се уговор о промету непокретности закључује у облику солемнизоване приватне исправе. Од других правних послова и изјава из чл. 83 ЗЈБ само су неки обухваћени изменом закона којим се регулише материја на коју се предметни правни посао или изјава односи. Тако је у ЗН унет чл. 111а којим је предвиђено јавнобележничко завештање за које се захтева форма јавнобележничког записа, док је у ПЗ измењен чл. 51, ст. 1, те је предвиђено да се изјава о признању очинства, осим пред матичарем, органом старатељства и судом може дати и пред јавним бележником, али није изричито наведено у ком облику.

⁸¹¹ Чл. 179, ст. 2, чл. 188, ст. 2, чл. 189, ст. 5 и чл. 191, ст. 2 ПЗ.

⁸¹² Чл. 161, ст. 3 ПЗ.

⁸¹³ О форми обећања поклона покретне ствари биће више речи у наставку рада.

Б. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИ ПОТВРЂЕНА (СОЛЕМНИЗОВАНА) ПРИВАТНА
ИСПРАВА

**1. Солемнизована приватна исправа у Закону о јавним бележницима
(нотарима) Краљевине Југославије (ЗЈБКЈ)**

У делу рада у којем је било речи о јавном бележништву у Краљевини Југославији поменуто је да је ЗЈБКЈ писан по угледу на аустријски аЗНот, као и да је листа правних послова за које се захтева форма јавнобележничког записа из § 52 ЗЈБКЈ састављена по угледу на тада важећу верзију § 1 аЗЈА. Тако је и у § 58 ЗЈБКЈ била предвиђена могућност потврђивања приватне исправе. У овом пропису коришћен је и термин „соленизација“ у складу са аустријским „Solennisierung“. Овим параграфом било је предвиђено да, када се не ради од правним пословима из § 52, „учесници у правном послу, сви или неки од њих, могу исправе о правном послу код јавног бележника потврдити“, као и да тако сачињена приватна исправа важи као јавнобележнички запис. Такође, уколико би била сачињена у складу за условима за извршност јавнобележничког записа из § 52 ЗЈБКЈ, важила би и као извршни јавнобележнички запис.

Да би потврдио приватну исправу било је потребно да претходно испита да ли су испуњени услови из §§ 35, 37, 56 и 57 овог закона. Домаћи законодавац је и у погледу ових услова остао доследан свом аустријском узору будући да су наведени параграфи готово идентични §§ 34, 36, 52 и 53 аЗНот којима се у тамошњем праву условљава солемнизација приватне исправе. Према § 58, ст. 3 ЗЈБКЈ, уколико су испуњени услови о облику јавнобележничке исправе из §§ 41-46 и § 72, ст. 1, тач. 2, 4, 6 и 7 којима су предвиђени обавезни елементи јавнобележничког записа исправа се потврђује тако што се на њу стављају подаци и напомене из § 72, ст. 1, тач. 1, 3 и 5 ЗЈБКЈ. Ове тачке односе се на податке о јавном бележнику, начин на који је утврдио идентитет странака и напомену да је јавнобележнички запис прочитан странкама, односно да су на други прописан начин упознате са његовом садржином, као и да су оне одобриле јавнобележнички запис. У овом случају солемнизације не саставља се посебан јавнобележнички запис о потврђивању приватне исправе.

Други начин потврђивања приватне исправе подразумева састављање посебног јавнобележничког акта и резервисан је за случај када нису испуњени претходно наведени услови. Тада се приватна исправа спаја са јавнобележничким актом и

представља његов саставни део, а приватну исправу потписују и јавни бележник, и сведоци.

Из наведених одредби § 58 ЗЈБКЈ о солемнизацији приватне исправе може се видети да се она у највећој мери ослања на аустријско решење, али су учињена и одређена одступања. Прво је изричито искључивање могућности солемнизације приватних исправа о правним пословима за које се захтева форма јавнобележничког акта у § 52 ЗЈБКЈ. У делу рада који се односи на солемнизацију приватне исправе у аустријском праву наведено је да ово питање није изричито регулисано, али да судска пракса на њега потврдно одговорила, док у доктрини та могућност није безрезервно прихваћена.⁸¹⁴ Друго одступање огледа се у томе што су у ЗЈБКЈ предвиђена два различита начина на која се приватна исправа може солемнизовати, док се у аустријском праву солемнизација врши само састављањем посебног јавнобележничког записа (*Mantelakt*) при чему се приватна исправа сматра његовим саставним делом.

2. Солемнизована приватна исправа у Закону о јавном бележништву (ЗЈБ)

2.1. Појам солемнизоване приватне исправе

Солемнизованом приватном исправом назива се исправа коју су сачиниле странке и која је потврдом од стране јавног бележника добила својство јавне исправе. Солемнизацијом јавни бележник потврђује да садржина исправе одговара вољи странке. У важећој верзији ЗЈБ ова врста форме захтева се за уговор о промету непокретности, уговор о хипотеци и заложну изјаву у којој није садржана изричита изјава обавезаног лица да пристаје на непосредно извршење, као и уговор којим се заснивају стварне и личне службености.⁸¹⁵ Међутим, форма солемнизоване приватне исправе као услов пуноважног настанка одређеног уговора може бити предвиђена и другим законом. Тако се нпр. у ЗН она захтева као обавезна форма за уговор о уступању и расподели имовине за живота, уговор о доживотном издржавању и уговор о преносу наследног дела.⁸¹⁶ У ПЗ је предвиђено да се споразум о деоби заједничке имовине супружника, брачни уговор и

⁸¹⁴ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у упоредном праву.

⁸¹⁵ Чл. 93, ст. 2 ЗЈБ.

⁸¹⁶ Чл. 184, ст. 1, 195, ст.1 и чл. 231, ст. 2 Закона о наслеђивању – ЗН (*Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003, 6/2015).

уговор о управљању и располагању заједничком имовином закључују у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе.⁸¹⁷

2.2. Поступак солемнизације приватне исправе

Поступак солемнизације приватне исправе врло је сличан поступку сачињавања јавнобележничког записа. У чл. 185, ст. 2 ЗВП је предвиђено да се на њега сходно примењују одредбе тог закона о састављању исправа. Најзначајнија разлика у односу на поступак састављања јавнобележничког записа је у томе што јавни бележник не формулише изјаве воље уговорних страна будући да су оне већ садржане у приватној исправи коју он треба да потврди. Због тога се у оквиру њега разликују две фазе: припремна и фаза признавања исправе.⁸¹⁸

2.2.1. Припремна фаза

2.2.1.1. Испитивање подобности приватне исправе за солемнизацију

У припремној фази нотар треба да испита да ли је поднета приватна исправа подобна за солемнизацију. Она се може солемнизовати уколико у њој није садржан уговор који мора бити закључен у форми јавнобележничког записа.⁸¹⁹ Поред тога, потребно је и да јавни бележник утврди да уговор није недопуштен, односно да није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.⁸²⁰ Приватна исправа мора да испуњава услове и у погледу форме. Она мора бити „одштампана на хартији, написана у складу са службеном употребом језика и писма и чије маргине су довољно широке да се може повезати јемствеником“.⁸²¹ Не сме да буде ни у једном делу „исправљена, преиначена, брисана, прецртана, уметнута или додата, односно која је поцепана, оштећена или сумњива по свом спољашњем облику“.⁸²² Уколико се састоји од више једнострано штампаних листова нотар је дужан да у солемнизационој клаузули стави одговарајућу напомену.

⁸¹⁷ Чл. 179, ст. 2, чл. 188, ст. 2 и чл. 189, ст. 5 Породичног закона - ПЗ (Сл. гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015).

⁸¹⁸ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 233.

⁸¹⁹ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 232.

⁸²⁰ Чл. 93ђ, ст. 1 ЗЈБ.

⁸²¹ Чл. 93г, ст. 1 ЗЈБ.

⁸²² Чл. 93г, ст. 2 ЗЈБ.

2.2.1.2. Утврђивање идентитета странака и других учесника поступка, постојања пословне способности и овлашћења за заступање

Као и приликом састављања јавнобележничког записа, на почетку поступка солемнизације јавни бележник треба да утврди идентитет странака и других субјеката. Такође, он је дужан и да испита да ли странке имају потребну способност и овлашћење за предузимање правног посла.⁸²³ Уколико у поступку солемнизације учествује заступник или пуномоћник уговорне стране (странка у формалном смислу), јавни бележник утврђује „да ли је заступник, односно пуномоћник пословно способан и овлашћен да предузме односни правни посао“.⁸²⁴ Идентитет странака и других субјеката, постојање пословне способности и овлашћења за заступање јавни бележник утврђује у складу са правилима ЗВП о састављању исправе која су већ анализирана у делу о јавнобележничком запису. У случају да нису испуњени услови који се односе на потребну пословну способност и овлашћење за заступање јавни бележник одбија да солемнизује исправу.⁸²⁵

2.2.2. Фаза признавања исправе

У овој фази, као и код састављања јавнобележничког записа, исправа мора бити прочитана странкама у присуству јавног бележника. Потом странке треба да се сагласе са њеном садржином, тј. да изјаве да она у свему и потпуно одговара њиховој вољи, а потом и потпишу.⁸²⁶ Осим приватне исправе, странке потписују и солемнизациону клаузулу. За читање исправе странкама, њихово одобравање и потписивање исправе такође важи претходно наведено у делу рада о јавнобележничком запису.

2.3. Солемнизациона клаузула

Да би приватна исправа стекла својство јавне исправе у овом поступку, потребно је да јавни бележник стави клаузулу о потврђивању (солемнизациона клаузула). Ова клаузула ставља се на посебну исправу која се потом јемствеником повезује са

⁸²³ Чл. 93д, ст. 1 ЗЈБ.

⁸²⁴ Чл. 93д, ст. 2 ЗЈБ. Из формулације ове одредбе може се закључити да законодавац подразумева да пуномоћник који изјављује вољу у име и за рачун лица које закључује правни посао мора бити пословно способан. О пословној способности пуномоћника биће речи у наставку рада, у делу о паралелизму форми пуномоћја и главног уговора.

⁸²⁵ Чл. 93д, ст. 3 ЗЈБ.

⁸²⁶ Чл. 93а, ст. 2.

приватном исправом коју су странке поднеле. Оба краја јемственика се причвршћују помоћу налепнице или печатног воска и оверавају печатом јавног бележника.⁸²⁷ У чл. 93б ЗЈБ прописана је садржина солемнизационе клаузуле. Она је готово идентична садржини јавнобележничког записа.⁸²⁸ Према овој одредби, и у солемнизационој клаузули потребно је навођење података о јавном бележнику, његова изјава да поступа у том својству, навођење података о странкама, њиховим заступницима, пуномоћницима, тумачима, преводиоцима, сведоцима, као и о начину на који је њихов идентитет утврђен, означавање исправа које се прилажу клаузули о потврђивању, датум, час и место потврђивања исправе. Такође, као у јавнобележничком запису, неопходно је да и у солемнизационој клаузули буде садржана изјава јавног бележника „да су странке, а кад је потребно и други учесници, поучени о садржини и правним последицама правног посла, као и изјаву да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале“. Поред претходно наведених, и потписи странака, законских и других заступника, пуномоћника, тумача и других учесника, као и потпис и печат јавног бележника део су садржине обеју исправа. Елементи по којима се ове исправе разликују представљају произлазе из основне разлике између двеју форми. Код јавнобележничког

⁸²⁷ Чл. 93в ЗЈБ. Ако се приватна исправа састоји из више листова, нотар је дужан да у клаузули назначи укупан број листова и страница приватне исправе. Солемнизациона клаузула се повезује заједно са свим листовима приватне исправе. Уз примерак приватне исправе који остаје код јавног бележника повезују се и један примерак клаузуле о потврђивању, као и све исправе које су јој приложене.

⁸²⁸ „Солемнизациона клаузула садржи:

- 1) име и презиме јавног бележника, назнаку да поступа у својству јавног бележника и податке о седишту јавног бележника;
- 2) име, презиме, датум рођења и адресу пребивалишта странака, односно назив и седиште странке - правног лица и име и презиме, адресу и пребивалиште његовог заступника;
- 3) начин на који је утврђен идентитет странака;
- 4) име, презиме, датум рођења и адресу пребивалишта заступника и начин на који је утврђен његов идентитет и овлашћење за заступање;
- 5) име и презиме и адресу пребивалишта сведока, преводиоца и тумача ако су учествовали у поступку потврђивања исправе и податке о начину утврђивања њиховог идентитета;
- 6) изјаву јавног бележника да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне усмено изјавиле да је њихова воља у свему верно унета и својеручно потписале исправу;
- 7) означавање исправа које се прилажу клаузули о потврђивању, као што су пуномоћја, изводи из матичних књига, катастра непокретности, земљишних и других јавних књига;
- 8) датум и час потврђивања исправе;
- 9) место потврђивања исправе, ако се потврђивање исправе врши изван јавнобележничке канцеларије;
- 10) изјаву да су странке, а кад је потребно и други учесници, поучени о садржини и правним последицама правног посла, као и изјаву да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале;
- 11) број под којим је потврђена исправа заведена у општи пословни уписник;
- 12) потписе странака, заступника, сведока, тумача и других учесника;
- 13) потпис и печат јавног бележника.

Клаузула о потврђивању приватне исправе која не садржи податке одређене у ставу 1. тач. 1), 2), 6), 8), 10), 11) и 12) овог члана нема својство нити правно дејство јавне исправе.“

записа то је текст уговора, а код солемнизационе клаузуле изјава јавног бележника да је приватна исправа прочитана странкама у његовом присуству, да су оне изјавиле да је њихова воља у свему верно унета и да су потписале исправу. Осим тога, у солемнизационој клаузули треба да буде наведен и број под којим је потврђена исправа заведена у општи пословни уписник.

У случају да у солемнизационој клаузули недостају елементи из чл. 93б, ст. 1, тач. 1, 2, 6, 8, 10, 11, 12 ЗЈБ, тј. подаци о јавном бележнику, странкама, изјава јавног бележника да је странкама прочитана исправа, да су се оне сагласиле и потписале је, датум и час потврђивања исправе, изјава јавног бележника о поучавању, број под којим је исправа заведена у општи пословни уписник или потписи странака, заступника, сведока, тумача и других учесника, она нема својство јавне исправе.⁸²⁹

2.4. Солемнизација приватне исправе пре измене ЗЈБ из јануара 2015. године

У првобитној верзији ЗЈБ из 2011. године солемнизација приватне исправе била је регулисана само једним чланом. У чл. 93 под називом „овера нејавне исправе (солемнизација)“ било је предвиђено да јавни бележник, овером даје нејавној исправи снагу јавне исправе, те да он овером потврђује да њена садржина одговара вољи странака и да су је оне својеручно потписале.⁸³⁰ За солемнизацију нејавне исправе изричито је захтевано да она има елементе из чл. 84 ЗЈБ којим се регулише садржина јавнобележничког записа, као и да буде сачињена у форми прописаној за јавнобележнички запис.⁸³¹

Случајеви у којима јавни бележник неће солемнизовати исправу били су предвиђени у ст. 4 овог члана. У овој одредби наведено је да „јавни бележник не оверава исправу ако је садржина исправе недопуштена по закону, ако сумња да је њена садржина привидна, да се предузима ради избегавања законских обавеза или противправног оштећења трећег лица, као и ако је страна у правном послу из исправе лице за које зна или је дужан знати да због малолетства или другог законског разлога не може пуноважно закључивати правне послове, изузев ако у поступку овере учествује законски заступник тог лица и ако постоје све остале потребне сагласности“.

⁸²⁹ Чл. 93б, ст. 2.

⁸³⁰ Чл. 93, ст. 1 и 2 ЗЈБ до измене Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележништву од 22. јануара 2015. године (*Сл. гласник РС*, бр. 6/2015).

⁸³¹ Чл. 93, ст. 3 ЗЈБ до измене Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележништву од 22. јануара 2015. године.

Уколико би јавни бележник сматрао да странка нема право да закључи правни посао из нејавне исправе, он је био дужан да упозори странке на то и „да то упозорење назначи поред оверене исправе“.⁸³² У ст. 6 било је прописано да о жалби странке због одбијања овере нејавне исправе одлучује Комора. Овера нејавне исправе (у данашњој редакцији ЗЈБ: солемнизациона клаузула) према тада важећем чл. 93, ст. 7 састојала се из изјаве јавног бележника да садржина исправе одговара вољи странака и да су странке пред њим ставиле свој потпис или отисак прста у складу са одредбама овог закона о потписивању јавнобележничких исправа, својеручног потписа јавног бележника, отиска печата и штампбиља јавног бележника, уписа деловодног броја уписника, као и места и датума овере. У последњем ставу чл. 93 још једном је наведено да нејавна исправа постаје јавна уколико се овери у складу са одредбама тог члана.

Осим наведеног члана који је у потпуности посвећен солемнизацији, односно овери нејавне исправе, она се у тада важећој редакцији закона помиње још само у члановима којим се регулише извршност јавнобележничког записа⁸³³, послови које обавља јавнобележнички помоћник⁸³⁴ и издавање отправка и преписа јавнобележничке исправе⁸³⁵. Овде одредбе су исте као и у важећој верзији ЗЈБ, с тим што је из члана који се тиче извршности јавнобележничког записа брисана друга реченица ст. 5 која је гласила: “ако је изјава обавезаног лица о подвргавању непосредном извршењу у приватној изјави нејасна или ако је изостала, на захтев лица које се обавезује, изјаву у продужетку приватне исправе, уз посебан потпис обавезаног лица испод таквог додатка, уноси јавни бележник“.⁸³⁶ Први део ове одредбе према којем и солемнизована приватна исправа може бити извршна исправа уколико испуњава услове из ст. 1 тог члана који се захтевају за извршност јавнобележничког записа задржан је и након наведене измене.

2.5. Промене у институту солемнизације приватне исправе као последица измене ЗЈБ из 2015. године

Из наведених одредби првобитне верзије чл. 93 ЗЈБ видљиво је да у време доношења овог закона намера законодавца није била да предвиди форму солемнизоване приватне исправе као посебну врсту форме која би за поједине уговоре била предвиђена

⁸³² Чл. 93, ст. 5 ЗЈБ до измене Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву од 22. јануара 2015. године.

⁸³³ Чл. 85 ЗЈБ.

⁸³⁴ Чл. 42 ЗЈБ.

⁸³⁵ Чл. 109 ЗЈБ.

⁸³⁶ Чл. 85, ст. 5 ЗЈБ до измене Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву од 22. децембра 2015. године (*Сл. гласник РС*, бр. 106/2015).

као „примарна“ обавезна форма као што је то нпр. код уговора о промету непокретности. У овом члану нису били наведени правни послови за које би ова форма била обавезна, већ је такав списак био садржан само у члановима у којима су били набројани правни послови који су морали (чл. 82) или могли (чл. 83) бити сачињени у форми јавнобележничког записа. Међутим, наведене одредбе претрпеле су значајне измене ступањем на снагу новог Закона о изменама и допунама Закона о јавном бележништву 22. јануара 2015. године услед штрајка адвоката који је уследио одмах након почетка примене ЗЈБ, 1. септембра 2014. године. Чл. 83 је избрисан у потпуности, док је листа правних послова који морају бити закључени у форми јавнобележничког записа из чл. 82 значајно скраћена.

Ипак, ова измена ЗЈБ је још више утицала на начин на који је била регулисана солемнизација приватне исправе. Чини се да је она довела до измене самог концепта овог института у нашем правном систему. Наиме, одредбе из прве верзије чл. 93 ЗЈБ указују на то да је пре измене начин на који је *улога солемнизоване приватне исправе* била сличнија оној из аустријског права у којем се таква исправа не посматра као посебна врста форме, самостална у односу на јавнобележнички запис, већ као исправа која је поступком солемнизације стекла својства јавнобележничког записа. Са друге стране, *поступак солемнизације* у то време није био близак аустријском моделу који подразумева сачињавање јавнобележничког записа којим се потврђује приватна исправа и сматра његовим саставним делом. Он је, чини се, био сличнији начину потврђивања исправе из § 58, ст. 3 ЗЈБКЈ. Солемнизација се у овом случају није вршила састављањем јавнобележничког записа, већ навођењем на самој приватној исправи података о јавном бележнику, стављањем напомене о начину како је утврдио идентитет странака и других учесника поступка и о томе да су странке на законом прописан начин упознате са садржином исправе и да су је одобриле.⁸³⁷ То је било довољно јер је сама приватна исправа морала по садржини и форми да одговара јавнобележничком запису.⁸³⁸

Изменом чл. 93 ЗЈБ и увођењем нових чланова 93а-93ђ *улога солемнизоване приватне исправе* удаљава се од оне из аустријског права. Постаје израженија њена улога посебне врсте форме уговора која је самостална у односу на јавнобележнички запис и која се по захтевности и својствима налази између њега и овере потписа. Овај закључак произлази из тога што су у новој редакцији чл. 93 ЗЈБ наведени уговори и

⁸³⁷ §72, ст. 1, 3 и 5 ЗЈБКЈ.

⁸³⁸ Чл. 93, ст. 3 ЗЈБ до измене Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележништву од 22. јануара 2015. године (*Сл. гласник РС*, бр. 6/2015).

изјава воље који морају бити закључени у овој форми. Осим тога, из овог члана обрисане су одредбе које су се односиле на услове и поступак солемнизације, а међу њима и ст. 3 који је експлицитно упућивао на обавезне елементе јавнобележничког записа из чл. 84, као и форму која је за њега прописана. Уместо тога, новим чл. 93а-93ђ посебно су уређени поступак солемнизације приватне исправе и садржина солемнизационе клаузуле. Након ове измене, клаузула којом се потврђује исправа постаје много садржајнија. Она је по подацима, изјавама и напоменама које се у њу уносе врло слична јавнобележничком запису. У том смислу, може се рећи да је у погледу *поступка солемнизације* дошло до удаљавања од решења из § 58, ст. 3 ЗБКЈ и приближавања аустријском решењу будући да подразумева састављање посебне јавнобележничке исправе која се јемствеником повезује са поднетом приватном исправом.⁸³⁹

3. Различити модели солемнизације приватне исправе у домаћем и упоредном праву

Из наведених приказа решења из аустријског аЗНот, ЗБКЈ из Краљевине Југославије и српског ЗЈБ пре и после измене из 2015. године може се препознати неколико различитих модела у погледу поступка, улоге солемнизације приватне исправе и њеног односа према форми јавнобележничког записа. Али како би се овај приказ употпунио потребно је претходно изложити и решење из хрватског и црногорског права.

3.1. О солемнизацији приватне исправе у хрватском праву

Приликом регулисања солемнизације приватне исправе хрватски законодавац се определио за модел најсличнији оном из ЗБКЈ. Чл. 59 хрватског Закона о јавном биљежничтву носи назив „потврда (солемнизација) приватних исправа“ и скоро је идентичан §58 ЗБКЈ.

Наиме, и у хЗЈБ предвиђена су два могућа начина солемнизације приватне исправе. Први је потврђивање приватне исправе без састављања посебног јавнобележничког записа (у хЗЈБ се користи термин „јавнобиљежнички акт“). За то је потребно да приватна исправа испуњава услове који се односе на облик јавнобележничке исправе и садржину јавнобележничког записа (чл. 43-48 и 69 хЗЈБ).⁸⁴⁰ Други начин резервисан је за ситуације

⁸³⁹ Чл. 93в ЗЈБ.

⁸⁴⁰ Чл. 59, ст. 3 хЗЈБ.

када приватна исправа не испуњава наведене услове. Тада се приватна исправа солемнизује састављањем посебног јавнобележничког записа и чини његов саставни део.⁸⁴¹

Осим тога, и у хрватском праву се могућност солемнизације приватне исправе искључује за правне послове за које се захтева форма јавнобележничког записа у чл. 53 овог закона. Према чл. 53 хЗЈБ, форма јавнобележничког записа је нарочито потребна за пуноважно закључење уговора о располагању имовином малолетних лица и лица којима је одузета пословна способност и уговора о поклону без предаје ствари. Такође, ова форма потребна је и за закључење свих правних послова међу живима које закључују глува лица која не знају да читају или нема лица која не знају да пишу уколико вредност ових правних послова прелази износ од 50.000 куна. Обавезна форма јавнобележничке исправе за поједине правне послове предвиђена је и у другим законима. Интересантно је да је за неколико уговора из хрватског Закона о обвезним односима обавезна форма предвиђена алтернативно, тј. захтева се да уговор буде закључен у једној од више различитих врста форме уговора. Тако се за уговор о доживотном издржавању захтева да буде оверен од стране судије надлежног суда, или потврђен (солемнизован) од стране нотара или састављен у облику јавнобележничког записа.⁸⁴² Ова одредба сходно се примењује и на форму уговора о досмртном издржавању на основу чл. 589 хЗОО. За уговор о поклону без предаје ствари као две конкурентне форме у овом закону предвиђене су форма јавнобележничког записа и солемнизована приватна исправа.⁸⁴³ Из наведеног произлази несагласност између чл. 53 хЗЈБ и чл. 482 хЗОО у погледу форме уговора о поклону без предаје ствари. Тако се у чл. 53 хЗЈБ овај уговор наводи као један од оних који се морају закључити у форми јавнобележничког записа при чему се, на основу чл. 59 овог закона, искључује солемнизација приватне исправе у којој је садржан неки од ових правних послова. Са друге стране, у чл. 482 хЗОО ове две врсте форме предвиђене су равноправно, а странка може да изабере у којој ће закључити уговор. На исти начин је уређена и форма уговора о поклону за случај смрти.⁸⁴⁴

Из наведених правила може се закључити да је замена форме јавнобележничког записа формом солемнизоване приватне исправе искључена, те да је хрватски

⁸⁴¹ Чл. 59, ст. 4 хЗЈБ.

⁸⁴² Чл. 580 хрватског Закона о обвезним односима – хЗОО (*NN*. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18).

⁸⁴³ Чл. 482 хЗОО. Интересантно је да се истим чланом за уговор о поклону непокретности захтева обична писана форма. Чини се несразмерно великом разлика у обавезној форми уговора о поклону без предаје ствари и уговора о поклону непокретности имајући у виду значај непокретности, а тиме и тежину правних последица овог уговора за поклонодавца.

⁸⁴⁴ Чл. 491 хЗОО.

законодавац код уговора за које је проценио да није нужно да буду закључени у најстрожој форми алтернативно поставио облике у којима је потребно изразити вољу уговорних страна да би уговор настао.

Поставља се питање да ли је овај начин регулисања обавезне форме одређеног уговора одговарајући или макар да ли је потребан. У претходно наведеним случајевима је законодавац, имајући у виду правне последице датог уговора, проценио да није потребно инсистирати на форми јавнобележничког записа, већ да је за испуњење циља који се у конкретном случају жели постићи довољна и форма солемнизоване приватне исправе или чак исправе са овереним потписима уговорних страна. На почетку рада је речено да строжа форма увек може да замени блажу будући да су у њој садржани сви елементи блаже форме и уз њих додатни којим се обезбеђује већи степен сигурности или остварује још неки циљ који се блажом формом не може постићи. Стога је, у оваквим случајевима довољно прописати као обавезну најблажу врсту форме која врши потребне функције, односно којом се може остварити жељени циљ, што уговорне стране не спречава да се одлуче да уговор закључе у строжој форми од захтеване.

3.2. О солемнизацији приватне исправе у црногорском праву

Нотаријат је у Црној Гори уведен 2005. године доношењем Закона о нотарима⁸⁴⁵. И у црногорском праву најстрожа форма је јавнобележнички запис (у цгЗНот користи се термин „нотарски запис“), тј. нотарски акт о правним пословима и изјавама воље који саставља нотар.⁸⁴⁶ Међутим, улога и начин настанка солемнизоване приватне исправе специфични су у односу на друге, претходно приказане системе.

У изворној верзији цгЗНот из 2005. године солемнизација приватне исправе била је регулисана чл. 54 под насловом „Запис о овјери приватне исправе“. Поступак састављања и улога солемнизоване приватне исправе били су слични онима из ЗЈБКЈ и хЗЈБ. Наиме, према овој одредби, јавни бележник је могао да солемнизује приватну исправу о правном послу под условом да се не ради о једном од правних послова за чији настанак се захтева форма јавнобележничког записа.⁸⁴⁷ Такође, постојала су два начина солемнизације, у зависности од садржине приватне исправе. Уколико је приватна

⁸⁴⁵ Закон о нотарима од 10. новембра 2005. године - цгЗНот (*Сл. лист РЦГ*, бр. 68/2005 и *Сл. лист ЦГ*, бр. 49/2008 и 55/2016 и 84/2018).

⁸⁴⁶ Чл. 5, ст. 1 цгЗНот.

⁸⁴⁷ Чл. 54, ст. 1 цгЗНот пре измене 2008. године.

исправа по форми и садржини одговарала јавнобележничком запису за њену солемнизацију није било потребно састављање новог записа, већ само уношење података о јавном бележнику, броја исправе на основу које је утврђен идентитет странака, њихових пуномоћника и заступника, као и означавање приложених исправа. За приватне исправе које нису испуњавале наведене услове било је потребно састављање посебног јавнобележничког записа. Приватна исправа би се спајала са записом и чинила његов саставни део, а нотар би потписивао исправу.

Дакле, начин на који је солемнизација у то време била регулисана није био несвакидашњи с обзиром на то да је слично решење било садржано у ЗЈБКЈ, а у хЗЈБ је присутно и данас. Међутим, споран је био круг правних послова за које је захтевана форма јавнобележничког записа, а тиме била и искључена могућност састављања у блажој форми укључујући и солемнизацију. На први поглед, листа правних послова чини се веома сличном оној која важи данас, међутим тач. 7 овог члана чинила је тај круг значајно ширим. Наиме, у овој тачки предвиђено је да у форми јавнобележничког записа морају бити састављени „правни послови за које је законом одређено да морају бити склопљени у писаној форми“. Тако је у погледу свих правних послова за које је пре увођења нотаријата захтевана обична писана форма успостављен монопол јавних бележника будући да само они састављају јавнобележнички запис, а да у то време није постојала могућност његове замене солемнизованом приватном исправом.

Ове одредбе измењене су 2008. године, и пре него што су нотари у Црној Гори почели са радом. Тако је спорна тач. 7 из тадашњег чл. 52 у потпуности обрисана чиме је круг правних послова који морају бити закључени у најстрожој форми знатно сужен. Уз то, поступак солемнизације и улога солемнизоване приватне исправе су прилично измењени. Након измене, солемнизација приватне исправе у црногорском закону регулисана је чл. 51а при чему се за ову врсту исправе користи термин „запис о потврди приватне исправе“. У овој одредби предвиђено је да „учесници правног посла могу приватну исправу о том послу да потврде код нотара, уколико је приватна исправа у сагласности са одредбама овог закона о форми нотарског акта и садржини нотарског записа“. Према ст. 2, нотар ову исправу потврђује „без састављања посебног нотарског записа“, уношењем података из чл. 51, тач. 1, 3, 5, 6 и 7 цгЗНот, те у том случају „потврђена исправа има својство нотарског записа“. У чл. 51 наведени су елементи које мора да садржи јавнобележнички запис.⁸⁴⁸ Од ових елемената приликом солемнизације,

⁸⁴⁸ Чл. 51 цгЗНот гласи: „Нотарски запис садржи:

јавни бележник на приватну исправу ставља своје име, седиште и изјаву да поступа у својству јавног бележника, број исправе на основу које је утврдио идентитет странака, њихових законских заступника или пуномоћника, односно заступника правног лица, време и место састављања исправе, изјаву да су странке разумеле садржину посла и сагласиле се са исправом, потписе странака, као и потпис, печат и штамбиљ јавног бележника. Дакле, иако члан којим се регулише солемнизација носи назив „Запис о потврди приватне исправе“ у ст. 2 овог члана се наглашава да нотар не потврђује приватну исправу састављањем посебног јавнобележничког записа, већ уношењем потребних података на самој приватној исправи. Из тога произлази да је поступак солемнизације у црногорском праву сличнији ономе који је био предвиђен у српском ЗЈБ пре измене 2015. године. Подсећања ради, према тадашњем решењу српског законодавца, за солемнизацију приватне исправе било је неопходно да она по садржини и форми одговара јавнобележничком запису. Солемнизациона клаузула садржала је такође врло сличне елементе који се захтевају наведеном одредбом црногорског закона (изјава нотара да садржина исправе одговара вољи странака и да су је оне на одговарајући начин потписале, потпис, печат и штамбиљ јавног бележника, време и место потврђивања и упис деловодног броја уписника).⁸⁴⁹

И улога солемнизације у црногорском праву сличнија је оној из нашег ЗЈБ пре измене из 2015. године. Ипак, чини се да је она у цгЗНот најјасније одређена. То произлази из дела чл. 51а у којем се наводи да приватна исправа која је потврђена на прописан начин има својство јавнобележничког записа. Она дакле може у потпуности да замени форму јавнобележничког записа чак и код оних уговора за које се законом захтева та форма. Штавише, из чл. 52 цгЗНот произлази да се и овако настала исправа сматра јавнобележничким записом. У овом члану пише да се „у форми *нотарског записа из члана 51 или чл. 51а*“ сачињавају „1) брачни уговор и уговори о имовинским односима између брачних другова и између лица која живе у ванбрачној заједници; 2) уговори о

1) лично име нотара, његово сједиште и изјаву да поступа у својству нотара;

2) лично име, датум и мјесто рођења, адресу и јединствени матични број учесника, њихових законских заступника и пуномоћника, а за правно лице његов назив и сједиште, регистарски и матични број, лично име и адресу његовог заступника;

3) број исправе на основу које је утврђен идентитет лица из тачке 2 овог става као и назив органа који је издао исправу;

4) текст правног посла са ознаком евентуалних пуномоћја и других исправа које се прилажу;

5) мјесто, датум и час састављања нотарског записа;

6) изјаву да су учесници разумјели садржину правног посла и да су сагласни са записом који је саставио нотар;

7) потписе учесника и нотара и печат и штамбиљ нотара“.

⁸⁴⁹ Више о томе вид. у делу о солемнизованој приватној исправи у ЗЈБ.

располагању имовином малолетних лица и лица која немају пословну способност, чији предмети су непокретности или вредније покретне ствари и права; 3) уговори о расподјели и уступању имовине за живота, уговори о доживотном издржавању и наследничке изјаве; 4) уговори о куповини са задржавањем права власништва; 5) обећања поклона и уговори о поклонима у случају смрти; 6) правни послови чији је предмет пренос или стицање својине или других стварних права на непокретностима“.

Такође, у чл. 52 наводи се да форма јавнобележничког записа за одређене правне послове може бити предвиђена и другим законима или вољом странака. Према, ст. 3 овог члана, правни послови за које се одредбама цгЗНот или другим законом захтева форма јавнобележничког записа који нису сачињени у тој форми не производе правно дејство. Из наведених одредби видљиво је да црногорски законодавац потпуно изједначава јавнобележнички запис (у цгЗНот: нотарски запис) и солемнизовану приватну исправу (у цгЗНот: запис о потврди приватне исправе), те да обе ове исправе подводи под јавнобележнички запис.

Овакво решење критикује се у црногорској литератури. Оно је, према *Кораћу*, са једне стране, добро јер спречава монопол јавних бележника у погледу састављања уговора за чији настанак се захтева јавнобележничка форма. Међутим, опасност се, према овом аутору, крије у слабљењу превентивне функције јавног бележника због могућности да се солемнизацијом приватне исправе закључе и правни послови код којих је обавезна форма јавнобележничког записа. Тиме што не учествује у састављању правног посла од почетка и што он не формулише текст, већ уговорне стране, слаби се и функција поучавања. „Поуке и саветовања које даје нотар пре и у току писмене редакције правног посла имају друкчији значај од упозорења и објашњења која је нотар дужан да учини у поступку солемнизације. Кад странке донесу код нотара написан текст правног посла на потврђивање, у пракси се дешава да се радње саветовања, упознавања са садржином правног посла и давања изјаве да он одговара вољи странака своде на формалност“.⁸⁵⁰ У том смислу, овај аутор као решење *de lege ferenda* предлаже да се издвоји круг најзначајнијих правних послова који би могли бити закључени искључиво у форми јавнобележничког записа, а не и солемнизацијом приватне исправе.⁸⁵¹

⁸⁵⁰ В. Кораћ, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних решења*, 370.

⁸⁵¹ *Ibid*, 371.

3.3. Четири различита модела солемнизације приватне исправе

За разлику од јавнобележничког записа чија улога и начин састављања су готово једнаки у свим анализираним правним системима, код солемнизације приватне исправе наилазимо на разноврсна решења. Чини се да се на основу приказаних решења могу издвојити четири различита модела у регулисању ове врсте форме према поступку саме солемнизације и њеној улози у односу на јавнобележнички запис.

Први модел солемнизације подразумева *састављање посебног јавнобележничког записа о приватној исправу која представља његов саставни део*. У овом случају тако настала солемнизована приватна исправа може да замени јавнобележнички запис и онда када је он предвиђен као обавезна форма за одређену врсту правног посла. Пример овог решења представља солемнизација из аустријског права на начин како је она прихваћена у тамошњој судској пракси.⁸⁵²

Као други модел издваја се решење из хрватског права и једно од два алтернативно постављена решења из ЗЈБКЈ. Он се од претходно изложеног разликује како у поступку солемнизације, тако и у погледу могућности замене форме јавнобележничког записа солемнизованом приватном исправом. Дакле, у овом случају *солемнизација се врши стављањем клаузуле на саму приватну исправу при чему приватна исправа мора да одговара јавнобележничком запису како у садржинском, тако и у формалном смислу*. Међутим, тако настала солемнизована приватна исправа *не може да замени јавнобележнички запис у случајевима када се он законом изричито захтева као услов за пуноважан настанак одређеног правног посла*.

Трећи и четврти модел представљају различите комбинације претходно наведена два. Као трећи можемо навести решење из црногорског права код којег се *солемнизација врши стављањем клаузуле на приватну исправу која како у погледу форме, тако и у погледу садржине одговара јавнобележничком запису, при чему тако потврђена исправа може у свим случајевима да замени јавнобележнички запис*.

Четвртим моделом солемнизације приватне исправе може се сматрати решење из важећег српског права. Ово због тога што се, према одредбама ЗЈБ, *солемнизација састоји у састављању посебне исправе о солемнизацији од стране јавног бележника која је по елементима готово идентична јавнобележничком запису, те се може*

⁸⁵² У делу о солемнизацији приватне исправе у аустријском праву било је речи о различитим схватањима у литератури о могућности закључивања уговора за које се законом захтева форма јавнобележничког записа потврђивањем приватне исправе у којој је садржан текст уговора од стране нотара.

уподобити са поступком из аустријског права. Међутим, за разлику од тамошњег решења, *солемнизована приватна исправа не може да замени јавнобележнички запис код правних послова за које је он законом предвиђен као обавезна форма*. Овде се може сврстати и други начин солемнизације приватне исправе који је био предвиђен у ЗЈБКЈ.

В. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ОВЕРА ПОТПИСА (ЛЕГАЛИЗАЦИЈА)

1. Јавнобележничка овера потписа у Закону о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије (ЗЈБКЈ)

Оверавање потписа (легализовање) било је регулисано §§ 88-90 ЗЈБКЈ по угледу на § 79 тада важеће верзије аЗНот. И према одредбама ЗЈБКЈ, јавни бележник је могао да овери потпис како у случају када би странка пред њим ставила потпис на исправу, тако и онда када би пред њим признала потпис као свој. За разлику од важећег закона, из § 88, ст. 1 видљиво је да није било нужно да се ради о својеручном потпису, већ да је странка могла да пред јавним бележником стави, односно призна као свој било својеручни потпис, било рукознак. Пре потврђивања јавни бележник је морао да утврди идентитет странке на основу личног познанства или у складу са §§59-60 којима су били уређени различити начини утврђивања идентитета странака приликом састављања јавнобележничких аката.⁸⁵³ Овера потписа вршена је тако што би јавни бележник на исправу ставио клаузулу у којој би морали бити наведени пословни број регистра о оверавањима и посведочењима, начин на који је утврђен идентитет странке, изјаву да је потпис или рукознак истинит, као и датум, потпис и службени печат јавног бележника. Уколико је странка иступала у својству представника фирме, удружења, јавног тела или друге установе јавни бележник је могао да овери потпис само само ако му је било познато да то лице представља дато правно лице или уколико је то претходно утврдио.⁸⁵⁴ Степен контроле садржине исправе приликом оверавања потписа био је регулисан на готово исти начин како је то и данас у § 79, ст. 6 аЗНот. Тако је у § 89, ст. 1 ЗЈБКЈ било прописано да јавни бележник треба да се о садржају писмена обавести само онолико, колико му је то потребно за попуњавање рубрика регистра о оверавањима и

⁸⁵³ § 88, ст. 2 ЗЈБКЈ. Више о начину утврђивања идентитета странака приликом састављања јавнобележничких аката према одредбама ЗЈБКЈ вид. у делу о јавнобележничком запису у ЗЈБКЈ.

⁸⁵⁴ § 90 ЗЈБКЈ.

посведочењима. Такође, према овој одредби, јавни бележник није био одговоран за садржину исправе, нити је био дужан да испитује да ли су странке овлашћене за предузимање датог правног посла. Као у аустријском закону⁸⁵⁵, и у наведеној одредби ЗЈБКЈ било је предвиђено да се код овере потписа не примењује § 35 ЗЈБКЈ у којем су били наведени случајеви у којима је јавни бележник био дужан да одбије предузимање службене радње. Према овом параграфу, таква дужност нотара је постојала у случају да се ради о забрањеном правном послу или ако постоји основана сумња да је правни посао привидан, усмерен на изигравање закона или противправно оштећење трећег лица, као и када зна или мора знати да је странка због малолетства или из другог разлога неспособна да преузме правни посао.

Јавни бележник је могао да овери потпис и на исправи која није била састављена на службеном језику.⁸⁵⁶ Уколико је странка била слепа или није знала да чита, јавни бележник је био дужан да јој исправу прочита пре него што овери потпис или рукознак. У наведеној ситуацији, ако би исправа била написана на језику који јавни бележник не познаје, било је потребно да је странки прочита заклетни тумач, а да јавни бележник то констатује у клаузули којом оверава потпис.⁸⁵⁷

Овако сачињена овера, тј. клаузула о овери потписа странке имала је доказну снагу јавне исправе.⁸⁵⁸

2. Јавнобележничка овера потписа у Закону о јавном бележничтву (ЗЈБ)

2.1. Појам оверавања потписа

Трећа врста форме која подразумева учешће јавног бележника у настанку уговора или другог правног посла у нашем праву је форма овере потписа (легализација). Ова врста форме блажа је од претходно анализираних врста јавнобележничке форме уговора. Као и код солемнизације, и у овом случају јавном бележнику странке подносе приватну исправу у којој је садржан текст правног посла који се закључује. Разлика између ових двеју форми састоји се у томе што јавни бележник не улази у садржину уговора, нити поучава странке о његовом правном домаћају, већ само стављањем одговарајуће клаузуле потврђује да је исправу заиста потписало лице које се у њој наводи као њен потписник. Он на овај начин потврђује аутентичност, односно истинитост дате исправе.

⁸⁵⁵ Више о томе вид. у делу о оверавању потписа у аустријском праву.

⁸⁵⁶ § 88, ст. 2 ЗЈБКЈ.

⁸⁵⁷ § 88, ст. 3 ЗЈБКЈ.

⁸⁵⁸ § 84 ЗЈБКЈ.

За разлику од јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе, ова врста форме у послератном домаћем законодавству није нова, али је од увођења јавнобележничке делатности оверавање потписа пренето из надлежности судова у надлежност јавних бележника. Тачније, и након почетка рада јавних бележника, до 1. марта 2017. године основни судови су, уз јавне бележнике, и даље оверавали потписе, рукописе и преписе. Од 1. марта 2017. године за предузимање ове радње надлежни су само јавни бележници.⁸⁵⁹

Овера потписа разликује се од састављања јавнобележничког записа и солемнизације приватне исправе и по томе што ову службену радњу може предузети и јавнобележнички приправник.⁸⁶⁰ Код првих двеју врста форме јавнобележнички приправник може да предузима само припремне радње, док саму радњу састављања записа и солемнизације може да врши искључиво јавни бележник. Оне подразумевају активну улогу јавног бележника који контролише садржину правног посла, поучава странке о његовим последицама и одговара за њену садржину. Са друге стране, приликом оверавања потписа, рукописа и преписа јавни бележник присуствује потписивању исправе, односно давању изјаве подносиоца да је он потписао исправу и о томе сведочи у легализационој клаузули. Вероватно је због тога законодавац оценио да није неопходно да ову службену радњу предузима искључиво јавни бележник, већ да то могу учинити и јавнобележнички приправник или јавнобележнички помоћник који раде у његовој канцеларији.⁸⁶¹

Осим измене у погледу надлежности, доношење ЗЈБ утицало је на оверу потписа као врсту форме уговора и тако што је увођењем нових, строжих врста форме умањен њен значај. Наиме, у домену облигационих уговора најзначајнија врста уговора за коју је захтевана овера потписа уговорних страна били су уговори о промету непокретности. За ове уговоре је раније важећим Законом о промету непокретности из 1998. године било предвиђено да морају бити закључени у писаној форми, а потписи уговарача оверени од

⁸⁵⁹ Чл. 29, ст. 1 и 2 ЗОвПРП. Ипак, у ст. 3 овог члана остављена је могућност да основни судови, судске јединице, пријемне канцеларије основних судова, односно општинске управе као поверени посао оверавају потписе, рукописе и преписе и после овог датума у градовима и општинама за које још нису били именовани јавни бележници, до њиховог именовања.

⁸⁶⁰ Чл. 36 36, ст. 2, тач. 6 ЗЈБ и чл. 1, ст. 2 ЗОвПРП.

⁸⁶¹ Овлашћење јавнобележничког приправника за оверавање потписа, рукописа и преписа изричито је предвиђено у чл. 1, ст. 2 ЗОвПРП, док овлашћење јавнобележничког помоћника за предузимање ове радње произлази из чл. 42, ст. 1 ЗЈБ према којем он може да обавља све послове у име јавног бележника код којег ради, осим састављања јавнобележничких записа и солемнизације приватних исправа.

стране суда.⁸⁶² Међутим, доношењем ЗЈБ и новог ЗПН за ове уговоре предвиђена је строжа форма о чему је било речи у делу рада о јавнобележничком запису.⁸⁶³

Ипак, изменом ЗОО из 2020. године поново расте значај ове врсте форме будући да је она предвиђена као довољна за пуномоћје које се даје ради закључења уговора за који се захтева форма јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе.⁸⁶⁴ С обзиром на то да се ради о једноставнијој и јефтинијој врсти форме, може се очекивати да се уговорне стране одреде за легализацију сваки пут или макар у највећем броју случајева када преко пуномоћника закључују уговор који мора бити сачињен у форми јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе. Како у погледу блажих форми уговора и даље важи правило паралелизма форми између пуномоћја и главног уговора, у овој форми се има саставити пуномоћје и онда када је за пуноважан настанак главног уговора потребно да потписи уговорних страна буду оверени. Пример облигационих уговора за чији пуноважан настанак се захтева овера потписа уговорних страна су уговори о претварању посебног дела зграде у заједнички део и уговор о располагању заједничким деловима зграде.⁸⁶⁵ У вези са овим правилом поставља се питање зашто је законодавац одступио од правила да се ови уговори закључују у форми солемнизоване приватне исправе. Како се према ЗПН прометом непокретности сматра сваки пренос права својине на непокретности на основу правног посла није јасно због чега је за ове случајеве предвиђена блажа форма од оне из ЗПН и ЗЈБ. У образложењу Предлога Закона о становању и одржавању зграда законописци се нису осврнули на конкретно правило о форми ових уговора, те се не може закључити да ли су и због чега сматрали да у овим случајевима нема потребе за остваривањем свих функција које се иначе настоје остварити обавезном формом уговора о промету непокретности.⁸⁶⁶ Будући да је овај закон ступио на снагу након последње измене правила о форми уговора о промету непокретности у ЗЈБ и ЗПН разлог не можемо тражити у евентуалном заостатку одредбе у постојећем закону која је била у складу са ранијим решењем из ЗПН. У вези са уговором на основу којег се преноси право својине ради пренамене одређених заједничких делова зграде *Цветић* наводи да ће овај уговор морати да буде солемнизован од стране јавног бележника да би се на основу њега извршио упис у

⁸⁶² Чл. 4, ст. 1 Закона о промету непокретности из 1998. године (*Сл. гласник РС*, бр. 42/98, 111/2009). Овај Закон престао је да важи доношењем новог ЗПН из 2014. године.

⁸⁶³ Форма уговора о промету непокретности биће детаљније анализирана у наставку рада.

⁸⁶⁴ О овој измени ЗОО и форми пуномоћја биће више речи у делу рада о паралелизму форми.

⁸⁶⁵ Чл. 6, ст. 2 и чл. 9, ст. 3 и 4 Закона о становању и одржавању зграда (*Сл. гласник РС*, бр. 104/2016 и 9/2020 - др. закон).

⁸⁶⁶ Више о томе видети у делу рада о функцијама форме уговора о промету непокретности.

регистар о непокретностима и правима на њима.⁸⁶⁷ То значи да је за пуноважан настанак уговора довољна и овера потписа уговорних страна, али је за упис права у катастар непокретности потребно да накнадно буде солемнизован. Ипак, чини се да има места и за другачије схватање с обзиром на то да је у чл. 87 Закона о државном премеру и катастру предвиђено да је за подобност приватне исправе за упис потребно да буде сачињена у писаној форми уз оверу потписа лица која су је сачинила ако друга форма није прописана посебним законом. Она треба да садржи и изјаву о дозволи уписа, која међутим може бити и у посебној исправу уз оверу потписа лица које даје изјаву. Према томе, чини се да у овом случају ни за упис права својине у катастар непокретности не би било неопходно да се уговор солемнизује, већ би била довољна обична овера потписа која је и услов за пуноважан настанак уговора.

Форма овере потписа има ширу примену у привредном праву. Тако се нпр. она у Закону о привредним друштвима изричито захтева за уговоре о преносу удела између ортака, уговор о преносу удела у друштву са ограниченом одговорношћу, уговор о преносу акција у друштвима која нису јавна акционарска друштва, оснивачке акте, уговор о статусној промени, план поделе и др.⁸⁶⁸

2.2. Поступак оверавања потписа (легализације)

Поступак оверавања потписа (легализација) регулисан је одредбама ЗОвПРП из 2014. године. Ступањем на снагу овог закона престали су да важе чл. 91 и 94 ЗЈБ којима је првобитно, од увођења јавног бележништва било регулисано оверевање потписа и преписа. Овај поступак може се такође поделити на неколико стадијума: утврђивање идентитета, контрола садржине исправе, потписивање исправе или давање изјаве о признавању потписа који се налази на исправу као свог и стављање клаузуле о оверавању потписа.⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ Раденка М. Цветић, „Право етажних власника на заједничким деловима зграде“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1358, фн. 75.

⁸⁶⁸ Вид. чл. 11, ст. 2, чл. 97, ст. 1 и 2, чл. 175, ст. 1, чл. 261, ст. 2, чл. 264, ст. 2, чл. 491, ст. 4, чл. 492, ст. 4 Закона о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, 36/2011-3, 99/2011-14, 83/2014-15 (др. закон), 5/2015-3, 44/2018-27, 95/2018-335, 91/2019-61, 109/2021-15). Више о томе вид. у Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 179 и 180.

⁸⁶⁹ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 182.

2.2.1. Утврђивање идентитета подносиоца исправе

Утврђивање идентитета подносиоца исправе регулисано је у ЗОвПРП на идентичан начин као и утврђивање учесника поступка састављања исправе из чл. 168, ст. 1 ЗВП и чл. 34, ст. 1 ЈБПосл. И у чл. 8, ст. 1 ЗОвПРП предвиђено је да јавни бележник може утврдити идентитет на два начина. Он то може учинити увидом у личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом, а ако то није могуће саслушањем два сведока идентитета. У ст. 2 овог члана упућује се на примену правила ЈБПосл о утврђивању идентитета приликом сачињавања јавнобележничких исправа. Будући да су ова правила детаљно анализирана у делу о поступку састављања јавнобележничког записа, ради избегавања сувишног понављања она неће бити поново разматрана на овом месту.

Такође, услов за стицање својства сведока идентитета и начин на који се утврђује његов идентитет на истоветан начин су регулисани у чл. 9 ЗОвПРП као и у чл. 169 ЗВП. Дакле, и код оверавања потписа потребно је да се ради о пунолетном лицу које може да пружи потребне податке о идентитету подносиоца исправе. Његов идентитет и у овом случају може се утврдити само на један начин – увидом у личну карту, путну исправу, возачку дозволу или други службени документ са фотографијом.

Ни последице немогућности доказивања идентитета приликом оверавања потписа не разликују се у односу на претходно анализирани врсте форме. И у овом случају јавни бележник одбија да предузме радњу уколико подносилац исправе не може да докаже свој идентитет, као и у случају да и након увида у службени документ, односно саслушања сведока идентитета не стекне уверење да је подносилац исправе оно лице за које се издаје.⁸⁷⁰

2.2.2. Контрола исправе

Специфичност ове врсте форме у односу на остале врсте које подразумевају учешће јавног бележника састоји се у томе да она не укључује поучавање од стране јавног бележника о дејству и правним последицама уговора, односно другог правног посла. Због тога се и у домаћем праву може поставити питање о којем је било речи у делу о овој врсти форме у упоредном праву, а тиче се степена контроле садржине исправе на којој оверава потписе и одговорности јавног бележника за њену садржину. У

⁸⁷⁰ Чл. 10. ЗОвПРП.

контексту овог питања још је значајнија разлика између ове и других двеју јавнобележничких форми у чињеници да својство јавне исправе код ове врсте форме има само клаузула о оверавању потписа, а не и садржина саме исправе. Стога и у нашем законодавству, као и у претходно анализираним правним системима, јавни бележник по правилу не одговара за садржину исправе.

Став домаћег законодавца у погледу степена контроле садржине исправе и одговорности јавног бележника за њу јасно је изражен у чл. 11 ЗОвПРП. Према ст. 1 овог члана, „јавни бележник треба да се упозна са садржином поднете исправе само у мери која је неопходна за попуњавање уписника о оверама и потврдама“. У ст. 2 предвиђено је да јавни бележник не одговара за садржину исправе на којој оверава потпис, нити има дужност да утврђује да ли подносилац исправе има право да потпише исправу. Ипак, као што је то случај у немачком и аустријском праву, ни у нашем праву ово правило не важи сасвим неограничено и без изузетка. Наиме, јавни бележник је дужан да одбије оверавање потписа уколико је очигледно „1) да постоји разлог за изузеће јавног бележника; 2) да поднета исправа садржи правни посао који је забрањен; 3) да поднета исправа садржи правни посао за који је као обавезна прописана форма јавнобележничког записа или јавнобележничког потврђивања исправе; 4) да се оверавањем помаже остваривање недозвољених циљева“.⁸⁷¹

Из цитиране одредбе видљиво је да су изузеци који подразумевају одређени степен контроле садржине исправе готово исти као они из аустријског и немачког права. Свим овим системима заједнички су разлози за изузеће јавног бележника, забрањеност правног посла, односно недопуштеност циља због којег се предузима. Такође, како би се у што већој мери очувало правило (и карактеристично обележје ове врсте јавнобележничке форме) да јавни бележник не испитује садржину исправе у сва три система дужност јавног бележника да одбије оверавање потписа ограничена је на случајеве у којима је *очигледно* постојање неког од наведених разлога.

Разлика се углавном огледа у начину на који је ово питање регулисано. У немачком праву је то учињено општом одредбом према којој нотар треба да испита исправу само у мери колико је потребно да утврди да ли постоји неки од разлога за одбијање службене радње што се даље утврђује имајући у виду друге одредбе нЗПотИсп.⁸⁷² Параграф аустријског аЗНот којим се регулише легализација не садржи изричите одредбе са

⁸⁷¹ Чл. 11, ст. 3 ЗОвПРП.

⁸⁷² Више о томе вид. у делу о оверавању потписа у немачком праву.

изузетима од правила да се јавни бележник са садржином исправе упознаје само колико је потребно за састављање клаузуле о овери и упис у регистар потврда и да не одговара за садржину исправе. Међутим, владајуће је схватање у теорији да је он дужан да одбије предузимање радње када постоје разлози за његово изузеће, као и онда када је *очигледно* да је правни посао забрањен, привидан, усмерен на изигравање закона или противправно оштећење трећег лица.⁸⁷³ Са друге стране, српски законодавац се определио за таксативно навођење изузетака од правила да јавни бележник не контролише садржину исправе, нити постојање права подносиоца да потпише дату исправу, односно да не одговара за садржину исправе. Уз то, међу разлозима за одбијање оверавања потписа у нашем ЗОвПРП наводи се и случај када поднета исправа садржи правни посао за који се захтева форма јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе. Та одредба може се навести као још једна разлика у односу на немачко и аустријско решење будући да се у тамошњим законима овај разлог не помиње у контексту ограничења правила да јавни бележник не контролише садржину исправе. Ипак, у немачкој доктрини поједини аутори овај случај сматрају једним од примера када нотар треба да одбије предузимање службене радње јер је правни посао очигледно непуноважан. Тачније, јавни бележник треба да одбије оверавање потписа када је на основу површног испитивања видљиво да за пуноважност тог правног посла није довољна овера потписа, већ је неопходна форма јавнобележничког записа.⁸⁷⁴

У вези са правилом да нотар није дужан да утврђује да ли подносилац исправе има право да је потпише, *Д. Ђурђевић* наводи да, у случају када се подносилац исправе представља као заступник који потписује исправу у туђе име јавни бележник треба да провери да ли је то лице овлашћено за заступање. Када једно лице закључује уговор у име и за рачун другог, оно на уговор ставља свој потпис, а не потпис заступаног. Уколико нотар не би проверавао постојање овлашћења за заступање постојала би вероватноћа да трећа лица трпе штету због тога што су се поуздала у јавнобележнички печат и закључила уговор са потписником верујући да је овлашћен да закључи предметни уговор у име и за рачун другог. Због тога је потребно да јавни бележник пре овере утврди постојање овлашћења за заступање увидом у пуномоћје, матичне књиге, катастар непокретности, Регистар привредних субјеката, Регистар удружења, акт о оснивању правног лица, извод из матичне књиге и сл. На крају, ако подносилац не би

⁸⁷³ Више о томе вид. у делу о оверавању потписа у аустријском праву.

⁸⁷⁴ С. Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, 378, Rn. 758. О схватањима других аутора у немачкој литератури вид. у *Д. Ђурђевић, Јавнобележничка делатност*, 187 са даљим навођењем.

могао да докаже да је овлашћен за закључење датог уговора јавни бележник би био дужан да одбије оверу потписа.⁸⁷⁵

На основу наведеног може се закључити да и у домаћем праву постоји дужност ограничене контроле поднете исправе.

2.2.3. Потписивање исправе или признавање потписа

Као што је раније наведено, јавни бележник оверава потпис који је подносилац исправе ставио на исправу пред јавним бележником или потпис који је ставио и пре подношења исправе нотару, под условом да га је пред нотаром признао као свој. И код оверавања потписа потребно је да јавни бележник, односно јавнобележнички приправник уколико он врши легализацију, буде присутан сво време током предузимања ове службене радње, тј. да буде у могућности да непосредно опажа ко ставља или признаје као свој потпис и на којој исправи.

У погледу услова које потпис мора да испуњава важи све што је речено у делу о јавнобележничком запису. Дакле, потпис мора бити својеручан, те употреба факсимила ни у овом случају није допуштена. Такође, потпис не мора бити читак, али како се наводи и у упоредном праву, требало би да из њега буде видљива намера потписника да наведе своје име, као и да има одређени степен индивидуалности.⁸⁷⁶

Домаћи законодавац, за разлику од аустријског није оставио простора за тумачење у погледу средства којим мора бити стављен потпис. У складу са чл. 20, ст. 3 ЈБПосл, својеручни потпис на јавнобележничкој исправи мора бити исписан плавим мастилом, хемијском оловком, пенкалом или наливпером.

2.3. Клаузула о оверавању потписа

Оверавањем потписа јавни бележник потврђује да је у његовом присуству подносилац исправе чији је идентитет претходно утврдио потписао дату исправу, односно да је потпис који се на њој већ налазио признао као свој.⁸⁷⁷ Јавни бележник оверава потпис стављањем клаузуле на поднету исправу штамбиљем или електромеханичким уређајем за писање текста десно или испод потписа.⁸⁷⁸ Када се

⁸⁷⁵ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 189 и 190.

⁸⁷⁶ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у аустријском праву.

⁸⁷⁷ Чл. 5, ст. 1 ЗОвПРП.

⁸⁷⁸ Чл. 6, ст. 1 ЗОвПРП и чл. 76, ст. 2 и 3 ЈБПосл.

поднета исправа састоји од више листова јавни бележник их повезује, а клаузулу ставља на последњу страницу, при чему је потребно да у њој наведе од колико страница се састоји клаузула.⁸⁷⁹ Клаузула о оверавању потписа не мора нужно да се налази на поднетој исправи, већ може бити стављена и на посебну исправу која се на описан начин повезује са поднетом исправом.⁸⁸⁰

Према чл. 5, ст. 2 ЗОвПРП, клаузула о оверавању потписа мора да садржи: 1) име, презиме и податке јавног бележника, као и назнаку да поступа у том својству; 2) име, презиме, датум рођења и адресу пребивалишта подносиоца исправе; 3) податке о начину на који је утврђен идентитет подносиоца; 4) изјаву јавног бележника којом потврђује да је подносилац у његово присуству потписао исправу, односно признао потписа као свој; 5) датум и час оверавања потписа; 6) место, уколико је јавни бележник потпис оверио ван јавнобележничке канцеларије; 8) број под којим је исправа заведена у уписнику о оверама и потписима и 9) потпис и печат јавног бележника.⁸⁸¹ Садржина клаузуле о овери потписа регулисана је и одредбама ЈБПосл. Осим тога, у чл. 69 ЈБПосл дат је и модел како клаузула треба да гласи.⁸⁸²

⁸⁷⁹ Чл. 7, ст. 1 и 2 ЗОвПРП. Јавни бележник листове исправе повезује јемствеником, али их може спојити и хефталицом у горњем левом углу, ако се ради о мањем броју листова. Вид- чл. 7, ст. 3 ЗОвПРП у вези чл. 68, ст. 2 ЈБПосл.

⁸⁸⁰ Чл. 6, ст. 2 ЗОвПРП и чл. 67, ст. 4 ЈБПосл.

⁸⁸¹ Чл. 5 ЗОвПРП.

⁸⁸² „3. Клаузула о овери потписа

Члан 69.

(1) Ако је подносилац исправе у присуству јавног бележника, јавнобележничког помоћника, јавнобележничког сарадника или јавнобележничког приправника потписао исправу, клаузула о овери потписа гласи:

"Потврђује се да је (навести име и презиме, датум рођења, адресу пребивалишта) у присуству јавног бележника (односно јавнобележничког помоћника, јавнобележничког сарадника или јавнобележничког приправника) својеручно потписао ову исправу.

Идентитет подносиоца исправе утврђен је увидом у (навести службени документ, његовог издаваоца и серијски број)/сведочењем (навести за сваког сведока име и презиме, адресу и службени документи на основу којег је утврђен његов идентитет).

Исправа странке/странака, написана (навести како је написана и од колико се страна састоји), оверена је у ___ (навести колико) примерка за потребе странке/странака, а 1 (један) оверен примерак, остаје код поступајућег јавног бележника.

Јавни бележник овером ове исправе потврђује потпис странке, и не одговара за садржину исправе.

Накнада за оверу ___ (навести колико) примерка наплаћена је у укупном износу од _____ динара са урачунатим ПДВ-ом на основу члана ___ тарифног броја _____ Јавнобележничке тарифе.

(2) Ако је подносилац исправе у присуству јавног бележника јавнобележничког помоћника, јавнобележничког сарадника или јавнобележничког приправника признао потпис на исправи за свој, клаузула о овери потписа гласи:

"Потврђује се да је (навести име и презиме, датум рођења, адресу пребивалишта) у присуству јавног бележника, (односно јавнобележничког помоћника, јавнобележничког сарадника или јавнобележничког приправника) потпис на овој исправи признао за свој.

Идентитет подносиоца исправе утврђен је увидом у (навести службени документ, његовог издаваоца и серијски број)/сведочењем (навести за сваког сведока име и презиме, адресу и службени документ на основу којег је утврђен његов идентитет).

2.4. Оверавање бланко потписа

Чини се да се домаће одредбе о оверавању потписа у односу на приказана упоредноправна решења у највећој мери разликују у погледу могућности оверавања бланко потписа. С једне стране, у немачком праву, оверавање потписа је изричито регулисано и начелно допуштено. Према § 40, ст. 5 нЗПотИсп, нотар треба да овери бланко потпис само онда када подносилац докаже да је потребно да се оверавање предузме пре утврђивања садржине исправе. У том случају, нотар у клаузули треба да наведе да у тренутку оверавања потписа није био доступан текст на који се односи потпис који се оверава. Овом одредбом обухваћени су свакако и случајеви у којима текст исправе није сасвим изостао, али недостају делови због којих се она не може сматрати потпуном.⁸⁸³

У аустријском праву пак, у §79 аЗНот којим се регулише легализација, не помиње се овера бланко потписа. Због тога што овера бланко потписа није изричито забрањена тамошња теорија и пракса су на становишту да је она допуштена, с тим што, према аустријским ауторима, нотар треба да одбије да овери бланко потпис ако посумња на злоупотребу, односно на то да се садржина исправе намерно прикрива.⁸⁸⁴

За разлику од претходно наведених система у којима је оверавање бланко потписа начелно допуштено уз одређена ограничења, српски законодавац је регулисању овог питања приступио на супротан начин. У нашем праву оверавање бланко потписа је изричито забрањено.⁸⁸⁵ Ова забрана ограничена је само једним могућим изузетком који се и не односи на случај када у потпуности недостаје текст изнад потписа, већ само на ситуације у којима у исправу нису попуњени поједини делови. И тада је овера потписа допуштена само „ако подносилац исправе може да пружи оквирне податке о томе како би ти делови требало да буду исписани и ако докаже да постоје важни разлози за оверавање потписа пре него што се исправа у целости попуни“.⁸⁸⁶ Уколико се испуне

Исправа странке/странака, написана (навести како је написана и од колико се страна састоји), оверена је у ____ (навести колико) примерка за потребе странке/странака, а 1 (један) оверен примерак, остаје код поступајућег јавног бележника.

Јавни бележник овером ове исправе потврђује потпис странке, и не одговара за садржину исправе.

Накнада за оверу ____ (навести колико) примерка наплаћена је у укупном износу од _____ динара са урачунатим ПДВ-ом на основу члана ____ тарифног броја ____ Јавнобележничке тарифе."

⁸⁸³ Више о томе вид. у делу о оверавању потписа у немачком праву.

⁸⁸⁴ Више о томе вид. у делу о оверавању потписа у аустријском праву.

⁸⁸⁵ Чл. 14, ст. 1 ЗОвПРП.

⁸⁸⁶ Чл. 14, ст. 2 ЗОвПРП.

наведени услови, поред раније наведених обавезних елемената клаузуле о оверавању потписа, јавни бележник мора посебно да наведе још три која се односе на оверу потписа на исправи са непотпуном садржином. Он у клаузули треба да назначи и који делови исправе нису били попуњени у време оверавања потписа, да наведе оквирне податке о томе како би они требало да буду попуњени, као и разлоге због којих је извршена овера потписа на делимично попуњеној исправи.⁸⁸⁷ Дакле, у нашем праву је овера бланко потписа у потпуности искључена, док је могућност овере потписа на исправи у којој су поједини делови изостављени ограничена строго наведеним условима. Ово решење представља компромис између интереса да се олакша правни промет и интереса да се учесницима тог промета пружи превентивна правна заштита која се настоји остварити обавезном јавнобележничком формом.⁸⁸⁸

2.5. Посебни случајеви овере потписа

Посебна правила у ЗОвПРП предвиђена су за случајеве када подносилац исправе није у стању да чита, чује, да се потпише или стави рукознак.

Тако, *ако подносилац исправе није у стању да чита због тога што је слеп, слабовид, или из неког другог разлога*, исправа му мора бити прочитана у присуству јавног бележника који то назначавачу у легализационој клаузули.⁸⁸⁹ Док је читање исправе странкама у присуству јавног бележника део редовног поступка састављања јавнобележничког записа или солемнизације приватне исправе, код оверавања потписа то није случај. Како приватна исправа на којој се оверава потпис не стиче својство јавне исправе, те како јавни бележник, по правилу, не одговара за њену садржину подносиоцу исправе се оставља на слободу да је сам прочита и провери њену садржину.⁸⁹⁰ Међутим, у ситуацији када он из одређеног разлога не може сам то да учини, исправа му мора бити прочитана.

Ако поред тога што *не може да чита истовремено није у стању ни да чује* подносиоцу се исправа мора прочитати посредством судског тумача, у присуству јавног бележника. И то треба да буде назначено у клаузули о оверавању потписа, уз навођење података о тумачу и начину на који је утврђен његов идентитет. Идентитет тумача може

⁸⁸⁷ Чл. 14, ст. 3 ЗОвПРП.

⁸⁸⁸ Дејан Ђурђевић, „Актуелна реформа прописа о јавнобележничким оверама и европски стандарди у области превентивне правне заштите“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Београд 2014. године, стр. 161 и Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 199.

⁸⁸⁹ Чл. 12 ЗОвПРП.

⁸⁹⁰ Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 201.

бити утврђен на основу личног познанства са јавним бележником или увидом у службени документ са фотогрфијом.⁸⁹¹

Када није у стању да се потпише, подносилац на исправу ставља рукознак. У домаћем праву под рукознаком се подразумева отисак прста, првенствено кажипрста десне руке. У делу о овери потписа у Аустрији било је речи о томе како се рукознаком сматрају и обичне, равне или кривудавае линије које не испуњавају услове за потпис.⁸⁹² Код нас се рукознак у закону, али и у теорији своди на отисак прста. Одредбе чл. 16 ЗОвПРП којима се уређује готово су идентично формулисане као чл. 179 ЗВП о којем је било речи у делу рада о јавнобележничком запису. Тако је и у овом члану на исти начин предвиђен редослед према којем се одређује отисак којег прста подносилац треба да стави на исправу ако нема кажипрст десне руке. Према овом редоследу то треба да буде средњи прст, прстењак, мали прст и палац, а ако нема десну шаку, ставља отисак једног прста леве руке истим редом. Осим тога, у домаћем закону није предвиђена ни могућност потписивања странке устима или ногом уколико нпр. нема шаке, те не може да стави рукознак која се помиње у аустријској литератури. У овој ситуацији примењује се чл. 17 ЗОвПРП којим се регулише случај када лице није у стању да стави рукознак.

Према овој одредби, ако *подносилац пак није у стању ни да стави рукознак* потребно је учешће два позвана сведока од којих један на исправи исписује име и презиме подносиоца исправе, а овај потом такав потпис признаје као свој.⁸⁹³ Тада у легализационој клаузули јавни бележник потврђује да је подносилац исправе као свој потпис признао исписано његово име и презиме од стране једног од позваних сведока. И у овом случају легализациона калузула има проширену садржину јер јавни бележник у њој наводи и податке о позваним сведоцима и начину на који је утврђен њихов идентитет при чему то, у складу са чл. 18, ст. 3, може бити учињено само увидом у важећи службени документ с фотографијом. Услови за позваног сведока не разликују се од оних који су предвиђени у ЗВП. Потребно је да се ради о пунолетном, потпуно пословно способном, писменом лицу, које зна језик на којем се саставља исправа. Такође, релативно неподобни позвани сведоци су лица која раде у јавнобележничкој канцеларији или су у служби јавног бележника, сродници јавног бележника или подносиоца исправе по крви у правој линији, у побочној линији сродства закључно са четвртим степеном, у тазбинском сродству до другог степена, сродници по усвојењу,

⁸⁹¹ Чл. 13 ЗОвПРП.

⁸⁹² Више о томе вид. у делу о оверавању потписа у аустријском праву.

⁸⁹³ Чл. 17, ст. 1 и2 ЗОвПРП.

супружник или бивши супружник, ванбрачни партнер или бивши ванбрачни партнер, старатељ или бивши старатељ, као и штићеник или бивши штићеник.⁸⁹⁴ Осим наведених, у ову групу спадају и лица на чији правни положај, на непосредан или посредан начин може утицати исправа која се оверава, као и заступници, односно одговорна лица у правном лицу на чији правни положај посредно или непосредно може утицати дата исправа.⁸⁹⁵

Г. ФУНКЦИЈЕ КОЈЕ СЕ ОСТВАРУЈУ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКОМ ФОРМОМ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА

1. Функције које се остварују формом јавнобележничког записа

Функцију доказивања⁸⁹⁶ у одређеном степену може да врши било која врста форме. Писменим формулисањем изјава воља уговорних страна обезбеђује се њихова трајна доступност и могућност континуираног репродуковања, а стављањем потписа идентификовање уговорних страна. На овај начин се опредељује тренутак настанка уговора, односно разграничава се тренутак његовог закључења од процеса преговарања. У том смислу, и обична писана форма може остварити ову функцију, али не у обиму у којем се то постиже закључивањем уговора у форми јавнобележничког записа. Као што је приказано, поступак састављања јавнобележничког записа подразумева учешће нотара као носиоца јавних овлашћења који пре коначног формулисања садржине исправе утврђује идентитет, пословну способност странака, постојање овлашћења за заступање заступника, као и намере странака, чињенично стање и правни циљ којем странке теже. У складу са тим он формулише текст исправе тако да у њој на јасан и недвосмислен начин буде изражена права воља уговорних страна. Тако ова форма доприноси превенцији спорова, али и значајно олакшава и скраћује поступак доказивања уколико до спора ипак дође. Због описаног начина на који настаје јавнобележнички запис њему је дато својство јавне исправе које се односи на садржину записа у целости. У томе се састоји и највећи квалитет ове врсте форме са становишта функције

⁸⁹⁴ Чл. 18, ст. 2, тач. 1 и 2. О подели неподобности за својство позваног сведока на апсолутну и релативну вид. у делу о јавнобележничком запису у домаћем праву са даљим упућивањем.

⁸⁹⁵ Чл. 18, ст. 2, тач. 3 и 4.

⁸⁹⁶ Више о функцији доказивања и другим функцијама које се могу подвести под њу вид. у делу о функцијама форме уговора.

доказивања с обзиром на то да ово својство подразумева претпоставку истинитости њене садржине.

Функција контроле не може се остварити свим врстама форме. Наиме, обична писана и реална форма не подразумевају учешће носиоца јавних овлашћења који би вршио контролу над закључењем уговора и његовом садржином. Ова функција форме важна је са становишта заштите јавног интереса. Код уговора који, према процени законодавца, могу утицати на јавни интерес обавезна форма може омогућити вршење надзора над њиховим закључењем. У том смислу, највећи степен контроле може се остварити посредством форме јавнобележничког записа. Јавни бележник је тај који утврђује идентитет странака, испитује њихове намере и формулише њихове изјаве воља, те има и потпуну контролу над садржином уговора који се закључује у овој форми. Ова функција такође долази до изражаја у контексту дужности јавног бележника да приликом закључења одређених врста уговора изврши претходну контролу (нпр. у регистру који основни судови воде о уговорима о промету непокретности у циљу спречавања вишеструког располагања истом непокретношћу), као и дужности да по састављању записа исправу достави преко електронског шалтера пореском органу, органу надлежном за послове катастра и надлежном суду. На тај начин, нотар има значајну улогу у обезбеђивању тачности и ажурности јавних регистара, као и ефикасном спровођењу фискалне политике државе.

Овом врстом форме уговора свакако се може остварити и функција публицитета, односно функција заштите правног промета и поверилаца. Састављањем исправе у којој је изражена садржина уговора она постаје видљива и трећим лицима на чије интересе тај уговор може утицати. Јавнобележнички запис, стога, представља подобну врсту форме за остваривање функције публицитета.

Уз то, сам поступак сачињавања јавнобележничког записа доприноси заштити правног промета и поверилаца уговорних страна више него што се они могу заштитити другим, блажим врстама форме. Утврђивањем идентитета странака и постојања овлашћења за заступање од стране јавног бележника значајно се смањује могућност појаве фалсификованих уговора и на тај начин пружа већи степен заштите правног промета и трећих лица. Ова заштита остварује се и у каснијој фази поступка састављања јавнобележничког записа јер нотар испитује намере странака и одбија сачињавање јавнобележничког записа уколико утврди да је уговор који желе да закључе недопуштен,

привидан или да се закључује са циљем да се избегне законска обавеза или противправно оштети треће лице.⁸⁹⁷

Један од најважнијих циљева због којих се законодавац опредељује за наметање обавезне форме за одређене врсте уговора је заштита уговорних страна од пренагљеног обавезивања. Функција упозорења или заштита од пренагљености може се остварити било којом врстом форме уговора. Свака формалност у одређеној мери буди „правну свест“ странака односно њихово „разумно разматрање“⁸⁹⁸, тј. утиче на стране да са већим степеном пажње размотре значај и правне последице уговора, те одлуче да ли желе његово закључење. Само сазнање да треба да иду код нотара, прикупљање и достављање потребне документације утичу на стране да више пута размисле о закључивању уговора пре него што до коначног закључења дође. Поврх тога, управо форма јавнобележничког записа подразумева највише формалности приликом закључења уговора уз учешће јавног бележника, а тиме и више „подсетника“ који смањују могућност да до закључења уговора дође због лакоумислености једне или обеју уговорних страна.

На крају, функција поучавања која је карактеристична за форму јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе употпуњује, али и надограђује претходно наведену функцију упозорења. Наиме, поучавањем уговарача од стране непристрасног стручњака о правном домашају уговора који закључују спречава се настанак уговора који би био последица не само непромишљености, већ и неукости странака. Нотар на овај начин омогућује да се у потпуности или делимично отклони неједнакост између страна приликом закључивања уговора.⁸⁹⁹

Имајући у виду *Хајсово* запажање о функцијама, односно циљевима ради којих се за одређену врсту уговора захтева обавезна форма⁹⁰⁰, потребно је одредити циљеве који би у конкретном случају оправдали наметање форме јавнобележничког записа. То јест, потребно је утврдити које су то функције које се могу остварити само овом врстом форме или које се у потребном обиму могу остварити само закључењем уговора у форми јавнобележничког записа.

⁸⁹⁷ Чл. 53, ст. 2, тач. 2 ЗЈБ.

⁸⁹⁸ F. C. v. Savigny, 219 и R. V. Jhering, 498. Више о томе вид. у делу о функцијама форме.

⁸⁹⁹ K. Winkler, Einl, Rn. 22.

⁹⁰⁰ Више о томе вид. у делу о функцијама форме уговора.

Тако, за уговоре за које законодавац процени да са собом носе значајан ризик или нарочито тешке последице или да су посебно комплексни, те да постоји *наглашена потреба за заштитом интереса једне или обеју уговорних страна* одговарајућа је она форма која обезбеђује поучавање од стране непристрасног стручњака. У ову групу могли би се сврстати уговори чији је предмет од посебног значаја за уговорне стране или код којих се претпоставља да је једна страна слабија или у неповољнијој позицији од друге у тренутку закључења уговора. За постизање циља заштите уговорних страна код таквих уговора није довољна функција упозорења која се постиже блажим врстама форме јер је потребно уверити се прво да су стране разумеле правни домашјај уговора који закључују, а потом да су на основу свих релевантних информација трезвено одлучиле о ступању у уговорни однос.

Када је *предмет уговора значајан за јавни интерес*, потребно је одредити форму која ће омогућити одговарајући степен надзора. Такву контролу могуће је остварити само путем неке од јавнобележничких форми јер оне подразумевају учешће нотара као вршиоца јавних овлашћења. Која од ових форми ће бити одговарајућа у конкретном случају зависи од података чијом се потврдом обезбеђује одговарајући ниво заштите јавног интереса. Јавнобележнички запис може бити адекватна форма у случајевима када за испуњење овог циља није довољно само утврдити чињеницу да је одређени уговор или други правни посао закључен и да су га закључила лично или путем заступника лица која се у њему наводе као уговорне стране. Састављање уговора у форми јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе омогућује нотару увид у садржину посла и испитивање намера уговорних страна. Тако може да оцени да ли су у исправи права и обавезе уговорних страна наведене како су заиста уговорене или су нпр. представљене другачије са циљем смањења или избегавања одређених законских обавеза. Пример за то би било представљање знатно ниже купопродајне цене приликом купопродаје непокретности у циљу умањења пореских обавеза.⁹⁰¹

Према *Шмиду*, у швајцарској теорији и судској пракси као типична три циља који се настоје остварити формом јавнобележничког записа наводе се заштита страна од пренагљености, унапређење јасноће правног посла и обезбеђење доказа, као и

⁹⁰¹ О дужности јавног бележника да испитује економске ефекте уговора и да о њима поучава странке вид. у делу о функцијама форме уговора. Треба поменути и то да уговорена цена представља основицу пореза на пренос апсолутних права, осим уколико надлежни порески орган оцени да је уговорена цена нижа од тржишне. Он то може утврдити у року од 60 дана од пријема пореске пријаве. Уколико то не учини основицу ће представљати цена из уговора. Вид. чл. 27 ЗПорИм.

одговарајућа припрема за упис у јавне регистре. Тако, у контексту *функције доказивања код форме јавнобележничког записа* швајцарски Савезни суд наводи да јавнобележнички запис треба да успостави истините и правно јасне односе између страна и да текст јавне исправе мора бити јасан и недвосмислен.⁹⁰² Са друге стране, *Хајс* наводи да функција доказивања са становишта одређивања обавезне конститутивне форме нема велики значај. У Немачкој и Аустрији, према овом аутору, у материјалима који су пратили доношење закона којим су увођене обавезне форме за одређене врсте уговора функција доказивања или није посебно истицана, или је само успут помињана.⁹⁰³ Стога, поставља се питање да ли остваривање циља доказивања може бити одлучујући разлог за наметање обавезне форме јавнобележничког записа. Чини се да би то могло имати највише смисла код оних правних послова који нужно утичу на интересе трећих лица. Својство јавне исправе буди код трећих лица већи степен поверења у пуноважан настанак посла и истинитост његове садржине, а чињеница да је изјава воља уговорних страна формулисао непристрасни стручњак пружа им додатну сигурност да садржина исправе заиста одражава праву вољу уговорних страна. Овде бисмо могли сврстати правне послове који утичу на положај наследника уговорних страна. Често се дешава да се спорови поводом ових уговора јаве након смрти лица које је изјавило вољу чиме се значајно отежава накнадно утврђивање њене садржине.⁹⁰⁴ У таквим споровима се показује значај форме која исправи у целости даје својство јавне исправе, те обезбеђује претпоставку истинитости у њој садржаних изјава воља уговорних страна.

2. Функције које се остварују формом јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе

Имајући у виду претходну анализу форми јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе којом је указано на сличност у садржини и дејству ових двеју врста форме, тешко је направити дистинкцију у погледу функција на основу којих би законодавац одредио оптималну форму за конкретну врсту уговора. И поред тога што приликом солемнизације он не саставља текст уговора, јавни бележник детаљно

⁹⁰² Вид. извод из необјављене пресуде швајцарског Савезног суда од 7. децембра 1998. године објављен у *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 81/2000, 62.

⁹⁰³ Н. Heiss, 65.

⁹⁰⁴ S. Kalss, §883, Rz. 5. И *Хајс* наводи пример уговора о куповини наследства (*Erbschafts Kauf*) у аустријском праву код којег се због значаја за треће лице наглашава функција доказивања и додаје да се тако показује да су услови форме у наследноправним односима више усмерени ка циљу доказивања. Вид. Н. Heiss, 65, фн. 159.

испитује његову садржину, утврђује намере уговорних страна и уверава се да су оне у поднетој приватној исправи манифестоване на одговарајући начин.

Са становишта доказне функције и функција које она обухвата, чињеница да јавни бележник не формулише изјаве воља странака не прави значајну разлику. У прилог томе говори то што и солемнизована приватна исправа у целости има својство јавне исправе, као и то да може бити и извршна исправа под истим условима као и јавнобележнички запис. Јавни бележник на исти начин утврђује идентитет странака и других учесника поступка, а тренутак настанка уговора такође је несумњив. Додатни квалитет јавнобележничког записа у погледу функције доказивања евентуално бисмо могли тражити у начину формулисања изјава воље, тј. у томе што је нотар као стручњак у области права вештији у коришћењу правних термина. Ова предност би могла доћи до изражаја у случају спора између уговорних страна у погледу садржине уговора јер би у поступку тумачење уговорних одредаба било мање захтевно. Међутим, постојање ове разлике постаје упитно уколико се узме у обзир да је у одредби којом се регулише садржина јавнобележничког записа као један од елемената предвиђена и изјава јавног бележника „да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале“.⁹⁰⁵ То значи да и приликом састављања јавнобележничког записа странке могу инсистирати на уношењу одредбе коју јавни бележник оцени као нејасну, неразумљиву, двосмислену, те која би потенцијално представљала већи изазов са становишта тумачења одредбе и доказивања.

За функцију контроле слично се може рећи као и за функцију доказивања. Из чињенице да текст уговора састављају уговорне стране, а не јавни бележник не произлази велика разлика у погледу могућности вршења контроле над закључивањем уговора. Наиме, и приликом солемнизације приватне исправе јавни бележник утврђује идентитет странака, њихову способност уговарања и, ако се у својству странке јавља заступник уговорне стране, постојање овлашћења за заступање. Поред тога, он испитује садржину исправе и проверава да ли је она у складу са вољом уговорних страна, као и да ли је уговор забрањен, привидан или се закључује ради избегавања законске обавезе, постизања недопуштеног циља или оштећења трећег лица. Стога, и солемнизација приватне исправе даје нотару довољно простора за вршење надзора код уговора код

⁹⁰⁵ Чл. 84, ст. 1, тач. 8 ЗЈБ.

којих је то, према оцени законодавца, потребно у циљу нпр. контроле промета одређених добара, обезбеђивања ажурности јавних регистара или наплате пореза.

У погледу могућности остваривања циља публицитета чини се да нема разлике између јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе. Ова врста форме једнако обезбеђује видљивост садржине уговора трећим лицима на чији правни интерес би овај уговор могао бити од утицаја. Такође, заштита поверилаца уговорних страна и промета на исти начин се може постићи солемнизованом приватном исправом, као и јавнобележничким записом.⁹⁰⁶

У делу о функцијама које се остварују јавнобележничким записом речено је да функцију упозорења, односно заштите страна од пренагљености може да врши свака врста форме, али у различитом обиму. Солемнизација приватне исправе подразумева такође одређени низ формалности које код уговорних страна буде свест о значају закључења уговора и последицама које из њега произлазе. Може се поставити питање да ли на обим остварења функције упозорења утиче то што се код ове врсте форме садржина исправе не формулише у самом поступку пред јавним бележником, већ пре тога. Међутим, чини се да, и ако се ова функција форме посматра изоловано, солемнизована приватна исправа не заостаје за јавнобележничким записом. Она чак подразумева да се стране озбиљније суочавају са идејом закључења уговора и правима и обавезама које из њега треба да настану и пре него што приступе јавном бележнику, приликом састављања приватне исправе.

Осим јавнобележничким записом, функција поучавања може се остварити још само формом солемнизоване приватне исправе. У основи, ни у погледу ове функције не може се направити јасна разлика између ових двеју врста форме која би послужила као поуздан критеријум за одређивање адекватне врсте форме за одређени уговор. И када само потврђује већ сачињену приватну исправу, јавни бележник је дужан да утврди чињенично стање, испита намере уговорних страна, испита садржину поднете исправе, провери да ли начин на који су стране формулисале своје изјаве заиста одражава њихову стварну вољу и да ли је она подобна да произведе правно дејство којем странке теже. Дужан је да им објасни смисао уговора, укаже на евентуалне ризике и упозори их на нејасне, неразумљиве или двосмислене изјаве. Евентуална разлика између јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе у обиму остваривања

⁹⁰⁶ Вид. у делу о јавнобележничком запису у домаћем праву.

функције поучавања могла би се тражити у контексту питања да ли јавни бележник приликом састављања текста исправе на основу изјава странака може да оствари бољи увид у њихове стварне намере. Да ли кроз разговор са њима о врсти уговора коју желе да закључе, правном циљу који желе да постигну итд. странке имају више прилике да поставе питања и траже додатна појашњења од нотара? Као што је раније наведено, према *Кораћу* ова разлика постоји, те је, по овом аутору, препоручљиво да се и у црногорском праву одреди круг уговора који би могли бити закључени искључиво у форми јавнобележничког записа, а не и у форми солемнизоване приватне исправе.⁹⁰⁷

Видели смо да је таква подела постојала у ЗЈБКЈ, а постоји и данас у хЗЈБ. У важећем хрватском праву солемнизована приватна исправа не може да замени запис код уговора о обећању поклона, уговора о располагању имовином малолетних лица и лица лишених пословне способности и правних послова међу живима које лично предузимају глува лица која не знају да читају или нема лица која не знају да пишу. За разлику од решења српског законодавца, хрватски се није ограничио на располагање непокретним стварима пословно неспособних лица. Важеће правила о обавезној форми правних послова глувих лица која не знају да читају и немих која не знају да пишу хрватски законодавац сузио је на правне послове чија је вредност већа од 50.000 куна. Из наведених одредби видљива је намера да се формом јавнобележничког записа заштити страна правног посла чији би интереси могли бити угрожени. Учешћем јавног бележника у састављању уговора настоји се заштитити у првом случају малолетно, односно пословно неспособно лице, у другом поклонодавац, а у трећем случају немо, односно глуво лице.

Конкретна решења из домаћег законодавства указују на то да и наш законодавац прави ову разлику. Тако се форма јавнобележничког записа захтева за уговоре о располагању непокретностима пословно неспособних лица, споразум о законском издржавању или уговоре о хипотеци који представљају основ за упис извршне вансудске хипотеке. У овим случајевима је законодавац оценио да се ради о правним пословима који производе веома озбиљне правне последице при чему је једна страна лице које је у посебно неповољном, рањивом положају. Код првог уговора располаже се непокретношћу малолетника или лица лишеног пословне способности.⁹⁰⁸ Код споразума

⁹⁰⁷ Више о томе вид. у делу о солемнизацији приватне исправе у црногорском праву.

⁹⁰⁸ О форми уговора о располагању непокретностима пословно неспособних лица биће више речи у посебном поглављу у наставку рада.

о законском издржавању једна страна је лице које по правилима ПЗ има право на издржавање због тога што је малолетно, односно зато што је неспособно за рад или незапослено, а без довољно средстава за издржавање. Закључивање уговора на основу којег поверилац стиче вансудску извршну хипотеку представља за власника непокретности значајан ризик. Могуће је да се законодавац при избору најстроже форме за ову врсту уговора водио тиме да је дужник у стању нужде у тренутку закључивања главног уговора из којег је настала обавеза за чије испуњење гарантује хипотеком, те да му треба пружити додатни степен заштите. Са друге стране, ако се у својству хипотекарног дужника јавља лице које није дужник главне обавезе посебно је важно да буде упознат са ризиком и евентуалним последицама закључења овог уговора.⁹⁰⁹

Из претходно изложеног о функцијама двеју најстрожих врста форме у нашем правном систему јасно је да се њима остварују исте функције и по правилу у једнаком обиму. Због тога није једноставно одредити критеријум којим би се законодавац у конкретном случају водио приликом избора између јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе. У настојању да ипак дамо одговарајућу смерницу законодавцу, следеће решење се чини одговарајућим. Први корак подразумева анализу правног дејства датог уговора и интереса који би њиме могли бити угрожени и којима би требало пружити заштиту, те спрам тога, утврђивање функција које форма треба да остварује. Други корак следи тек ако законодавац утврди да форма конкретног уговора треба да врши функције које се, уопште или у потребном обиму, могу остварити само јавнобележничким записом или солемнизованом приватном исправом. Приликом избора између ових двеју врста форме, законодавац би требало да узме у обзир која лица се редовно јављају у својству уговорних страна. Уколико се ради о лицима која се због недовољне зрелости, душевне болести, менталне заосталости, економске нужде или другог разлога налазе у нарочито неповољном положају, што се може негативно одразити на њихову равноправност у закључивању уговора, законодавац треба да се определи за најстрожу врсту форме – форму јавнобележничког записа.

3. Функције које се остварују формом јавнобележничке овере потписа

Према функцијама које се остварују односном формом јаснија је разлика између јавнобележничке овере потписа, с једне стране, и јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе, с друге стране. Ова разлика пре свега произлази из

⁹⁰⁹ О форми уговора о хипотеци биће више речи у посебном поглављу у наставку рада.

тога што оверавањем потписа уговорача од стране јавног бележника исправа у којој је садржан уговор не добија у целости својство јавне исправе. Само клаузула којом јавни бележник потврђује да су исправу заправо потписала лица која су наведена као потписници има то својство.

То се одражава на функцију доказивања која се остварује овом врстом форме. Дакле, код ове врсте форме претпоставка истинитости важи само у погледу идентитета потписника уговора, али не и садржине самог уговора. Осим тога, у клаузули о оверавању потписа морају бити наведени и датум и час оверавања, те ова претпоставка важи и у погледу тренутка закључења уговора. Међутим, део исправе у којем су садржане изјаве воље уговорних страна и даље има својство приватне исправе.

Ова врста форме подобна је за остваривање контролне функције будући да подразумева учешће носиоца јавних овлашћења који може да врши надзор над закључивањем одређене врсте уговора, односно прометом одређене робе. Међутим, према чл. 11 ЗОвПРП, приликом оверавања потписа јавни бележник није дужан да истражује намере и вољу уговорних страна, нити да се упушта у садржину уговора. Он није дужан ни да испитује да ли је лице које потписује уговор за то овлашћено. У делу рада у којем је било речи о јавнобележничкој овери потписа у домаћем, али и немачком и аустријском праву констатовано је да јавни бележник ипак има дужност да врши ограничену контролу исправе. Када је очигледно да је уговор забрањен, да служи остваривању недозвољених циљева, да је за њега прописана строжа форма или када постоји разлог за његово изузеће, јавни бележник је дужан да одбије оверавање потписа. Стога, и ова врста форме служи заштити јавног интереса утолико што спречава закључење уговора који су очигледно забрањени или служе постизању недозвољених циљева.

С обзиром на то да је за оверавање потписа неопходно да садржина уговора буде изражена у исправу која се потом подноси бележнику на оверу, она такође може остварити функцију публицитета, односно заштите трећих лица и поверилаца. Увидом у исправу трећа заинтересована лица могу се упознати са садржином уговора који потенцијално може да утиче на њихова права и обавезе. Како јавни бележник приликом легализације потписа не потврђује да исправа одражава прави споразум и намере уговорних страна, у овим ситуацијама има више простора за сумње заинтересованих трећих лица у истинитост садржине исправе. Заштита савесних трећих лица постиже се

и другим аспектом ограничене контроле исправе који се односи на постојање овлашћења за заступање. Дакле, иако није дужан да испитује да ли је лице овлашћено да потпише поднету исправу, јавни бележник треба то да учини у случају када оно изјави да потписује исправу у име и за рачун другог. Потреба се испитивањем постојања овлашћења за заступање истиче се у теорији управо у циљу спречавања да треће лице, због тога што се поуздало у бележникову оверу потписа, закључи уговор са лицем које није овлашћено да заступа другу уговорну страну.⁹¹⁰ Ова форма доприноси заштити правног промета јер се највећи број случајева у којима се захтева ова форма односи на изјаве на основу којих се врши упис у јавне регистре попут катастра непокретности или регистара које води Агенција за привредне регистре. На тај начин штити се начело поуздања у истинитост података садржаних у јавним регистрима.⁹¹¹

Функција упозорења такође се остварује и формом јавнобележничке овере потписа. Писмено формулисање изјава воља подстиче уговорне стране да посвете већи степен пажње уговору који закључују и његовим дејствима. Уз то, само сазнање да поводом закључења уговора треба да приступе јавном бележнику утиче на њих и да озбиљније приступе састављању исправе него што би то учинили код уговора за које се захтева обична писана форма.

Највећа разлика између ове и осталих двеју врста јавнобележничке форме уговора је у томе што се овером потписа не остварује функција поучавања уговорних страна. Као што је већ речено, приликом оверавања потписа јавни бележник не поучава странке о правном домашају уговора, те није дужан у том циљу да истражује њихове намере и испитује да ли се изјавама воље које су садржане у исправи постиже дејство којем теже.

Стога, иако се функција упозорења у одређеној мери остварује више овом врстом форме него обичном писаном, то не треба да буде критеријум законодавцу приликом одређивања обавезне форме у конкретном случају. Ако процени да је за одређену врсту уговора потребно обезбедити већи степен заштите уговорних страна, односно обезбедити њихов већи опрез приликом закључивања уговора, треба да се одлучи за солемнизовану приватну исправу или јавнобележнички запис. Форму јавнобележничке

⁹¹⁰ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој овери потписа у домаћем праву са даљим упућивањем.

⁹¹¹ Н. М. Malzer, 172-174; Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 179. Начела поуздања у тачност података из катастра непокретности и регистара које води АПР предвиђена су у чл. 63 Закона о државном премеру и катастру и чл. 3, ст. 1, тач. 2 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Сл. гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021).

овере потписа законодавац треба да изабере када процени да је са становишта заштите интереса уговорних страна довољна писана форма, али је потребно обезбедити контролу над закључивањем одређене врсте уговора. Исто важи и у случају када не сматра да уопште постоји потреба за заштитом страна од пренагљеног обавезивања, већ процени да постоји посебан интерес да се обезбеди потврда о вези између изјаве и личности изјавиоца. Пример за то би могли бити уговор о преносу удела између ортака или уговор о преносу удела у друштву са ограниченом одговорношћу.⁹¹² С обзиром на то да се ради о субјектима који приликом закључења ових уговора иступају у оквиру своје привредне делатности подразумева се да су довољно упознати са предметном материјом, те да су свесни последица закључења уговора и евентуалних ризика. Ови субјекти по правилу закључују велики број уговора, те им је важно и да обавезна форма не подразумева и трошење много времена и новца. Са друге стране, овера потписа пружа довољан степен сигурности да би се на основу уговора спровела промена у одговарајућем регистру .

Д. ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА ПОЈЕДИНИХ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

1. Јавнобележничка форма појединих облигационих уговора у домаћем праву – *de lege lata*

1.1. Уговор о промету непокретности

Под прометом непокретности, у смислу ЗПН, подразумева се „пренос права својине на непокретности правним послом, уз накнаду или без накнаде“, као и „пренос права коришћења на непокретности у јавној својини са једног на другог носиоца права коришћења на непокретности у јавној својини“.⁹¹³ Појам непокретности, према овом закону, обухвата: земљиште, зграде и друге грађевинске објекте, као и посебне делове зграда на којима може постојати засебно право својине.⁹¹⁴ Под појмом уговора о промету непокретности подразумевају се сви уговори који представљају правни основ (*iustus titulus*) за стицање права својине на непокретној ствари попут уговора о продаји, уговора

⁹¹² Чл. 97, ст. 1 и 2 и чл. 175, ст. 1 Закона о привредним друштвима (Сл. гласник РС, 36/2011-3, 99/2011-14, 83/2014-15 (др. закон), 5/2015-3, 44/2018-27, 95/2018-335, 91/2019-61, 109/2021-15).

⁹¹³ Чл. 2 ЗПН.

⁹¹⁴ Чл. 1, ст. 1 ЗПН.

о поклону, уговора о размени, уговора о доживотном издржавању, уговора о уступању и расподели имовине за живота.⁹¹⁵

За уговоре о промету непокретности, у чл. 4 ЗПН и чл. 93, ст. 2, тач. 1 ЗЈБ, захтева се форма солемнизоване приватне исправе. Овим правилом дерогирају се одредбе о форми посебних уговора на основу којих се преноси право својине за које се иначе захтева блажа врста форме у случајевима када је предмет права својине непокретна ствар. Такође, уговор који је по правилу неформалан у истој ситуацији постаје формалан. Тако, међу одредбама ЗОО о размени нема посебног правила о обавезној форми уговора што значи да за уговор важи начелно правило о неформалности уговора. Међутим, ако се један или оба сауговорача обавезују да пренесу право својине на непокретности, примениће се одредба ЗПН о обавезној форми уговора о промету непокретности.

Са друге стране, правилима ЗН којим се уређују именовани уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота такође се захтева форма солемнизоване приватне исправе. Стога је ове уговоре неопходно сачинити у датој форми без обзира на то да ли је предмет уступичеве обавезе, односно обавезе примаоца издржавања право својине на непокретној или покретној ствари или пак неко друго право.

Форма уговора о поклону детаљније је анализирана у посебном поглављу рада у којем је указано на то да уговор о поклону није регулисан важећим прописом, те да се према схватању домаће судске праксе на њега примењују одговарајуће одредбе из СГЗ.⁹¹⁶ Док се код поклона покретне ствари може поставити питање важећег права и постојања простора за примену предратних правила, када се поклања непокретна ствар питање форме уговора је неспорно јер за њега важи форма из чл. 4 ЗПН, односно чл. 93, ст. 2, тач. 1 ЗЈБ.

1.1.1. Еволуција форме уговора о промету непокретности у домаћем праву

Међу одредбама ЗОО којима се регулише уговор о продаји од доношења овог закона било је садржано посебно правило о форми овог уговора у случају када се

⁹¹⁵ Према чл. 454 ЗОО, уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продатој ствари и да му је преда, а купац се обавезује да заузврат продавцу плати цену у новцу и преузме ствар. Уговор о размени одређен је чл. 522 ЗОО као „уговор којим се сваки уговорач обавезује према свом сауговорачу да пренесе на њега својину неке ствари и да му је у ту сврху преда“. Предмет оба уговора, поред права својине могу бити и друга преносива права. Остали наведени уговори детаљније су обрађени у посебним поглављима овог рада, те је излишно то чинити и на овом месту.

⁹¹⁶ Више о томе вид. у делу рада о обећању поклона покретне ствари.

продавац обавезује да на купца пренесе право својине на непокретности. У изворној верзији овог закона, као и након измене из 1993. године за закључење уговора о продаји непокретних ствари захтевана је писана форма.⁹¹⁷ Међутим, већ у време доношења ЗОО на снази је био ЗПН из 1974. године према којем су уговори на основу којих се преноси право коришћења или право својине на непокретности морали бити сачињени у писаној форми са потписима уговарача овереним у суду.⁹¹⁸ Исти захтев форме задржан је и у ЗПН из 1981⁹¹⁹, као и ЗПН из 1998. године⁹²⁰, с тим што је у овим законима била предвиђена и могућност конвалидације уговора који је закључен у писаном облику без овере потписа уговарача од стране суда под условом да је извршен у целини или у претежном делу⁹²¹. Иако је у ЗОО постојала посебна одредба о форми уговора о продаји непокретности, она од самог почетка није примењивана у пракси, већ су примењиване одредбе ЗПН који је важио у време доношења ЗОО и касније донетих закона којима је регулисан промет непокретности.⁹²² До измене правила о форми уговора о промету

⁹¹⁷ До измене из 1993. године чл. 455 гласио је: „Уговор о продаји непокретних ствари које друштвена правна лица стављају у правни промет у оквиру свог редовног пословања мора бити закључен у писменој форми“. Након измене ЗОО из 1993. године ова одредба је гласила: „Уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен у писаној форми, под претњом ништавости“.

⁹¹⁸ Чл. 10 Закона о промету непокретности из 1974. године – ЗПН(1974) (Сл. гласник СРС, бр. 15/74, 14/77).

⁹¹⁹ Чл. 4, ст. 2 Закона о промету непокретности од 1. августа 1981. године – ЗПН(1981) (Сл. гласник СРС, бр. 43/81, 24/85, 28/87, 6/89, 30/89, 40/89, Сл. гласник РС, бр. 53/93, 67/93, 48/94).

⁹²⁰ Чл. 4, ст. 1 Закона о промету непокретности из 1998. године – ЗПН(1998) (Сл. гласник РС, бр. 42/98, 111/2009).

⁹²¹ Чл. 4, ст. 4 ЗПН(1981). Овај став је додат изворном тексту чл. 4 новелом из 1987. године (Сл. гласник СРС 28/87) иако је у судској пракси и пре ове измене захтев обавезне форме релативизован допуштањем конвалидације у случају када је уговор извршен у потпуности или у претежном делу. О томе се изјаснио Врховни суд СР Србије у правном схватању усвојеном на седници од 17. јула 1984. године. Признавањем дејства уговору којем је недостајала овера потписа од стране суда судска пракса је настојала да спречи злоупотребе које су се јављале у вези са прометом непокретности попут нпр. позивања несавесне стране на недостатак обавезне форме са захтевом за враћање непокретности уз повраћај купопродајне цене. Вид. Ранко Кеча, *Земљишно право и правни режим пољопривредног земљишта*, Нови Сад 1993, 111 и 112, фн. 476 и чл. 4, ст. 3 ЗПН(1998).

⁹²² Тачније, чл. 455 ЗОО којим се регулише форма уговора о продаји непокретности у изворној верзији односио се само на уговоре које су закључивала друштвена правна лица која су у оквиру свог редовног пословања стављала непокретности у правни промет. У том смислу ова одредба и није била у колизији са одредбом из ЗПН(1974), већ је чл. 455 ЗОО представљао посебно правило у којем је био предвиђен изузетак у односу на чл. 10 ЗПН(1974). Тек изменом ЗОО из 1993. године је дејство правила значајно проширено јер више није било садржало ограничење у погледу субјеката који се јављају у својству продавца. Према новој формулацији оно се односило на све уговоре о продаји непокретности. Међутим, питање је да ли је ова одредба била резултат намере законодавца да пропише другачију форму за уговоре о продаји непокретности у односу на остале уговоре којима се врши промет непокретности и одступи од правила ЗПН(1981) у којем је за уговоре о промету непокретности захтевана и овера потписа уговорних страна. Могуће је да је ова измена заправо последица процеса трансформације друштвене својине из 90-их година прошлог века. У сваком случају, и након ове измене битном формом за уговор о продаји непокретности сматрана је форма из чл. 4 ЗПН(1981), а не обична писана форма из чл. 455 ЗОО.

У једној пресуди, Врховни касациони суд прво помиње писану форму уговора о продаји непокретности из чл. 455 ЗОО, а потом одредбу о конвалидацији уговора о промету непокретности из чл. 4 ЗПН(1998). У овом случају поставило се питање пуноважности уговора о продаји непокретности који је био закључен усмено уз накнадно састављање писане признанице приликом предаје једног дела цене у којој је био наведен износ који је том приликом предат, да се он предаје на име куповине идеалног дела катастарске

непокретности долази доношењем ЗЈБ. У изворној верзији ЗЈБ из 2011. форма уговора о располагању непокретностима била је прописана у оквиру чл. 83 који је садржао листу правних послова који *могу* бити закључени у форми јавнобележничког записа.⁹²³ То је значило да су уговори о промету непокретности могли бити закључени у форми која је и раније била предвиђена у ЗПН, тј. писаној форми са потписима овереним од стране суда или у форми јавнобележничког записа. Изменом из 2013. године, и пре почетка примене ЗЈБ, ова тачка чл. 83 је брисана и истовремено измењен чл. 82 тако што је сада уговор о располагању непокретностима наведен међу правним пословима који *морају* бити закључени у форми јавнобележничког записа. На тај начин се одступило од претходног решења према којем је постојала конкуренција форми између овере потписа уговарача и јавнобележничког записа. Убрзо након почетка примене ЗЈБ одредба о форми уговора о располагању опет је сврстана у чл. 83, те је овом члану додат нови став у којим је за уговоре о располагању непокретностима пословно способних лица опет предвиђена конкуренција форми, али овог пута између јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе.

Како је раније у раду поменуто, одмах по почетку примене ЗЈБ адвокати су ступили у штрајк чији су узрок у претежном делу биле управо одредбе ЗЈБ према којима је за састављање појединих уговора искључиво био надлежан јавни бележник. Међу њима, највећи утицај на потенцијално смањење прихода адвоката могла су имати правила о обавезној форми уговора о промету непокретности. Како је у време почетка примене ЗЈБ важило правило према којем је за ове уговоре била предвиђена искључиво форма јавнобележничког записа која подразумева састављање у целисти уговора од стране јавног бележника, један од захтева адвокатске професије односио се управо на ове уговоре. У настојању да се пронађе компромисно решење које би довело до престанка штрајка и нормалног функционисања правосуђа уследила је наведена измена ЗЈБ којом је уз јавнобележнички запис као могућа форма за закључивање уговора о располагању непокретностима предвиђена и солемнизована приватна исправа.

парцеле, цена парцеле по 1 м² и да ће преостали део бити исплаћен приликом овере уговора о купопродаји код надлежног суда. У образложењу пресуде, након навођења чл. 455 ЗОО и чл. 4, ст. 3 ЗПН суд се не изјашњава о томе коју форму сматра обавезном за овај уговор, писану или оверу потписа уговорних страна, већ само указује на грешку нижестепених судова који нису у поступку утврђивали постојање услова за конвалитацију овако закљученог уговора. Вид. пресуду Врховног касационог суда бр. 772/2020 од 7. октобра 2020. године.

⁹²³ Чл. 83, ст. 1, тач. 1 ЗЈБ у изворној верзији (Сл. гласник РС бр. 31/2011).

То, међутим, није било довољно да би се „одобровољили“ припадници адвокатске професије, те је у јануару 2015. године уследила нова, опсежна измена ЗЈБ и других закона међу којима је и ЗПН.⁹²⁴ Тада је у оба наведена закона као једина обавезна форма за уговоре о промету непокретности предвиђена форма солемнизоване приватне исправе. Од ове измене се и у ЗЈБ уместо термина „располагање“ користи термин „промет“ чиме се сужава круг уговора на које се односила предметна одредба.⁹²⁵

Тако је према чл. 93, ст. 2, тач 1 ЗЈБ и чл. 4, ст. 1 ЗПН, за пуноважан настанак уговора о промету непокретности потребно да буде закључен у форми солемнизоване приватне исправе. Коначно, изменом ЗОО из 2020. године отклоњена је и несагласност одредбе из ЗОО о форми уговора о продаји непокретних ствари са правилима о форми уговора о промету непокретности. То је учињено тако што у чл. 455 ЗОО није предвиђена конкретна форма, већ се упућује на правила закона којима се уређује промет непокретности. Циљ законописца приликом формулисања овог правила био је да се избегне евентуална потреба за изменом ЗОО сваки пут када дође до измене односних правила закона којим се уређује промет непокретности или јавнобележничка делатност.⁹²⁶

1.1.2. Функције форме уговора о промету непокретности

1.1.2.1. Функције форме уговора о промету непокретности у немачком праву

Форма уговора о промету непокретности у немачком праву регулисана је § 311b, ст. 1 нГЗ.⁹²⁷ Према овом правилу, уговор којим се једна страна обавезује да пренесе или стекне право својине на непокретности мора бити закључен у форми јавнобележничког записа.⁹²⁸

Ова одредба односи се само на уговоре којима се заснива обавеза преноса или стицања права својине на непокретној ствари, а не и на уговоре из којих настаје обавеза једне стране да заснује неки терет на непокретној ствари, попут хипотеке или службености.⁹²⁹ Она обухвата уговоре обавезивања из којих произлази обавеза преноса

⁹²⁴ Више о наведеним изменама вид. у делу о јавнобележничком запису у домаћем праву.

⁹²⁵ О значењу термина „промет“, односно „располагање“ и разлозима њихових измена у ЗЈБ биће више речи у наставку рада.

⁹²⁶ Вид. образложење Предлога Закона о изменама и допуни Закона о облигационим односима.

⁹²⁷ До 31.12.2001. године, ова норма била је садржана у § 313.

⁹²⁸ У наредној реченици овог става експлицитно је предвиђена могућност конвалидације уговора о промету непокретности који није закључен у захтеваној форми. Више о условима конвалидације уговора о промету непокретности у немачком праву вид. у делу последицама недостатака форме.

⁹²⁹ D. Medicus, S. Lorenz, 43, Rn. 92.

или стицања права својине на непокретности, попут купопродаје, поклона, размене, али и све друге правне послове из којих ова обавеза настаје као главна или као споредна обавеза.⁹³⁰ § 311b, ст. 1 нГЗ важи и у случају када је уговор закључен под условом или роком, или када се нпр. уговором о посредовању налогодавац обавезе посреднику да ће продати непокретност.⁹³¹ У судској пракси заузет је став да под ову одредбу потпадају и правни послови којима се врши посредна принуда да се пренесе или стекне право својине на непокретној ствари. Као пример таквих правних послова наводе се уговарање уговорне казне за случај да обећалац не прода непокретност, као и неопозива пуномоћ за располагање непокретношћу и њено стицање.⁹³²

За пуноважан настанак уговора о промету непокретности потребно је да изјаве обеју уговорних страна буду дате у захтеваној форми. У изворној верзији § 313 нГЗ, у којем је првобитно била садржана одредба о форми уговора о промету непокретности, форма јавнобележничког записа захтевана је за уговоре којима се једна страна обавезује да *пренесе* право својине на непокретности. Због тога је у судској пракси и доктрини било спорно да ли овај услов форме важи и за уговоре из којих произлази само обавеза *стицања* права својине на непокретности.⁹³³ У почетку је владајући став био да такви уговори не морају бити закључени у форми јавнобележничког записа и да је циљ законодавца приликом прописивања обавезне форме био првенствено заштита

⁹³⁰ Као пример се наводе још и уговор о деоби заоставштине којој припада непокретност, уговори о оснивању друштва којим се члан друштва обавезује да у имовину друштва унесе непокретност, као и уговори о куповини предузећа када је непокретност део имовине предузећа. D. Medicus, S. Lorenz, 43, Rn. 93. Sebastian Ruhwinkel у *Münch.Kommentar zum BGB*, §311b, Rn. 40, 48; Hannes Wais, „Zentrale Form- und Heilungsvorschriften des BGB im Überblick“, *Juristische Schulung (JuS)*, 1/2020, 8.

⁹³¹ D. Medicus, S. Lorenz, 43, Rn. 94; S. Ruhwinkel у *Münch.Kommentar zum BGB*, §311b, Rn. 34,

⁹³² D. Medicus, S. Lorenz, 44, Rn. 95; S. Ruhwinkel у *Münch.Kommentar zum BGB*, §311b, Rn. 38,

⁹³³ Као пример таквог случаја у судској пракси наводи се „наруџбина“ (*Bestellung*) којом су се тужени обавезали на стицање и плаћање непокретности. Тужилца у овом поступку која се бавила изградњом и прометом непокретности у Италији је туженима након обиласка дала унапред припремљену, одштапану и ручно попуњену „наруџбину“ коју су они потписали. На другој страни исправе били су наведени услови куповине непокретности, изградње куће. 1966. тужени су изјавили да нису везани уговором јер су пренагљено поступали будући да је њихово месечно економско оптерећење за стицање земљишта и куће веће од претходно утврђеног, као и да клима не одговара здравственом стању једног од тужених. Тужилца је у поступку захтевала плаћање куповне цене са припадајућим каматама. Како је у то време било владајуће становиште да је форма јавнобележничког записа обавезна само за уговоре из којих произлази обавеза преноса права својине на непокретности, суд је пошао од тога да је за решење спора одлучујуће то да ли се може узети да се у конкретном случају из потписане исправе може закључити да је постојала намера и тужилце да се обавезе на пренос права својине на непокретности. Суд је ценио изјаве тужених у складу са одштапаним насловом формулара који су потписали, те сматрао да овом појму недостаје извесност да се друга страна овом „наруџбином“ правно обавезала. У то време у теорији су се јавила схватања према којима је форма јавнобележничког записа потребна и за пуноважно закључење уговора из којег произлази само обавеза стицања права својине на непокретности, као и да циљ законодавца приликом прописивања § 313 нГЗ није била само заштита преносиоца права својине, већ и стицаоца. Вид. Walter Löwe, „Beurkundungsfreiheit für Grunderwerbverpflichtung“, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)*, 16/1972, 715-719.

преносиоца права својине.⁹³⁴ Ипак, касније се јављају и схватања према којима је ова форма битна и за уговоре из којих произлази само обавеза стицања права својине на непокретности, као и да се овом формом настоји заштитити и уговорна страна која на основу датог уговора стиче право својине на непокретности. Ове сумње отклоњене су изменом из 1973. године тако што је у првој реченици § 313 нГЗ уз то да је ова форма потребна за “уговор којим се једна страна обавезује да пренесе” додато „или стекне“ право својине на непокретности.⁹³⁵ Од тада је у литератури општеприхваћено да уговор који представља основ за пренос права својине на непокретности мора бити закључен у форми јавнобележничког записа и ако је у њему садржана само обавеза стицаоца. Осим тога, наводи се и да она подједнако служи заштити обеју уговорних страна, а не само преносиоца.⁹³⁶

Тако, према немачким ауторима, примарне функције обавезне форме у овом случају су функције упозорења и поучавања уговорних страна. У теорији се истиче да се циљ заштите преносиоца и стицаоца разликује само у нијансама. Преносилац се, према овом схватању, „пре свега штити од *самог непромишљеног располагања*, а поред тога, од располагања под непромишљеним условима“.⁹³⁷ Са друге стране, стицалац се примарно штити *од стицања под непромишљеним, а тиме могуће и неодговарајућим условима*, а заштита од самог непромишљеног стицања је на другом месту.⁹³⁸ Приликом анализирања циљева којима служи обавезна форма код ове врсте уговора немачки аутори су углавном кретали од аргумената наведених у Мотивима нГЗ. Међутим, они наглашавају да овим аргументима треба приступити опрезно, с обзиром на измењене друштвене, а посебно социјално-економске односе.⁹³⁹ У сваком случају, у Мотивима се

⁹³⁴ Поједини аутори су пак сматрали да и изјаве воље стицаоца морају бити дате у форми јавнобележничког записа, али са различитим аргументима. Једни су полазили од тога да изјава купца представља изјаву о прихвату, те су закључак о обавезности састављања изјаве стицаоца у овој форми заснивали на § 128 нГЗ према којем је за настанак уговора за који се законом захтева форма јавнобележничког записа довољно да јавнобележнички запис буде састављен прво о понуди, а потом и прихвату. Други су исти закључак изводили из § 152 нГЗ у којем је предвиђено да се, у случају када стране нису истовремено присутне приликом састављања јавнобележничког записа, уговор сматра закљученим када је у складу са § 128 нГЗ састављен јавнобележнички запис о изјави о прихвату. Вагнер с правом критикује претходно наведене аргументе у прилог обавезности форме за изјаву обеју уговорних страна указујући на текст саме одредбе тадашњег § 313 нГЗ. Први део гласи „уговор којим се једна страна обавезује...“. Употреба термина „уговор“ указује на то да је за испуњење услова форме потребно да изјаве и преносиоца, и стицаоца буду сачињене у захтеваном облику. Више о томе вид. у Herbert Wagner, „Zum Schutzzweck des Beurkundungszwangs gemäß § 313 BGB“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 5/1972, 452-455.

⁹³⁵ § 313 нГЗ измењен законом од 30. маја 1973. године (BGBl. I S. 501). На одговарајући начин измењене су и одредбе којима се уређује власништво на становима и дугорочном боравку.

⁹³⁶ S. Ruhwinkel, § 311b, Rn. 3; L. Plewe, 116-117.

⁹³⁷ S. Ruhwinkel, § 311b, Rn. 3.

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ H. Wagner, 456 са даљим навођењем.

у прилог одступању од начела слободe уговарања код уговора о промету непокретности наводи да се ова добра традиционално сматрају највреднијима у имовини једног лица. Истовремено се указује на то да је непокретност са становишта вредности изгубила на значају развојем привреде којим је омогућена акумулација значајне вредности у предметима попут нпр. хартија од вредности које се пак могу преносити неформално, предајом. И поред тога, друштвени значај права својине на непокретности није се умањило током времена. Непокретност представља природну основу за насељавање становништва и већ због тога му треба посветити посебну пажњу између осталог тако што неће бити сувише лако отуђити га. Због тога би власнику непокретности требало пружити заштиту, односно отуђење непокретности не треба ставити у исти ранг са отуђењем других делова имовине чак ни онда када се то чини под повољним условима.⁹⁴⁰ Да би се то остварило није довољна обична писана форма јер она, како се наводи у Мотивима нГЗ, носи опасност да дође до закључења уговора, а да односи уговорних страна нису потпуно уређени или нису на потпун начин приказани у исправи.⁹⁴¹

Тако се и у савременој литератури наводи да су разлози којима су се водили творци нГЗ када су се одлучили да за уговоре о располагању непокретностима захтевају форму јавнобележничког записа ванвременски.⁹⁴² И даље се као аргумент истиче изузетан значај непокретности за уговорне стране. Због тога ова врста форме треба да обезбеди заштиту од пренагљеног обавезивања. Сама чињеница да поводом закључења датог уговора треба да се обратe јавном бележнику указује странама на то да се не ради о обичном, свакодневном уговору, те се већ на тај начин остварује функција упозорења.⁹⁴³ Уз то, додатна заштита се обезбеђује поучавањем странака и састављањем уговора од стране непристрасног стручњака у складу са околностима конкретног случаја (функција поучавања).⁹⁴⁴ Осим тога, наводи се и да обавезна форма јавнобележничког записа служи заштити правне сигурности и поверења посредством функције обезбеђења пуноважности (*Gültigkeitsgewähr*), као и избегавању настанка спорова међу странама, а тиме и судских поступака вршењем функције доказивања.⁹⁴⁵

⁹⁴⁰ *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, (ур. В. Mugdan), Berlin 1899, 2. свеска, §351, 190.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² S. Ruhwinkel, § 311b, Rn. 1.

⁹⁴³ S. Ruhwinkel, § 311b, Rn. 2.

⁹⁴⁴ S. Ruhwinkel, § 311b, Rn. 2.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

1.1.2.2. Функције форме уговора о промету непокретности у домаћем праву

Као што је приказано, немачки аутори главни разлог прописивања јавнобележничког записа као обавезне форме за уговор о промету непокретности виде у заштити уговорних страна. Тачније, у почетку само преносиоца, а касније и стицаоца. То произлази и из образложења које су редактори нГЗ навели у Мотивима.

У домаћој доктрини пак на питање који интерес се превентивно жели заштитити обавезном формом уговора о промету непокретности и посредством којих функција се то може постићи налазимо различите одговоре. Тако, *Перовић* за решење из Закона о промету земљишта и зграда из 1954. године⁹⁴⁶ којим је за уговоре на основу којих се преноси својина на земљишту или згради захтевана писана форма наводи да је овом формом остварена заштита и појединачних интереса, и јавног интереса. Међутим, према његовом схватању, приликом прописивања обавезне писане форме законодавац је превасходно настојао да заштити јавни интерес.⁹⁴⁷ *Перовић* свој закључак изводи из чињенице да је доношењем поменутог закона престала да важи Уредба о контроли промета непокретностима из 1948. године.⁹⁴⁸ Овом Уредбом је за свако отуђење или заснивање терета на непокретности било неопходно одобрење надлежног средског или градског одбора. Надлежни орган је вршио строгу контролу у циљу спречавања шпекулативних радњи, прекорачења тада важећег аграрног максимума, тј. у циљу заштите јавног интереса. Доношење новог закона и укидање наведене Уредбе значило је и либерализацију промета непокретности, међутим, према *Перовићу*, одредба о обавезној форми једно је од више решења из Закона о промету земљишта и зграда којима је законодавац и даље настојао да заштити јавни интерес. Други аргумент који *Перовић* наводи у прилог свом схватању је то што је услов писане форме важио за све уговоре на основу којих је вршен пренос права својине. Како између приватних лица, између друштвено правних лица, тако и између приватног лица као једне и друштвено правног лица као друге уговорне стране.⁹⁴⁹ Осим *Перовића* и *Д. Петровић* наводи да се „прописивање писмене форме уговора за промет непокретности правдало потребом да се постигне већа сигурност у правном промету и да се учесници правног промета

⁹⁴⁶ Чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда од 23. јуна 1954. године (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 26/54, 19/55, 48/58, 30/62, 53/62, *Службени лист СФРЈ*, бр. 15/65).

⁹⁴⁷ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 46-49. Тако и у М. Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, 1305.

⁹⁴⁸ Уредба о контроли промета непокретностима од 24. марта 1948. године (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 24/48, 43/53).

⁹⁴⁹ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 46-49.

дисциплинују“.⁹⁵⁰ Према *Базали*, сврха прописивања обавезне форме из чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда је већа сигурност промета земљишта и зграда.⁹⁵¹

На становишту примарног циља обавезне форме уговора о промету непокретности да се њоме заштити јавни интерес домаћи аутори остали су и након доношења Закона о промету непокретности из 1974. године којим је форма ових уговора додатно построжена. Од доношења овог закона за пуноважан настанак уговора којим се отуђује непокретност обична писана форма постала је недовољна, већ су и потписи уговорних страна морали бити оверени код суда.⁹⁵² На то су указивали услови које су стране морале испунити да би дошло до овере потписа, а чији је циљ, према *Вукотићу*, био заштита друштвеног интереса.⁹⁵³

И савремени домаћи аутори за обавезну форму уговора о промету непокретности наводе да се њоме штите и друштвени интереси, и појединачни интереси уговорних страна, с тим што заштита друштвеног интереса има предност. *Караникић Мирић* ближе одређује шта се под друштвеним интересом подразумева у случају уговора о отуђењу непокретности. Према овој ауторки, „друштвени интерес је да спорова о постојању и садржини тих уговора буде што мање; да у случају спора стручно и савесно састављена исправа о правном послу има што јачу доказну снагу; да се поуздањем може узети да је уговор закључио управо онај ко је означен на исправи и да оно што стоји у исправи верно одражава изјављену вољу уговорних страна; да свако ко има правни интерес може с поуздањем да сазна за туђе уговоре који га се тичу као чињенице у правном промету; да држава има увид у промет непокретности – пре свега зато да би могла да очува поузданост јавних регистара, али и из фискалних разлога“. Она потом закључује да поштравање обавезне форме уговора о промету непокретности током историје у домаћем праву указује на константно настојање законодавца да пронађе инструменте којима би се наведени циљеви могли остварити.⁹⁵⁴

⁹⁵⁰ Драгољуб Петровић, „Форма уговора о промету непокретности“, *Правни живот*, 9-10/1993, 871.

⁹⁵¹ Бранко Базала, „Писмени облик уговора“, *Одвјетник*, 12/1959, 258 и 259.

⁹⁵² Чл. 10 ЗПН(1974).

⁹⁵³ У време док је важио земљишни максимум била је потребна потврда надлежног органа да се стицањем земљишта из уговора не прелази дозвољени земљишни максимум. Такође, овера уговора условљавана је претходним плаћањем пореза на промет који је управа прихода општине одређивала на основу процењене вредности непокретности. Вид. Љубомир Вукотић, „Закључење уговора о промету непокретности преко пуномоћника“, *Правни живот*, 9-10/1993, 949-950.

⁹⁵⁴ М. Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, 1312-1313.

Наведени ставови домаћих аутора о циљу заштите општег интереса посредством обавезне форме уговора о промету непокретности чине се уверљивим. Непокретним стварима традиционално се придаје посебан значај у односу на покретне. Поред тога што су непокретности и у данашње време великом броју људи не само место становања, већ и једно од основних средстава привређивања, оне предстаљају важан ресурс и са становишта друштва у целини. Због тога су за ову врсту ствари прописивана посебна правила са циљем њихове евиденције, контроле њиховог промета и намене. Отуда постоји посебна евиденција о непокретностима, њиховој врсти, површини и сл, као и о правима која постоје на њима.⁹⁵⁵ Осим тога, пољопривреда и природни ресурси су од изузетног значаја за опстанак сваке државе, те постоји интерес државе да осигура да титулари права на овим добрима своја овлашћења врше на начин који је у складу са наменом.⁹⁵⁶ Одроз нарочите вредности непокретних ствари за општи интерес заједнице предстаљају и посебна правила о могућности страних физичких и правних лица да стичу право својине на територији Републике Србије.⁹⁵⁷

Тако, и прописивање обавезне форме којом се остварује увид у закључивање и садржину уговора о промету непокретности посредством јавног бележника као носиоца јавних овлашћења представља једно од погодних средстава да се заштити друштвени интерес. Форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе подобна је да оствари све функције које су потребне за обезбеђење различитих аспеката друштвеног интереса са становишта уговора о промету непокретности о којима говори *Караникић Мирић*.

⁹⁵⁵ У Закону о државном премеру и катастру изричито се и наводи да активности које се предузимају у том циљу служе општем интересу. Чл. 6 овог закона гласи: „Државни премер, катастар непокретности, катастар водова, основни геодетски радови, адресни регистар, топографско-картографска делатност, процена вредности непокретности, геодетско-катастарски информациони систем и Национална инфраструктура геопросторних података јесу од општег интереса за Републику Србију“.

⁹⁵⁶ На велики значај земљишта за општи интерес указују и активности државе усмерене на просторно планирање. Тако, у складу са чл. 11, ст. 4 Закона о планирању и изградњи (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009-105, 81/2009-76 (исправка), 64/2010-66 (УС), 24/2011-3, 121/2012-14, 42/2013-37 (УС), 50/2013-23 (УС), 98/2013-258 (УС), 132/2014-3, 145/2014-72, 83/2018-18, 31/2019-9, 37/2019-3 (др. закон), 9/2020-3, 52/2021-22), израда и доношење планских докумената представља делатност од јавног интереса.

У вези са просторним планирањем *Мидоровић* наводи: „Значај просторног планирања првенствено проистиче из чињенице да територијални капацитети сваке државе предстаљају ограничени, а у неким земљама чак и оскудан ресурс. С обзиром на то да је површина доступног земљишта константна и да се не може повећати, нужно је употребу земљишта уредити на начин који ће обезбедити његово рационално коришћење и расподелу, те задовољење најразличитијих потреба и интереса.“ С. Мидоровић у Слобода Д. Мидоровић, Душан Ж. Николић, „Право својине и просторно планирање: утицај просторних планова на вредност непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1779 са даљим упућивањем.

⁹⁵⁷ Чл. 82а-82д Закона о основама својинскоправних односа (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/1980-189, 36/1990-1197, 29/1996-41, РС 115/2005-11 (др. закон)).

1.1.2.2.1. Функција доказивања

Сузбијање спорова о постојању и садржини уговора постиже се *функцијом доказивања*, при чему доказна снага јавне исправе обухвата уговор у целости и пружа додатну гаранцију да је у исправу садржана стварна воља уговорних страна и да су уговор заиста закључила лица која су у њему наведена као уговорне стране (*функције аутентификације и идентификације*).

1.1.2.2.2. Функција публицитета

Овом врстом форме остварује се и *функција публицитета*, тј. омогућује се трећим лицима на чије интересе може утицати предметни уговор да се упознају са његовим постојањем и садржином. Када је реч о промету непокретности, по правилу, трећа лица се са дејством овог уговора могу упознати и увидом у катастар непокретности, међутим сама исправа може бити релевантна пре уписа права својине у корист стицаоца. И након уписа трећа лица могу имати интерес да сазнају по ком основу је дошло до преноса права својине и у чему се састојала обавеза стицаоца. Тако нпр. ако се ради о уговору о продаји висина цене може бити релевантна за титулара права прече куповине којег продавац није обавестио о намери да прода непокретност или му је понудио по цени вишој од оне по којој ју је продао. Уз то, да ли је до преноса права својине дошло на основу теретног или бестеретног уговора може бити релевантно за преносиоцеве повериоце и утицати на услове за побијање датог уговора уколико је услед њега имовина преносиоца постала недовољна за намирење повериоцевог потраживања. Такође, уколико се ради о уговору о доживотном издржавању или уступању и расподели имовине за живота заинтересована трећа лица су нужни наследници примаоца издржавања, односно уступиоца .

1.1.2.2.3. Функција контроле

Са становишта заштите општег интереса најважнија функција форме уговора је *функција контроле*. Приликом закључивања уговора у форми солемнизоване приватне исправе посредством јавног бележника као носиоца јавних овлашћења држава може да има увид у закључивање уговора о промету непокретности и њихову садржину. Код ове врсте уговора контрола је значајна ради очувања поузданости и ажурности јавних регистара. Приликом солемнизације уговора јавни бележник проверава да ли је непокретност у уговору означена потпуно и на одговарајући начин и да ли су наведени

подаци из катастра непокретности тачни.⁹⁵⁸ Ажурни и потпуни подаци у јавним регистрима служе сигурности правног промета. Учешће јавног бележника у закључењу уговора непосредно доприноси овом циљу и због законом предвиђене обавезе да служби за катастар непокретности по службеној дужности достави јавнобележничке исправе које представљају подобан правни основ за упис у катастар непокретности.⁹⁵⁹ Таква је исправа управо солемнизована приватна исправа у којој је садржан уговор о промету непокретности заједно са безусловном сагласношћу за упис права својине у катастар непокретности (*clausula intabulandi*). Јавни бележник има исту дужност и када је потврдио или сачинио уговор о промету непокретности закључен без истовременог давања *clausulae intabulandi* или исправу на основу које се преноси власништво на објекту у изградњи, с тим што се у овим случајевима уписује одговарајућа предбележба.⁹⁶⁰ На намеру законодаваца да посредством учешћа јавног бележника у закључивању ових уговора унапреди и потпуност јавних регистара указује и то што је он дужан, „ради евидентирања“ да достави исправу и онда када се она односи на непокретност која није уписана у катастру непокретности.⁹⁶¹

Осим тога, држава је заинтересована да има увид у закључивање уговора о промету непокретности и из фискалних разлога. Јавни бележник својим активним учешћем у закључивању уговора о промету непокретности доприноси заштити фискалних интереса државе. Право својине на непокретности јесте предмет опорезивања, те је у складу са чл. 33б, ст. 1 и 2 ЗПорИм јавни бележник дужан да у року од 24 сата од солемнизације исправу у којој је садржан уговор учини доступном надлежном пореском органу.

1.1.2.2.4. Функције упозорења и поучавања

Поред свега наведеног и неспорног интереса државе да посредством обавезне форме јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе оствари контролу над прометом непокретности сматрамо да се не може занемарити ни заштита уговорних страна кроз *функције упозорења и поучавања*. Упркос томе што се у модерном друштву

⁹⁵⁸ У исправу за упис непокретности мора бити означена следећим подацима катастра непокретности: катастарска општина, број и површина парцеле, број и површина објекта, број и површина посебног дела објекта. Вид. чл. 86, ст. 2, тач. 2 Закона о државном премеру и катастру од 3. септембра 2009. године (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 - одлука УС, 96/2015, 47/2017 - аутентично тумачење, 113/2017 - др. закон, 27/2018 - др. закон, 41/2018 - др. закон и 9/2020 - др. закон).

⁹⁵⁹ Чл. 22, ст. 1, тач. 2 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова - ЗПостУпКНВ од 31. маја 2018. године (*Сл. гласник РС*, бр. 41/2018-16, 95/2018-352, 31/2019-15, 15/2020-5).

⁹⁶⁰ Чл. 22, ст. 2, тач. 1 и 2 ЗПостУпКНВ.

⁹⁶¹ Чл. 22, ст. 2, тач. 3 ЗПостУпКНВ.

свакодневно производи све више покретних ствари које по вредности могу да парирају и највреднијим непокретностима, у свести просечног појединца непокретне ствари имају посебан значај. Делом због тога што оне код највећег броја просечних грађана и даље представљају највреднији део имовине, а делом зато што неретко за власника имају и емотивну вредност. То је посебно случај уколико је у непокретности живео дужи временски период и ако са њом има трајну и чврсту везу, односно ако је сматра својим домом.⁹⁶² У сваком случају, може се узети да уговор који представља основ за пренос права својине на непокретности производи значајне правне последице за уговорне стране, те да наметање додатних формалности у циљу спречавања његовог исхитреног закључивања није неоправдано. Заштита од пренагљеног обавезивања, тј. функција упозорења остварује се и обичном писаном формом. Међутим, писана форма није довољна за остваривање функције контроле у циљу заштите јавног интереса, нити се њоме у потребној мери штите уговорне стране од непромишљеног ступања у уговорни однос.

Имајући у виду посебан значај који се по правилу придаје непокретним стварима важно је обезбедити и да уговорне стране приликом закључивања уговора о промету непокретности буду потпуно упознате са његовим дејствима и потенцијалним ризицима. То се обезбеђује поучавањем од стране јавног бележника који као неутралан стручњак испитује намере уговорних страна и указује им на последице уговора који закључују. У конкретном случају, обавеза преносиоца је иста без обзира на то о којој врсти уговора се ради. Он се обавезује да на другу уговорну страну пренесе право својине на непокретности. У том смислу ће и поуке јавног бележника у одређеном делу бити сличне без обзира на то да ли се ради нпр. о уговору о продаји или уговору о поклону. Тако, јавни бележник треба да поучи стране о томе да се право својине на непокретности преноси тек уписом у катастар непокретности, као и да је за то, поред уговора, потребна и безусловна сагласност преносиоца (*clausula intabulandi*).⁹⁶³ Он треба да упозна стране са тиме да је уговор који закључују правни основ за стицање права својине, те да га он по службеној дужности доставља надлежном катастру непокретности ради уписа права својине.

⁹⁶² О потреби дефинисања појма „дом“, признању права на дом и његовом односу према праву својине вид. у Душан Ж. Николић, Слобода Д. Мидоровић, „Ограничење права својине правом на дом (појмовна одређења и правна политика)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020, 39-70.

⁹⁶³ С. Armbüster, § 17, Rn.74; К. Winkler, § 17, Rn.229.

Уколико се *clausula intabulandi* не налази у истој исправи у којој је садржан текст уговора, нотар је дужан да поучи стране о томе да је потребно да она буде накнадно дата у посебној исправи која пак не мора бити сачињена у истој форми, већ је довољна и овера пописа преносиоца. У том случају, такође треба да обавести странке да ће по службеној дужности доставити солемнизовани уговор катастру непокретности ради уписа предбележбе. Како се у својству странке по правилу јављају лица која нису правници, јавни бележник би тада требало да приближи странкама значење и сврху предбележбе.

Независно од тога о којој врсти уговора се ради јавни бележник треба да поучи странке о теретима који постоје на непокретности.⁹⁶⁴ Тачније, овом поуком превасходно се пружа заштита стицаоцу непокретности. Постојање терета на непокретности представља значајан ризик за стицаоца, може негативно утицати на његову имовину и свакако спада у правни домаћај уговора о којем нотар треба да поучи странке. И поред тога што се ради о правима која се уписују у катастар непокретности, те важи претпоставка да је стицалац упознат са њиховим постојањем, то не мора да значи да је он заправо свестан потенцијалних ризика стицања оптерећене непокретности. Све наведено говори у прилог томе да обавезна форма уговора о промету непокретности не служи или бар не би требало да служи само заштити преносиоца, већ и заштити стицаоца непокретности. Поред уписаних стварних и облигационих права, јавни бележник треба да упозна странке, а посебно стицаоца и са евентуалним предбележбама и забележбама и поучи о њиховом могућем утицају на стицање права својине, односно на обим вршења овог права.⁹⁶⁵ Он пак није дужан да указује странкама на могуће терете који нису видљиви у јавном регистру. Нпр. ако је продавац раније закључио уговор о закупу предметне непокретности са трећим лицем о којем није обавестио купца. Уколико право закупа није уписано у катастру непокретности нотар неће одговорати за штету коју купац трпи због тога што није био поучен о постојању овог терета и његовом дејству према купцу. У овом случају купац може само од продавца да захтева накнаду штете коју трпи због ограничења права својине, по основу правила о одговорности за правне недостатке.

Када начин на који су у уговору предвиђене обавезе сауговорача указује на то да је један од њих изложен већем ризику, нотар је дужан да га о томе поучи. То важи за све случајеве у којима се једна страна обавезује да прва испуни своју чинидбу без

⁹⁶⁴ C. Armbüster, § 17, Rn.76; K. Winkler, § 17, Rn.229.

⁹⁶⁵ C. Armbüster, § 17, Rn.76.

обезбеђења да ће уследити противчинидба друге уговорне стране (*ungesicherte Vorleistung*). Пример за овај случај је давање *clausulae intabulandi* већ у самом уговору о продаји непокретности при чему се плаћање цене одлаже за неки каснији моменат. Јавни бележник у таквој ситуацији треба да поучи продавца о ризику испуњења обавезе и пре исплате цене од стране купца. Међутим, у немачкој теорији и судској пракси се исправно указује на то да се бележничкова дужност поучавања тиме не исцрпљује, већ да у оваквим случајевима постоји „двострука дужност поучавања“.⁹⁶⁶ Тада он треба прво да поучи страну која прва испуњава чинидбу о последицама евентуалне неспособности друге стране да испуни противчинидбу, а потом да укаже на начине како да се тај ризик отклони.⁹⁶⁷ Дакле, у приказаном примеру, није довољно да нотар страни која се обавезује на претходну чинидбу укаже на то да је чинидба необезбеђена, већ треба да јој предочи да у случају инсолвентности купца може остати без купопродајне цене.⁹⁶⁸ Препознавање и процена ризика необезбеђене чинидбе захтева правничко размишљање те странка која није правник неће моћи сама то да учини. Према *Гантеру*, ни када је онај ко треба да предузме необезбеђену претходну чинидбу свестан ризика њеног предузимања јавни бележник се не ослобађа дужности да укаже на могућности обезбеђења. Ово због тога што је могуће и да је то лице свесно ризика, али мисли да је он неминован и да се не може избећи. Нотар треба да га посаветује о могућностима обезбеђења чак и онда када

⁹⁶⁶ Hans Gerhard Ganter, „Die Belehrungspflichten des Urkundsnotars im Falle des Vorliegens einer ungesicherten Vorleistung“, *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (NotBZ)*, 9/2000, 277; C. Armbrüster, § 17, Rn. 87.

⁹⁶⁷ Прво је ова двострука дужност поучавања у немачкој судској пракси подвођена под општу дужност јавног бележника да се стара о странкама, односно проширену дужност поучавања из § 14 нЗНот. Међутим, од 1987. године он изводи из § 17, ст. 1, реч. 1 нЗПотИсп којим се регулише дужност испитивања и поучавања будући да ово питање спада у правни домаћај уговора о којем се говори у наведеној одредби. Н. G. Ganter, „Die Belehrungspflichten des Urkundsnotars im Falle des Vorliegens einer ungesicherten Vorleistung“, 277. Више о тзв. општој дужности јавног бележника да се стара о странкама, односно проширеној дужности поучавања вид. у делу о функцијама форме уговора.

⁹⁶⁸ У једном случају у немачкој судској пракси власник је продао земљиште по цени од 201.600 немачких марака. Купац се обавезао да цену исплати у месечним ратама у износу од 1400 немачких марака. У уговору је било предвиђено да уколико купац више од месец дана закасни са исплатом једне месечне рате на захтев продавца доспева потраживање и за цео преостали износ купопродајне цене. Јавни бележник је приликом састављања јавнобележничког записа поучио странке да ће право својине бити уписано у земљишну књигу и ако цена још није исплаћена, али је продавац изјавио да верује да је купац способан да има довољно средстава да испуни чинидбу. Купац је дао изјаву којом пристаје на непосредно извршење потраживања на име цене на целокупној његовој имовини. Међутим, убрзо након уписа предбележбе о стицању права својине купац је престао да исплаћује рате и продао је непокретност другом лицу. Извршење продавчевог потраживања на његовој имовини било је неуспешно. У поступку који је потом водио против јавног бележника због повреде дужности суд је стао на становиште да је захтев основан. Нарочито када је странка правно неука јавни бележник не треба да се задовољи са тиме да јој је познато да је њена претходна чинидба необезбеђена. Он треба да јој предочи да ризикује да остане без права својине и то без противчинидбе. Пресуда Вишег земаљског суда у Берлину бр. 9 U 600/97 од 19. маја 1998. године. Наведено према Н. G. Ganter, „Die Belehrungspflichten des Urkundsnotars im Falle des Vorliegens einer ungesicherten Vorleistung“, 278.

сумња да су оне продавцу познате на основу његовог стручног знања или саветовања од стране трећег лица, али није у то сигуран.⁹⁶⁹ Ипак, споран је обим дужности јавног бележника да указује на начине избегавања ризика необезбеђених претходних чинидби. Поставља се питање да ли је довољно да јавни бележник предочи само оне могућности обезбеђења којих се сам сети приликом састављања јавнобележничког записа или је неопходно да наведе све начине који долазе у обзир. Немачки Савезни суд је у једном случају заузео становиште да уколико би стицалац одбио могућности отклањања ризика (нпр. полагање купопродајне цене или заснивање јемства) које је предложио нотар, он треба да укаже и на друге, а уколико му нису познате, али не може да искључи да постоје да укаже странкама да је спреман да истражи да ли оне постоје.⁹⁷⁰ Указујући на судску праксу у вези са овим питањем, *Рајтман* истиче значај што прецизнијег дефинисања службених дужности нотара и њихово разликовање од савета за састављање уговора. Прекомерни захтеви за „савршеним исправама“ представљају опасност за правну сигурност.⁹⁷¹ *Гантер* упозорава да би, с обзиром на притисак којем су многи нотари изложени, било тешко одржавати уредно пословање јавних бележника, када би нотар морао сваки пут након што његови предлози начина обезбеђења буду одбијени, истражује нове и да по жељи странака одложи састављање јавнобележничког записа за каснији термин.⁹⁷²

Уколико се у конкретном случају потврђује уговор о продаји непокретности, а у својству продавца се јавља један од сувласника непокретности или ако је у питању пољопривредно земљиште јавни бележник је дужан да пита продавца да ли је свој удео претходно понудио другим сувласницима, односно власницима суседних пољопривредних земљишта. Он је дужан и да поучи странке о могућим последицама

⁹⁶⁹ H. G. Ganter, „Die Belehrungspflichten des Urkundsnotars im Falle des Vorliegens einer ungesicherten Vorleistung“, 278.

⁹⁷⁰ Пресуда немачког Савезног суда бр. IX ZR 4/97 од 15. јануара 1998. године.

⁹⁷¹ Christoph Reithmann, „Nr. 4 Doppelte Belehrungspflicht bei ungesicherter Vorleistung“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 8/1998, 637-644.

⁹⁷² H. G. Ganter, „Die Belehrungspflichten des Urkundsnotars im Falle des Vorliegens einer ungesicherten Vorleistung“, 279. Он на крају сумира наведено у „чеклисту за нотара“ којом он треба да се води у оваквим ситуацијама: а) Да ли се ради о необезбеђеној претходној чинидби? Ако да: б) Да ли се претходна чинидба односи на главну обавезу? Ако да: в) Да ли је ономе који треба да предузме ту чинидбу недвосмислено јасно да се ради о необезбеђеној чинидби? Ако не: Поучити га о опасностима необезбеђене претходне чинидбе. У вези са могућностима обезбеђења даље: г) Зна ли то лице несумњиво све могућности обезбеђења које долазе у обзир? Ако не: Посаветовати их о могућностима обезбеђења. д) Да ли су након саветовања све изложене могућности обезбеђења одбијене? Ако да: Навести друге могућности обезбеђења. њ) Да ли јавни бележник не зна ни за једну више, али не може да искључи да постоји? Ако да: Оставити странкама избор да се састављање јавнобележничког записа одложи док се нотар не упозна са тиме или да снесе ризик необезбеђене претходне чинидбе иако је могуће да постоји могућност обезбеђења која је непозната свим странкама.

изостанка понуде, као и продаје купцу под повољнијим условима од оних које је навео у понуди упућеној титуларима права прече куповине. Дакле, странке треба да буду упознате са тиме да постоји могућност да ималац права прече куповине захтева да се закључени уговор огласи без дејства према њему и да му се дата непокретност прода и преда под истим условима.⁹⁷³

Јавни бележник треба да испита брачни статус уговорних страна и режим својине у којем се налази непокретност у имовини преносиоца и да, у складу са околностима случаја, да одговарајућу поуку преносиоцу. Ако је преносилац непокретности у браку, а непокретност је стечена током трајања брака, претпоставља се да је она део заједничке својине преносиоца и његовог супружника чак и када је непокретност уписана само на преносиочево име. Дакле, када имовина супружника није другачије уређена споразумом о деоби, брачним уговором или одлуком суда, за располагање непокретношћу у том случају потребна је сагласност супружника. У том смислу, јавни бележник треба да укаже странкама на могуће штетне последице располагања заједничком имовином без сагласности супружника. Исто тако, уколико је стицалац у браку нотар треба да га поучи о томе да непокретност постаје део заједничке имовине њега и његовог супружника и тако се уписује у катастар непокретности ако они не изјаве да се ради о посебној имовини стицаоца. Из тог разлога јавни бележник треба да испита брачни статус странака на основу извода из матичне књиге венчаних које му доставе или увидом у електронску евиденцију матичних књига.

На основу изложеног чини се да је важеће законско решење о форми уговора о промету непокретности одговарајуће. Формом јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе могу се у потребном обиму остварити све неопходне функције. Раније је наведено *Хајсово* схватање према којем је потребно одредити примарну функцију форме, односно примарни интерес којем треба да служи обавезна форма за сваку врсту уговора.⁹⁷⁴ Чини нам се ипак да се код уговора о промету непокретности у једнакој мери преплићу потреба за заштитом јавног интереса и потреба за заштитом интереса уговорних страна, а самим тим и за избором форме којом ће моћи да се остваре одговарајуће функције форме.

⁹⁷³ Чл. 5-10 ЗПН.

⁹⁷⁴ Вид. у делу о функцијама форме уговора.

Закључак о схватању законодавца о интересима које треба заштитити приликом закључења уговора о промету непокретности и функцијама које треба да остварује форма тог уговора може се пак извести из једног другог правила, а не оног којим се изричито прописује обавезна форма ових уговора. Ради се о одредби којом је предвиђена обавезна форма јавнобележничког записа за уговоре о располагању непокретностима пословно неспособних лица. Из овог правила се, сматрамо, може наслутити да ли наш законодавац обавезном формом уговора којима се отуђује непокретност, поред општег, настоји да заштити и интерес уговорних страна, и ако да, да ли по њему заштиту завређује превасходно преносилац или и стицалац непокретности. Прво, из тога што законодавац прописује најстрожу форму за ове уговоре видљива је свест законодавца о значају непокретности за појединца, те да путем обавезне форме тежи и заштити приватног интереса уговорних страна, а не само јавног интереса о којем се најчешће говори у домаћој теорији. Други закључак односи се на питање да ли законодавац обавезном формом првенствено настоји да заштити преносиоца непокретности или обе уговорне стране. Наиме, јавнобележнички запис као најстрожа врста форме обавезан је само у оним случајевима када се пословно неспособно лице јавља у својству власника, односно стране која располаже непокретношћу. Уколико би пак власник непокретности био пословно способан довољна је форма солемнизоване приватне исправе без обзира на пословну способност друге уговорне стране. Из тога произлази да је, према законодавцу, код ових уговора додатна заштита потребна првенствено онемо ко располаже непокретношћу.

1.2. Уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица

Изузетак у односу на претходно изложено правило којим се захтева форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе за уговоре о промету непокретности представља случај када се у својству преносиоца јавља пословно неспособно лице. За такве случајеве у нашем ЗЈБ тражи се најстрожа форма, форма јавнобележничког записа.

1.2.1. О ширини појмова „располагање“ и „пословно неспособна лица“ из чл. 82, ст. 1, тач. 1 ЗЈБ

У чл. 82, ст. 1, тач. 1 ЗЈБ предвиђено је да уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица мора бити закључен у форми јавнобележничког записа. Видљиво је да у овом случају законодавац не користи термин „промет“, већ

„располагање“. У претходном делу рада указано је на то да се, према ЗПН, под прометом непокретности подразумева пренос права својине на основу правног посла.⁹⁷⁵ Појам располагања је пак шири од промета непокретности што је, такође, поменуто у делу о форми уговора о промету непокретности. На том месту описана је “еволуција“ правила о форми уговора о промету непокретности у домаћим прописима укључујући и ЗЈБ. Када је реч о уговорима које закључују пословно способна лица првобитно је коришћен термин „располагање“, као и у каснијим изменама, све до измене из 2015. године када је у овом закону, као и у ЗПН употребљен термин „промет“. То наводи на помисао да разлика у одредби која се односи на уговоре код којих се у својству преносиоца јавља пословно неспособно лице можда и није последица свесне намере законодавца да њоме покрије шири круг уговора. Разлог се можда крије у томе што одредба којом је у ЗЈБ регулисана форма уговора о располагању непокретностима пословно неспособних лица није трпела вишеструке измене попут оне која се односила на истоврсне уговоре које закључују пословно способна лица. Заправо, измене које су учињене више су имале везе са настојањем проналажења одговарајућег решења за уговоре о располагању непокретностима пословно неспособних лица. Тако је изменом из 2013. године брисан део „пословно неспособних лица“ како би овом одредбом били обухваћени сви уговори о располагању непокретностима без обзира на обим пословне способности. Међутим, форма уговора о располагању непокретностима пословно неспособних лица опет је посебно регулисана, а одредби из члана у којем се наводи листа уговора који се састављају у форми јавнобележничког записа враћен део „пословно неспособних лица“.⁹⁷⁶

Мада, на то да је законодавац приликом доношења ЗЈБ ипак на уму имао шири појам располагања може да укаже то што у првобитним чл. 82 и 83 нису били посебно наведени уговори на основу којих се конституишу ужа стварна права на непокретностима. Тек од измене из 2015. године у овом закону се посебним правилима уређује форма уговора о хипотеци и уговора на основу којег се заснивају стварне и личне службености. Дакле, када је реч о уговорима које закључују пословно способна лица законодавац је отклонио недоумице терминолошким уподобљавањем одредбама ЗПН. Међутим, то није учинио у одредби којом се уређује случај када је власник

⁹⁷⁵ Чл. 2, ст. 1 ЗПН. Осим преноса права својине, према ст. 2 овог члана појам промета непокретности обухвата и „пренос права коришћења на непокретности у јавној својини са једног на другог носиоца права коришћења на непокретности у јавној својини“.

⁹⁷⁶ О овим изменама било је детаљније речи у делу о јавнобележничком запису у домаћем праву.

непокретности на коју се односи уговор пословно неспособно лице остављајући простор за различита тумачења термина „располагање“.

Будући да се ради о пословима располагања имовином пословно неспособних лица, у настојању утврђивања ширине овог појма потребно је сагледати и одредбе ПЗ које се односе на право родитеља да располажу имовином деце, односно да старатеља да располажу имовином штићеника. Према чл. 193 ПЗ, дете самостално располаже имовином коју је стекло радом. Родитељи имају право да располажу имовином детета коју оно није стекло радом, с тим што је за располагање непокретном имовином детета или дететовом покретном имовином веће вредности потребна и претходна или накнадна сагласност органа старатељства.⁹⁷⁷ На сличан начин је регулисано и право старатеља да располаже имовином штићеника у чл. 140, ст. 2 ПЗ. Само, у овом случају сагласност органа старатељства мора бити претходно дата и то за располагање било којом имовином штићеника, без обзира на врсту ствари, односно права којим располаже.

Иако у самом закону није дефинисано шта се подразумева под управљањем, а шта под располагањем имовином детета то је учињено у доктрини и судској пракси. Тако се пословима редовног управљања сматрају послови редовног одржавања ствари који имају за циљ очување својстава и исправног функционисања ствари (поправка, редован сервис, обрађивање земље, сетва, жетва, убирање плодова са земљишта итд). Термин „располагање“ из чл. 193 ПЗ обухвата не само отуђење, већ и оптерећење ствари,⁹⁷⁸ односно закључивање правних послова који „за предмет имају преношење или битно ограничење права“, као и фактичке радње које „утичу на супстанцу стварних или других права“.⁹⁷⁹ У судској пракси наводи се да „располагање имовином подразумева све радње односно правне послове који имају за циљ отуђење и оптерећење како покретне тако и непокретне имовине и односе се како на располагање главницом тако и на располагање приходима од имовине детета“.⁹⁸⁰

⁹⁷⁷ Чл. 193, ст. 1-3 ПЗ. Овим чланом уређена је и намена у коју родитељи могу користити дететову имовину. Према ст. 4 и 5 овог члана, главницу имовине детета могу употребити само за његово издржавање или у сврху остварења неког другог важног интереса детета, док приходе од имовине детета родитељи могу да употребе и за сопствено издржавање, односно ради издржавања свог другог заједничког, малолетног детета.

⁹⁷⁸ Гордана Ковачек Станић, *Породично право*, Нови Сад 2014, 323.

⁹⁷⁹ Илија Бабић, *Коментар Породичног закона*, Београд 2020, стр. 592.

⁹⁸⁰ Вид. Решење Вишег суда у Новом Саду, бр. Гж. 795/10 од 18.12.2011. године. У конкретном случају суд је одлучивао о пуноважности уговора на основу којег је требало да се заснује право плодоуживања на непокретности у имовини њиховог детета за који није била прибављена сагласност органа старатељства.

На основу претходно наведеног, чини се да изостанак замене термина „располагање“ термином „промет“ код уговора које закључује пословно неспособан власник непокретне ствари није последица омашке законодавца. Оно је израз намере да правилном о обавезној најстрожој форми уговора обухвати како уговоре на основу којих се преноси право својине на непокретности са пословно неспособног на друго лице, тако и оне на основу којих се на датој непокретности установљавају ужа права.⁹⁸¹

Када је реч о односу правила ЗЈБ о форми уговора о располагању непокретностима пословно неспособних лица и релевантних правила ПЗ уочљиво је и да законодавац у ЗЈБ није направио разлику између две категорије лица која немају пословну способност, а коју познаје ПЗ. У складу са чл. 64 ПЗ, лица млађа од 14 година (млађи малолетници) и она потпуно лишена пословне способности могу да само предузимају правне послове којима стичу само права, којима не стичу ни права ни обавезе и послове малог значаја. Ова лица се сматрају потпуно пословно неспособним. Другу категорију чине малолетници са навршених 14 година (старији малолетници) и пунолетна лица делимично лишена пословне способности. Они могу самостално да предузимају све послове које могу и пословно неспособна лица, али и све остале уз сагласност родитеља, односно органа старатељства у складу са раније наведеним чл. 193, ст. 3 ПЗ.⁹⁸² Изостанак различитих правила за потпуно пословно неспособна и ограничено пословно способна лица у 82, ст. 1, тач. 1 ЗЈБ указује на намеру законодавца да правилном о обавезној форми јавнобележничког записа обухвати обе категорије.⁹⁸³

1.2.2. Функције форме уговора о располагању непокретностима пословно неспособних лица

Значај непокретности за интерес уговорних страна и општи интерес као разлог увођења строге форме за уговоре о промету непокретности детаљно је анализиран у претходном делу рада. Наведени аргументи важе и за уговоре о располагању непокретностима пословно неспособних лица, те је излишно поново их наводити. Стога, на овом месту ће бити посвећена пажња разлозима због којих се законодавац определио да настанак ових уговора услови још строжом врстом форме, јавнобележничким

⁹⁸¹ О томе да се под уговором о располагању непокретностима пословно неспособних лица не подразумевају само они којима се располаже правом својине, већ и они на основу којих се конституишу ужа стварна права изричито се изјашњава и *Караникић Мирић* у М. Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора...“, 1309.

⁹⁸² Чл. 64, ст. 1 и 2 у вези чл. 146, ст. 2 и 147, ст. 2 ПЗ.

⁹⁸³ У том смислу и Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, 232 и М. Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора...“, 1309. .

записом. Будући да се ради о лицима за које се због њиховог малолетства, душевне болести или заосталости у душевном развоју претпоставља да нису довољно зрела, односно способна да се старају о својим интересима, законодавац се определио да овим лицима пружи додатну заштиту прописивањем форме која обезбеђује учешће непристрасног стручњака. И у овом случају странке бивају поучене о правним последицама уговора, с тим што и текст уговора формулише јавни бележник. Већ је у раду постављено питање одређивања критеријума према којим би се одређивали случајеви у којима не би била довољна форма солемнизоване приватне исправе.⁹⁸⁴ Тј. утврђивање конкретног циља за чије испуњење је потребно и да исправу састави јавни бележник, а не уговорне стране. Законодавац је, чини се, у овом случају узео у обзир да се у својству стране која располаже добром којем се иначе придаје посебан значај јављају лица за која се претпоставља да због недовољне зрелости, менталне заосталости или душевне болести нису способна да се самостално старају о својим правима и интересима. И поред тога што у име и за рачун потпуно пословно неспособних лица изјаву воље даје законски заступник, односно даје сагласност за уговоре које закључују ограничено пословно способна лица, законодавац је ценио да је овој групи лица потребно пружити додатну заштиту. Формулисањем садржине уговора од стране јавног бележника треба да се обезбеди да недовољна зрелост или искуство, недовољан интелектуални капацитет или нарушено душевно здравље не буду искоришћени на штету ових лица.

1.3. Уговор о хипотеци

У Закону о хипотеци, уговор о хипотеци дефинише се као „уговор између власника непокретности и повериоца којим се власник непокретности обавезује да у корист повериоца заснује хипотеку ради намирања обезбеђеног потраживања, на начин прописан законом“.⁹⁸⁵ Овај уговор представља правни основ (*iustus titulus*) уговорне хипотеке, поред судског поравнања.⁹⁸⁶ Дејство уговора о хипотеци исцрпљује се у заснивању обавезе власника непокретности да заснује хипотеку у корист повериоца и

⁹⁸⁴ О предлогу критеријума за избор одговарајуће између форме јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе вид. у делу о функцијама које се остварују формом јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе.

⁹⁸⁵ Чл. 9, ст. 1 Закона о хипотеци – ЗХ (Сл. гласник РС, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 - одлука УС и 83/2015). О дефиницији уговора о хипотеци из верзије ЗХ која је важила до јула 2015. године и разлозима њене измене вид. у Николина Мишчевић, *Уговор о хипотеци*, завршни рад на мастер студијама одбрањен на Правном факултету у Новом Саду у септембру 2015. године.

⁹⁸⁶ Чл. 8, ст. 1, тач. 1 ЗХ.

тој обавези одговарајућег права повериоца. Реч је о једнострано обавезујућем уговору, будући да из њега настаје обавеза само за једну уговорну страну – власника непокретности.⁹⁸⁷ У одредбама ЗХ којим се регулише уговор о хипотеци, а посебно оним које се односе на форму уговора најчешће се помиње и заложна изјава власника непокретности као правни основ једностране хипотеке. Будући да је тема овог рада ограничена на форму облигационих уговора, ова једнострана изјава воље власника непокретности неће бити предмет анализе иако је овај део рада готово у потпуности примењив и на тај правни основ хипотеке.

Уговор о хипотеци је традиционално формалан уговор. Пре доношења ЗЈБ, одредбама ЗХ за овај уговор је захтевана писана форма са потписима овереним у суду или код другог надлежног органа.⁹⁸⁸ Јавнобележничка форма за ову врсту уговора предвиђена је доношењем ЗЈБ и примењивана је од почетка рада нотара, док је измена одредбе ЗХ о форми уговора уследила тек накнадно, 2015. године.⁹⁸⁹ Према важећим правилима ЗЈБ и ЗХ, за пуноважан настанак овог уговора потребно је да буде закључен у форми јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе.⁹⁹⁰ Ове две могућности произлазе непосредно из одредаба закона којима је експлицитно одређено у којим случајевима је потребно да уговор буде закључен у форми јавнобележничког записа, а када је довољна и форма солемнизоване приватне исправе. Услов јавнобележничког записа као најстроже форме резервисан је за уговоре о хипотеци који садрже изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу уговора, у циљу остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе може непосредно спровести принудно извршење судским или вансудским путем.⁹⁹¹ Уколико таква одредба у уговору није садржана, довољно је да буде закључен у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе.⁹⁹²

⁹⁸⁷ Осим власника непокретности у својству дужника из уговора о хипотеци може се јавити и друго лице које има право располагања, инвеститор и купац објекта у изградњи или посебног дела објекта у изградњи. Вид. чл. 10, ст. 2 у вези са чл. 3 ЗХ. У раду ће се, ипак, ова уговорна страна означавати као „власник непокретности“.

⁹⁸⁸ Вид. чл. 10, ст. 1 Закона о хипотеци пре измена и допуна из јула 2015. године.

⁹⁸⁹ Више о томе вид. у Николина Мишчевић, „Форма уговора о хипотеци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015, 1404-1405.

⁹⁹⁰ Чл. 10 ЗХ, као и чл. 82, ст. 1, тач. 3 ЗЈБ и чл. 93 ЗЈБ.

⁹⁹¹ Чл. 82, ст. 1, тач. 3 ЗЈБ.

⁹⁹² Чл. 93, ст.2, тач. 2 ЗЈБ.

1.3.1. Функције форме уговора о хипотеци

1.3.1.1. Функције упозорења и поучавања

Увидом у садржину хипотеке као стварног права постаје јасан и значај уговора који представља њен правни основ. Значај овог уговора, тј. правних последица које производи разлог су строге форме која се захтева за његово закључење. Наиме, овим уговором власник непокретности на одређени начин располаже својом непокретношћу, тако што пристаје да она буде продата ради намирења потраживања уколико дужник не испуни своју обавезу о доспелости. Већ из тога произлази потреба да се власник непокретности заштити од пренагљеног закључивања овог уговора. Обавезном формом треба му пружити шансу да темељно размотри ефекте закључења овог уговора, а потом и заснивања хипотеке, те коначно одлучи да ли жели да заснује тај уговорни однос.

Да је законодавац препознао потребу да се овој уговорној страни пружи додатна заштита видљиво је и из правила ЗХ којим су предвиђене одредбе које не сме да садржи. У складу са чл. 13 ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које би, у случају неиспуњења обавезе о доспелости, поверилац могао да прода непокретност супротно одредбама ЗХ. Овим чланом забрањено је и уговарање одредбе према којој би непокретност прешла у својину повериоца или трећег лица по неодређеној (забрана уговарања комисорне клаузуле, *lex commissoria*) или унапред одређеној цени (Марцијанов пакт).⁹⁹³ Поред ових, ништаве су и одредбе уговора о хипотеци на основу којих поверилац има право да употребљава предмет хипотеке или да прибира плодове које даје предмет хипотеке (забрана уговарања антихресе), као и одредба према којој власник не може да отуђи предмет хипотеке или га оптерети у корист каснијег повериоца.⁹⁹⁴ Заједничко наведеним правилима је то што имају за циљ да заштите лице које се уговором о хипотеци обавезује. Наиме, уговор о хипотеци се у пракси најчешће закључује у вези са уговором о кредиту или зајму. Из ових уговора настаје потраживање које се настоји обезбедити хипотеком чији правни основ представља уговор о хипотеци. Најчешће се та лица у тренутку закључења уговора налазе у одређеном стању нужде, економски неповољној позицији, те постоји висок ризик да пристану и на изразито неповољне одредбе уговора о хипотеци само да би добили кредит или зајам. У прилог томе говори и чињеница да се ови уговори врло често јављају у виду уговора по приступу

⁹⁹³ Чл. 13, ст. 1, тач. 2 ЗХ.

⁹⁹⁴ Чл. 13, ст. 2 ЗХ.

којима дужник, односно власник непокретности могу само да приступе или да их уопште не закључе. У вези са наведеним ништавим одредбама из чл. 13 ЗХ долази до изражаја активна улога нотара у закључењу уговора о хипотеци. Уколико су садржане у уговору који закључује у форми солемнизоване приватне исправе он ће упозорити странке да су такве одредбе ништаве и да неће производити дејство. Када се пак уговор о хипотеци закључује у форми јавнобележничког записа, формулисање текста исправе од стране нотара додатно смањује вероватноћу да се такве одредбе нађу у уговору.

Дакле, и у овом случају, функција упозорења, односно заштите од пренагљености долази до изражаја. Штавише, да би се она у пуном обиму и на одговарајући начин остварила мора бити праћена функцијом поучавања. Јавни бележник својим поучавањем треба да се побрине да странке, а посебно она која овим уговором преузима обавезу, разумеју правни домаћај овог уговора и правне ризике који из њега произлазе. Власник непокретности, односно лице које у његово име изјављује вољу мора бити упозорено на могућност губитка права својине на непокретности, уколико он, односно дужник из главног уговора не испуни своју обавезу. У том смислу, није довољно да нотар упозори странку на правно дејство самог уговора који се закључује, тј. на то да се на основу њега може уписати хипотека на непокретности. Да би се суштински оствариле функције поучавања и упозорења, потребно је да се јавни бележник увери да власник непокретности и поверилац разумеју и права и дужности које за њих произлазе из хипотеке као стварног права.⁹⁹⁵

1.3.1.2. Функција контроле

У капиталистичким друштвеним системима улога кредита као фактора привредног развоја је неспорна, а тиме и улога хипотеке као једног од најважнијих средстава обезбеђења потраживања. Друштвени значај хипотеке произлази из чињенице да је њено заснивање најчешће услов за закључење уговора о кредиту, односно уговора о зајму који се свакодневно закључују у оквиру делатности привредних субјеката, али и ради задовољења потреба грађана. Важност овог стварног права и уговора о хипотеци као његовог правног основа црпи се и из предмета хипотеке. То су непокретне ствари које као важан, а ограничен ресурс имају углавном посебан третман у правном систему. Све наведено указује на то да уговор о хипотеци није значајан само странама које га

⁹⁹⁵ О дејству хипотеке као стварног права и уговора о хипотеци и потреби њиховог разграничења вид. у Н. Мишчевић, *Уговор о хипотеци*, 14-25, 68-78.

закључују, већ је важан и са становишта јавног интереса. У том смислу, у интересу је заједнице да се обезбеди контрола над закључењем ових уговора. Будући да се на основу уговора о хипотеци врши упис хипотеке у катастар непокретности постоји интерес да се посредством обавезне форме обезбеди ажурност података овог јавног регистра. Истом циљу служи и чл. 12 ЗХ у којем се наводе обавезне одредбе које овај уговор мора да садржи. Њима су обухваћени прецизни подаци који се односе на повериоца, залогодавца и дужника уколико се не ради о истим лицима, на потраживање које се обезбеђује, као и непокретност и друге ствари које треба да буду обухваћене хипотеком. У ст. 2 овог члана предвиђено је и да *clausula intabulandi* може бити садржана у истој исправи или у посебној, с тим што је у потоњем случају потребно да исправа буде сачињена у истој форми као и уговор о хипотеци.⁹⁹⁶ Као код ништавих одредби из чл. 13 ЗХ, корисност учешћа јавног бележника у поступку закључивања уговора о хипотеци показује се и у вези са обавезним одредбама из чл. 12 ЗХ. Наиме, он треба да поучи странке о обавезности ових правила, односно да укаже на евентуалне недостатке потребних података и да позове странке да их допуне у случају да се уговор закључује у форми солемнизоване приватне исправе. Када се уговор саставља у форми јавнобележничког записа, утицај нотара на садржину уговора је већи будући да он формулише текст исправе, те ће се побринути и да се у уговору нађу захтеване одредбе из чл. 12 ЗХ.

1.3.1.3. Функција публицитета

Уговор о хипотеци може посредно утицати и на интересе трећих лица. Међу ова лица могу се сврстати потенцијални будући власници непокретности на којој треба да се заснује хипотека на основу предметног уговора, као и хирограферни повериоци власника непокретности или хипотекарни повериоци са хипотеком на истој непокретности. Састављање уговора о хипотеци у форми јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе доприноси његовом публицитету, те омогућује овим лицима да се упознају са садржином уговора и за њих релевантним подацима. Свакако, функција публицитета се остварује уписом хипотеке у катастар непокретности у који сва заинтересована лица могу извршити увид. Ипак, остваривање публицитета посредством форме уговора о хипотеци може бити значајно уколико хипотека још увек није уписана. Међутим, таква могућност је готово искључена имајући у виду дужност

⁹⁹⁶ О томе зашто је решење према којем је пре измене овог члана ЗХ у јулу 2015. захтевано да *clausula intabulandi* буде саставни део уговора о хипотеци било неодговарајуће вид. у Н. Мишчевић, *Уговор о хипотеци*, 63-64 са даљим навођењем.

јавног бележника као обвезника доставе да служби катастра непокретности у року од 24 сата достави исправу коју је оверио, потврдио или саставио, а која представља подобан правни основ за упис у катастар непокретности. Уколико у уговору и није садржана *clausula intabulandi*, уписује се предбележба из које ће бити видљива промена, те обезбеђен њен публицитет.

И поред тога што је видљивост постојања и садржине уговора значајна за правну сигурност трећих лица, функција публицитета се не може навести као разлог за увођење обавезне форме уговора о хипотеци.

1.3.2. Уговор о хипотеци као извршна исправа

Форма јавнобележничког записа резервисана је за уговоре о хипотеци у којима је садржана изричита изјава обавезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, по наступању доспелости обавезе, може судским или вансудским путем спровести принудно извршење ради остварења дуговане чинидбе.⁹⁹⁷ У складу са чл. 85 ЗЈБ, уговор у којем је садржана таква изјава дужника има својство извршне исправе. Ст. 3 овог члана односи се управо на јавнобележнички запис на основу којег је уписана хипотека. У овој одредби предвиђено је да се на основу овог записа може непосредно захтевати извршење под условом да је у њему садржана изјава власника непокретности којом на то изричито пристаје. Такође, предвиђено је да је за спровођење вансудског извршења потребно да, поред наведене изјаве, буду испуњени посебни услови предвиђени законом. Под тиме се мисли на чл. 15 ЗХ који носи назив „извршна исправа“. И у овом члану прописано је да је за својство извршне исправе неопходно да буде уговор закључен у форми јавнобележничког записа, као и да мора да садржи: „1) јасно назначену одредбу, односно изјаву, којом власник непокретности неопозиво овлашћује повериоца да, ако дуг не буде плаћен о доспелости, наплати потраживање из цене добијене продајом у складу са вансудским поступком продаје утврђеним овим законом, без подношења тужбе суду, као и да ће непокретност принудним путем да буде испражњена и предата купцу у посед у року од 15 дана од дана закључења уговора о продаји, осим ако се хипотека уписује на сувласничком уделу; 2) изричиту одредбу, односно изјаву власника да је упозорен о последицама неизмирења дуга о доспелости те да, свестан тих последица, пристаје на могућност извршења уговора о хипотеци продајом његове непокретности у складу са одредбама овог закона о вансудском поступку намирења, без права на вођење парнице,

⁹⁹⁷ Чл. 82, ст. 1, тач. 3 ЗЈБ.

као и да ће његова непокретност принудним путем бити испражњена и предата купцу у посед у року од 15 дана од дана закључења уговора о продаји, ако је власник не преда добровољно, осим ако се хипотека уписује на сувласничком уделу; 3) јасно назначену одредбу, односно изјаву власника да је сагласан да поверилац има право приступа непокретности, укључујући и улазак у непокретност без обзира ко се у њој налази (власник, закупац и др.), ради контроле одржавања или из других оправданих разлога, као и да је дужан да сарађује са повериоцем у поступку продаје, а нарочито да омогући приступ хипотекованог непокретности (улазак у стан и сл.).⁹⁹⁸ Уколико су наведени услови форме и обавезних елемената испуњени хипотека која се на њему заснива уписује се као „извршна вансудска хипотека“, а поступак намирења се спроводи у складу са одредбама ЗХ. У супротном, тј. када наведени услови нису испуњени, он неће имати снагу извршне исправе.⁹⁹⁹ Овом последњом одредбом је законодавац искључио могућност примене чл. 85, ст. 4 ЗЈБ према којем својство извршне исправе може имати и солемнизована приватна исправа ако испуњава услове који се захтевају за извршност јавнобележничког записа.

Из наведених одредби произлази да су, у зависности од садржине и форме уговора о хипотеци, могућа три различита пута до намирења потраживања из вредности хипотековане непокретности.¹⁰⁰⁰

Први је случај када је уговор сачињен у форми соламнизоване приватне исправе. Будући да тако састављен уговор о хипотеци нема дејство извршне исправе, за намирење потраживања из вредности остварене продајом хипотековане непокретности потребно је претходно вођење парничног поступка у циљу стицања извршне исправе. Тек након тога поверилац може да покрене поступак извршења на заложеној непокретности који се спроводи у складу са правилима ЗИО.¹⁰⁰¹

Друга могућност намирења потраживања из вредности хипотековане непокретности постоји онда када је уговор закључен у форми јавнобележничког записа, али не садржи све елементе из чл. 15 ЗХ. Такав уговор садржи изричиту изјаву власника непокретности којом пристаје на могућност спровођења непосредног извршења, али му недостају други елементи предвиђени у чл. 15 ЗХ који су неопходни да би уговор могао бити подобан основ за упис извршне вансудске хипотеке. Позиција повериоца је у овом

⁹⁹⁸ Чл. 15, ст. 1 и 3 ЗХ.

⁹⁹⁹ Чл. 15, ст. 2 и 4 ЗХ.

¹⁰⁰⁰ Н. Мишчевић, *Уговор о хипотеци*, 62-63.

¹⁰⁰¹ *Ibid*, 62.

случају у односу на претходни повољнија јер већ поседује извршну исправу, те не мора да води парнични поступак ради стицања извршног наслова у случају неиспуњења обавезе о доспелости. На основу овако стечене извршне исправе поступак извршења се, као и у претходном случају, спроводи у складу са одредбама ЗИО.

Трећа, за повериоца најповољнија опција принудног намирења обезбеђеног потраживања везана је за закључење уговора у форми јавнобележничког записа уз испуњење свих услова предвиђених у чл. 15 ЗХ. Овако сачињен уговор представља извршну исправу и правни основ за упис извршне вансудске хипотеке. Стога, ни у овом случају није потребно претходно вођење парничног поступка, већ поверилац може одмах покренути поступак извршења. Додатна предност повериоца, титулара извршне вансудске хипотеке крије се у томе што може да намири своје потраживање у вансудском поступку, према правилима ЗХ. Вансудски поступак намирења из ЗХ предвиђен је са циљем да се хипотекарним повериоцима обезбеди брже и ефикасније принудно намирење обезбеђеног потраживања у односу на оно које се спроводи према правилима ЗИО.¹⁰⁰² У сваком случају, у складу са правилом „ко може више, може и мање“, титулар вансудске извршне хипотеке може се одлучити и за то да се поступак извршења спроведе према правилима ЗИО.¹⁰⁰³

1.4. Уговор о уступању и расподели имовине за живота

Уговор о уступању и расподели имовине за живота је уговор којим се једна уговорна страна, уступилац, обавезује да својим потомцима, без накнаде уступи и подели имовину коју поседује у тренутку закључења уговора.¹⁰⁰⁴ То је именован, једностранообавезујући, добротин, каузалан и формалан уговор.¹⁰⁰⁵ Иако је у нашем

¹⁰⁰² Чл. 29-38 ЗХ.

¹⁰⁰³ Н. Мишчевић, *Уговор о хипотеци*, 63.

¹⁰⁰⁴ Чл. 182 ЗН.

¹⁰⁰⁵ Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2020, 244. У погледу тога да ли је уговор о уступању и расподели имовине за живота увек добротин или може бити и теретан уговор постоје различита мишљења у теорији. Тако, аутори који сматрају да овај уговор може бити теретан ово схватање заснивају на могућности да уступилац за себе, супружника, обоје или друго лице уговори доживотну ренту, доживотно издржавање или какву другу накнаду, у складу са чл. 188, ст. 1 ЗН. Вид. Наташа Стојановић, „Уговор о уступању и расподели имовине за живота – законодавство, теорија и пракса“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 51/2008, 32; Милош П. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд 2015, 262-263. Према Ђурђевићу пак уговор о уступању и расподели имовине за живота и у овим случајевима задржава добротини карактер јер доживотно издржавање или доживотна рента немају правну природу накнаде, већ налога. То значи да уступочици повериоци и тако закључен уговор о уступању и расподели имовине за живота могу побијати према правилима о побијању добротинских правних послова. Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 244, фн. 26.

праву регулисан одредбама Закона о наслеђивању, ради се о облигационом уговору који производи дејство за живота оставиоца, тј. *inter vivos*.¹⁰⁰⁶ Уговор о уступању и расподели имовине за живота индиректно утиче на положај наследника, те се код нас традиционално регулише законима о наслеђивању и обрађује у уџбеницима из наследног права.¹⁰⁰⁷

За пуноважан настанак уговора о уступању и расподели имовине за живота потребно је да се са њиме сагласе сви уступичеви потомци који ће по закону бити позвани на наслеђе.¹⁰⁰⁸ Уколико изостане сагласност неког од потомака уговор о уступању и расподели имовине за живота конвертује се по закону у уговор о поклону у односу на наследнике који су се сагласили са уступањем и располагањем.¹⁰⁰⁹ Међутим, ако потомак који није дао сагласност умре пре уступиоца, одрекне се наслеђа или је недостојан за наслеђивање, а није оставио потомство уговор о уступању и расподели имовине за живота биће пуноважан.¹⁰¹⁰ Осим потомака, овим уговором може бити обухваћен и супружник уступиоца. Када супружник није обухваћен уговором, односно када се не сагласи са уступањем овај уговор нема утицаја на његов нужни наследни део. Тада, у односу на супружника, делови имовине који су по основу уговора о уступању и расподели припали потомцима уступиоца сматрају се поклоном, те и они улазе у обрачунску вредност заоставштине. Међу потомцима пак уговор о уступању и расподели имовине за живота остаје на снази.¹⁰¹¹

Важан правни ефекат овог уговора састоји се у томе да имовина која је њиме уступљена не улази у обрачунску вредност заоставштине.¹⁰¹² То даље значи да се из имовине која је обухваћена уговором о уступању и расподели имовине за живота не могу намирити уступичеви нужни наследници. Уступичевим сауговорачима се имовина коју су стекли на основу овог уговора урачунава у њихов законски наследни део осим уколико уступилац одреди другачије.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁶ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 240 и 244; Наташа Стојановић, „Улога јавних бележника у наследноправним стварима“, *Правни живот*, 12/2011, 35.

¹⁰⁰⁷ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 240, фн. 2.

¹⁰⁰⁸ Чл. 183, ст. 1 ЗН.

¹⁰⁰⁹ Чл. 187 ЗН.

¹⁰¹⁰ Чл. 183, ст. 3 ЗН.

¹⁰¹¹ Чл. 189 ЗН.

¹⁰¹² Чл. 186 ЗН.

¹⁰¹³ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 248.

Према чл. 184 ЗН, уговор о уступању и расподели имовине за живота мора бити закључен у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе. У ст. 2 овог члана предвиђено је да је јавни бележник дужан да уговорне стране „нарочито упозори на то да уступљена имовина не улази у уступиочеву заоставштину и да се њоме не могу намирити његови нужни наследници, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању“. За изостанак ове форме, као и наведене поуке јавног бележника изричито је предвиђена ништавост уговора.¹⁰¹⁴

Из наведених одредби може се утврдити да се законодавац приликом прописивања обавезне форме солемнизоване приватне исправе првенствено водио циљем заштите уговорних страна, те се последично определио за ону која обухвата функцију поучавања о правном домашају овог уговора. С обзиром на значај последица овог уговора како у односу на уступиоца који се њиме обавезује да без накнаде пренесе део или сву своју имовину на потомке (и супружника), тако и за његове наследнике, ово решење законодавца чини се оправданим. Из правног дејства уговора о уступању и расподели имовине за живота, свакако произлази потреба заштите интереса обеју уговорних страна од пренагљеног обавезивања и то уз претходно поучавање од стране непристрасног стручњака. И поред тога, потребно је указати и на значај функција доказивања и публициитета које се овом формом обезбеђују. Иако дејство овог уговора наступа међу живима, потреба за утврђивањем његове садржине може постати посебно изражена након смрти уступиоца, приликом утврђивања његове заоставштине, утврђивања наследних делова наследника који су били уговорне стране и нужних наследних делова. У том смислу расте значај функције публициитета и доказне функције форме солемнизоване приватне исправе која омогућује заинтересованим лицима да се упознају са постојањем и садржином уговора о уступању и расподели имовине за живота. Испитивање садржине исправе од стране нотара као носиоца јавних овлашћења и својство јавне исправе које исправа стиче солемнизацијом, буде додатни степен поуздања у истинитост садржине уговора код лица на чија права овај уговор утиче. Дакле, како се потреба за утврђивањем постојања и садржине овог уговора може јавити много година после његовог закључења и то након што једна уговорна страна умре, оправдано је одредити се за форму уговора која ствара претпоставку да истинито и

¹⁰¹⁴ Чл. 184, ст. 3 ЗН.

аутентично одражава вољу уговорних страна. А овај циљ у нашем праву могуће је постићи само путем двеју најстрожих врста форме.

Циљем заштите уговорних страна путем поучавања о правном домашају уговора о уступању и расподели имовине за живота законодавац се водио и приликом доношења важећег ЗН, али и ЗН из 1955. и 1974. године. У овим одребама захтевано је да уговор буде сачињен у писаном облику и оверен од стране судије. Попут јавног бележника, и судија је био дужан да уговор пре овере прочита странкама и да их упозори на последице уговора. У изворном чл. 184 важећег ЗН још је ближе одређен захтев да судија нарочито упозори на то да уступљена имовина не улази у заоставштину уступиоца и да се њоме не могу намирити нужни наследници. О томе је такође на самом уговору требало да стави напомену, а за непоступање у складу са правилом о обавезној форми била је предвиђена санкција ништавости.¹⁰¹⁵

Ова одредба ЗН дерогирана је доношењем ЗЈБ у којем је била регулисана форма уговора о уступању и расподели имовине за живота. Као што је приказано у делу о јавнобележничком запису и солемнизованој приватној исправи у домаћем праву, пре измене ЗЈБ из 2015. године у овом закону је за уговор о уступању и расподели имовине за живота била предвиђена форма јавнобележничког записа. Међутим, 2015. дошло је до значајне измене одредаба ЗЈБ којима је била регулисана обавезна форма појединих уговора, а са њом и измена других закона.¹⁰¹⁶ Тако је и за уговор о уступању и расподели имовине за живота уместо јавнобележничког записа предвиђена форма солемнизоване приватне исправе и то изменом чл. 184 ЗН. Међутим, наведене измене из 2015. године последица су превасходно штрајка адвоката који им је претходио, а не темељне анализе дејстава предметних уговора и последица прописивања обавезне форме јавнобележничког записа на њихово закључивање и на њој утемељене оцене законодавца да је сврсисходно ублажити обавезну форму.

И јавнобележничким записом, и солемнизованом приватном исправом може се остварити најважнији циљ код ове врсте уговора – заштита уговорних страна. Према критеријуму који смо предложили у претходном делу рада о функцијама које се

¹⁰¹⁵ Чл. 184 ЗН до измене Законом о изменама и допунама Закона о наслеђивању од 22. јануара 2015. године (Сл. гласник РС, бр. 6/2015) и чл. 112, ст. 2 и 3 Закона о наслеђивању из 1955. године – ЗН(1955) (Службени лист ФНРЈ, бр. 20/55) и чл. 107, ст. 2 и 3 Закона о наслеђивању из 1974. године – ЗН(1974) (Службени гласник СРС, бр. 52/74, 1/80).

¹⁰¹⁶ Више о томе вид. у делу о јавнобележничкој форми уговора у домаћем праву.

остварују јавнобележничком формом уговора постојећи услов форме солемнизоване приватне исправе чини се одговарајућим.

1.5. Уговор о доживотном издржавању

Према ЗН, уговор о доживотном издржавању је уговор којим се прималац издржавања обавезује да се после његове смрти на даваоца издржавања пренесе својина тачно одређених ствари или каква друга права, а давалац издржавања се обавезује да га, као накнаду за то, издржава и да се брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани.¹⁰¹⁷ Овај уговор је именован, двострано обавезујући, теретан, каузалан, формалан, личан, алеаторан и уговор са трајним извршењем престација.¹⁰¹⁸ Попут уговора о уступању и расподели имовине за живота, и овај уговор је облигациони уговор, који уз то утиче и на положај наследника, те и он код нас традиционално налази место у законима којима се уређује наслеђивање и уцбеницима из наследног права.

Предмет примаочеве обавезе могу бити ствари или права која се налазе у његовој имовини у тренутку закључења уговора, осим оних чији је промет ограничен.¹⁰¹⁹ Предмет обавезе даваоца издржавања је издржавање примаоца, а шта се под издржавањем подразумева стране могу одредити сагласношћу воља.¹⁰²⁰ Уколико стране не уговоре другачије, према чл. 194, ст. 3 ЗН, оно обухвата „обезбеђивање становања, хране, одеће и обуће, одговарајућу негу у болести и старости, трошкове лечења и давања за свакодневне уобичајене потребе“. Дејство овог уговора које утиче на положај наследника састоји се у томе што имовина која представља предмет обавезе примаоца издржавања не улази у обрачунску вредност заоставштине, те се из ње не могу намирити примаочеве нужни наследници.¹⁰²¹

За разлику од уговора о уступању и расподели имовине за живота, за пуноважан настанак уговора о доживотном издржавању по правилу није потребна сагласност трећег лица. Изузетак од овог правила постоји у случају када се у својству даваоца издржавања јавља физичко или правно лице које се у оквиру занимања, односно делатности бави

¹⁰¹⁷ Чл. 194, ст. 1 ЗН.

¹⁰¹⁸ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 251.

¹⁰¹⁹ Чл. 194, ст. 2 ЗН; Д. Ђурђевић, *Ibid*, 252.

¹⁰²⁰ Стране могу уговорити да се издржавање даје у новцу или у натури, или пак да се не састоји у материјалним давањима, већ пружању неге (нпр. помоћ у одржавању хигијене, узимању лекова) или дворезу (нпр. чишћење стана, припремање хране). Д. Ђурђевић, *Ibid*, 253 са даљим навођењем.

¹⁰²¹ Чл. 195, ст. 2 ЗН.

старањем о примаоцу издржавања, као што су медицински радници, болнице, различите агенције и сл. У том случају потребна је сагласност надлежног органа старатељства. У супротном, уговор је ништав.¹⁰²²

Уговор о доживотном издржавању је лични уговор. Право примаоца издржавања је непреносиво и ненаследиво. За права и обавезе даваоца издржавања се каже у теорији да су релативно наследиви јер могу прећи на наследнике у случају да давалац умре пре примаоца издржавања уколико на то пристану. У супротном се уговор раскида и ова лица немају право на накнаду раније датог на име издржавања.¹⁰²³ У случају да ова лица не преузимају обавезу издржавања јер нису у стању да то учине такође долази до раскида уговора, али ће имати право на накнаду онога што је давалац дао на име издржавања. Износ накнаде одређује суд према слободној оцени и имајући у виду имовинско стање примаоца издржавања и лица која су била овлашћена на продужење уговора о доживотном издржавању.¹⁰²⁴

Овај уговор је алеаторан зато што у моменту закључења уговора није познат обим обавезе даваоца издржавања јер зависи од тога када ће наступити смрт примаоца издржавања. Тако се може догодити да вредност његових давања и чинидби на име извршења обавезе издржавања надмаши вредност ствари и права која представљају предмет обавезе примаоца издржавања. И обрнуто, ако смрт примаоца издржавања наступи недуго након закључења уговора вредност издржавања може бити значајно мања од вредности ствари и права коју ће давалац стећи заузврат. Због тога, на овај уговор нису примењива правила о прекомерном оштећењу, али је у ЗН предвиђен додатни разлог за поништај овог уговора. Према чл. 203, законски наследници примаоца издржавања могу захтевати поништај уговора због недостатка алеаторности, тј. ако у тренутку закључења уговора није било неизвесности за даваоца издржавања с обзиром на здравствено стање и старост примаоца издржавања.¹⁰²⁵

Уговор о доживотном издржавању је формалан уговор. Према чл. 195 ЗН, уговор о доживотном издржавању мора бити закључен у форми солемнизоване приватне

¹⁰²² Чл. 196 ЗН.

¹⁰²³ Чл. 204 ЗН.

¹⁰²⁴ Чл. 205 ЗН. Осим овог, у ЗН посебно су предвиђена још два разлога за раскид уговора о доживотном издржавању. Први је поремећај односа између примаоца и даваоца издржавања, а други су промене околности. Вид. чл. 201 и 202 ЗН.

¹⁰²⁵ Рок за поништај по овом основу је годину дана од сазнања за уговор, а најкасније три године од смрти примаоца издржавања при чему наведени субјективни рок не може да тече пре смрти примаоца издржавања.

исправе. Као и код уговора о уступању и расподели имовине за живота, у члану којим се ово питање регулише посебно се наглашава да јавни бележник мора да поучи странке о томе да имовина која је предмет уговора не улази у заоставштину примаоца издржавања и да се из ње не могу намирити примаочеви нужни наследници, као и да у клаузули констатује да је то учињено.¹⁰²⁶ У случају непоступања у складу са наведеним одредбама о форми уговор је ништав.¹⁰²⁷

Одредба у којој се посебно истиче о чему јавни бележник треба да поучи странке управо указује на то да је намера законодавца приликом избора обавезне форме била да заштити уговорне стране и то нарочито примаоца издржавања. Овим циљем домаћи законодавац водио се и приликом регулисања форме уговора о доживотном издржавању у раније важећим законима о наслеђивању будући да је за његову пуноважност захтевана овера од стране судије који је био дужан да пре овере странкама прочита уговор и да их упозна са последицама његовог закључења.¹⁰²⁸ Док је у ЗН из 1955. и 1974. године на овај уопштен начин била прописана обавеза судије да упозори уговорне стране на последице уговора, тек је у важећем закону ова дужност судије наизглед прецизније одређена. У изворној верзији чл. 195, ст. 1 ЗН је уместо дела о упозорењу уговорних страна о последицама уговора писало да је судија „дужан да пре овере странкама прочита уговор и *примаоца издржавања нарочито* упозори на то да имовина која је предмет уговора не улази у његову заоставштину и да се њоме не могу намирити нужни наследници“. У делу рада о јавнобележничком запису поменуто је да је првобитно у ЗЈБ за овај уговор била прописана форма јавнобележничког записа, а да је потом, изменом из 2015. године листа уговора за које је предвиђена најстрожа форма у ЗЈБ значајно скраћена, те да је обрисан и део о уговору о доживотном издржавању. Истовремено, изменом ЗН за овај уговор је прописана форма солемнизоване приватне исправе при чему је део чл. 195 који се односи на дужност раније судије, а сада јавног бележника да поучи о последицама уговора остао готово идентичан. Једино се наводи да је нотар дужан да *нарочито* упозори *уговорнике* да имовина која је предмет обавезе примаоца издржавања не улази у састав заоставштине и не може служити намирењу његових нужних наследника. Није сасвим јасно због чега су овом изменом уместо примаоца издржавања као адресати поуке о последицама које се тичу заоставштине и намирења нужних наследника наведени „уговорници“. Ово дејство уговора о доживотном

¹⁰²⁶ Чл. 195, ст. 1 и 2 ЗН.

¹⁰²⁷ Чл. 195, ст. 3 ЗН.

¹⁰²⁸ Чл. 122, ст. 4 и 5 ЗН(1955), чл. 117, ст. 4 и 5 ЗН(1974).

издржавању погађа примаоца издржавања и његове наследнике, те је и исправно да као адресат поуке јавног бележника о томе буде наведен прималац издржавања. Међутим, чини се и да је већ у изворном тексту ове одредбе неоправдано изостављен део о упозоравању уговорних страна о последицама уговора. Може се претпоставити да је законодавац подразумевао дужност јавног бележника да поучи уговорне стране о дејству које уговор о доживотном издржавању производи у односу на њих, а да је наведеном одредбом хтео да обезбеди да прималац издржавања пре него што донесе одлуку о закључивању уговора буде упознат и са дејством овог уговора према његовим наследницима. Ипак, то би било јасније да уместо примаоца издржавања није наведено да се на то нарочито упозоравају уговорници, што може потенцијално навести на закључак да је то главни и најважнији део поуке јавног бележника како према примаоцу, тако и према даваоцу издржавања. Због тога би било сврсисходно да је и у овој одредби задржан део из раније важећих закона којим се на општи начин одређује дужност *упозоравања уговорника на последице уговора*, те томе додат део о *нарочитом* поучавању *примаоца издржавања* о утицају закључивања овог уговора на састав његове заоставштине и могућност намирења нужних наследника.

Међутим, можда је наведена измена у начину регулисања дужности судије да упозори стране на последице уговора доношењем важећег ЗН била резултат намере законодавца да као предмет заштите посредством обавезне форме првенствено означи примаоца издржавања. Могуће је да је приликом регулисања уговора о доживотном издржавању у новом ЗН законодавац препознао примаоца издржавања као уговорну страну која заслужује већи степен заштите. И у том случају, сматрамо да замена речи „примаоца издржавања“ речју „уговорнике“ која је учињена приликом измене чл. 195 ЗН 2015. године није одговарајућа јер не одражава намеру законодавца.

Како је наведено, уговор о доживотном издржавању производи значајне последице за уговараче, али и наследнике примаоца издржавања. Предмет обавезе примаоца издржавања врло често је непокретност, али и друга имовина значајнијег обима што по себи захтева опрез приликом доношења одлуке о закључивању уговора. Поврх тога, имајући у виду да се у својству примаоца издржавања по правилу јављају лица која су стара и/или слабијег здравља, неспособна за рад, односно смањених могућности да се старају о себи, јасно је да је потребно овим лицима пружити додатну заштиту. Такође, из овог уговора произлазе значајне последице и за даваоца издржавања. С једне стране, у тренутку закључења уговора он не зна које вредности ће бити чинидба на коју се он

обавезује. У зависности од трајања живота примаоца издржавања и његових потреба она може подразумевати велики труд и значајне финансијске издатке за даваоца издржавања. Са друге стране, за његов правни положај и потребу да му се пружи заштита још је важније то што он постаје власник ствари, односно титулар другог права које представља противчинидбу тек у тренутку смрти примаоца издржавања. Због тога, за одговарајућу заштиту обеју уговорних страна није довољна форма којом ће им се додатном формалношћу само дати још једна шанса да размотре правне последице уговора, тј. којом се остварује функција упозорења, односно заштите од пренагљеног обавезивања. У овом случају потребно је да их непристрасно и стручно лице упозна са дејством овог уговора, да их, уколико нису дефинисале конкретне радње које давалац треба да предузима на име издржавања, упозна са тиме шта се на основу ЗН подразумева под издржавањем. Примаоца издржавања он треба нарочито да поучи о томе да ствари или права која су предмет његове обавезе не улазе у заоставштину, те да његови наследници неће моћи из ње да се намире. Даваоца издржавања треба да упозори на то да је дужан да са извршавањем његове обавезе почне одмах по закључењу уговора (уколико није другачије уговорено) и да је испуњава континуирано до краја живота примаоца, али да не постаје одмах власник ствари или титулар другог права које добија заузврат, већ тек у моменту смрти примаоца издржавања. Стога, за обезбеђење потребног степена заштите уговарача потребна је форма којом се остварује и функција поучавања.

Поред функције поучавања, код овог уговора велики значај има и функција доказивања. Уговор о доживотном издржавању утиче на положај примаочевих наследника јер имовина којом се њиме располаже не улази у заоставштину примаоца, те нису ретки случајеви у којима наследници покушавају да оспоре пуноважност уговора о доживотном издржавању. Посебно отежавајућа околност у овом случају је то што се ови спорови по правилу јављају након смрти примаоца издржавања. Тако би позиција даваоца издржавања у погледу доказивања постојања и садржине овог уговора била нарочито тешка уколико би уговор био неформалан или ако би био закључен у форми која не обезбеђује претпоставку истинитости и аутентичности не само потписа, већ и садржине исправе. Поред тога, доказна функција обавезне форме овог уговора значајна је и за примаоца издржавања јер олакшава утврђивање његових права у оквиру издржавања, нарочито имајући у виду да се по правилу ради о старом, немоћном лицу

за које се може претпоставити да је слабијих когнитивних способности у односу на даваоца издржавања.¹⁰²⁹

Осим остваривања наведених функција, учешће јавног бележника у закључивању уговора о доживотном издржавању може да служи и заштити наследника примаоца издржавања. Наиме, неретко се у пракси могу срести уговори о доживотном издржавању који уговорне стране закључују са циљем изигравања интереса примаочевих нужних наследника.¹⁰³⁰ У овим случајевима уговор о доживотном издржавању је симуловани уговор, док је уговор о поклону онај чије дејство уговорне стране заиста желе, тј, дисимуловани уговор. Активно учешће јавног бележника приликом солемнизације уговора подразумева испитивање садржине исправе коју су странке поднеле, утврђивање њихових намера и чињеничног стања, те се може догодити да јавни бележник закључи да се ради о симулованом уговору. У том случају, јавни бележник је дужан да решењем одбије потврђивање исправе јер је такав уговор ништав.

На крају, може се констатовати да уговор о доживотном издржавању производи значајне последице за лица која га закључују, али утиче и на интересе трећих лица, нужних наследника примаоца издржавања. Ипак, код уговора о доживотном издржавању у највећој мери угрожен је интерес уговорних страна, те је важно одредити се за форму уговора која је подобна да оствари функције које су потребне за пружање одговарајуће заштите овим интересима. Како је указано, у овом случају потребно је да се ради о форми којом се остварује функција поучавања, а то је форма јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе. Применом предложеног критеријума за одређивање оптималне врсте форме долазимо до истог резултата као и код претходно анализираног уговора – форме солемнизоване приватне исправе.

1.5.1. Форма тзв. неправог уговора о доживотном издржавању

Као модалитет уговора о доживотном издржавању у домаћој пракси јављају се уговори којима се једна страна, давалац, обавезује да доживотно издржава и након смрти сахрани другу страну, примаоца издржавања, а овај се обавезује да за живота на даваоца пренесе право својине на одређеној ствари или какво друго право. Овај уговор се од уговора о доживотном издржавању из ЗН разликује по томе што се испуњење престације

¹⁰²⁹ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 54-55.

¹⁰³⁰ Наташа Стојановић, „Облигационоправни уговори од посебног значаја за наследно право и уставнова нужног дела“, *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda*, Београд 2009, 450.

примаоца издржавања не одлаже до тренутка његове смрти. Због тога се овај уговор у домаћој теорији и пракси најчешће назива „неправим уговором о доживотном издржавању“¹⁰³¹ или „неименованим уговором са обавезом доживотног издржавања“¹⁰³². За разлику од швајцарског и хрватског права у којим је овај уговор регулисан, у домаћем праву то није случај.¹⁰³³ Тачније, у швајцарском праву је уговор о доживотном издржавању регулисан без посебног одређивања тренутка у којем долази до преласка права које се даје као накнада за издржавање са примаоца на даваоца издржавања. Тако су одредбом којом се овај уговор уређује обухваћени сви уговори о доживотном издржавању без обзира на то да ли до испуњења примаочеве обавезе долази за његовог живота или у тренутку смрти.¹⁰³⁴ Са друге стране, у хрватском праву је уговор који према садржини и дејству одговара тзв. неправом уговору о доживотном издржавању нашег права уређен као посебан уговор и назива се уговором о досмртном уздржавању.¹⁰³⁵

Иако нерегулисан важећим прописом, може се рећи да је овај уговор општеприхваћен у домаћој судској и јавнобележничкој пракси и владајућој доктрини. Ипак, специфичности овог уговора у односу на класични уговор о доживотном издржавању носе са собом нове потенцијалне опасности. Тако домаћи аутори указују на то да се прималац издржавања излаже додатном ризику када се обавезе да право својине или друго право као накнаду за издржавање пренесе на даваоца већ за живота. Он се суочава са ризиком да након преноса давалац престане да испуњава своју обавезу.¹⁰³⁶ У случају раскида уговора, давалац би био дужан да врати право које је стекао на име неправог уговора о доживотном издржавању и надокнади користи које је на основу тог

¹⁰³¹ Слобода Мидоровић, Милица Ковачевић, „Слобода уговарања и њене границе на примеру „неправог уговора о доживотном издржавању“, *Зборник радова „Право у функцији развоја друштва“*, Косовска Митровица, 2019, Том II, 409 и даље. У судској пракси вид. пресуду Врховног касационог суда бр. Рев. 236/2014 од 25. фебруара 2015. године.

¹⁰³² Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 271-273. Тако и у Мишљењу Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20. октобра 2015. године.

¹⁰³³ Чл. 521-529 шЗОбл.

¹⁰³⁴ На овај начин је уговор о доживотном издржавању био уређен у одредбама *Скице*. Према чл. 943, ст. 1 *Константиновићеве Скице*, уговор о доживотном издржавању би био сваки уговор у којем се давалац обавезује да примаоца издржава, брине се о њему до краја живота и након смрти сахрани, а прималац се обавезује да на даваоца пренесе право својине на одређеној ствари, неко друго право или исплати своту новца. Ако се обавезе уговорних страна састоје из наведених престација ради се о уговору о доживотном издржавању без обзира на то у ком тренутку долази до испуњења примаочеве обавезе. Овом модалитету уговора о доживотном издржавању посвећена је само једна посебна одредба за случај када је предмет обавезе примаоца издржавања непокретност. Тада би, према чл. 945, ст. 2 давалац издржавања могао да обезбеди своје право из уговора уписом у земљишну књигу. Вид. М. Константиновић, *Скица*, чл. 943-955.

¹⁰³⁵ Чл. 586-589 хЗОО.

¹⁰³⁶ Д. Ђурђевић, „Закон о облигационим односима и уговори у наследном праву“, 61; С. Мидоровић, М. Ковачевић.

права остварио. Међутим, уколико би давалац издржавања у међувремену располагао овим правом, он би имао обавезу да примаоцу надокнади вредност права у новцу. Тада настаје посебан проблем уколико се испостави да је давалац издржавања инсолвентан. Ово нарочито због тога што се у својству примаоца издржавања јављају лица која су стара, нарушеног здравља и зависна од туђе неге и помоћи. У таквом сплету околности, уколико прималац издржавања нема друге имовине, он не би имао потребна средства да се стара о себи, односно нађе другог даваоца издржавања.¹⁰³⁷ *Мидоровић* и *Ковачевић* указују и на потенцијалне додатне опасности у случају да прималац издржавања надживи даваоца, а овај нема супружника и/или потомке на које би, према правилима ЗН о уговору о доживотном издржавању прешла даваочева обавеза.¹⁰³⁸ Имајући то у виду, ауторке се залажу за регулисање овог уговора и предлажу решења којима би се наведени ризици отклонили са освртом и на решења из швајцарског и хрватског права.¹⁰³⁹

Претходно изложено о већем степену ризика који неправни уговор о доживотном издржавању носи у односу на класични посебно је важно са становишта теме овог рада. Наиме, пре више деценија у судској пракси је заузет став¹⁰⁴⁰ према којем је овај неименовани уговор, који свој основ налази у начелу слободе уговарања, у основи неформалан. Упркос критикама у доктрини¹⁰⁴¹, од овог схватања се није одступило ни данас. Тако је форма солемнизоване приватне исправе потребна за пуноважан настанак овог уговора само када је предмет примаочеве обавезе непокретна ствар. Уколико је уз то прималац издржавања пословно неспособно лице потребно је да уговор буде закључен у форми јавнобележничког записа. Међутим, ови случајеви не тичу се заправо питања форме неправног уговора о доживотном издржавању, већ обавезне форме уговора

¹⁰³⁷ С. Мидоровић, М. Ковачевић, 417-418.

¹⁰³⁸ *Ibid*, 419. Оне за овај случај предлажу посебна решења, различита у односу на она која важе за класични уговор о доживотном издржавању, а то су проширење круга лица на које прелази обавеза даваоца издржавања на све наследнике који се прихвате наслеђа под условом да се они са тиме сагласе. Уз то, у случају да давалац из неправног уговора о доживотном издржавању нема наследнике те се као наследник јавља Република Србија, *Мидоровић* и *Ковачевић* као решење предлажу раскид уговора *ex lege* јер између интереса Републике Србије и интереса примаоца издржавања у овом конкретном случају постоји наглашена потреба за заштитом потоњег.

¹⁰³⁹ *Ibid*, 425-426. Између осталог, ауторке наглашавају и потребу за регулисањем средстава обезбеђења потраживања примаоца издржавања, као и прецизирање права нужних наследника, као и поверилаца примаоца издржавања.

¹⁰⁴⁰ Начелно мишљење Проширене опште седнице Савезног врховног суда, бр. 8/1957 од 11. јануара 1957. године.

¹⁰⁴¹ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 55-56; Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 272, фн. 146; Д. Ђурђевић, „Закон о облигационим односима и уговори у наследном праву“, 60; С. Мидоровић, М. Ковачевић, 414-417.

о располагању непокретностима пословно способних, односно пословно неспособних лица.¹⁰⁴² Уколико се прималац издржавања пак обавезује да као накнаду за издржавање пренесе право својине на покретној ствари или какво друго право за чији пренос се не захтева одређена форма, за неправи уговор о доживотном издржавању била би довољна и проста сагласност воља уговорних страна.¹⁰⁴³

Имајући у виду претходно изложено о форми именованог уговора о доживотном издржавању, а посебно о специфичностима неправог уговора о доживотном издржавању и додатним ризицима који из њих произлазе јасно је да је овакво решење неприхватљиво. Одлагање преноса права које је предмет примаочеве обавезе до тренутка његове смрти представља један вид заштите позиције примаоца издржавања у уговорном односу који заснива са даваоцем издржавања. С обзиром на то која лица се по правилу јављају у својству примаоца издржавања, као и то да она овим уговором често располажу својом једином или бар највреднијом имовином пружање додатне заштите свакако је оправдано. Свест о значају последица овог уговора за примаоца и даваоца издржавања законодавац је исказао прописивањем најстроже форме уговора у време доношења важећег, али и ранијих закона о наслеђивању. Дата форма подразумевала је активно учешће судије као непристрасног стручњака у циљу пружања додатних појашњења уговорним странама и отклањања евентуалних нејасноћа и мана воље.

У настојању да пронађемо аргументе у корист наведеног решења из судске праксе могли бисмо поћи од става да нема правне празнине и потребе за применом правила о попуњавању правних празнина тамо где постоји начело чијим се конкретизовањем може поставити норма која уређује предметни случај.¹⁰⁴⁴ Са тог становишта могла би се оправдати позиција судске праксе имајући у виду начело неформалности уговора из чл. 67 ЗОО. Међутим, с обзиром на то да правне последице неправог уговора о доживотном издржавању нису ни у ком смислу блаже од последица именованог уговора о доживотном издржавању јасно је да би законодавац са истим циљем приступио и регулисању наведеног уговора. Тј. обавезном формом би настојао да поучавањем од стране непристрасног стручњака заштити уговорне стране од исхитреног, непромишљеног обавезивања. Тако, уколико бисмо и узели да је ово питање ипак регулисано нормом посредством конкретизовања начела неформалности могли бисмо

¹⁰⁴² Чл. 93, ст. 2, тач. 1 ЗЈБ, чл. 4, ст. 1 ЗПН и чл. 82, ст. 1, тач. 1 ЗЈБ.

¹⁰⁴³ Вид. Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20. октобра 2015. године.

¹⁰⁴⁴ В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 181.

констатовати да је правилом о неформалности обухваћен случај који не одговара његовом циљу. Тада би телеолошком редукијом¹⁰⁴⁵ требало изузети од дејства правила о неформалности уговора, те на њега путем аналогичје применити правило о форми именованог уговора о доживотном издржавању.

Приликом решавања спора у вези са уговором који није регулисан важећим прописом задатак суда је да нађе одговарајуће решење имајући у виду дејства уговора и начела облигационог права и правнополитичке циљеве којима се законодавац водио приликом регулисања облигационих односа. Тачно је да неправи уговор о доживотном издржавању представља неименовани уговор који свој основ црпи из начела слободе уговарања, као и то да начело неформалности уговора представља једну од манифестација првонаведеног начела. Међутим, у циљу правне сигурности, уколико у оквиру дејства неименованог уговора суд препозна елементе неког другог уговора, треба да размотри могућност сходне примене правила тог уговора на спорни уговорни однос. Како тзв. неправи уговор о доживотном издржавању представља једну модификацију класичног, именованог уговора о доживотном издржавању, приликом решавања спора из уговорног односа заснованог овим неименованим уговором суд треба да пође од правила из ЗН. У пракси, у погледу већине аспеката овог уговора суд то и чини, али не и у погледу форме. Тумачећи одредбе из ЗН о форми уговора о доживотном издржавању може се препознати намера законодавца да заштити уговорне стране од лакомислености и евентуалног неразумевања дејстава овог уговора. Задатак суда је, стога, да процени да ли се на основу дејстава која производи овај модификовани уговор о доживотном издржавању може претпоставити да би законодавац са истим циљем приступио регулисању форме овог уговора. С обзиром на претходно излагање о правним последицама и ризицима који су иманентни неправом уговору о доживотном издржавању видљиво је да то јесте случај. Због тога је једино исправно пуноважност неправог уговора о доживотном издржавању условити његовим закључењем у форми солемнизоване приватне исправе без обзира на предмет обавезе примаоца издржавања.

У прилог значају одређивања претежног циља, односно функције коју законодавац настоји да оствари прописивањем обавезне форме говоре и делови образложења пресуда

¹⁰⁴⁵ Према Ф. Бидлинском, телеолошка редукија се примењује „када текст прописа обухвата више него што одговара његовој сврси“. Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 83-84. Слично томе, *Водинелић* наводи да се она користи „кад је текстом нормe обухваћен и случај за који, међутим, њен циљ или разлог (*ratio legis*) не одговара. Тада се на тај случај примањује супротна или иначе другачија норма.“ В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 184.

у којима судови аргумендују став о неформалности неправог уговора о доживотном издржавању. Ови судови обавезну форму уговора о доживотном издржавању везују за његово посредно наследноправно дејство. Тачније, Врховни касациони суд наводи да неправи уговор о доживотном издржавању „није уговор наследног права, па за њега не важи услов пуноважности и правног дејства у погледу садржине форме уговора о доживотном издржавању“.¹⁰⁴⁶ Сличан аргумент користи Апелациони суд у Новом Саду према којем „управо недостатак наследноправне компоненте (пренос својине после смрти примаоца издржавања), која је битно обележје уговора о доживотном издржавању, повлачи да и захтев облика (...) не мора да буде испуњен“.¹⁰⁴⁷ Из наведених образложења може се закључити да је, према схватању ових суда, главни разлог за прописивање обавезне форме за уговор о доживотном издржавању то што до испуњења примаочеве обавезе долази тек наступањем његове смрти. Из тога се даље може наслутити да је суд ценио да је функција коју је законодавац првенствено настојао да оствари обавезном формом доказна функција. Ипак, обавезивање примаоца да на даваоца пренесе право за живота не прави значајну разлику са становишта потребе за остваривањем доказне функције. Овај уговор једнако утиче на положај наследника примаоца издржавања као и именовани уговор, а до спора између наследника и даваоца такође може доћи и тек након смрти примаоца издржавања. И поред тога, из анализе одредби којим се уређује форма овог уговора како у важећем закону, тако и у законима који су му претходили, јасно је да је примарни циљ законодавца био заштита уговорних страна посредством функције поучавања.¹⁰⁴⁸ Због тога је, приликом давања одговара на питање да ли пуноважност неправог уговора о доживотном издржавању треба условити обавезном формом потребно упоредити правни положај уговорних страна овог уговора у односу на позицију страна из класичног уговора о доживотном издржавању. Како је већ указано на то да су обавезе страна код оба уговора исте, али да је позиција примаоца

¹⁰⁴⁶ Вид. пресуду Врховног касационог суда бр. Рев. 236/14 од 25.02. 2015. године.

¹⁰⁴⁷ Вид. пресуду Апелационог суда у Новом Саду бр. Гж. 25/18 од 13.04.2018. године. Наведено према С. Мидоровић, М, Ковачевић, 416.

¹⁰⁴⁸ И швајцарски аутори указују на то да је циљ обавезне форма јавнобележничког записа првенствено остваривање заштите од пренагљеног обавезивања, као и јасноће садржине путем формулисања исправе и стручног поучавања уговорних страна од стране нотара. Како се у шЗОбл у погледу дефинисања одређеног уговора као уговора о доживотном издржавању не прави разлика према тренутку испуњења обавезе примаоца издржавања, обавезна форма овог уговора и разлози њеног одређивања једнако важе и за модалитет који одговара нашем тзв. неправом уговору о доживотном издржавању. Вид. Balmeli Marco, *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2016, Art. 522, Rn. 2.

издржавања несигурнија код неправог уговора о доживотном издржавању јасно је да нема основа за ублажавање захтева форме.

2. Јавнобележничка форма поједних облигационих уговора – *de lege ferenda*

2.1. Уговор о јемству

Уговор о јемству је уговор којим се јемац обавезује да повериоцу испуни пуноважну и доспелу обавезу дужника уколико овај то не учини.¹⁰⁴⁹ За овај уговор у ЗОО предвиђена је писана форма. Тачније, да би уговор производио дејство није неопходно да и повериочева изјава воље буде дата у писаној форми, већ је довољно да само јемац да изјаву о јемчењу писмено.¹⁰⁵⁰

Јемство се сврстава у лична средства обезбеђења потраживања које „у крајњој линији има за функцију да пребаци ризик дужникове инсолвентности са повериоца на јемца“.¹⁰⁵¹ Њиме се повећава вероватноћа да ће поверилац намирити своје потраживање које има према дужнику. У домаћој теорији институт јемства често се своди на уговор о јемству. *Хибер* пак указује на то да се „јемство не може објаснити само као уговор између јемца и повериоца“ и да се однос између повериоца и јемца који се овим уговором заснива не може посматрати сасвим одвојено од односа повериоца и дужника, с једне стране, и јемца и дужника, с друге стране. Такође, он додаје да закључењу уговора о јемству најчешће претходи уговор о јемчењу којим се јемац обавезује дужнику да ће са његовим повериоцем закључити уговор о јемству.¹⁰⁵²

По правилу, код класичних облигационих уговора поверилац је дужан да прво захтева испуњење од дужника, а тек потом од јемца уколико дужник не испуни обавезу у року који је поверилац одредио у писменом позиву (супсидијарно јемство).¹⁰⁵³ Јемац се пак може обавезати и као јемац платац у ком случају за испуњење обавезе одговара

¹⁰⁴⁹ Чл. 997 ЗОО.

¹⁰⁵⁰ Чл. 998 ЗОО.

¹⁰⁵¹ Драгор Хибер, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2015, 60 са даљим навођењем.

¹⁰⁵² Драгор Хибер у Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 305. У том смислу, *Хибер* указује на два различита концепта у погледу утврђивања места одредаба којима се регулише јемство у закону. Према једном, овим правилима је место у општем делу облигационог права, а према другом у делу о посебним уговорима. У нашем ЗОО прихваћен је овај потоњи, те је уговор о јемству регулисан у посебном делу закона, док се *Хиберу* сврсисходнијим чини решење да јемство у систему буде позиционирано као установа општег дела облигационог права. Вид. Д. Хибер, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, 278-284.

¹⁰⁵³ Чл. 1004, ст. 1 ЗОО.

солидарно са дужником, те поверилац може и прво да захтева од јемца испуњење или пак истовремено и од дужника, и од јемца (солидарно јемство).¹⁰⁵⁴

Уговор о јемству је једнострано обавезујући уговор будући да из њега настаје обавеза само за јемца – да повериоцу испуни дужникову обавезу уколико овај то не учини. Испуњењем дужникове обавезе од стране јемца долази до законске суброгације, те јемац може од дужника да захтева накнаду свега што је платио за његов рачун укључујући камату од дана исплате, накнаду трошкова који су настали у спору са повериоцем од тренутка када је обавестио дужника о спору и евентуалне штете.¹⁰⁵⁵ Због тога, у теорији је спорно да ли се уговор о јемству сврстава у добротине или теретне уговоре. За давање одговора на ово питање, међутим, није довољно посматрати само уговор о јемству, тј. концентрисати се искључиво на однос између повериоца и јемца. Штавише, до одговора се долази анализом односа јемца и дужника, тј. имајући у виду да ли јемац, поред враћања онога што је платио повериоцу, од дужника очекује одређену корист.¹⁰⁵⁶

Без обзира на теретност, односно бестеретност уговора о јемству, јасно је да се ради о уговору који је повезан са значајним ризицима. Као што је раније наведено, закључењем овог уговора ризик инсолвентности дужника прелази са повериоца на јемца. Поставља се питање да ли су субјекти у правном промету по правилу свесни последица закључења овог уговора. Да ли је правним лаицима сасвим јасно на шта пристају када се обавезују да јемче за туђи дуг? За разлику од уговора о поклону који је толико распрострањен у свакодневном животу да је тешко замисливо да просечан учесник није упознат са значењем и последицама закључења уговора о поклону, за јемство се не може рећи исто. О томе сведочи велики број случајева у којима једно лице пристане да јемчи за туђи дуг сматрајући то обичном формалношћу коју је потребно испунити да би будући дужник, на пример, остварио услове за добијање потрошачког кредита. Због тога, чини се оправданим поставити питање да ли је писана форма која је у ЗОО предвиђена за овај уговор одговарајућа.

Из дејства уговора о јемству јасно је да овај уговор не може ни на који начин да угрози интерес повериоца, док са друге стране, може значајно утицати на интерес јемца.

¹⁰⁵⁴ Чл.1004, ст. 3 ЗОО. Код уговора у привреди претпоставља се да је јемство солидарно уколико није другачије уговорено.

¹⁰⁵⁵ Чл. 1013 ЗОО.

¹⁰⁵⁶ Више о различитим схватањима о теретности уговора о јемству вид. у Д. Хибер, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, 317-321.

И поред тога што на основу закона исплатом дужниковог потраживања јемац ступа на место повериоца, те може од дужника потраживати све што је за њега платио повериоцу закључивање таквог уговора скопчано је са значајним ризицима. Сама чињеница да до законске суброгације долази због тога што је јемац испунио дужникову обавезу указује на то да је дужник већ инсолвентан или макар невољан да своју обавезу испуни благовремено и на одговарајући начин. То даље указује на потребу да се јемцу пружи заштита, а обавезна форма има за циљ да упозори јемца на значај и последице закључења овог уговора. То је свакако циљ због којег је за овај уговор и у ЗОО предвиђена писана форма. Ово произлази и из чињенице да се она захтева само за изјаву којом се јемац обавезује да испуни дужникову обавезу док повериочева изјава воље може бити дата и усмено. Обавезном формом настоји се спречити пренагљено и непромишљено обавезивање од стране јемца.¹⁰⁵⁷

Међутим, проста писана форма не чини се довољном за остваривање наведеног циља. Захтев састављања јемчеве изјаве у писаној форми као додатне формалности и услова за његово пуноважно обавезивање био би довољан за постизање датог ефекта под условом да се може оправдано очекивати да су учесници правног промета добро упознати са смислом и правним последицама закључења уговора о јемству. У таквој ситуацији састављање изјаве у писаној форми представљало би још једну прилику за лице које изјављује вољу да размисли о последицама и трезвено донесе одлуку о закључењу уговора о јемству. Ипак, сматрамо да код ове врсте уговора потенцијални јемац заслужује већи степен заштите посредством форме која обезбеђује и поучавање од стране јавног бележника о последицама и ризицима које подразумева давање изјаве о јемчењу.

На то указује и *П. Бидлински* истичући несразмерност решења у аустријском праву у којем се за обећање поклона тражи форма јавнобележничког записа¹⁰⁵⁸, док се за пуноважност уговора о јемству, као и код нас, захтева да изјава којом се јемац обавезује буде дата у писаној форми¹⁰⁵⁹. Он чак наводи да „ако је диференцијација у строгоћи форме уопште оправдана, онда је то у супротном смеру“.¹⁰⁶⁰ У прилог томе *П. Бидлински* подсећа на то да су последице и ризици обећања поклона познати сваком пословно

¹⁰⁵⁷ Бојан Пајтић, *Јемство*, Нови Сад 2014, 19-21.

¹⁰⁵⁸ § 1, ст. 1, тач. *d* аЗЈА.

¹⁰⁵⁹ § 1346, ст. 2 аГЗ.

¹⁰⁶⁰ Peter Bydliniski, „Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NZwG)“, *Österreichische Notariatszeitung* (NZ), 1999, 166 и даље. Слично и у P. Bydliniski, F. Bydliniski, 69.

способном лицу – он мора да преда поклон, а заузврат не добија ништа.¹⁰⁶¹ Због тога он сматра непотребним поучавање обећаоца о последицама обећања, те *de lege ferenda* предлаже да свака писмено састављена изјава поклонодавца буде обавезујућа.¹⁰⁶² У поређењу са обећањем поклона, према *П. Бидлинском*, ризици које носи изјава о јемчењу су знатно разноврснији у односу на ризик да се у исправи нађе нежељена садржина чиме би се могла правдати јавнобележничка форма обећања поклона. Изјава о јемчењу може бити дата пренагљено услед притиска од стране дужника или повериоца. Такође, често се потенцијалном јемцу његово обавезивање представља као чиста формалност, те он пристаје да јемчи у уверењу да се од њега неће захтевати испуњење.¹⁰⁶³ У тренутку закључења уговора о јемству јемац првенствено размишља о томе како да помогне дужнику, који је често његов рођак или пријатељ, да реши постојећи финансијски проблем.¹⁰⁶⁴ Ипак, могу се догодити непредвиђене околности попут, на пример, престанка других средстава обезбеђења којима је било обезбеђено потраживање за које гарантује јемац.¹⁰⁶⁵ *П. Бидлински* истиче да наведени ризици нису очигледни просечном јемцу, да би поучавање од стране јавног бележника могло спречити такве ризикантне уговоре о јемству, те да проста писана форма није довољно упозорење. Стога, према његовом схватању *de lege ferenda* форма изјаве о јемчењу треба макар да буде изједначена са формом обећања поклона.¹⁰⁶⁶ У циљу помирења потребе заштите јемца, односно поклонодавца код ових уговора и потребе да се избегну негативни аспекти обавезне форме јавнобележничког записа *П. Бидлински* и *Ф. Бидлински*, по угледу на решење из швајцарског права, предлажу одређивање вредносне границе наспрам које би се у конкретном случају одређивала обавезна форма. Према мишљењу ових аутора,

¹⁰⁶¹ Peter Bydliniski, „Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NZwG)”, 166 и даље.

¹⁰⁶² *Ibid.*

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ За уговор о јемству, али и друге правне послове којима треће лице гарантује за испуњење дужникове обавезе вид. Р. Bydliniski, F. Bydliniski, 57. О емоционалном притиску који може да трпи јемац у случају када је у родбинском или партнерском односу са главним дужником говори и једна швајцарска ауторка. Међутим, она овај притисак наводи као проблем који се не може решити обавезном формом јер се у таквим случајевима најчешће не ради о томе да јемац није свестан ризика, те код ових уговора није главни проблем пренагљено обавезивање, већ то што се јемац приликом обавезивања налази у тешком положају узрокованом блиским односом са главним дужником. Према овој ауторки, таква ситуација води ка недостатку фактичке слободе уговарања јемца јер услед психичког притиска, осећаја одговорности и солидарности према породици, као и страха од финансијског краха породице он једино задовољавајуће решење такве ситуације види у попуштању под притиском и давању изјаве о јемчењу. Вид. Christiana Fountoulakis, „Bürgerschaft – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt“, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2010, 426.

¹⁰⁶⁵ Peter Bydliniski, „Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NZwG)”, 166 и даље.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

гранични износ би могао бити 10.000 евра. У том случају би за уговоре о јемству вредности до 10.000 евра била обавезна писана форма, а за уговоре чија је вредност већа од наведеног износа форма јавнобележничког записа.¹⁰⁶⁷

Као у српском и аустријском, и у немачком праву је одредба о обавезној форми уговора о јемству усмерена на заштиту јемца. И у нГЗ се писана форма захтева само за изјаву воље јемца¹⁰⁶⁸ док повериочева изјава може бити дата и усмено, чак и прећутно, нпр. прихватањем исправе у којој је садржана изјава о јемчењу.¹⁰⁶⁹ Да је пружање заштите јемцу разлог прописивања обавезне форме видљиво је и из тога што је у нГЗ експлицитно предвиђена могућност конвалидације овог уговора и када изјава јемца није дата у захтеваној писаној форми уколико он испуни дужникову обавезу.¹⁰⁷⁰ Како се наводи у немачкој теорији, добровољним испуњењем постаје сувишна функција упозорења обавезне писане форме.¹⁰⁷¹ Дакле, циљ законодавца у свим наведеним системима је да обавезном формом спречи исхитрено обавезивање јемца и да му се да прилика да добро размотри ризике и последице закључења овог уговора. Такође, на то да је у овом случају примарна функција заштите од пренагљености указује и то што је у немачком¹⁰⁷², аустријском¹⁰⁷³ и српском¹⁰⁷⁴ праву за ове уговоре изричито искључена могућност замене писане форме електронском. По правилу, ограничења која имају за циљ заштиту потенцијалног јемца резервисана су за случајеве када се у овом својству јавља лице које делује ван своје трговачке, пословне или професионалне делатности.¹⁰⁷⁵

Различита правила о врсти форме уговора о јемству у зависности од врсте субјекта који се јавља у својству јемца предвиђена су и у швајцарском праву. Наиме, према чл. 493 шЗОбл, за пуноважност јемства потребна је писана изјава јемца и навођење максималног износа до којег он одговара за дужникову обавезу. Међутим, за случај када се у својству јемца јавља физичко лице, превиђени су додатни захтеви. Тако, уколико је износ до којег јемац одговара не прелази 2000 франака, довољна је писана форма с тим што је потребно да јемац у исправи својеручно наведе износ до којег одговара, као и

¹⁰⁶⁷ P. Bydlinski, F. Bydlinski, 69.

¹⁰⁶⁸ §766 нГЗ.

¹⁰⁶⁹ Mathias Habersack у *Münch.Kommentar zum BGB*, §766, Rn. 27.

¹⁰⁷⁰ §766, реч. 3 нГЗ.

¹⁰⁷¹ M. Habersack, 29.

¹⁰⁷² §766, реч. 2 нГЗ.

¹⁰⁷³ § 4, ст. 2, тач. 4 аустријског Савезног закона о електронским потписима (*Signaturgesetz*), од 19. августа 1999. године (*BGBI. I Nr. 190/1999*) у верзији од 16. јуна 2016. године (*BGBI. I Nr. 50/2016*).

¹⁰⁷⁴ Чл. 10, ст. 1 ЗЕЛТ.

¹⁰⁷⁵ Код нас чл. 10, ст. 1 ЗЕЛТ, у Немачкој §350 немачког Трговачког законика.

податак да одговара солидарно са дужником, уколико је то уговорено. Својеручно исписивање износа до којег јемац одговара за дужника, као и речи „солидарно“ ако је уговорена та врста јемства служи томе да се лице које се овом изјавом обавезује суочи са ризицима који из ње произлазе.¹⁰⁷⁶ Ако се пак ради о суми већој од 2000 франака потребно је да изјава о јемчењу буде сачињена у форми јавнобележничког записа. У овом случају је, дакле, швајцарски законодавац проценио да јемац заслужује већи степен заштите посредством поучавања од стране непристрасног стручњака.

Стога, може се поставити питање да ли би било оправдано и у домаћем праву наметнути строжу форму за закључење уговора о јемству, тј. за давање изјаве о јемчењу. Увођење обавезне форме јавнобележничког записа за уговоре о јемству у праву БиХ предлаже *Повлакић* наводећи при томе да би то могло имати два учинка: могућност повериоца да стекне извршну исправу према јемцу, а не само према дужнику, као и пружање додатне заштиту јемцу као слабијој страни поучавањем од стране нотара.¹⁰⁷⁷ Међутим, сматрамо да је код уговора о јемству примаран циљ заштита интереса јемца, те корист повериоца од стицања извршног наслова не треба да утиче на одређење законодавца за оптималну врсту форме. Дакле, приликом давања одговора на ово питање потребно је првенствено имати у виду степен угрожености интереса јемца закључењем овог уговора, тј. функције које форма у којој даје изјаву мора да остварује да би му се пружила одговарајућа заштита.

Слично поређењу јемства и обећања поклона које је дао *П. Бидлински*, будући да код нас обећање поклона није регулисано важећим прописом, може бити сврсисходно упоредити уговор о јемству са уговором о хипотеци са становишта обавезне форме. Како је изложено у претходном делу рада, за уговор о хипотеци у домаћем праву захтева се форма солемнизоване приватне исправе, односно јавнобележничког записа у зависности од тога да ли је у њему садржана изјава којом дужник пристаје на могућност да се непосредно на основу уговора спроведе поступак принудног извршења доспелог потраживања судским или вансудским путем. Такође је указано на то да закључење уговора о хипотеци у овим најстрожим врстама форме доприноси заштити јавног интереса јер омогућује контролу над прометом непокретности као добара којима се традиционално придаје посебан значај и ажурност података у катастру непокретности.

¹⁰⁷⁶ Markus Vischer, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Art. 493, 808, Rn. 6-7; C. Fountoulakis, 425-426.

¹⁰⁷⁷ Мелиха Повлакић, „Надлежност нотара у Босни и Херцеговини“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2/2013, 255.

Ипак, чини се да се законодавац приликом прописивања обавезне форме за уговор о хипотеци превасходно водио заштитом интереса власника непокретности.¹⁰⁷⁸

Иако се код јемства не ради нужно о непокретним стварима које, осим за друштво, имају посебан значај и за појединца, јемац за дужникову обавезу гарантује својом целокупном имовином. Осим тога, док се код хипотеке као хипотекарни дужник најчешће јавља дужник главне обавезе, код јемства јемац увек одговара за туђи дуг. Из тог разлога чини се да нема значајне разлике између уговора о хипотеци и уговора о јемству у погледу потребе заштите лица која се овим уговорима обавезују. Самим тим, ни међу циљевима које форма уговора треба да оствари. У том смислу би и за уговор о јемству била одговарајућа форма којом се постиже и функција поучавања, тј. форма солемнизоване приватне исправе или јавнобележничког записа. Како је основни циљ форме овог уговора, тачније форме изјаве о јемчењу заштита приватног интереса једне од страна – јемца, у постојећем режиму јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе као двеју самосталних врста форме различите строгаће, довољно је определити се за блажу.

2.2. Обећање поклона покретне ствари¹⁰⁷⁹

Уговор о поклону је сагласност воља којом се једна страна обавезује да, на рачун своје имовине и без накнаде, на другу страну пренесе право својине на одређеној ствари или неко друго право или учини одређену корист. За пуноважан настанак уговора о поклону није довољна проста сагласност воља уговорних страна, већ она мора бити изражена у одређеној форми. Питање форме уговора о поклону који за предмет имају пренос права својине на непокретностима је решено регулисањем форме уговора о промету непокретности, те је и за овај уговор обавезна форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе.

Међутим, када је реч о покретним стварима, у домаћем праву није тако једноставно дати одговор на питање у којој се форми уговор о поклону има сачинити да би производио правно дејство. У домаћој теорији се најчешће говори о „конкуренцији

¹⁰⁷⁸ Више о томе вид. у делу о уговору о хипотеци.

¹⁰⁷⁹ Овај део рада заснован је на истраживању кандидата за потребе израде семинарског рада на докторским академским студијама који је објављен под насловом „Форма обећања поклона покретне ствари“ који је објављен у *Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2019, 1119-1143.

форми уговора о поклону“¹⁰⁸⁰. Под тиме се подразумева могућност да овај уговор, када за предмет има пренос права својине на покретној ствари, буде пуноважно закључен усменом сагласношћу уговорних страна која је праћена истовременом предајом ствари или сагласношћу воља код које је предаја одложена за неки каснији тренутак. У потоњем случају није довољна проста сагласност воља, већ је неопходно и да она буде изражена у одређеном облику. Управо када је реч о форми у којој сагласност воља уговорних страна мора бити изражена када је не прати истовремена предаја ствари постоји значајан број нејасноћа у домаћој теорији. Ово је последица чињенице да уговор о поклону није регулисан важећим прописом, те се на њега примењују правила предратног права. Када је реч о форми уговора о поклону покретне ствари, већ давање одговора на питање шта је важеће право представља велики изазов, а из овог питања произлазе још бројна друга питања на која домаћи аутори дају различите одговоре.

2.2.1. Уговор о поклону покретних ствари у упоредном праву

2.2.1.1. Немачка

У Немачкој је уговор о поклону (*Schenkung*) регулисан §§ 516-534 нГЗ. У немачком праву прави се разлика између ручног поклона (*Handschenkung*) и обећања поклона (*Schenkungsversprechen*). Под ручним поклоном подразумева се закључење уговора о поклону уз истовремену предају ствари док обећање поклона означава сагласност уговорних страна код које ће предаја ствари бити извршена накнадно. За пуноважно закључење ручног поклона довољна је предаја ствари, тј. сагласност уговорних страна не мора бити изражена у одређеној форми. Са друге стране, да би обећање поклона пуноважно настало потребно је да буде састављено у форми јавнобележничког записа (*Notarielle Beurkundung*).¹⁰⁸⁰ Ипак, недостатак наведене форме може се отклонити испуњењем обећане чинидбе.¹⁰⁸¹

2.2.1.2. Аустрија

Уговор о поклону регулисан је одредбама 938–955 аГЗ. У аустријском, као и у немачком праву прави се разлика између ручног поклона и обећања поклона. За пуноважност ручног поклона довољна је такође предаја ствари, а док се за обећање поклона захтева одређена форма. О форми обећања поклона у аГЗ говори се у § 943 према којем „из простог усменог, без праве предаје закљученог уговора о поклону не

¹⁰⁸⁰ § 518 (I) нГЗ.

¹⁰⁸¹ § 518 (II) нГЗ.

настаје за поклонопримца тужбено право (*Klagerecht*). Овај захтев мора бити заснован на писаној исправи“. Дакле, према § 943 аГЗ за пуноважност обећања поклона потребно је да оно буде дато у писаној форми. Међутим, иако је ова одредба још увек садржана у аГЗ, она је дерогирана још 1871. године доношењем аЗЈА у којем је у § 1 форма јавнобележничког записа предвиђена као обавезна, између осталих, и за уговоре о поклону „без праве предаје“. ¹⁰⁸² Тиме је и у аустријском праву проста писана форма постала недовољна за пуноважно закључење уговора о поклону када сагласност воља уговорних страна није праћена истовременом предајом ствари, већ ће она уследити у неком каснијем тренутку.

Интересантно је да је поштрење форме обећања поклона у аустријском праву прошло готово неопажено у послератној домаћој теорији, те се у радовима који садрже упоредноправни приказ форме обећања поклона наводи да је у аустријском праву обавезна писана форма из § 943 аГЗ. ¹⁰⁸³

2.2.1.3. Швајцарска

У швајцарском праву, као и у немачком и аустријском, такође се прави разлика између ручног поклона (*Schenkung von Hand zu Hand*) и обећања поклона (*Schenkungsversprechen*). И према шЗОбл за пуноважност ручног поклона довољна је предаја ствари, међутим у погледу форме обећања поклона швајцарски законодавац поставио је блажи услов. Према чл. 243 шЗОбл за пуноважност обећања поклона потребно је да оно буде дато у писаној форми. ¹⁰⁸⁴ Ипак, у ст. 3 овог члана предвиђено је да ће се, у случају испуњења обећања поклона које није сачињено у потребној форми, сматрати да се ради о ручном поклону.

¹⁰⁸² Форма јавнобележничког записа не може бити замењена овером потписа од стране јавног бележника будући да се на тај начин само потврђује аутентичност потписа, док изостаје поучавање странака, тј. првенствено поклонодавца о последицама уговора. Gunter Ertl u *Klang Kommentar*, §§ 938 bis 1001, Wien 2013, 79;

¹⁰⁸³ Весна Радовчић, *Правна проблематика и развитак института даровања*, Загреб 1983, 124; Драгољуб Лазаревић, *Уговор о поклону*, Београд 2010, 36; Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд 2012, 146; Михајло С. Цветковић, *Закључење и престанак уговора о поклону*, докторска дисертација, Ниш 2015, 165; Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 77 и 78. *Перовић* не каже изричито да је у аустријском праву за обећање поклона обавезна писана форма, али истиче да је § 943 аГЗ изворник §564 СГЗ у којем је предвиђена писана форма, а притом не наводи да је ова одредба у аустријском праву дерогирана, а као пример законика у којима је за обећање поклона предвиђена свечана, јавнобележничка форма наводи фГЗ, нГЗ и грађански законик тадашње РСФСР;

¹⁰⁸⁴ Када су предмет поклона пренос стварних права на непокретностима за пуноважност уговора о поклону потребна је форма јавнобележничког записа. чл. 243, ст. 2 шЗОбл.

2.2.2. Форма обећања поклона у домаћем праву

2.2.2.1. Домаћа регулатива пре доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације

Иако су одредбе о уговору о поклону биле садржане у *Скици* оне нису уврштене у текст ЗОО. Како је у чл. 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације¹⁰⁸⁵ предвиђена могућност примене предратних правних правила на односе који нису регулисани важећим прописима, у правној теорији и судској пракси прихваћено је становиште да се на сва питања у вези са уговором о поклону имају применити правила из СГЗ. У СГЗ је уговор о поклону регулисан §§ 561-568, од којих се § 564 односи на форму обећања поклона. Овим одредбама је форма обећања поклона регулисана слично као и у његовом изворнику, аГЗ. Тако према наведеној одредби СГЗ „ко поклон само усмено учини, а ствар не преда, и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати, да предати мора. Само са писменим достоверним доказом може се поклон путем судским тражити“. Дакле, као и у аГЗ, за пуноважан настапак уговора о поклону без предаје ствари била је неопходна писана форма. Заједно са осталим правилима о уговору о поклону, према преовлађујућем схватању у теорији и судској пракси, на форму обећања поклона има се применити наведена одредба СГЗ.¹⁰⁸⁶

Међутим, оно што је у значајном делу теорије и судске праксе остало скоро непримећено или недовољно размотрено је чињеница да је, пре доношења Закона о неважности, одредба СГЗ која се односи на форму обећања поклона била дерогирана одредбом ЗЈБКЈ. У § 52 овог закона наведена је листа правних послова за чију ваљаност је потребна форма јавнобележничког акта међу којима је и „уговор о даривању без праве предаје“. Наведеном одредбом ЗЈБКЈ је дерогирана одредба из СГЗ којом је регулисана форма обећања поклона на исти начин као што је то учињено у аустријском праву доношењем аЗЈА. И сам § 52 ЗЈБКЈ је врло сличан § 1 аЗЈА, те се може рећи да је домаћи законодавац пратио свој узор не само у погледу начина регулисања форме обећања поклона у грађанском законнику, већ и у погледу касније измене, тј. поштравања обавезне форме. Тако за пуноважност уговора о поклону без предаје ствари више није

¹⁰⁸⁵ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације– Закон о неважности (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 86/46, 105/46, 96/47).

¹⁰⁸⁶ С. Перовић, 77-78; М. Ђурђевић, 147; Д. Лазаревић, 37-38; М. Цветковић 175-176.

било довољно да исправу сачине и потпишу уговорне стране, нити да тако сачињену исправу потврди јавни бележник, већ је било неопходно да исправу он у целости сачини. Ни аутори Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију нису одступили од строже форме обећања поклона, те је у § 930 Предоснове било предвиђено да је за ваљаност уговора о поклону без праве предаје потребан јавнобележнички акт.¹⁰⁸⁷

Ипак, како Предоснова није ни ушла у скупштинску процедуру, за питање форме обећања поклона важила је одредба ЗЈБКЈ све до доношења Одлуке АВНОЈ-а о укидању јавних бележника и јавнобележничких комора од 17. новембра 1944. године.¹⁰⁸⁸ У § 2 ове одлуке предвиђено је да сви послови које су до тада вршили јавни бележници прелазе у надлежност редовних судова. Како је у послове јавних бележника спадало и сачињавање уговора о поклону без предаје, може се закључити да је на основу наведене одредбе и оно прешло у надлежност судова.

Међутим, као што је то случај са § 52 ЗЈБКЈ, у теорији и судској пракси се ретко може наићи на помен Одлуке АВНОЈ-а, а и тамо где се помиње она се углавном не коментарише са аспекта важећег права.¹⁰⁸⁹ Неколико изузетака може се наћи у пракси Врховног суда НР Хрватске. Према схватању овог суда, пре доношења Одлуке АВНОЈ-а за обећање поклона захтевана је, из разлога правне сигурности, форма јавнобележничког записа који је представљао јавну исправу. Стога, ово правило треба применити на основу Закона о неважности јер оно није супротно важећим прописима и начелима уставног поретка. Пошто су Одлуком АВНОЈ-а сви послови јавних бележника прешли у надлежност судова, за пуноважан настанак уговора о поклону без предаје потребно је да буде састављен уз учешће суда.¹⁰⁹⁰

У теорији је исто становиште заузео *Вуковић*. Он наводи да су одредбе аГЗ и СГЗ којима је за обећање поклона била предвиђена писана форма постале беспредметне посредством § 52 ЗЈБКЈ „уз додатак одлуке АВНОЈ-а о укидању јавних бележника“.

¹⁰⁸⁷ Л. Марковић, *Облигационо право*. Као и у ЗЈБКЈ под јавнобележничким актом подразумевана је врста форме која одговара јавнобележничком запису из важећег ЗЈБ.

¹⁰⁸⁸ Одлука о укидању јавних бележника и јавнобележничких комора – Одлука АВНОЈ-а (*Сл. лист ДФЈ* 1/1945). Одлука је потврђена Законом о потврди одлука и закона пре 1. децембра 1945. године који је донет 12. новембра 1946 (*Сл. лист ФНРЈ* бр. 91/46).

¹⁰⁸⁹ Тако С. Перовић у *Формални уговори у грађанском праву*. Перовић под поднасловом „Нотаријални уговори“ наводи уговоре за које је ЗЈБКЈ била предвиђена јавнобележничка форма, као и Одлуку АВНОЈ-а којом је јавно бележништво укинута, али у делу под поднасловом „Конкуренција форми“ као пример за овај случај наводи уговор о поклону покретне ствари код којег постоји конкуренција писане форме која је у § 564 СГЗ предвиђена за обећање поклона, с једне стране, и реалне форме, с друге стране. Вид. 73-74 и 77-78.

¹⁰⁹⁰ Одлука Врховног суда НР Хрватске бр. Гж. 204/52-2 од 25.03.1952. године. Исто становиште овај суд је заузео и у одлукама бр. Гж.-666/57 и Рев-615/65.

Стога, према *Вуковићу*, овај уговор мора бити сачињен код суда, тј мора имати форму судског акта.¹⁰⁹¹

Са друге стране, оштро неслагање са ставом Врховног суда НР Хрватске о томе које се правило о форми обећања поклона има применити на основу чл. 4 Закона о неважности исказао је у свом раду *Базала*.¹⁰⁹² Он оспорава став суда и разлог правне сигурности због којег је, према мишљењу суда, уведена јавнобележничка форма као обавезна за уговор о поклону без предаје и друге уговоре наведене у § 52 ЗЈБКЈ. Он поставља питање како се након 80 година важења одредбе из аГЗ којом је предвиђена писана форма одједном јавила потреба да се ваљаност уговора из § 52 услови закључењем у јавнобележничкој форми. Према *Базали*, иза пооштрења обавезне форме за наведене уговоре заправо стоји намера да се јавним бележницима обезбеде приходи, с обзиром на то да је ова одредба, као и цео ЗЈБКЈ, донета „ради фаворизовања јавних бележника“.¹⁰⁹³ Осим тога, по схватању овог аутора, може се рећи да наведена одредба јесте у супротности са начелима уставног поретка будући да се у то време настоје укинути све сувишне формалности „са намером да се и у грађанским предметима оствари материјална истина (?)“. Овом одредбом намеће се форма која је непотребна и коју „наш народ не може схватити“. Уосталом, према *Базали*, није схватљиво зашто писана исправа не може бити ваљана само због тога што није сачињена у форми јавнобележничког записа или уз учешће суда иако су се стране споразумеле на начин како је у њој утврђено. На крају, он закључује да се питање примене § 52 ЗЈБКЈ не може решити на основу Одлуке АВНОЈ-а, већ само правилном применом Закона о неважности, а то значи да се не може претпоставити да је за пуноважан настанак уговора о поклону без предаје потребно да он буде сачињен у облику неке посебне исправе, па ни код суда, већ је довољна писана исправа.¹⁰⁹⁴

Аргументи на којима је *Базала* засновао став о обавезној форми обећања поклона у важећем праву тешко се могу прихватити. Ово нарочито имајући у виду део о разлозима увођења јавнобележничке форме уговора у домаћем праву, као и чињеницу да он заправо оспорава потребу за постојањем било које строже форме од писане. Упркос тенденцији ослобађања од формализма о којој говори *Базала* код бројних уговора законодавац се определио за ограничење њиховог закључивања одређеном

¹⁰⁹¹ Михајло Вуковић, *Обвезно право, књига II*, Загреб 1964, 253.

¹⁰⁹² Бранко Базала, „Форма даровне погодбе“, *Одвјетник*, 2/1953, 1-3.

¹⁰⁹³ *Ibid*, 1.

¹⁰⁹⁴ *Ibid*, 2.

формом имајући у виду циљеве који се њоме остварују, а испуњење неких од тих циљева није могуће постићи простом писаном формом.

Визнер се такође осврће на форму обећања поклона и наводи одлуке хрватског Врховног суда у којем је заузет став о обавезном учешћу суда у сачињавању у случају када нема истовремене предаје ствари. Међутим, тешко је закључити какав је став *Визнера* о овом питању. Наиме, он у истом делу на једном месту обећање поклона наводи као пример уговора за чији пуноважан настанак је обавезна писана форма¹⁰⁹⁵, а на другом месту изричито каже да се ради о „строго формалном писменом уговору састављеном код суда“¹⁰⁹⁶. При томе, већ неколико пасуса касније се опет говори о писаној форми као услови за пуноважан настанак обећања поклона.¹⁰⁹⁷ Оправдање за наведене контрадикторности не може се наћи у евентуалном ширем појму писане форме који би обухватио и случајеве када се уговор сачињава уз учешће државног органа јер *Визнер* у делу о „врстама форми код формалних уговора“ прави јасну разлику између писане форме, форме која се састоји у учешћу одређених државних органа ради овере потписа уговорних страна или овере уговора од стране самог судије и форме која се састоји у предаји ствари.¹⁰⁹⁸ Такође, начин на који овај аутор анализира питање форме обећања поклона не даје повода ни за закључак да је намера била да направи разлику између става хрватског Врховног суда и његовог става о овом питању, као што је то урадио *Базала*.¹⁰⁹⁹

Поставља се питање због чега су одредба ЗЈБКЈ и Одлука АВНОЈ-а о форми обећања поклона у српској теорији запостављене, те зашто готово да нису ни размотрене у контексту примене предратних правила на односе који нису регулисани важећим прописима. Разлог за то се вероватно крије у томе што, иако је донет за подручје целе Краљевине Југославије, ЗЈБКЈ није примењиван у подручјима Апелационог суда у Београду, Апелационог суда у Скопљу и Великог суда у Подгорици у којима је установа

¹⁰⁹⁵ Б. Визнер у *Уговори грађанског и привредног права*, 77-78.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.* 360.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.* 362.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.* 77-78. Уговор о поклону притом наводи као пример за реални уговор, а уговор о поклону без фактичке предаје за уговор код којег је обавезна писана форма.

¹⁰⁹⁹ Истина, на месту где говори о форми обећања поклона напокретности истиче да сматра неоправданим становиште суда према којем је за ваљаност уговора о поклону непокретности без предаје довољно да уговор буде сачињен у писаној форми са потписом поклонодавца овереним у суду док је за ваљаност уговора о поклону покретних ствари без предаје ствари неопходна „посебна форма јавне исправе у виду судског записника“. Вид. *Ibid.* 361-362. Међутим, ни из тога не произлази намера *Визнера* да укаже на то да постоји разлика између става суда и његовог става у погледу форме обећања поклона покретне ствари, те да би према његовом схватању она требало да буде обична писана форма.

јавног бележништва тек требало да буде уведена.¹¹⁰⁰ Овај закон примењиван је само на подручјима на којима је у време његовог доношења јавно бележништво већ постојало, а то су подручја апелационих судова у Новом Саду, Загребу, Сплиту и Љубљани, као и Врховног суда у Сарајеву с тим да је на овом подручју 1932. године закон стављен ван снаге.¹¹⁰¹ Па ипак, и на овим подручјима судска пракса се определила за писану форму која је била предвиђена одредбама аГЗ, а не за форму судског акта на основу одредаба ЗЈБКЈ, Одлуке АВНОЈ-а и Закона о неважности. Овакво решење суда не чини се оправданим јер је на овим подручјима ЗЈБКЈ неспорно био важеће право у тренутку доношења Одлуке АВНОЈ-а. Ова Одлука и закон којим је она потврђена представљали су у послератном периоду важеће прописе, те је и одредба којом су послови јавних бележника пребачени у надлежност суда била обавезујућа. Стога, на овим подручјима није било простора за примену предратних правила на питање форме обећања поклона јер је оно било регулисано важећим правом.

Када су у питању подручја на којима јавно бележништво није ни успостављено до доношења Одлуке АВНОЈ-а упитно је да ли је ЗЈБКЈ био важеће право с обзиром на то да је „ступио у живот, али није добио обавезну снагу“. Међутим, уколико се узме и да није, након доношења Закона о неважности, Одлуке АВНОЈ-а и закона којим је ова одлука потврђена, било је бесмислено позивати се на правила предратног права које је важило на тим подручјима када је већ у другим деловима државе било обавезно закључење овог уговора уз учешће суда. Ово нарочито када се има у виду да је у послератном периоду један од основних циљева законодавца, а и судске праксе био уједначавање права и отклањање правног партикуларизма на територији савезне државе.

2.2.2.2. Домаћа регулатива након доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације

У периоду након доношења Закона о неважности до данас постојало је неколико покушаја да се регулише форма уговора о поклону. Први је био садржан у *Константиновићевој* Скици. У чл. 510 Скице је за пуноважно закључење уговора о поклону била предвиђена писана форма. Међутим, уговор о поклону покретне ствари који није закључен у писаној форми био је пуноважан и уколико је ствар предата

¹¹⁰⁰ У § 253 ЗЈБКЈ било је предвиђено да закон „ступа у живот“ на дан објављивања у Службеним новинама, али да „обавезну снагу“ на овим подручјима добија када то министар правде одреди доношењем Уредбе. Међутим, ова уредба никада није донета.

¹¹⁰¹ Мирела Крешић, 357-363.

поклонопримцу.¹¹⁰² Како одредбе о уговору о поклону нису уврштене у текст ЗОО, питања форме уговора о поклону решавања су у судској пракси применом предратних правила на основу чл. 4 Закона о неважности.

Будући да су одредбе Нацрта Грађанског законика готово идентичне онима из *Скице*, на исти начин је у њему регулисана и форма уговора у поклону. Дакле, за уговор о поклону је предвиђена писана форма, с тим да ће уговор бити пуноважно закључен и уколико сагласност уговорних страна није изражена у писаној форми, али је извршена предаја ствари. Једина разлика у погледу регулисања форме уговора о поклону огледа се у томе што је у Нацрту посебно регулисана и форма уговора о поклону непокретне ствари на начин да се захтева и да потписи уговорних страна буду оверени од стране надлежног органа.¹¹⁰³

Последњи покушај регулисања форме обећања поклона учињен је доношењем ЗЈБ 2011. године. У основном тексту закона, у чл. 82 били су наведени правни послови који морају бити сачињени у форми јавнобележничког записа. Ова форма као обавезна, између осталих правних послова, била је предвиђена и за обећање поклона. За разлику од претходна два случаја, овај закон је ступио на снагу, а почео је да се примењује 1. септембра 2014. године. Међутим, изменом ЗЈБ из јануара 2015. године из чл. 82 обрисан је већи део правних послова за које је првобитно била предвиђена форма јавнобележничког записа, а међу њима и обећање поклона. Питање је, међутим, да ли је његово брисање из предметне одредбе последица намере законодавца да се ипак обавезна форма за обећање поклона ублажи враћањем на примену правила из СГЗ или је то пак последица попуштања пред захтевима адвоката из штрајка о којем је већ било речи у раду. У сваком случају, тиме је форма обећања поклона опет постала нерегулисана важећим прописом.

2.2.3. Форма изјаве о прихвату

У вези са формом обећања поклона поставља се и питање форме изјаве о прихвату, тј. да ли је потребно и да изјава поклонопримца буде изражена у истој форми. У домаћој, као и у аустријској¹¹⁰⁴ и немачкој теорији¹¹⁰⁵, преовладава схватање према којем је за пуноважан настанак обећања поклона довољно да само изјава поклонодавца буде

¹¹⁰² Чл. 510, ст. 1 и 2 Скице.

¹¹⁰³ Чл. 799, ст. 1 и 3 Нацрта Грађанског законика.

¹¹⁰⁴ G. Ertl, 66. У судској пракси вид. пресуду аустријског Врховног суда OGH 5 Ob 266/99z.

¹¹⁰⁵ M. Gehrlein, § 517 Rn. 1-3; Uta Stenzel, *Vertragsrecht Kommentar*, 892, Rn. 4; Ingo Saenger u *BGB Handkommentar*, § 518, Rn. 2.

изражена у захтеваној форми.¹¹⁰⁶ То, према схватању ових аутора, не одузима обећању поклона карактер уговора. Због тога одређени аутори говоре о обећању поклона као о једнострано формалном уговору.¹¹⁰⁷ Са друге стране, поједини аутори, иако на први поглед заступају наведено становиште, заправо су ближи схватању да и изјава поклонопримца мора бити изражена у датој форми, с тим што не мора бити дата истовремено и у истој исправи са изјавом поклонопримца.¹¹⁰⁸ Међутим, то је неспорно и код других уговора за које је предвиђена писана форма будући да је према чл. 72, ст. 4 ЗОО за испуњење услова писане форме уговора довољно да стране „измењају писма”, тј. да једна другој предају исправе којима се обавезују. Једино је *Лоза* изричит у схватању да и изјава поклонопримца мора бити дата у захтеваној форми јер се ради о уговору, а за настанак уговора неопходна је сагласна изјава двају воља.¹¹⁰⁹

2.2.4. Форма обећања поклона *de lege ferenda*

Форма уговора о поклону у домаћем праву носи са собом велики број недоумица. Најједноставнији начин њиховог отклањања био би свакако регулисање важећим правним прописом. Између писане и јавнобележничке форме предност би, према схватању аутора, требало дати потоњој. Наиме, када је реч о форми обећања поклона, у теорији се најчешће као сврха обавезне форме наводи заштита повериоца од пренагљеног и олаког обавезивања, као и обезбеђење доказа о постојању и садржини уговора. Обе ове функције могу бити остварене у већем обиму закључењем уговора у јавнобележничкој форми, него у писаној. Осим тога, јавнобележничка форма уговора омогућује остварење још једне функције – функције поучавања од стране независног, квалификованог лица. Она је, чини се, посебно значајна код обећања поклона имајући у виду последице које из овог уговора произлазе за поклонодавца. Јавнобележничком формом омогућује се поклонодавцу да од стране непристрасног стручњака буде упознат

¹¹⁰⁶ М. Вуковић, 253 и 254; М. Ђурђевић, 150.

¹¹⁰⁷ С. Перовић, *Облигационо право*, 271.

¹¹⁰⁸ Тако *Благојевић* прво наводи да се „практично захтев формалности, онда када је у питању писмена форма уговора о поклону, своди на тражење изјаве о понуди поклонодавца на закључење уговора“, али након тога истиче и да „пристанак поклонопримца мора бити учињен у писменој форми“. Вид. Б. Т. Благојевић, 81.

Цветковић наводи: “Чини се да не треба инсистирати на потпису поклонопримца јер он може потписати уговор било када и приказати суду да је то учињено благовремено.” У контексту питања да ли прихват поклонопримца мора да буде дат у захтеваној форми или не претходно наведена реченица се чини контрадикторном. С једне стране, каже се да не треба инсистирати на потпису поклонопримца. Али се даље каже и да за тиме нема потребе “јер може потписати уговор и накнадно и приказати га суду” из чега се може закључити да је према *Цветковићу* потписана изјава поклонопримца ипак неопходна за пуноважност уговора. Вид. М. Цветковић, 177.

¹¹⁰⁹ Б. Лоза, 71 и 72.

са значајем последица правног посла који предузима. На тај начин се додатно обезбеђује и заштита од пренагљеног обавезивања јер се поклонодавцу пружа прилика да још једном размисли да ли је спреман да трпи правне последице закључења овог уговора.

Строжа форма уговора има и своје негативне стране. Њоме се успорава правни промет. Компликована процедура и немали трошкови могу одвратити стране од намере да закључе уговор. Међутим, у случају обећања поклона нема разлога за оваквом бојазни због постојања могућности закључења ручног поклона, тј. усменом сагласношћу уговорних страна уз истовремену предају ствари. Дакле, у случају када уговорним странама на располагању стоје две могућности за пуноважно закључење уговора о поклону, приликом опредељења за форму која ће бити алтернатива закључењу уговора простом сагласношћу воља уз истовремену предају ствари треба се водити обезбеђивањем већег степена заштите повериоцу. Ово нарочито имајући у виду све већи број покретних ствари велике или изразито велике вредности.

То не би морала бити форма јавнобележничког записа, већ би била довољна и форма солемнизоване приватне исправе. Ово због тога што је и у поступку солемнизације јавни бележник дужан да поучи странке о смислу и правним последицама уговора који закључују и упозори на евентуалну нејасност, неразумљивост и двосмисленост њихових изјава, да испита дозвољеност правног посла и постојање других услова за његово закључење.¹¹¹⁰ Осим тога, како је и за уговоре о располагању непокретностима предвиђена форма јавнобележнички потврђене исправе, форма јавнобележничког записа за обећање поклона покретне ствари чини се несразмерно строгом.

С обзиром на то да се ради о строжој форми од писане, те да се не би могла применити одредба из чл. 73 ЗОО о конвалидацији испуњењем код уговора којима недостаје обавезна форма, било би потребно ову могућност изричито предвидети. У ЗЈБ могућност конвалидације уговора који није сачињен у форми солемнизоване приватне исправе није изричито искључена као што је то случај код форме јавнобележничког записа.¹¹¹¹ У том случају не би требало одступити од правила о повратном дејству конвалидације уговора, као што је то, према неким ауторима, случај у Немачкој. Уколико би се накнадном предајом ствари уговор оснажио само за убудуће, одредба о

¹¹¹⁰ Чл. 93б, ст. 1, тач. 10, чл. 93д и чл. 93ђ ЗЈБ.

¹¹¹¹ Конвалидација уговора који није закључен у форми солемнизоване приватне исправе је изричито искључена код уговора о промету непокретности. Вид. чл. 4, ст. 3 ЗПН..

конвалидацији уговора би постала непотребна јер би се тада сматрало да је закључен нови, ручни поклон. Самим тим, постојале би само две могућности - закључење пуноважног ручног поклона или пуноважног обећања поклона. Одредба о конвалидацији уговора са дејством за убудуће има смисла једино у случају уколико се закључење уговора о поклону уз истовремену предају ствари и закључење у форми солемнизоване приватне исправе не оставе као две равноправне, алтернативне могућности пуноважног закључења овог уговора. Тј. само уколико се као једина обавезна форма уговора о поклону предвиди форма солемнизоване приватне исправе уз могућност оснажења уговора о поклону којем ова форма недостаје предајом ствари. Условљавањем пуноважног закључења уговора о поклону његовом солемнизацијом од стране јавног бележника обезбеђује се потребна заштита поклонодавца од пренагљеног ступања у уговорни однос из којег стиче само обавезу. Са друге стране, предвиђањем могућности конвалидације испуњењем одступа се од високог степена заштите интереса повериоца у корист заштите правне сигурности и отклањања препрека правном промету имајући у виду да се ради о покретним стварима, те да се у великом броју случајева ради о поклонима мале вредности. У таквим ситуацијама, узима се да сам чин предаје ствари буди појачан степен пажње код поклонодавца и свест о последицама закључења уговора.

Ђ. ПАРАЛЕЛИЗАМ ФОРМИ ГЛАВНОГ УГОВОРА ЗА КОЈИ ЈЕ ПРЕВИЂЕНА ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА И ПУНОМОЋЈА

1. Форма пуномоћја у домаћем праву

20. марта 2020. године ступио је на снагу Закон о изменама и допуни Закона о облигационим односима¹¹¹². Све измене односе се управо на форму уговора, и то на форму сагласности за закључење уговора, форму пуномоћја, као и уговора о промету непокретности. Потреба за доношењем овог закона јавила се са доношењем ЗЈБ и увођењем нових, строжих врста форме у наш правни систем. У погледу форме пуномоћја о којој је овде реч, у судској пракси јавила су се спорна питања у вези са паралелизмом форми пуномоћја и уговора који пуномоћник закључује у име властодавца који је био регулисан чл. 90 ЗОО.¹¹¹³ Прецизније, јавило се питање да ли уговор за који је

¹¹¹² Закон о изменама и допуни Закона о облигационим односима - ЗИЗДопЗОО (Сл. гласник РС, бр. 18/2020).

¹¹¹³ Пре измене, овај члан је гласио: „Форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла“. С обзиром на то да се у одредби помињу само уговори код којих је обавезна форма предвиђена законом, у теорији је

предвиђена форма јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе може бити пуноважно закључен на основу пуномоћја на којем је само оверен потпис властодавца. На ово питање пракса је давала различите одговоре у случајевима када је пуномоћје оверено пред судом или дипломатско конзуларним представништвом. Наиме, изричито правило о паралелизму форми из чл. 90 ЗОО налагало да се и пуномоћје које је дато ради закључења уговора за који се законом захтева форма јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе сачини у истој форми. Међутим, у дипломатско конзуларним представништвима, и након почетка примене ЗЈБ настављена је пракса оверавања потписа властодавца на пуномоћју за закључење уговора о располагању непокретностима на територији Републике Србије.¹¹¹⁴ Јавни бележници су потом доносили решења којима су одбијали да солемнизују уговоре о располагању непокретностима¹¹¹⁵, а уговарачи на та решења изјављивали приговоре надлежним судовима. Основни судови су у поступцима по овим приговорима заузели различита становишта. Према једном, пуномоћје на којем су од стране дипломатско конзуларног представништва само оверени потписи је пуноважно, а према другом такво пуномоћје је ништаво.¹¹¹⁶

Различита становишта заузета су и у случајевима закључивања уговора о промету непокретности на територијама општина и градова за које у време закључивања још увек нису били именовани јавни бележници. Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву из 2015. године је било предвиђено да на овим територијама потврђивање (солемнизацију) приватних исправа врше основни судови у складу са законом.¹¹¹⁷ Тако је у једном случају пред Основним судом у Трстенику закључен уговор о поклону непокретности у форми потврђене (солемнизоване) приватне исправе будући да у време закључења на подручју ове општине није било јавног бележника, те је у складу са

заступано схватање да захтев паралелизма форми односи само на случајеве када је главни уговор формалан на основу законске одребе, а не и у случају када је обавезна форма предвиђена сагласношћу воља уговорних страна. С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), 193.

¹¹¹⁴ Дејан Б. Ђурђевић, „Форма пуномоћја *de lege lata* и *de lege ferenda*“, 271.

¹¹¹⁵ Вид. решење јавног бележника Н. Антића (Крушевац), ОПУ 138/2015, од 18.05.2015; решење јавног бележника Д. Дивац (Београд – Вождовац), ОПУ 281/2016, од 10. 3. 2016; решење јавног бележника С. Сора (Нови Сад), ОПУ 802/2016, од 01.06.2016. Наведено према Дејан Б. Ђурђевић, „Форма пуномоћја *de lege lata* и *de lege ferenda*“, 271.

¹¹¹⁶ Вид. решење Основног суда у Крушевцу, Р-јб 1/15, од 29.05.2015; решење Другог основног суда у Београду, Р-јб 1/16, од 21.03.2016; решење Основног суда у Новом Саду, РЈБ 5/16, од 03.06.2016; решење Вишег суда у Новом Саду, Гж.ЈБ 1/2016, од 26.07.2016. Наведено према Дејан Б. Ђурђевић, „Форма пуномоћја *de lege lata* и *de lege ferenda*“, 271.

¹¹¹⁷ Чл. 9 Закона о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву од 22. јануара 2015. године (*Сл. гласник РС*, бр. 6/15).

наведеном одредбом Закона о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву од 22. јануара 2015. године за то био надлежан Основни суд.¹¹¹⁸ Овај уговор закључен је на основу специјалних пуномоћја уговорних страна која, међутим, нису састављена у истој форми, већ је од стране овлашћеног лица истог суда на њима извршена само овера потписа властодаваца. У судском поступку који је уследио тражено је да суд утврди ништавост овог уговора будући да је закључен на основу пуномоћја која нису сачињена у захтеваној форми, тј. која су ништава. У првостепеном поступку Основни суд у Трстенику усвојио је тужбени захтев позивајући се на чл. 90 ЗОО којим се тражи паралелизам форме пуномоћја и уговора који се на основу њега закључује и чл. 93а ЗЈБ који говори о солемнизацији приватне исправе. Међутим, у другостепеном поступку Апелациони суд у Крагујевцу је заузео другачије становиште према којем уговор није ништав, већ сачињен у захтеваној форми. У образложењу ове одлуке Апелационог суда наводи се да првостепени суд није узео у обзир чињеницу да у то време на подручју Трстеника нема јавног бележника, те да ту функцију врши основни суд. У образложењу се даље наводи да није исправно становиште првостепеног суда да су пуномоћја на основу којих је закључен уговор ништава будући да су она „оверена од стране судије овлашћеног за потврђивање (солемнизацију) приватне исправе у смислу чл. 93 ЗЈБ“... „који је на основу оверених специјалних пуномоћја касније солемнизовао-потврдио приватну исправу, односно спорни уговор о поклону“. На крају, у образложењу се закључује да је „нејасан закључак првостепеног суда да у конкретном случају форма закључења уговора о поклону није била испоштована, тим пре што у Закону о јавном бележничтву не стоји ни једна одредба која прописује да се специјална пуномоћја морају солемнизовати“.¹¹¹⁹

Ова одлука заслужује критику из више разлога. Прво, образложење Апелационог суда у Крагујевцу се чини контрадикторним будући да се у њему прво указује на то да у време давања пуномоћја и закључења уговора о поклону на територији општине на којој се налази непокретност која се поклања није било јавног бележника. Овај део образложења прво наводи на закључак да, према схватању Апелационог суда, за то време основни судови оверавају исправе на начин како су то чинили пре почетка примене ЗЈБ, тј. да нису овлашћени да врше потврђивање (солемнизацију) у складу са ЗЈБ, те да је из тог разлога, у овом конкретном случају, пуномоћје сачињено у

¹¹¹⁸ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу ГЖ-1756/17 од 27.04.2018. године.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

одговарајућој форми. Међутим, у наставку образложења наводи се да је судија основног суда који је у складу са Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележништву од 22. јануара 2015. године овлашћен за солемнизацију приватних исправа солемнизовао предметни уговор о поклону из чега се види да, према схватању Апелационог суда, није спорно овлашћење судије основног суда да солемнизује приватну исправу. Разлог на којем је Апелациони суд засновао своју одлуку је заправо то што у ЗЈБ нема изричите одредбе о томе да пуномоћје за закључивање уговора за који је превиђена форма солемнизовне приватне исправе мора бити сачињено у истој форми. На тај начин суд је потпуно занемарио у то време важеће опште правило из чл. 90 ЗОО о безизузетном паралелизму форми пуномоћја и главног уговора када се за главни уговор законом захтева одређена форма. Том приликом се не осврће на део образложења првостепене пресуде у којем се управо та одредба ЗОО наводи као основ за доношење одлуке о усвајању тужбеног захтева, поред чл. 93а ЗЈБ.

Овако разноврсна судска пракса послужила је као повод за испитивање потребе за задржавањем правила о паралелизму форме пуномоћја и главног уговора и у случајевима када је за главни уговор предвиђена једна од две најстроже врсте форме. Приликом тражења одговора на ово питање законодавац је кренуо од тога да ли је за испуњење циља којем служи форма главног уговора, односно правног посла неопходно да и пуномоћје буде сачињено у истој форми. Тј. да ли се закључењем пуномоћја у блажој форми може изиграти циљ форме главног уговора?¹¹²⁰

Дакле, код сваке од врста форми уговора потребно је прво одредити циљ којем она служи, а потом испитати да ли се могућност остварења тог циља угрожава благом формом пуномоћја на основу којег се закључује главни уговор. Полазећи од овог критеријума наш законодавац је заузео становиште да је паралелизам форме пуномоћја и главног уговора потребно задржати у случајевима када је за главни уговор законом предвиђена писана форма или форма овере потписа (легализација). Како се наводи у Образложењу Предлога ЗИЗДопЗОО, циљеви, односно функције заштите од пренагљеног закључивања уговора и обезбеђења аутентичности које законодавац жели да постигне код уговора за које прописује једну од наведене две форме не могу се постићи уколико се и пуномоћје не сачини у истом облику.

¹¹²⁰ Вид. Образложење Предлога Закона о изменама и допунама Закона о облигационим односима.

Д. Ђурђевић у свом раду заступа овај став уз детаљније образложење за сваку врсту форме.¹¹²¹ Он код обичне писане форме истиче да она првенствено служи циљу заштите од пренагљеног обавезивања, односно врши функцију упозорења, као и доказну функцију. Такође, он указује и на то да властодавац давањем пуномоћја у великој мери ограничава свој утицај на закључење главног уговора будући да је опозивање пуномоћја адресован правни посао. Да би опозвао пуномоћје властодавац са тиме мора да упозна пуномоћничког саговорача из главног уговора што често није могуће када у самом пуномоћју није прецизно одређено са киме ће пуномоћник засновати уговорни однос у име и за рачун властодавца. Због тога је, према Д. Ђурђевићу, за испуњење функције упозорења неопходно и да пуномоћје буде сачињено у истој форми.¹¹²² Када је реч о функцији доказивања, писана форма уговора треба да обезбеди поуздан доказ о постојању и садржини уговора омогућујући тиме брже решавање евентуалних спорова. Да би ова функција писане форме била у потпуности остварена потребно је обезбедити поуздан доказ не само о томе да су пуномоћник и треће лице закључили уговор, већ и о томе да је пуномоћник заиста имао овлашћење за закључење тог уговора, а то је могуће само уколико је и пуномоћје дато у истом облику.¹¹²³

Када је у питању форма јавно оверене (легализоване) исправе, Д. Ђурђевић истиче да код ове форме преовладава заштитна функција јер се њоме потврђује аутентичност уговора и отежава могућност фалсификовања потписа. Њоме се гарантује да су уговор заиста закључила лица која су наведена на исправи у којој су садржане сагласне изјаве воља уговорних страна. Овај вид заштите могао би бити изигран уколико би се дозволило сачињавање пуномоћја у блажој форми јер би се тиме оставио простор за злоупотребу фалсификовањем потписа на пуномоћју.¹¹²⁴

Када су у питању две најстроже врсте форме, јавнобележнички потврђена (солемнизована) приватна исправа и јавнобележнички запис, у контексту форме пуномоћја, према Д. Ђурђевићу, није их потребно одвојено посматрати.¹¹²⁵ Ово због тога што је код обе ове врсте форме функција поучавања та која их одваја од осталих блажих врста форме. У складу са тим, да би се дао одговор на питање да ли је и код ових форми главног уговора нужан паралелизам са формом пуномоћја, потребно је испитати да ли

¹¹²¹ Дејан Б. Ђурђевић, „Форма пуномоћја *de lege lata* и *de lege ferenda*“, 293-306.

¹¹²² *Ibid*, 294-297.

¹¹²³ *Ibid*, 297-298.

¹¹²⁴ *Ibid*, 299-300.

¹¹²⁵ *Ibid*, 301.

би одсуство строгог паралелизма угрозило испуњење функције поучавања форме главног уговора. У вези са тиме *Д. Ђурђевић* поставља два кључна питања: прво, да ли се функција поучавања из форме главног уговора заобилази ако и властодавац није поучен о последицама главног уговора приликом давања пуномоћја и друго, да ли он у том тренутку уопште може бити поучен о свим релевантним аспектима главног уговора.¹¹²⁶ Полазећи од наведених питања овај аутор истиче да поучавање властодавца о правним последицама давања пуномоћја није потребно, а да, са друге стране, поучавање властодавца о свим релевантним околностима главног уговора није могуће јер оне у тренутку давања пуномоћја по правилу нису познате.¹¹²⁷ Властодавац мора да се ослони на способност и искуство пуномоћника и то да ће се понашати у складу са својом законском обавезом да се приликом закључења главног уговора руководи интересима властодавца и поступа са одговарајућим степеном пажње.¹¹²⁸

Стога, према *Д. Ђурђевићу*, за остварење функције поучавања форме главног уговора није неопходно да и пуномоћје буде сачињено у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе, односно јавнобележничког записа. Давањем пуномоћја у некој од ових врста форме не остварује се неки додатни правнополитички циљ који би оправдао увођење најстрожих врста форме са свим њиховим недостацима (успоравање правног саобраћаја и финансијски трошкови). Зато је према схватању овог аутора довољно да пуномоћје буде дато у форми јавно оверене (легализоване) приватне исправе.

Тако је доношењем ЗИЗДопЗОО законодавац стао на становиште које је *Д. Ђурђевић* изнео у наведеном раду увођењем модификованог паралелизма форми, тј. одступањем од паралелизма у случају када је за главни уговор предвиђена форма јавнобележничког записа или потврђене (солемнизоване) приватне исправе. Предлог о начину регулисања форме пуномоћја из овог рада усвојен је и у делу да у овим случајевима пуномоћје мора бити сачињено макар у форми јавно оверене (легализоване) исправе.

¹¹²⁶ *Ibid*, 304.

¹¹²⁷ *Ibid*, 305.

¹¹²⁸ *Ibid*, 304.

2. Форма пуномоћја у немачком, швајцарском и аустријском праву

Питање форме пуномоћја је у упоредном праву веома разноврсно регулисано. Тако нпр. у Италији¹¹²⁹ важи паралелизам форми пуномоћја и главног уговора какав је до допуне чл. 90 из 2020. године био предвиђен и у нашем ЗОО. Са друге стране, у Немачкој, Аустрији и Швајцарској важи начело неформалности пуномоћја са ужим или ширим кругом изузетака.

У Немачкој је правило о неформалности пуномоћја изричито регулисано у нГЗ. У §167, ст. 2 предвиђено је да за изјаву властодавца којом овлашћује пуномоћника на предузимање одређеног правног посла у његово име и за његов рачун није потребна форма предвиђена за уговор на који се то пуномоћје односи. Исправност оваквог решења испитивана је у немачкој теорији и судској пракси највише у вези са уговорима о располагању непокретностима. У немачкој литератури наводи се да би стриктна примена §167, ст. 2 нГЗ могла водити томе да се не оствари циљ због којег је форма прописана за главни уговор, те да би дејство ове одредбе требало сузити.¹¹³⁰ Ово се односи на оне случајеве када форма главног уговора има функцију упозорења, односно заштите од пренагљености. Немачки аутори истичу да ову функцију у појединим случајевима није могуће остварити простим утицајем на вољу пуномоћника посредством форме главног уговора јер он није тај који сноси последице главног уговора, односно чија средства ће бити погођена предметним уговором.¹¹³¹ Ипак, примена форме главног уговора на пуномоћје које се даје ради његовог закључења не врши се увек када је форма главног уговора има упозоравајућу функцију. Тако је у судској пракси дошло до одступања од правила неформалности пуномоћја онда када је пуномоћје неопозиво или када је могућност опозивања пуномоћја значајно сужена нпр. санкционисањем властодавца уговорном казном.¹¹³² Као пример случаја који захтева одступање од неформалности пуномоћја у немачкој теорији наводи се давање неопозивог пуномоћја за закључење уговора о продаји непокретности за који се §311b НГЗ захтева форма јавнобележничког записа.¹¹³³ Такође, поједини аутори наводе и јемство као пример, те кажу да је за испуњење циља писане форме која је предвиђена у

¹¹²⁹ Чл. 1392 Италијанског грађанског законика (*Codice civile*) од 16. марта 1942. године (*Regio Decreto*, n. 262) са изменама.

¹¹³⁰ Claudia Schubert у *Münch. Kommentar zum BGB*, §167, Rn. 18.

¹¹³¹ *Ibid.*

¹¹³² *Ibid.*, Rn. 20. Patrick Rösler, "Formbedürftigkeit der Vollmacht- Eine Darstellung nach Fallgruppen", *Neue juristische Wochenschrift* 16/1999, 1151-1152.

¹¹³³ Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 2014, 235, Rn. 544.

§ 766 нГЗ као услов за давање пуноважне изјаве о јемству потребно да и пуномоћје буде сачињено у истој форми. Они истичу да је то једини начин да се јемцу јасно ставе до знања садржина и обим одговорности коју преузима.¹¹³⁴ За разлику од нашег права које такву категорију пуномоћја не познаје, у немачком праву она постоји и под тиме се подразумева случај када властодавац не може једностраном изјавом воље опозвати пуномоћје, већ само уговором између њега и пуномоћника.

У швајцарском праву, за разлику од немачког, форма пуномоћја није изричито регулисана, те се на њу примењује опште правило о неформалности уговора из чл. 11 шЗОбл.¹¹³⁵ У изузетним случајевима је посебном одредбом предвиђена форма пуномоћја. Тако је предвиђено да у писаној форми морају сачинити нпр. пуномоћје за трговачког путника или за остваривање чланских права акционара.¹¹³⁶ Међутим, у овим случајевима не ради се о паралелизму форми јер је форма пуномоћја регулисана независно од форме главног уговора. Једини пример паралелизма форми пуномоћја и главног уговора у швајцарском праву постоји код јемства. У чл. 493, ст. 6 прописано је да је иста форма која је предвиђена за јемство потребна и за пуномоћје које се даје ради његовог закључења. Изван наведених случајева, пуномоћје је у швајцарском праву неформално чак и у случајевима када је за главни уговор предвиђена форма јавнобележничког записа. У судској пракси и теорији ово решење се оправдава тиме што пуномоћје може бити опозвано у било ком тренутку, да услове форме треба уско тумачити јер би у супротном они значајно успорили правни промет и угрозили правну сигурност.¹¹³⁷ Ни за закључење уговора о располагању непокретностима не тражи се да пуномоћје буде сачињено у одређеној форми. Иако у швајцарском праву не постоји категорија неопозивог пуномоћја, у тамошњој судској пракси, као и теорији поставило се питање оправданости одвојеног регулисања форме пуномоћја и главног уговора, и правила о неформалности пуномоћја. У судској пракси питање форме пуномоћја разматра се готово увек у вези са уговорима о промету непокретности.¹¹³⁸ У новијој теорији све се више заступа схватање о потреби да се код уговора за које је предвиђена форма јавнобележничког записа и пуномоћје буде сачињено у истој форми и то код оних врста уговора код којих форма служи заштити једне стране од пренагљеног

¹¹³⁴ *Ibid.*

¹¹³⁵ Conradin Cramer, „Die Form der Vollmacht für öffentlich zu beurkundende Verträge“, *Aktuelle juristische Praxis - Pratique juridique Actuelle (AJP/PJA)* 3/2018, 282.

¹¹³⁶ *Ibid.*, 282.

¹¹³⁷ *Ibid.*, 284.

¹¹³⁸ *Ibid.*, 282.

обавезивања.¹¹³⁹ Према схватању ових аутора, форма јавнобележничког записа подразумева индивидуално саветовање човека према човеку, а тај циљ се изиграва неформално постављеним пуномоћјем.¹¹⁴⁰ У неким кантонима постигнут је компромис тако што се за закључивање уговора за које је предвиђена форма јавнобележничког записа захтева да пуномоћје буде сачињено у писаној форми, са овереним потписима. Међутим, овом решењу се приговара да се на тај начин ништа не постиже јер се тиме не замењује поучавање.¹¹⁴¹ Свакако, у одређеним односима, сачињавање пуномоћја у форми јавнобележничког записа нема никакву додатну вредност. То се може рећи за случајеве када јавнобележнички запис не служи заштити од пренагљености, тј. нема упозоравајућу већ само доказну функцију. У тим ситуацијама неформално пуномоћје није спорно.¹¹⁴² Аутори који заступају схватање о потреби паралелизма форме између пуномоћја и главног уговора за који је предвиђена форма јавнобележничког записа настоје то да ограниче само на оне случајеве у којима је то неопходно да би се остварио циљ форме главног уговора. Тако они истичу да је заштита од непромишљености потребна само онима који се главним уговором обавезују. Даље, они овај круг додатно ограничавају само на физичка лица јер правна лица по правилу предузимају уговоре у оквиру своје делатности, промишљено и са довољним искуством, те им у том смислу није потребна додатна заштита. Осим тога, састављање и пуномоћја, и главног уговора у форми јавнобележничког записа би за предузећа представљало административне тешкоће.¹¹⁴³

И у аустријском праву пуномоћје је у основи неформално. Ово произлази из § 1005 аГЗ у којем је предвиђено да уговор о пуномоћју може бити закључен усмено или писмено. На сличан начин формулисана је и општа одредба о неформалности уговора, о којој је већ било речи у раду.¹¹⁴⁴ Ипак, за разлику од немачког права, у аГЗ не постоји изричита одредба о форми пуномоћја у случају када се оно даје ради закључења уговора за који је прописана обавезна форма. Упркос томе, у теорији и судској пракси прихваћено је схватање да се услов форме главног уговора протеже и на пуномоћје у случајевима када се њиме жели обезбедити озбиљност страна приликом закључивања

¹¹³⁹ *Ibid*, 284 са даљим упућивањима.

¹¹⁴⁰ *Ibid*, 286.

¹¹⁴¹ *Ibid*, 287.

¹¹⁴² *Ibid*, 288.

¹¹⁴³ *Ibid*, 289.

¹¹⁴⁴ Вид. у делу о врстама форме уговора у аустријском праву.

уговора, а не само доказ о постојању и садржини уговора.¹¹⁴⁵ Аустријски Врховни суд се у том смислу изјаснио још 1948. године у вези са брачним споразумом за који је у § 1 аЗЈА била предвиђена форма јавнобележничког записа. Према схватању суда, када услов форме има за циљ да обезбеди „озбиљност воље уговорних страна“ или да их „подстакне да темељно размотре намеравани правни посао“ тада овај услов треба да се поштује и приликом сачињавања пуномоћја за закључење тог уговора.¹¹⁴⁶ Исто становиште овај суд заузео је и у пресуди из 1984. године у спору поводом уговора о поклону за случај смрти сматрајући да је и тада потребно да пуномоћје буде састављено у форми јавнобележничког записа.¹¹⁴⁷ У образложењу ове одлуке наводи се да на то не утиче ни измена § 69 аЗНот из 1962. године¹¹⁴⁸ којим је било предвиђено да пуномоћја за сачињавање јавнобележничког записа морају бити или јавне исправе, или приватне исправе на којима је потпис властодавца оверен од стране суда, нотара или аустријског представништва у иностранству. Како суд даље у образложењу наводи, из ове измене не произлази да више не треба да важи, према владајућем схватању, прихваћен услов за сачињавање пуномоћја ради закључења уговора за који је предвиђена форма јавнобележничког записа. И у тадашњој теорији су постојала различита тумачења ове измене. Према једнима, намера законодавца је била да дерогира раније важећа правила о аналогној примени услова форме јавнобележничког записа и на пуномоћје у случајевима када ова форма код главног уговора има функцију упозорења. Према другима, форма овере потписа властодавца предвиђена је само као минималан услов форме пуномоћја при чему услов форме јавнобележничког записа и даље важи у случајевима када се она за главни уговор захтева ради заштите уговорника од пренагљености.¹¹⁴⁹ Ипак, изменом из 1993. године у § 69 аЗНот додате су одредбе којима је отклоњена сумња у то да ли код уговора за које је прописана обавезна форма јавнобележничког записа са циљем заштите од пренагљености и пуномоћје мора бити дато у истој форми или је довољно да потпис властодавца буде оверен.¹¹⁵⁰ Наиме, наведени ст. 1 овог параграфа допуњен је одредбом 1а према којем је, по правилу, пуномоћје из ст. 1 довољно за закључење правних послова и давање изјава воље за чију

¹¹⁴⁵ Daniel Rubin, „Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft“, *Ecolex* 1/2010, 24.

¹¹⁴⁶ Пресуда аустријског Врховног суда (ОГН) бр. 2Об247/48 од 23.02.1949. године.

¹¹⁴⁷ Пресуда аустријског Врховног суда (ОГН) бр. 5Об34/84 од 26.06.1984. године.

¹¹⁴⁸ Ова измена учињена је законом објављеним у службеном листу *BGBI.* Nr. 139/1962 од 07. јуна 1962. године.

¹¹⁴⁹ Martin Schauer, „Zur Formpflicht der Vollmacht bei der Schenkung“, *Österreichische Notariatszeitung*, 1984, 185 и даље, са даљим упућивањима.

¹¹⁵⁰ Ова измена учињена је законом објављеним у службеном листу *BGBI.* Nr. 692/1993 од 13.10.1993. године.

пуноважност се захтева форма јавнобележничког записа. Важење овог правила је у новијој теорији неспорно, мада се исправност оваквог решења преиспитује управо из аспекта могућности остварења функције заштите од пренагљености код уговора за чији пуноважан настанак се захтева форма јавнобележничког записа.¹¹⁵¹ Овом одредбом је у аустријско право уведено решење које је послужило као пример домаћем законодавцу за измену правила о паралелизму форме пуномоћја са обавезном формом главног уговора.

Из анализе образложења измене ЗОО и приказа ставова теорије и праксе у немачком, швајцарском и аустријском праву, видљиво је да је наш законодавац пошао од истог критеријума као и аутори и судска пракса из приказаних правних система. И наш законодавац истиче да одговор на питање потребе за паралелизмом форми зависи од тога да ли се неформалним или у блажој форми сачињеним пуномоћјем може остварити циљ којем служи обавезна форма главног уговора. Међутим, наш законодавац, с једне стране, и теорија и судска пракса приказаних правних система, с друге стране, стављају акценат на различите циљеве форме. Тако, у немачком, швајцарском и аустријском праву се правило о неформалности пуномоћја преиспитује полазећи од става да се постојећим решењем властодавац не штити у довољној мери од пренагљеног обавезивања, тј. да се овим правилом слаби функција упозорења форме главног уговора. Наш законодавац пак заузима став да закључивање пуномоћја у истој форми у случају када је за главни уговор предвиђена форма јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе не доприноси остварењу функције поучавања. Он, стога, тежиште анализе пребацује на функцију поучавања која карактерише две најстроже врсте форме у нашем правном систему. Ипак, питање је колико је могуће оштро раздвајање ових двеју функција будући да функција поучавања даје додатни квалитет функцији упозорења, односно појачава степен заштите уговорних страна од пренагљеног обавезивања. Наиме, поучавањем уговорних страна о правним последицама уговора који желе да закључе омогућује се да још боље размотре све аспекте уговора и сасвим свесно и промишљено донесу одлуку о томе да ли желе да ступе у дати уговорни однос.

¹¹⁵¹ D. Rubin, 25; Rubin у *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 01.03.2017*, § 1005, Rz 5; A. Baumgartner, U. Torggler у *Klang Kommentar*, § 1005, 22, Rn. 25.

3. О форми пуномоћја у контексту пословне способности пуномоћника и учења о неутралним правним пословима

Значај функције поучавања и тиме појачане функције упозорења може посебно доћи до изражаја уколико се пође од схватања да као пуномоћник у правном промету може иступати пословно неспособно и ограничено пословно способно лице.

У домаћој теорији се о овом питању могу срести различита схватања. Према једној групи аутора потребно је да пуномоћник има потпуну пословну способност.¹¹⁵² Друга група аутора је мишљења да је за пуноважан настанак уговора потребно да пуномоћник има онај степен пословне способности који је потребан властодавцу за закључење главног уговора.¹¹⁵³ И треће схватање које се јавља у нашој теорији је да пуномоћник не мора да има пословну способност без обзира на то који уговор у име и за рачун послодавца треба да закључи. Ово последње схватање полази од премисе да је уговор који пуномоћник закључује у име и за рачун властодавца за пуномоћника неутралан уговор који за њега не ствара ни права, ни обавезе, тачније, ни правну корист, ни правни уштрб.¹¹⁵⁴

Учење о неутралним правним пословима потиче из немачког права. Иако сам нГЗ не познаје ову категорију, она је развијена у немачкој теорији и пракси тумачењем § 107 нГЗ. Према овој одредби, малолетнику је за изјаву воље на основу које он не стиче само правну корист (*rechtlicher Vorteil*) потребна сагласност његовог законског заступника. Схватање да за закључење неутралног правног посла није потребна сагласност законског заступника малолетника резултат је телеолошке редукције наведене одредбе.¹¹⁵⁵ Иако се у њој изричито помињу искључиво правни послови на основу којих малолетник стиче само правну корист, циљ ове одредбе је заправо заштита малолетника од закључивања правних послова од којих он може имати правни уштрб (*rechtlicher Nachteil*).¹¹⁵⁶ Будући да неутрални правни послови за њега не стварају ни правну корист, ни правни уштрб у таквим случајевима не постоји ни потреба за заштитом малолетника од њиховог

¹¹⁵² Михајло Вуковић, *Опћи дио грађанског права књига II*, Загреб 1960, 256.

¹¹⁵³ Д. Николић, 324-325.

¹¹⁵⁴ Владимир Јовановић у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), 251-252; Дејан Б. Ђурђевић, „Неутрални правни послови“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 82-84.

¹¹⁵⁵ Уместо свих вид. Andreas Spickhoff, *Münch.Kommentar zum BGB*, § 107, Rn. 54.

¹¹⁵⁶ Више о значењу термина правна корист и правни уштрб, као и о постављању критеријума за одређивање релевантног правног уштрба, вид. у Д. Б. Ђурђевић, „Неутрални правни послови“, 91-105 са даљим навођењем.

закључивања посредством сагласности његовог законског заступника.¹¹⁵⁷ У прилог овом ставу говори и § 165 нГЗ којим је предвиђено да на дејство изјаве воље дате од стране заступника или према њему не утиче негативно то што је заступник ограничено пословно способан. Према схватању немачких аутора, могућност иступања малолетника у својству пуномоћника произлази већ из тумачења § 107 нГЗ, али се овом одредбом потврђује. У прилог томе да се у овом случају ради о правном послу из којег за малолетног пуномоћника не може настати правни уштрб говори и § 179 нГЗ којим се регулише одговорност заступника без овлашћења за заступање. У ст. 3, реч. 2 овог параграфа предвиђено је да заступник који је ограничено пословно способан неће одговарати, осим уколико је поступао уз сагласност свог законског заступника.

Према *Водинелићу*, пуномоћје само по себи не производи никакав правни уштрб за пуномоћника јер из овог правног посла за пономоћника настаје само преображајно право да предузме одређени правни посао у име и за рачун властодавца.¹¹⁵⁸ То је једностранни правни посао за чију пуноважност није потребна сагласна изјава воље пуномоћника.¹¹⁵⁹ Према теорији раздвојености, апстрактности пуномоћја, оно постоји независно од унутрашњег правног односа између властодавца и пуномоћника који може бити заснован нпр. уговором о налогу.¹¹⁶⁰ Тако, и ако је уговор којим се регулише њихов унутрашњи однос ништав или рушљив, то не утиче на пуноважност пуномоћја, а тиме ни на пуноважност правног посла који пуномоћник закључује са трећим лицем у име и за рачун властодавца. Као што је већ речено, правни посао који малолетник предузима у својству пуномоћника за њега је неутралан јер он производи дејство непосредно према властодавцу као да га је он сам закључио.

У домаћем праву појам неутралних правних послова постао је посебно актуелан ступањем на снагу ПЗ из 2005. године. У чл. 64 овог закона регулише се пословна способност лица тако што се пословно неспособним лицима сматрају млађи малолетници тј. лица која нису навршила 14 година, а ограничено пословно способним лицима старији малолетници узраста од навршене 14. године до наступања пунолетства. Значајна новина која је уведена овим законом тиче се круга правних послова које ова лица могу закључити. Тако је предвиђено да млађи малолетници могу закључити

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 487.

¹¹⁵⁹ Hauke Schäfer у Hau Wolfgang, Poseck Roman (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK BGB)*, München 2021, §125, Rn, 1.

¹¹⁶⁰ В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 488.

уговоре којима стичу само права, правне послове којима не стичу ни права, ни обавезе и правне послове малог значаја. Старији малолетници могу предузимати све послове које могу и млађи, с тим што поред њих могу предузимати и све друге правне послове под условом давања сагласности законског заступника.¹¹⁶¹

Домаћи аутори изразили су различита мишљења о категорији правних послова којима се не стичу ни права, ни обавезе. Тако, *Антић* ову категорију правних послова потпуно оспорава, те каже да је у питању *contradictio in adiecto*¹¹⁶². Са друге стране, поједини аутори не оспоравају *a priori* постојање ове категорије правних послова, али се задржавају на тексту саме одредбе, без упуштања у то шта се подразумева под правним пословима којима се не стичу ни права, ни обавезе и без навођења примера.¹¹⁶³ Трећу групу чине аутори који се јасно изјашњавају о овој категорији правних послова из чл. 64 ПЗ и називају их неутралним правним пословима. Тако *Водинелић* и *Д. Ђурђевић* као један од примера за неутралне правне послове наводе управо правни посао који пуномоћник предузима у име и за рачун свог властодавца.¹¹⁶⁴

За разлику од немачког права, у домаћем праву није изричито предвиђено да пуномоћник може бити и ограничено пословно способно лице. Они аутори који сматрају да је то могуће истичу да у одредбама ЗОО којим се регулише пуномоћје није предвиђено да пуномоћје престаје губитком пословне способности, већ само смрћу.¹¹⁶⁵ Са друге стране за уговор о налогу је изричито прописано да осим смрћу налогопримца престаје и потпуним или делимичним губитком пословне способности налогодавца, односно налогопримца.¹¹⁶⁶ Овакво решење није некомпатибилно са начином на који се пуномоћје регулише у домаћем праву, с обзиром на то да је и овде, као и у немачком праву прихваћена теорија о одвојености пуномоћја и унутрашњег односа властодавца и

¹¹⁶¹ чл. 64, ст. 1 и 2 ПЗ.

¹¹⁶² О. Антић, *Облигационо право*, 237, фн. 658.

¹¹⁶³ Гордана Ковачек Станић, *Породично право – партнерско, деце и старатељско право*, Нови Сад 2014, стр. 315; Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2013, 258.

¹¹⁶⁴ Владимир В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 364-366. Д. Б. Ђурђевић, „Неутрални правни послови“, 82 и даље. *Ђурђевић*, међутим, формулацији домаћег законодавца замера то што је недовољно прецизна јер термини „право“ и „обавеза“ не обухватају све користи, односно сваки уштрб који може настати из неког правног посла. Вид. Д. Ђурђевић, „Неутрални правни послови“, 86-91. *Водинелић*, са друге стране, сматра да за задовољење потребе заштите малолетника код неутралних правних послова није довољно другачије одређење овог појма, већ истицање услова нешкодљивости код свих правних послова чије се закључење малолетницима без сагласности законског заступника (изузев оних којима малолетник са навршених 15 година располаже имовином коју је стекао радом). Вид. В. В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 365 са фн. 433.

¹¹⁶⁵ Чл. 94, ст. 2 ЗОО.

¹¹⁶⁶ Чл. 767 и 768 ЗОО.

пуномоћника на којем се оно заснива. У чл. 89 ст. 2 ЗОО предвиђено је да су постојање и обим пуномоћја независни од правног односа на основу којег је дато пуномоћје. Осим тога, у *Константиновићевој* Скици међу одредбама којима се регулише уговор о налогу биле су садржане одредбе које су се односиле на пословну способност налогодавца и налогопримца. Тако је према чл. 774 Скице за закључење пуноважног уговора о налогу потребно да налогодавац има пословну способност која је потребна за закључење правног посла који у његово име и за његов рачун треба да предузме налогопримац. Са друге стране, у чл. 775 регулише се случај закључења уговора о налогу са пословно неспособним налогопримцем, те се каже да, ако је он способан за расуђивање, правни посао производи дејство непосредно према налогодавцу, као да га је предузело пословно способно лице. У овом случају, унутрашњи однос налогодавца и налогопримца решава се у складу са општим правилима о правним пословима пословно неспособних лица. Иако ове одредбе нису уврштене у ЗОО видљиво је да је законодавац остао на истом курсу у погледу корелације између пуномоћја и уговора о налогу на основу којег је оно дато.

Из свега наведеног произлази да у домаћем праву постоји подлога за тумачење да се малолетник, како старији, тако и млађи, под условом да је способан за расуђивање, може јавити у својству пуномоћника. Међутим, пре тога је потребно испитати да ли се одговорност за иступање у својству пуномоћника без овлашћења може третирати као релевантан правни уштрб. Ово због тога што у домаћем праву не постоји одредба попут оне из §179 НГЗ којом се ова одговорност искључује у случају када би као пуномоћник иступио малолетник.

Уколико се узме да у домаћем праву постоје услови да се пуномоћје третира као неутралан уговор, те да малолетник може иступати у својству пуномоћника, поставља се питање да ли то може бити од значаја приликом оцене оправданости измене ЗОО из марта 2020. године која се односи на паралелизам форме пуномоћја и уговора који се на основу њега закључује. То јест, да ли испуњење циља форме главног уговора може бити додатно угрожено када се у својству пуномоћника јавља малолетно лице. Приликом одређивања категорија пословно неспособних, ограничено пословно способних и потпуно пословно способних лица законодавац полази од претпоставке да немају сва лица довољан степен способности и зрелости да се старају о својим интересима. У складу са тиме се и ограничава њихова могућност да сопственим изјавама воље стичу права и обавезе, односно да самостално предузимају правне послове. И супротно томе,

за пунолетна лица законодавац претпоставља да су способни да се старају о сопственим интересима. Па и поред тога, код одређених правних послова, имајући у виду значај правних последица које из њега произлазе, законодавац предвиђа додатне мере са циљем да осигура да ће лица која ове правне послове предузимају томе посветити потребан степен пажње, разумети дејства правног посла и трезвено донети одлуку о томе да ли желе да га предузму. То се постиже управо обавезном формом уговора. Сразмерно значају и комплексности правног посла одређује се форма одговарајућег степена строгаће.

Тако, ако узмемо да се малолетник може јавити у својству пуномоћника и приликом закључења уговора за који је предвиђена форма јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе долази се до ситуације да властодавац неће бити поучен о последицама овог уговора, већ малолетник. Дакле, у овом случају би одлуку о закључењу уговора доносило лице за које се претпоставља да није довољно зрело да самостално закључи и много једноставније уговоре од оних за које је предвиђена нека од ове две врсте форме што је, сматрамо, спорно.

Е. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕДОСТАКА ОБАВЕЗНЕ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКЕ ФОРМЕ ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА

Неретко и из различитих разлога се догађа у правном промету да стране не закључе уговор у прописаној форми. Узрок томе може бити непознавање правила о обавезној форми уговора који закључују, веровање уговорних страна да сачињавање уговора у одређеном облику није потребно због њиховог личног односа, несвесно или свесно нетачно или непотпуно означавање битних елемената уговора, нпр. свесно навођење ниже вредности предмета уговора од цене која је стварно уговорена са намером страна да исходују мање пореско оптерећење.¹¹⁶⁷

У наставку рада биће анализирани последице недостатака обавезне форме уговора у немачком, аустријском и српском праву.

¹¹⁶⁷ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 41.

1. Правне последице недостатака обавезне форме облигационих уговора у аустријском праву

Раније је наведено да се у аустријском праву начело неформалности изводи из § 883 аГЗ, те да у одређеним случајевима законодавац одступа од овог начела прописивањем обавезне форме за поједине врсте уговора. У аГЗ није на општи начин и изричито регулисана ни последица недостатка обавезне форме уговора. *Бидлински* наводи да је форма која је предвиђена за одређени правни посао по правилу услов његове пуноважности, те да њено неиспуњење има за последицу неважност тог уговора. Он даље каже да се не може уопштено рећи да ли се у конкретном случају ради о апсолутној ништавости о којој суд води рачуна по службеној дужности или о релативној ништавости уговора на коју је потребно да се позове овлашћено лице. Међутим, када се ради о уговорима за које је форма прописана у § 1 аЗЈА он закључује да изостанак обавезне форме јавнобележничког записа резултује апсолутном ништавошћу. Он полази од ст. 4 овог параграфа према којем се на неважност уговора због недостатка форме уговора које закључује слепо лице може позвати само то лице, те из ове посебне одредбе путем разлога супротности изводи да је у осталим случајевима реч о апсолутној ништавости на коју се пази по службеној дужности.¹¹⁶⁸

О ништавости као последици непоступања у складу са правилима о обавезној форми говоре и други аутори.¹¹⁶⁹ Иако се у наведеној одредби користи термин „пуноважност“ (*Gültigkeit*), аустријски аутори говоре конкретно о ништавости (*Nichtigkeit*). Исти случај је и са § 1432 аГЗ у којем се такође говори о неважности као последици недостатака обавезне форме уговора. Овим правилом је предвиђено да се не може захтевати враћање датог на име застареле обавезе, *обавезе која је неважећа (ungültig) само због недостатка форме*, обавезе за чије намирање је законом ускраћено тужбено право (*Klagerecht*)¹¹⁷⁰, као ни враћање оног што је дато упркос сазнању да обавеза не постоји. § 1432 аГЗ се у теорији наводи као основ за конвалидацију

¹¹⁶⁸ P. Bydlinski у Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, §883, Rz. 7.

¹¹⁶⁹ S. Kalss у *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, §883, Rz. 12; K. Wagner, G. Knechtel, § 1 NotAktG, Rz. 5; S. Dullinger, §886 Rz. 18.

¹¹⁷⁰ У §943 аГЗ којим је првобитно била регулисана форма обећања поклона предвиђено је да „из простог усменог, без праве предаје закљученог уговора о поклону не настаје за поклонопримца тужбено право (*Klagerecht*). Овај захтев мора бити заснован на писаној исправи“. Због тога је пре дерогације §943 аГЗ параграфом 1 аЗЈА усмено дато обећање поклона било пример обавезе за коју је законом ускраћено тужбено право из § 1432 аГЗ. Више о томе вид. у Н. Мишчевић, „Форма обећања поклона покретне ствари“, 1131-1132.

формалних уговора који нису закључени у захтеваној форми. Тако се каже да се наведеном одредбом пружа могућност конвалидације само за уговоре који су ништави због недостатка обавезне форме, а не и оне који су ништави из неког другог разлога.¹¹⁷¹

Ипак, поједини писци наводе да се не може безрезервно говорити о ништавости као последици недостатка форме. *Хајс* сматра да у аустријском праву не постоји јединствена, ни примарна санкција за недостатак форме која би се применила у случају сумње. Он своје схватање образлаже тиме што у тамошњем законодавству постоје правила која изричито прописују ништавост, односно неважност уговора због повреде прописане форме (уговори из § 1 аЗЈА, јемство из § 1346 аГЗ). Истовремено, постоје и правила којима се за одређени уговор начелно захтева одговарајућа форма уз експлицитно прописивање да она не утиче на пуноважност уговора (уговор о потрошачком кредиту из § 9 Закона о потрошачком кредиту¹¹⁷²).¹¹⁷³ *Хајс* указује на то да је схватање аустријских аутора о ништавости као редовној санкцији за изостанак обавезне форме уговора последица „телеолошке рецепције“ немачког § 125 нГЗ. Ови аутори санкцију ништавости правдају тиме да се једино њоме може остварити циљ форме, односно обезбедити ефективност правила којим се за одређени уговор захтева одговарајућа форма.¹¹⁷⁴

Дулингер је схватања да је ништавост у основи последица несачињавања уговора у прописаној форми, али наглашава да се значај овог правила умањује код многих правних послова међу живима посредством § 1432 аГЗ према којем из таквог уговора настаје макар природна облигација, те недостатак форме може бити конвалидиран. Такође указује на то да постоје поједини услови форме који нису санкционисани неважношћу уговора, те закључује да у случају сумње о последицама недостатка форме треба одлучити имајући у виду циљ због којег је форма у конкретном случају прописана.¹¹⁷⁵

У сваком случају, јасно је да тамо где се говори о природној облигацији не може бити речи о неважности уговора каква постоји у немачком и нашем праву која садрже

¹¹⁷¹ Н. Heiss, 19-20. Из тога *Хајс* изводи закључак о томе да аустријски законодавац прави разлику у тежини између разлога ништавости уговора.

¹¹⁷² Савезни закон о уговорима о потрошачком кредиту и другим формама кредитирања у корист потрошача - Закон о потрошачком кредиту (*Bundesgesetz über Verbraucherkreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern - Verbraucherkreditgesetz*) од 11. јуна 2010. године (*BGBI. I Nr. 28/2010*), последњи пут мењан законом од 5. јануара 2021. године (*BGBI. I Nr. 1/2021*).

¹¹⁷³ Н. Heiss, 20.

¹¹⁷⁴ *Ibid*, 22 са даљим упућивањем.

¹¹⁷⁵ S. Dullinger, §886 Rz. 18.

изричита правила којима се прописује ништавост уговора којима недостаје обавезна форма.

У § 1432 аГЗ наводе се примарно случајеви у којима је искључена кондикција. Овом нормом уређују се изузеци од § 1431 којим је предвиђено право лица које је другом лицу у заблуди предало неку ствар или предузело неку радњу без постојања правног основа да од тог лица захтева враћање ствари, односно накнаду остварене користи. И поред тога што је смисао § 1432 аГЗ навођење изузетака од претходног параграфа, тј. случајева када је искључена кондикција, у аустријској теорији преовлађује схватање да у погледу правних послова који нису састављени у захтеваној форми ово правило представља основ за конвалидацију.¹¹⁷⁶ У старијој теорији *Писко* заступа схватање да се овде не ради о конвалидацији, већ о искључењу кондикције, као и у другим примерима из § 1432 аГЗ.¹¹⁷⁷ Значај дефинисања да ли се у конкретном случају ради о конвалидацији ових правних послова или искључењу кондикције огледа се у томе што, ако се узме да се не ради о конвалидацији, из накнадног испуњења не произлази захтев по основу одговорности за недостатке испуњења, ни захтев за накнаду штете. Уз то, од могућности конвалидације испуњењем зависи и да ли ће тако неформално закључен уговор представљати правни основ за стицање права својине.¹¹⁷⁸

Дакле, према ауторима који су сагласни да се у овом случају ради о конвалидацији уговора, потребно је да дође до испуњења при чему воље уговорних страна у тренутку испуњења треба да буду сагласне и усмерене на испуњење уговора којем недостаје обавезна форма.¹¹⁷⁹ Међутим, за конвалидацију уговора по овом основу није од значаја да ли је дужник знао за неважност уговора због недостатка форме. Односно, неважно је да ли је дужник чинидбу предузео у заблуди да поверилац из тако насталог уговора може принудно намирити своје потраживање. Важно је само да је дужник ову природну облигацију испунио добровољно, тј. да на то није био принуђен.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁶ Н. Heiss, 252-258; F. Kerschner у *Klang Kommentar*, §§ 1431-1437, Wien 2018, § 1432, Rn. 16; Н. Koziol у *Kurzkommentar zum ABGB*, § 1432, Rz. 2; P. Bydlinski у *Kurzkommentar zum ABGB*, §883, Rz. 7, R. Bollenberger у *Kurzkommentar zum ABGB*, § 943, Rz. 4.

¹¹⁷⁷ Oskar Pisko, „Erfüllung und Heilung formungültiger Geschäfte“, *Juristische Blätter*, 1934, 516.

¹¹⁷⁸ P. Rummel у Peter Rummel, *Kommentar zum ABGB*, 3. Auflage, Wien 2000, § 1432, Rz. 5; F. Kerschner, § 1432, Rn. 8.

¹¹⁷⁹ F. Kerschner, § 1432, Rn. 16.

¹¹⁸⁰ Götz Schultze, *Die Naturalobligation*, Tübingen 2008, 224; Н. Koziol у *Kurzkommentar zum ABGB*, § 1432, Rz. 1.

Ипак, према владајућем схватању у аустријској доктрини, могућност конвалидације уговора који су неважећи због недостатка форме не треба прихватити код свих формалних уговора. Оснаживање уговора на основу § 1432 аГЗ треба да зависи од циља ради којег је прописана обавезна форма за дати уговор.¹¹⁸¹ Чини се да је неспорно да је конвалидација на основу овог правила могућа код уговора код којих она служи заштити једне или обеју уговорних страна од пренагљености. Као пример таквих уговора наводе се поклон и уговор о јемству.¹¹⁸² Са друге стране, она се оспорава код оних уговора чија форма претежно служи заштити повериоца или трећег лица. Према мишљењу једне групе аутора, обавезном формом јавнобележничког записа која је у § 1, ст. 1, тач. *b* аЗЈА прописана за уговоре о купопродаји, размени, ренти, зајму између супружника и признање дуга које један супружник учини другом настоји се првенствено пружити заштита повериоцима ових лица, те у овом случају не треба дозволити конвалидацију неформално закљученог уговора испуњењем.¹¹⁸³ *Шулце* наводи да потраживања која настају из таквог уговора нису природне облигације, те из разлога заштите повериоца оно што је предато на име испуњења треба да буде враћено.¹¹⁸⁴ Ипак постоје и другачији ставови о могућности конвалидације ових уговора како у аустријској доктрини, тако и у судској пракси.¹¹⁸⁵ Ова различитост заснива се на другачијем поимању циља којем служи форма уговора у конкретном случају. Наиме, у текстовима и пресудама у којима се заузима став да се неформално закључени уговори између супружника могу конвалидирати испуњењем полази се од тога да је смисао обавезне форме заштита уговорних страна од пренагљености, а не заштита поверилаца. Уз то, на неким местима се помиње да се заштита трећих лица, односно поверилаца уговорних страна остварује према правилима о праву побијања правних радњи дужника изван стечаја.¹¹⁸⁶

Могућност примене § 1432 аГЗ одриче се за неформално сачињене правне послове тестаментарног располагања.¹¹⁸⁷ Код ових правних послова форма примарно треба да

¹¹⁸¹ Н. Koziol у *Kurzkomentar zum ABGB*, § 1432, Rz. 2; S. Kalss у *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, §883, Rz. 14; S. Dullinger, §886 Rz. 18; F. Kerschner, § 1432, Rn. 9 и 17.

¹¹⁸² F. Kerschner, § 1432, Rn. 18 и 24. У судској пракси вид. пресуде аустријског Врховног суда (ОГН) бр. 5 Ob 16/72 од 28. марта 1972. године, 4Ob518/96 од 26. фебруара 1996, 1Ob173/11i од 22. децембра 2011. године.

¹¹⁸³ F. Kerschner, § 1432, Rn. 9; У судској пракси вид. пресуде аустријског Врховног суда (ОГН) бр. 8Ob636/91 од 19.12.1991, 8Ob518/94 од 28. априла 1994 и 8ObA250/95 од 23. маја 1996. године.

¹¹⁸⁴ G. Schultze, 224.

¹¹⁸⁵ Peter Rummel у Peter Rummel, *Kommentar zum ABGB*, 3. Auflage, Wien 2000, § 1432, Rz. 5

¹¹⁸⁶ Пресуде аустријског Врховног суда (ОГН) бр. 3Ob127/72 од 23. новембра 1972; 2Ob49/94 од 30. јуна 1994 и 6Ob66/13v од 4. јула 2013. године.

¹¹⁸⁷ G. Schultze, 224; P. Rummel у Peter Rummel, *Kommentar zum ABGB*, § 1432, Rz. 5;

оствари функције доказивања и упозорења, а оне се према *Кершнеру* не могу остварити преносом за живота.¹¹⁸⁸ Исти став је заузет у судској пракси, те се у пресудама аустријског Врховног суда о овом питању наводи да је § 1432 аГЗ као основ за конвалидацију код тестаментарног располагања неприменљив с обзиром на циљ услова форме која је прописана за ове правне послове. Ово због тога што се циљеви форме тестаментарног располагања, односно функције упозорења и функција доказивања, не могу остварити преносом за живота. Прописана форма треба да обезбеди да оставилац буде свестан значаја његове изјаве и да га подстакне да о њој добро размисли. Она треба да пружи и доказ о оставиочевој вољи коју би било тешко доказати уколико би била дата неформално јер би заинтересована лица често давала контрадикторне изјаве о садржини његове воље. Осим тога, суд истиче и да се у овом случају штите и оставиочеви законски, тестаментарни или наследници по уговору о наслеђивању. Сврха преноса може се учинити доступном само путем изјаве преносиоца која пак мора бити дата у прописаној форми.¹¹⁸⁹

2. Правне последице недостатака обавезне форме облигационих уговора у немачком праву

Последица незакључивањања правног посла у обавезној форми изричито је прописана у нГЗ. Према § 125, правни посао којем недостаје законом прописана форма је ништав. Под ништавашћу се подразумева да правни посао од почетка не може да произведе правне последице на које је усмерена његова садржина.¹¹⁹⁰ Иста последица у овом параграфу предвиђена је и за недостатак уговорене форме, у случају сумње, тј. ако из воље страна не произлази да предвиђеном формом нису намеравале да услове пуноважан настанак уговора. Дакле, суд претходно тумачењем испитује да ли су стране уговориле форму као конститутивну, битну, а тек ако и након тога постоји сумња у погледу дејства форме коју су стране уговориле примениће се § 125, реч. 2 нГЗ.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁸ F. Kerschner, § 1432, Rn. 23.

¹¹⁸⁹ Пресуде аустријског Врховног суда (OGH) бр. 6Ob625/82 од 19. маја 1983 и 7Ob176/04i од 28. јула 2004.

¹¹⁹⁰ Petra Pohlmann, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung*, Berlin 1992, 28.

¹¹⁹¹ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 69; Holger Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 2; Olaf Deinert у Klaus Tonner, Armin Willingman, Marina Tamm (Hrsg.), *Vertragsrecht Kommentar*, §125, Rn. 11; H. Brox, W. Walker, Rn. 317; H. Mansel u *Jauernig BGB Kommentar*, §125, Rn. 11.

Први део наведеног параграфа односи се, дакле, не само на уговоре, већ на све правне послове за које је законом или вољом страна предвиђена одређена форма, све док састављање правног послова у датој форми представља услов његове пуноважности.¹¹⁹²

Под ништавошћу из § 125 нГЗ подразумева се апсолутна ништавост на коју суд пази по службеној дужности. Ради се о императивној норми чије дејство се не може отклонити, нити сузити вољом уговорних страна.¹¹⁹³ Ништавост уговора због недостатка обавезне форме може истицати и треће лице пре чему оно не мора да докаже постојање правног интереса.¹¹⁹⁴ У случају да само један део уговора није закључен у захтеваној форми, он ће бити ништав, а да ли ће последично бити ништав и остатак уговора зависи од тога да ли би стране закључиле предметни уговор и без ништавог дела. У случају сумње, цео уговор ће бити ништав.¹¹⁹⁵

Будући да је уговор којем недостаје обавезна форма погођен санкцијом ништавости, из њега не настаје пуноважан захтев за испуњење, осим у случају конвалидације или изостанка последица ништавости у складу са начелом савесности и поштења.¹¹⁹⁶ Уколико је на основу таквог уговора нешто испуњено, при чему није дошло до конвалидације уговора, страна која је предузела чинидбу има захтев за повраћај по основу правила о неоснованом обogaћењу из § 812 нГЗ.¹¹⁹⁷ Захтеви по основу одредаба о предуговорној одговорности за штету по правилу су искључени јер „непознавање права шкоди“. Тј. стране су дужне да се упознају са важећим правом, те сnose последице непознавања правила којим се регулише однос који заснивају. Изузетак од овог правила могао би евентуално бити случај када је једна страна била погрешно информисана од друге уговорне стране да за пуноважно закључење уговора није неопходна одређена форма, услед чега је била уверена да је уговор пуноважно настао.¹¹⁹⁸ Тада обим захтева за накнаду штете обухвата тзв. негативни интерес, тј. штету коју је ова страна трпела због поверења у пуноважност уговора.¹¹⁹⁹

¹¹⁹² H. Wendtland у *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 3.

¹¹⁹³ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 42. H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 16.

¹¹⁹⁴ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 42.

¹¹⁹⁵ H. Wendtland, § 125, Rn. 16. Делимична ништавост уговора у немачком праву регулисана је § 139 нГЗ.

¹¹⁹⁶ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 52. H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 19.

¹¹⁹⁷ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 42, 53. H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 21.

¹¹⁹⁸ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 54. H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 21.

¹¹⁹⁹ D. Einsele, *Münch. Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 55.

2.1. Изузеци од санкције ништавости

2.1.1. Законско одступање од последице ништавости

Као пример уговора код којег по самом закону наступа другачија последица у случају незакључења у прописаној форми наводи се уговор о закупу земљишта, просторија и станова. Према § 550 нГЗ, ако уговор о закупу стана који се закључује на период дужи од годину дана не буде закључен у писаној форми сматра се да је закључен на неодређено време.¹²⁰⁰

2.1.2. Конвалидација

Од строге санкције ништавости уговора који нису закључени у обавезној форми у нГЗ предвиђени су одређени изузеци. Код појединих уговора попут нпр. уговора о промету непокретности¹²⁰¹, обећања поклона¹²⁰², уговора о јемству¹²⁰³ или уступања удела у друштву са ограниченом одговорношћу¹²⁰⁴ изричито је прописана могућност конвалидације испуњењем. Под конвалидацијом у овом смислу *Полман* подразумева то да правни посао обавезивања који је „првобитно био ништав према § 125, ст. 1 постаје пуноважан накнадним испуњењем без да је захтев форме у међувремену престао да важи или да је уговор поново закључен у исправној форми“.¹²⁰⁵

2.1.2.1. Различити покушаји сврставања правила о конвалидацији у догматски оквир нГЗ

У немачкој литератури и судској пракси учињени су различити покушаји да се правила о конвалидацији сврстају у догматски оквир нГЗ-а и то са различитим циљевима.

¹²⁰⁰ Ово правило сходно се примењује и на закуп земљишта и просторија које нису стамбене. Вид. § 578 нГЗ.

¹²⁰¹ У § 311b, ст. 1, реч 1. нГЗ је за уговор о промету непокретности прописана обавезна форма јавнобележничког записа. Ипак, у реч. 2 истог става предвиђено је да ће уговор који није закључен у тој форми у целини бити пуноважан ако је исправно сачињена сагласност титулара права и друге стране о настанку правне промене и њеном упису у земљишну књигу (*Auflassung*) и извршен упис у земљишну књигу (*Eintragung*).

¹²⁰² У складу са § 518, ст. 2 нГЗ, обећање поклона које није дато у обавезној форми јавнобележничког записа биће конвалидирано извршењем обећане чинидбе.

¹²⁰³ Према § 766, реч. 3, ако јемац испуни своју главну обавезу недостатак форме ће бити конвалидиран.

¹²⁰⁴ У § 15, ст. 3 нЗДОО прописана је обавезна јавнобележничка форма за уговор о уступању удела у ДОО. У ст. 4 овог параграфа иста форма је предвиђена и за споразум којим се заснива обавеза једног члана да уступи удео у ДОО. У реч. 2 овог става предвиђено је да споразум који није сачињен у овој форми ипак постаје пуноважан закључивањем уговора о уступању удела у складу са претходним ставом.

¹²⁰⁵ Р. Pohlmann, 29.

Тако је у литератури са почетка 20. века појам конвалидације сматран тешко помирљивим са појмом ништавог правног посла. Према тада важећем схватању, ништавост делује тако да се правни посао „у погледу жељених правних дејстава посматра као да није ни предузет“. Такав правни посао је „непостојећи“, *negotium non existens*, који не постоји за правни поредак.¹²⁰⁶ Стога, према ауторима тога времена, једно „ништа“ не може постати пуноважно путем конвалидације, већ се само цео правни посао може поново закључити у складу са условом форме. Према овом схватању, логички је немогуће да ништав уговор накнадно постане пуноважан. *Полман* указује на то да је појмовна јуриспруденција данас превазиђена, као и да се „природнонаучно-логичка теза да једно „ништа“ не може постати пуноважно не уклапа у правну науку као једну нормативну науку“.¹²⁰⁷ Ово због тога што закон може приписати правне последице чињеничном стању на којем се заснива правни посао који је ништав због недостатка форме.¹²⁰⁸

Према *Хеземејеру*, ништавост правног посла из § 125, ст. 1 нГЗ не може се ограничити јер се то не уклапа са законодавчевим концептом неограничене ништавости. Ништавост због недостатка форме не представља мањи степен непуноважности, односно већи степен пуноважности од опште ништавости правног посла.¹²⁰⁹ Овај аутор наводи да се правилима о конвалидацији уговора којима недостаје обавезна форма не ограничава ништавост, већ се огранчава услов форме. Овом схватању *Полманова* такође приговара да је аргументација једнако појмовна као и она из литературе 19. и 20. века.¹²¹⁰

Полманова наводи као трећи циљ сврставања правила о конвалидацији у догматски оквир нГЗ-а проналажење референтних тачака за тумачење правила о конвалидацији међу другим институтима регулисаним у том законику. Тако, у случају да одредбе о конвалидацији нису потпуне треба тражити аналогију са постојећим правилима.¹²¹¹

¹²⁰⁶ Вид. у Р. Pohlmann, 38 са даљим навођењем.

¹²⁰⁷ *Ibid*, 39.

¹²⁰⁸ *Ibid*.

¹²⁰⁹ L. Häsemeyer, 287.

¹²¹⁰ Р. Pohlmann, 39.

¹²¹¹ *Ibid*, 40.

2.1.2.2. Схватања о конвалидацији уговора који су ништави због недостатка обавезне форме

У настојању да се правила о конвалидацији објасне на основу општијих принципа садржаних у нГЗ и тиме олакша њихово тумачење настала су различита схватања.

2.1.2.2.1. Споразум о правном основу који важи без састављања у одређеној форми

Представник овог схватања је *Хеземејер*.¹²¹² Као што је наведено, према овом аутору правила о конвалидацији уговора којима недостаје обавезна форма нису накнадно ограничење ништавости, већ почетно ограничење захтева форме.¹²¹³ У уговорима за које је у нГЗ предвиђена могућност конвалидације, попут поклона, продаје непокретности, јемства и др, садржан је споразум страна о правном основу који је неформалан и важи од почетка. Под споразумом о правном основу (*Rechtsgrundabrede*) *Хеземејер* подразумева споразум страна о томе да се предузета чинидба из једног од наведених правних основа може задржати. Према овом аутору, облигациони уговор може у одређеним случајевима бити непуноважан као правни посао обавезивања, али да споразум о правном основу буде пуноважан. Један од примера је случај када се, изузетно, ограничи разлог непуноважности уговора као што је то учињено код уговора за које је законодавац предвидео могућност конвалидације. Тада споразум о правном основу и даље постоји као самосталан елемент облигационог уговора.¹²¹⁴ Како наводи овај аутор, код „тзв. конвалидације недостатака форме“ ради се о ограничењу захтева форме „(примарног) правног посла облигационог права“.¹²¹⁵ „У складу с тим, код уговора који су ништави због недостатка форме, али се могу конвалидирати ради се о односима правног основа (*Rechtsgrundverhältnisse*) који су пуноважни без форме јер захтев форме не важи за њих.“¹²¹⁶

2.1.2.2.2. Потврда

Према другом схватању, правила о конвалидацији уговора који су ништави због недостатка форме су један случај потврде ништавог правног посла у смислу § 141, ст.

¹²¹² *Полман* поред *Хеземејера*, наводи и *Рајхела*, *Зибера*, и *Кравилицког*. Вид. Р. Pohlmann, 42-45 са даљим упућивањем.

¹²¹³ L. Häsemeyer, 240.

¹²¹⁴ *Ibid*, 242-243.

¹²¹⁵ *Ibid*, 263.

¹²¹⁶ *Ibid*. Више о томе и подели на апсолутне и релативне односе правног основа вид у L. Häsemeyer, 240-263.

нГЗ. Овом одредбом предвиђено је да ако је ништав правни посао потврђен од стране онога ко га је предузео, потврда се сматра као да је правни посао изнова предузет.¹²¹⁷ Представници овог схватања испуњење чинидбе код конвалидације уговора сматрају потврдом ништавог уговора. Испуњењем као правнословним актом потврђује се облигациони споразум који је ништав због недостатка форме.¹²¹⁸ Ипак, овом схватању се приговара да потврда из § 141 нГЗ значи поновно предузимање ништавог правног посла, а то значи да је потребно предузети га у обавезној форми што се у случајевима конвалидације не догађа.¹²¹⁹ Према *Полман*, разлика је и у томе што приликом потврђивања стране морају имати свест о макар могућности да је уговор ништав и вољу да се поново обавезу правним послом. То такође није случај код конвалидације јер првобитно закључени уговор испуњењем постаје пуноважан независно од тога да ли то стране желе.¹²²⁰

2.1.2.2.3. Остварење циљева форме испуњењем уговора

Могућност конвалидације уговора којима недостаје обавезна форме често је у немачкој литератури, али и судској пракси објашњавана и тиме што се испуњењем уговора остварују циљеви због којих је форма прописана.

Према схватању *Рајнхарта* који је најобимније развио ову теорију, треба прво направити разлику између „апсолутне“ форме која представља чињенично обележје изјаве воље (*Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung*) и „додатне“ форме (*additive Form*) која представља услов пуноважности изјаве воље. Форма је апсолутна када се воља може изјавити само у законом прописаном облику, а додатна када упркос захтеву форме, изјављена воља под одређеним условима може имати исто дејство као да је изјављена у прописаном облику.¹²²¹ Да ли се у конкретном случају ради о апсолутној или додатној форми треба да се утврди тумачењем, посебно имајући у виду циљеве форме. Према овом аутору, код §§ 518, ст. 1, реч. 1 (обећање поклона), 766, реч. 1 (јемство) и 313, ст. 1 нГЗ (уговор о промету непокретности - садашњи 311b, ст. 1, реч. 1) и § 15, ст. 4 нЗДОО

¹²¹⁷ У ст. 2 овог параграфа предвиђено је да ако стране потврде ништави уговор који су закључиле, дужне су у случају сумње да једна другој испуне оно што би испуниле да је уговор важио од почетка.

¹²¹⁸ Као представници овог схватања наводе се *Ланге, Крамер, Флуме, Дубишар, Рајнике и Тидке*. Вид. Р. Pohlmann, 49-50 са даљим упућивањем.

¹²¹⁹ Р. Pohlmann, 50. О томе да је потврђивање ништавог правног посла у смислу § 141 нГЗ његово поновно предузимање, те да захтева поштовање правила о обавезној форми вид. и у Н. Mansel *Jauernig BGB Kommentar*, §125, Rn. 12.

¹²²⁰ Р. Pohlmann, 50.

¹²²¹ Gert Reinhart, *Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht*, Heidelberg 1969, наведено према Р. Pohlmann, 51-52.

(споразум којим се заснива обавеза уступања удела у ДОО) ради се о случајевима додатне форме јер се она може заменити накнадном радњом испуњења која има конвалидирајуће дејство.¹²²²

Рајнхарт даље настоји телеолошки да тумачи § 125, ст. 1 нГЗ тако да се ништавост уговора због недостатка форме, у случају када се ради о додатној форми, отклања ако је постигнут циљ због којег је форма прописана. Штавише, он предлаже да се § 125, ради разјашњења, допуни тако да у њему пише и да је, осим случајева предвиђених у закону, правни посао пуноважан и када је циљ форме постигнут на други начин.¹²²³ Након испитивања услова форме код којих није предвиђена конвалидација, овај аутор закључује да прописана форма код свих облигационоправних уговора има карактер додатне форме. Стога, код свих ових уговора могућа је и конвалидација уколико су испуњени циљеви који се формом датог уговора настоје остварити. Ипак, то не значи да ће сваки пут приликом испуњења уговора којем недостаје обавезна форма доћи до конвалидације. Тако, према *Рајнхарту*, до конвалидације не треба да дође у случају када страна која је испунила обавезу није знала за ништавост уговора, те је чинидбу предузела у заблуди да је дужна да то учини.¹²²⁴ Дакле, према присталицама овог схватања, могућа је конвалидација и код формалних говора за које она није изричито предвиђена уколико је на други начин испуњен циљ којем форма у конкретном случају треба да служи.

2.1.2.2.4. Конвалидација као вид заштите поверења

На потребу да се приликом оцене пуноважности уговора који није сачињен у обавезној форми води рачуна о циљевима којима форма датог уговора треба да служи указује и *Лоренц*, али из другачије перспективе. Он прво постојећа правила о конвалидацији уговора којима недостаје обавезна форма тумачи као ограничење циља заштите од пренагљености, односно функције упозорења. Овај закључак изводи из чињенице да ако неко неформално обећа поклон или се обавезе повериоцу да ће јемчити за дуг његовог дужника и у заблуди да је таквом изјавом воље везан испуни обећану чинидбу не може да захтева враћање датог.¹²²⁵ Теза да се испуњењем чинидбе остварује функција упозорења оправдана је „само ако постоји истинска добровољност, што је тешко тврдити када постоји погрешно веровање у постојање обавезе“.¹²²⁶ Из тога, како

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ *Ibid.*, 52.

¹²²⁴ *Ibid.*, 53.

¹²²⁵ W. Lorenz, 395-396.

¹²²⁶ *Ibid.*, 396.

сматра овај аутор, произлази да заштита од пренагљености није у закону тако строго спроведена како се стиче утисак из Мотива за нГЗ, те да се већи значај придаје интересу стицаоца који је примио чинидбу верујући у обавезујућу снагу неформално датог обећања.¹²²⁷ Разлог за увођење могућности конвалидације крије се у заштити стицаоца од тога да његово поверење у пуноважност уговора буде изиграно противречним понашањем сауговорача. *Лоренц* закључује: „Проблем одржавања на снази облигационих уговора који су ништави због недостатка форме може се решити на задовољавајући начин, који одговара духу нашег правног поретка, само ако се имају у виду смисао и функција услова форме.“¹²²⁸ Ако у конкретном случају више није могуће постићи правнополитички циљ којем је законодавац тежио приликом прописивања обавезне форме за одређени уговор или ако се услов форме користи као изговор за кршење уговора, исправно тумачење правила о обавезној форми води негацији његове примене.¹²²⁹ Према *Лоренцу*, што се стране дуже припремају за настанак уговора који је већ извршен и третирају га као да је пуноважан, утолико више правнополитички циљеви форме бледе.¹²³⁰ *Хајс* је *Лоренцово* догматско објашњење правила о конвалидацији оценио као најубедљивије.¹²³¹

2.1.2.2.5. Искључење захтева за враћање датог из разлога правне сигурности

Присталице овог схватања посматрају правило о конвалидацији уговора о промету непокретности којем недостаје обавезна форма у контексту искључења примене правила о неоснованом обогаћењу, односно искључења захтева за повраћај датог по овом основу. Имајући у виду да је изменом из 1973. године отклоњена дилема о томе да ли обавезна форма јавнобележничког записа код ове врсте уговора служи само заштити преносиоца или и стицаоца непокретности, ови аутори закључују да се образложење одредбе о конвалидацији не може наћи у испуњењу циља форме.¹²³² Наиме, до конвалидације неформално закљученог уговора о промету непокретности долази састављањем сагласности преосиоца и стицаоца о преносу права¹²³³ и уписом у земљишну књигу, тј.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ *Ibid.*, 413.

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ Н. Heiss, 290-292.

¹²³² Више о томе вид. у делу о форми уговора о промету непокретности.

¹²³³ У немачком праву је за пренос права својине на непокретности и заснивање или пренос неког другог права на непокретности потребна сагласност титулара права и друге стране о настанку правне промене и њеном упису у земљишну књигу (*Auflassung*). Пре уписа, стране су везане сагласношћу само ако је она састављена у форми јавнобележничког записа или пред земљишнокњижним органом или ако је титулар другој страни дао дозволу за упис (*Eintragungsbewilligung*) према правилима Закона о земљишној књизи.

испуњењем обавезе само преносиоца, а не и стицаоца непокретности. Стога, *Канцлајтер* и *Хаген* објашњење налазе у обезбеђивању правне сигурности.¹²³⁴

2.1.2.2.6. Правила о конвалидацији не заснивају се на јединственом принципу који би олакшао њихово тумачење

Ово схватање заступа *Полман*. Ова ауторка претходно се осврће на ставове других аутора. Тако за *Хеземејерову* теорију да неформално закључени уговор ствара споразум о правном основу који је пуноважан и којим су стране везане истиче да она није у складу са полазиштем законодавца да је уговор који није закључен у обавезној форми до конвалидације, од почетка и у потпуности, ништав. Она се са представницима ове теорије слаже у томе да правила о конвалидацији делују као споразум о правном основу у погледу предузете чинидбе који постаје пуноважан испуњењем. Међутим, истиче да то не пружа помоћ у тумачењу правила о конвалидацији.¹²³⁵

Полман оспорава и схватање према којем конвалидација представља једну врсту потврде из § 141 нГЗ. Као аргумент наводи да, осим у случају јемства (§ 766, реч. 3 нГЗ), правила о конвалидацији служе искључењу кондикције у циљу обезбеђења правне сигурности, те да субјективни став уговорних страна није релевантан. Како се институт потврде ништавог уговора оправдава вољом страна да потврде правни посао, конвалидација не може бити један случај потврде ништавог уговора из § 141 нГЗ.¹²³⁶

Према *Полман*, објашњење конвалидације не може се наћи ни у томе да се испуњењем чинидбе остварују циљеви форме. Она наводи да само код јемства законодавац уводи правила о конвалидацији ради постизања циља заштите од пренагљености. Ипак, она додаје да је то прихватљиво само ако се код овог уговора, за разлику од других, заштита од пренагљености ограничи на заштиту јемца од принудног намирања чинидбе или ако се узме у обзир да заштита од пренагљености неће бити остварена у пуном обиму.¹²³⁷

Ова ауторка не дели ни мишљење *Лоренца* да се законодавац приликом прописивања правила о конвалидацији уговора којем недостаје обавезна форма водио

Вид. § 873, ст. 1 нГЗ. Према § 925 нГЗ, за пренос права својине на непокретности потребно је да преносилац и стицалац заједно и истовремено дају сагласност пред надлежним органом.

¹²³⁴ Rainer Kanzleiter, "Der Ausschluß der Rückforderung von Leistungen auf formnichtige Grundstücksgeschäfte", *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 5/1986, 263.

¹²³⁵ P. Pohlmann, 92, 94.

¹²³⁶ *Ibid*, 93.

¹²³⁷ *Ibid*, 93-94. И *Хајс* је схватања да остварење циља форме посредством испуњења чинидбе није разлог због којег је законодавац предвидео могућност конвалидације, с тим што он, за разлику од *Полман*, сматра да то није случај ни код јемства. Вид. H. Heiss, 278-280.

заштитом уговорне стране која је прихватила чинидбу верујући у обавезујућу снагу неформално датог обећања.¹²³⁸ Са друге стране, слаже се са *Канцлајтером* и *Хагеном* да је циљ § 313, реч. 2 (данашњи § 311b, реч. 2) искључење кондикције у интересу правне сигурности. Она, међутим, сматра да је то била намера законодавца од самог почетка, а не тек од измене из 1973. године.¹²³⁹

Искључење кондикције ради остварења правне сигурности је, према *Полман*, одлучујући разлог прописивања правила о конвалидацији не само код уговора о промету непокретности, већ и код обећања поклона и уступања удела у друштву са ограниченом одговорношћу. Само код уговора о јемству се конвалидација образлаже постизањем циља форме, с тим што је, по мишљењу *Полман*, и то објашњење одрживо само ако се заштита од пренагљености дефинише уже него код других услова форме. Стога, она закључује да правила о конвалидацији уговора који нису закључени у обавезној форми немају много тога заједничког, те да није могуће наћи јединствен принцип на којем су она заснована и који би служио као помоћ приликом њиховог тумачења. Зато је потребно сваки услов форме посебно тумачити при чему важан критеријум за тумачење треба да буду смисао и циљ закона.¹²⁴⁰

2.1.2.3. Дејство конвалидације

Испуњењем чинидбе која је предвиђена као услов за конвалидацију уговор се оснажује у потпуности укључујући и споредне одредбе уговора. Ипак, немачки аутори наглашавају да се на овај начин може конвалидирати ништав уговор само када је разлог његове ништавости недостатак обавезне форме. Уколико постоји и неки други недостатак који се санкционише ништавошћу, он се не може отклонити испуњењем уговора.¹²⁴¹

У немачкој доктрини и судској пракси преовлађује схватање да конвалидација не производи дејство од почетка, тј. када су се стране сагласиле, већ од момента испуњења (*ex nunc*).¹²⁴² Одређивање тренутка од којег ће се уговор сматрати пуноважним значајно

¹²³⁸ P. Pohlmann, 93-94.

¹²³⁹ *Ibid*, 93.

¹²⁴⁰ *Ibid*, 94.

¹²⁴¹ Wolfgang Fikentscher, *Das Schuldrecht*, Berlin 1997, 90, Rn. 100; P. Pohlmann, 162, 167; H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 23; D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 47.

¹²⁴² W. Fikentscher, 90, Rn. 100; P. Pohlmann, 167-168; H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 23; D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 51; Olaf Deinert у Klaus Tonner, Armin Willingman, Marina Tamm (Hrsg.), *Vertragsrecht Kommentar*, §125, Rn. 7; D. Medicus, S. Lorenz, Rn. 101. У судској пракси вид. пресуде немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 20/68 од 15. маја 1970. године, бр. V ZR 233/80 од 18.12.1981, бр. V ZR 8/81 од 22.12.1982. и закључак Земаљског суда у Минхену бр. 1 StR 140/12 од 6. септембра 2012. године.

је због одређивања када наступа доцња, када почиње да тече рок застарелости или од када дужник дугује уговорну казну. Поједини аутори настоје да образложе схватање о *ex nunc* дејству конвалидације указивањем на језичку редакцију правила о конвалидацији. Тако једни полазе од тога што се у одредбама користи термин „постаје...пуноважан“.¹²⁴³ Други такође полазе од текста одредбе, али акценат не стављају на оно што у њој пише, већ на оно што не пише. Према овом схватању, релевантно је то што у правилима о конвалидацији уговора којим недостаје обавезна форма није експлицитно одређено да она има ретроактивно дејство.¹²⁴⁴

Неки аутори пак полазе од циља одредбе о обавезној форми уговора о промету непокретности. Тако *Лике* наводи да нужно *ex nunc* дејство конвалидације произлази из тога што се циљ заштите од пренагљености и обезбеђења доказа могу остварити само посредством јавнобележничког записа, а не кроз накнадно испуњење.¹²⁴⁵

Полман је истог становишта, али према њеном мишљењу закључак о дејству *ex nunc* не произлази из циљева форме, већ из сврхе и циља правила о конвалидацији. Она наводи да сва правила о конвалидацији представљају одступање од принципа § 125 нГЗ према којем је уговор који није закључен у битној форми ништав. Будући да се ради о изузецима, приликом њиховог тумачења треба водити рачуна да се принцип ништавости из § 125 нГЗ не повређује више него што је то неопходно имајући у виду смисао и циљ правила о конвалидацији. Како је у претходном делу наведено, по мишљењу *Полман*, правило о конвалидацији уговора о промету непокретности, обећања поклона и уступања удела у ДОО служе искључењу кондикције у циљу правне сигурности. Да би се овај циљ постигао довољно је да конвалидација делује за убудуће, *ex nunc*. Како се од принципа ништавости не би одступало у већој мери него што је неопходно, за период од постизања сагласности воља до испуњења чинидбе која је услов за конвалидацију, мора остати правна последица из § 125 нГЗ, тј. ништавост. Када је реч о јемству, *Полман* наглашава да концепт на којем се заснива правило о конвалидацији овог уговора према

¹²⁴³ W. Fikentscher, 90, Rn. 100.

¹²⁴⁴ P. Pohlmann, 167. Ова ауторка правила о конвалидацији уговора о промету непокретности, уступању удела у ДОО, обећања поклона и уговора о јемству који нису закључени у прописаној форми пореди са правилима о сагласности (§184 нГЗ, ст. 1) и уговорима које закључи малолетно лице без сагласности законског заступника којим пак располаже средствима која му је у ту сврху или на слободно располагање препустио заступник или треће лице, уз сагласност заступника (§ 110 нГЗ). У оба потоња случаја у нГЗ је изричито прописано да је правни посао пуноважан од почетка, за разлику од правила о конвалидацији неформално закључених уговора.

¹²⁴⁵ Gerhard Lüke, „Auflassungsformerkung und Heilung des formnichtigen Kaufvertrags – BGHZ 54, 56“, *Juristische Schulung (JuS)*, 1971, 341-343. Наведено према P. Pohlmann, 168.

којем јемац након испуњења чинидбе више не треба да буде заштићен још мање захтева ретроактивно дејство конвалидације.¹²⁴⁶

Слично *Полман*, и *Фикенчер* наводи да конвалидација уговора о промету непокретности има *ex nunc* дејство будући да је оно довољно за испуњење циља којем ова одредба служи, а то је искључење захтева по основу неоснованог обогаћења.¹²⁴⁷

Већина немачких аутора наглашава да су стране, и поред *ex nunc* дејства конвалидације, дужне једна другој да дају оно што би биле дале да је уговор био пуноважан од почетка.¹²⁴⁸

Чини се да је тенденција немачке доктрине и судске праксе у погледу тумачења правила о конвалидацији супротна аустријској. У аустријском праву је одредба којом се искључује захтев за враћање датог на име испуњења обавезе која је неважећа само због недостатка форме садржана у § 1432 аГЗ. Овај параграф садржи случајеве у којима је искључена кондикција. Међутим, одредба која се односи на обавезе настале из уговора којим недостаје обавезна форма у аустријској литератури и судској пракси тумачи се као основ за конвалидацију. Супротно томе, у нГЗ се изричито користи термин „конвалидација“, али се у појединим радовима немачких аутора и судским пресудама наглашава да је циљ оснаживања уговора по овом основу искључење кондикције.

2.1.3. Недопуштено позивање на недостатак форме

Из разлога правне сигурности по правилу се не толерише занемаривање законом прописаних услова форме приликом закључења уговора. Према *Вендтланду*, у супротном би се угрозило испуњење циљева којима она треба да служи.¹²⁴⁹ Због тога у § 125 нГЗ није предвиђен изузетак од последице ништавости. Међутим, у судској пракси је прихваћен посебан случај одступања од овог правила на основу начела савесности и поштења из § 242 нГЗ. Да би ово служило као основ за искључење примене § 125 нГЗ у судској пракси је као критеријум креиран стандард “просто неподношљивог резултата“. Да ли је овај критеријум испуњен цени суд према околностима конкретног случаја. Примени § 242 нГЗ којим се уређује начело савесности и поштења има места само ако оправданим интересима стране која је верна уговору одговара само испуњење уговора, као и ако би ништавост представљала тешку повреду или угрожавање дужности

¹²⁴⁶ P. Pohlmann, 168-169.

¹²⁴⁷ W. Fikentscher, 90, Rn. 100.

¹²⁴⁸ H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 21; D. Looschelders, 57, Rn. 16 са даљим упућивањем.

¹²⁴⁹ H. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 24.

поступања у складу са начелом савесности и поштења.¹²⁵⁰ То долази у обзир само код уговора са јасном садржином, који осим изостанка обавезне форме немају друге недостатке, те ако страна која жели да уговор остане на снази верује у његово постојање на начин који је чини достојном заштите. Нпр. уколико је друга уговорна страна искористила своје искуство и повољнију позицију, те на преваран начин прикрила постојање захтева форме.¹²⁵¹ Осим тога, није довољно да би последице ништавости, а тиме и неиспуњења уговора за једну уговорну страну биле тешке, већ да би оне биле просто неподношљиве.¹²⁵²

Ајнзеле наводи да су се у судској пракси издвојиле две групе случајева у којима се начело савесности и поштења супротставља последици ништавости: угроженост егзистенције¹²⁵³ и посебно тешка повреда дужности поступања у складу са начелом савесности и поштења.¹²⁵⁴ Као пример за потоњу групу у судској пракси наводи се случај када једна страна током дужег временског периода црпела користи из ништавог уговора, те сад жели да избегне испуњење своје обавезе позивајући се на ништавост због недостатка форме при чему накнада по основу правила о неоснованом обогаћењу није могућа, односно друга уговорна страна, према којој је повређена обавеза поступања у

¹²⁵⁰ *Ibid*, 26.

¹²⁵¹ *Ibid*, 25.

¹²⁵² *Ibid*, 26.

¹²⁵³ У једном случају је тужилац, 63-огодишњи радник закључио уговор са туженим, стамбеном задругом, ради куповине куће коју је градила задруга и два удела у задрузи. Тужилац је исплатио претежан део цене док је преостали, мали део одбио да плати док тужени не отклони недостатке на кући. Уговор су закључили у обичној писаној форми. Суд је констатовао да је уговор у складу са § 313 нГЗ требало да буде закључен у форми јавнобележничког записа, те да је због недостатка обавезне форме ништав. Ипак, према схватању суда, такав исход би за тужиоца био просто неподношљив, те захтев ништавости треба изузетно да се повуче пред захтевом поступања у складу са начелом савесности и поштења из § 242 нГЗ. Суд је овај став образложио тиме што је тужилац „63-огодишњи обични радник“ без икаквог правничког образовања, за разлику од туженог који је добио правне савете. Тужилац је потрошио своју целокупну уштеђевину на куповину куће, како би у њој провео остатак живота. Према оцени суда, чврсто уверење тужиоца да јесте или да ће постати власник куће произлази и из тога што је напустио стан у којем је раније живео и преселио се у кућу, те улагао новац у њу. Суд је констатовао и да упућивање тужиоца на захтев за накнаду штете не би отклонило неподношљивост резултата јер би његово намерење захтевало још неколико година колико тужилац, с обзиром на његову старост не може да чека. С обзиром на околности, потреба да тужилац одустане од свог дома и да тражи ново место у којем ће провести старост блиска је губитку средстава за живот. Стога је суд оценио да је такав резултат неподношљив у контексту § 242 нГЗ, те усвојио захтев тужиоца за давање безусловне изјаве за упис у земљишну књигу у својству власника предметне куће. Вид. пресуду немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 42/70 од 21. априла 1972. године.

¹²⁵⁴ D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 57; Helmut Köhler, „Die neuere Rechtsprechung zur Rechtsgeschäftslehre“, *JuristenZeitung (JZ)*, 1/1984, 20. О овим двема групама случајева говори и *Хаген*, с тим што он у свом раду наглашава да се (само) угроженост егзистенције не може сматрати довољним разлогом за одржавање на снази уговора којем недостаје обавезна форма. Он даље наводи да жели да допринесе да се отклони легенда о томе да је недостатак форме ирелевантан због угрожености егзистенције једног сауговорача. Horst Hagen, „Formnichtigkeit und Treu und Glauben – Abschied von der Legende relevanter „Existenzgefährdung“, *Festschrift für Rainer Kanzleiter*, 2010, 188-194. У судској пракси вид. пресуду немачког Савезног суда (BGH) бр. III ZR 47/83 од 20. септембра 1984. године.

складу са начелом савесности и поштења, је учинила значајне издатке.¹²⁵⁵ *Хајс* пак овакве примере сврстава у посебну, трећу групу случајева који се у пракси немачког Савезног суда сматрају „неподношљивим“, те захтевају одступање од строге последице ништавости уговора због недостатка форме.

Ако су испуњени услови за недопуштено вршење права позивањем на недостатак форме уговор се третира као пуноважан. На ограничавање последице ништавости због недостатка форме кроз § 242 нГЗ суд пази по службеној дужности. Ипак, ово правило се не примењује у судској пракси ако су обе стране у тренутку закључења уговора знале за недостатак форме.¹²⁵⁶

2.1.4. Конверзија

Један од инструмената који може служити одржавању на снази уговора који је ништав због недостатка форме је и конверзија (*Umdeutung, Konversion*) из § 140 нГЗ. Као и у нашем праву, овај институт резервисан је за ништаве уговоре и подразумева

¹²⁵⁵ Н. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 125, Rn. 27; D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 57. По овом основу немачки Савезни суд заузео је став да је нпр. позивање налогопримца на ништавост уговора о налогу због недостатка форме недопуштено. У конкретном случају, уговором о налогу било је предвиђено да налогопримац у своје име на јавном надметању купи непокретност, а да је потом пренесе у својину налогодавца. С обзиром на то да овим уговором налогопримац преузима обавезу да стекне непокретност суд је оценио да је за његов пуноважан настанак, у складу са тада важећим § 313, ст. 1 нГЗ (данашњи § 311b нГЗ), потребна форма јавнобележничког записа. Будући да уговор о налогу није закључен у датој форми, он је у складу са § 125 нГЗ ништав. Суд је утврдио да иста форма важи и за налогопримчеву обавезу стицања непокретности у поступку принудне јавне продаје (*Zwangsversteigerung*), с тим што је у овом делу недостатак форме конвалидиран испуњењем, тј. када је налогопримац купио непокретност и када је уписан као нови власник у земљишну књигу. Са друге стране, за обавезу налогопримца да пренесе право својине на непокретности на налогодавца не важи услов форме из § 313, односно важећег § 311b нГЗ јер ова обавеза произлази из закона (§ 667 нГЗ). Будући да до тренутка када је постао нови власник налогопримац није саопштио да се не осећа везаним уговором о налогу суд је сматрао да се може претпоставити да је непокретност стекао ради извршења налога. Суд је у поступку утврдио и да је налогопримац при куповини предметне непокретности користио средства налогодавца. Након што је у земљишној књизи уписан као нови власник налогопримац је одбио захтев налогодавца да на њега даље пренесе право својине на непокретности. Налогодавац је потом уступио своје потраживање преноса права својине на њега и брисања земљишног дуга који је налогопримац у међувремену засновао удружењу чији је био члан. У поступку које је удружење као нови поверилац покренуло против њега, налогопримац се позвао на ништавост уговора о налогу због недостатка обавезне форме јавнобележничког записа. Суд је, међутим, заузео став да се тужени не може позивати на ништавост целог уговора о налогу због ништавости обавезе стицања налогодавца јер де тиме повређује дужност поступања у складу са начелом савесности и поштења из § 242 нГЗ. Услов форме у погледу налогопримчеве обавезе стицања непокретности не служи заштити налогопримца. Ради извршења уговора о налогу налогопримац је од налогодавца примио земљишни дуг у вредности 150.000 немачких марака и 5.000 немачких марака у готовини. Тако је извршио налог и стекао право својине на непокретности на своје име. „Било би апсолутно неспојиво са начелом савесности и поштења када би тужени сада могао да задржи тако стечену имовину позивањем на услов форме која служи заштити налогодавца.“ Вид. пресуду немачког Савезног суда бр. V ZR 228/80 (KG) од 5. новембра 1982. године. Тако и у пресуди истог суда бр. V ZR 102/93 од 7. октобра 1994. године. Ипак у једној пресуди овај суд наглашава да се ово правило не може безизузетно примењивати, већ да је потребно сагледати све околности конкретног случаја при чему треба водити рачуна не само о интересима налогодавца, већ и налогопримца. Вид. пресуду бр. III ZR 50/95 од 2. маја 1996. године.

¹²⁵⁶ D. Einsele, *Münch.Kommentar zum BGB*, § 125, Rn. 61.

преобликовање ништавог уговора у други, пуноважан уговор. Према наведеном параграфу, ако један ништави уговор испуњава услове за пуноважност другог уговора, важиће овај други ако се може узети да би стране желеле важење тог уговора да су знале за ништавост првог. За наступање конверзије потребно је да се испуни више услова.

Први је ништавост првобитно закљученог, изворног правног посла, односно уговора (*Ausgangsgeschäft*). Та ништавост може да се тиче како форме, тако и садржине уговора. Други услов односи се на заменски правни посао (*Ersatzgeschäft*), тј. онај у који се полазни уговор конвертује. Да би дошло до конверзије потребно је да полазни уговор испуњава услове за пуноважност заменског уговора.¹²⁵⁷ Дакле, ништави уговор не може се конвертовати у други ништав уговор. Међутим, у немачкој доктрини наводи се да је могућа конверзија у храмајући или рушљиви уговор.¹²⁵⁸ У сваком случају, правно дејство заменског уговора не сме да превазилази правно дејство уговора који су стране првобитно закључиле.¹²⁵⁹ Дејство ништавог уговора представља „апсолутни оквир конверзије“ који заменски уговор својим дејством никада не сме да прекорачи.¹²⁶⁰ Трећи услов за конверзију ништавог уговора је да заменски уговор треба да одговара вољи уговорача. Према владајућем схватању, меродавном се сматра хипотетичка воља уговорних страна. У конкретном случају, цени се да ли би уговорне стране у тренутку закључења полазног уговора желеле закључење, односно дејство заменског уговора да су знале да је уговор који закључују ништав. Из овог услова произлази и то да конверзији има места само онда када стране нису знале за ништавост уговора који закључују. Уколико су услови за конверзију у конкретном случају испуњени заменски уговор важи *ex tunc*, као да су га стране закључиле од почетка.¹²⁶¹

Као пример конверзије уговора који је ништав због недостатка обавезне форме у немачкој литератури наводи се конверзија уговора о промету непокретности у уговор о плодоуживању.¹²⁶² У немачкој литератури наглашава се да је важно водити рачуна о томе да конверзија уговора не сме да противречи циљу правила о ништавости, односно да води слабљењу овог правила.¹²⁶³ Тако, ако је уговор ништав због недостатка обавезне

¹²⁵⁷ Н. Heiss, 197.

¹²⁵⁸ Jan Lieder, Daniel Berneith, “Die Umdeutung nach § 140 BGB”, *Juristische Schulung (JuS)*, 12/2015, 1064; Н. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 140 Rn. 9.

¹²⁵⁹ J. Lieder, D. Berneith, 1064; Н. Heiss, 198, 209-210; Н. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 140 Rn. 10, 11.

¹²⁶⁰ Michael Schöll, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Bern 2005, 58.

¹²⁶¹ Н. Wendtland, *BeckOK BGB*, § 140 Rn. 14

¹²⁶² Н. Heiss, 198 са даљим навођењем.

¹²⁶³ *Ibid.*

форме конверзија не сме да води изигравању захтева форме. Као пример таквог случаја наводи се одбијање суда да уговор о јемству конвертује у приступање дугу (*Schuldbeitritt*) како би се спречило слабљење захтева форме из § 766 нГЗ.¹²⁶⁴ *Хајс* пак наводи други разлог за изостанак конверзије уговора о јемству којем недостаје писана форма из § 766 нГЗ у приступање дугу или изјаву о гаранцији. Наиме, иако су дејства ових правних послова слична, лице које приступа дугу преузима већи терет од јемца јер он нема приговор реда првенства, док код изјаве о гаранцији недостаје акцесорност. Дакле, овде се разлог за искључење конверзије крије у томе што дејство потенцијалних заменских правних послова превазилази дејство јемства, те се не може узети да би јемац желео закључење неког од ових правних послова да је знао за ништавост јемства.¹²⁶⁵ Уз то, *Хајс* наглашава да није увек лако упоредити обим различитих правних послова. То је, ипак, значајно лакше учинити код бестеретних, него код теретних уговора.¹²⁶⁶

3. Правне последице недостатака битне форме облигационих уговора у српском праву

Опште правило о последицама недостатака обавезне форме уговора у нашем праву садржано је у ЗОО. Према чл. 70, ст. 1 ЗОО, „уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази шта друго“. Иста последица важи и када одређена форма није предвиђена законом, него вољом уговорних страна под условом да су стране условиле пуноважност уговора његовим закључењем у датој форми.¹²⁶⁷ Када је реч о јавнобележничким врстама форме уговора, у ЗЈБ је садржана посебна одредба којом се регулише недостатак форме јавнобележничког записа. У чл. 82, ст. 1 овог закона набројни су правни послови који се закључују у форми јавнобележничког записа. Исти члан садржи и правило којим се регулише недостатак ове форме у наведеним случајевима. Према овом правилу, ако правни послови за које се у ст. 1 захтева форма јавнобележничког записа не буду закључени у тој форми, они неће производити правно дејство. Таква изричита одредба није садржана у члану којим се регулише солемнизација приватне исправе или овера потписа.

¹²⁶⁴ J. Lieder, D. Berneith, 1064.

¹²⁶⁵ Н. Heiss, 210. Изузетак би постојао уколико би се радило о солидарном јемству у којем јемац нема приговор реда првенства.

¹²⁶⁶ Више о томе вид. у Н. Heiss, 210-213.

¹²⁶⁷ Чл. 70, ст. 2 ЗОО.

3.1. Формални уговор којем недостаје обавезна форма према схватању домаћих аутора - ништав или непостојећи уговор?

Иако се у ЗОО и судској пракси говори о две врсте неважећих уговора - ништавим и рушљивим, у домаћој литератури значајан број аутора говори о трострукој подели неважећих уговора. Према њиховом схватању, неважећи уговори деле се на непостојеће, ништаве уговоре у ужем смислу и рушљиве уговоре. У овој подели под ништавим уговорима у ужем смислу подразумевају се уговори који су супротни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. Непостојећим уговорима сматрају се они којима недостаје неки од битних услова за пуноважан настанак уговора: способност уговорања, сагласност воља, предмет, кауза или неки други, посебан битан услов попут нпр. форме уговора.

3.1.1. О непостојећим уговорима у домаћој доктрини

Појам непостојећих уговора настао је у француском брачном праву, а потом је пренет и на грађанскоправне уговоре. Непостојећи брак је у наше право уведен Основним законом о браку из 1946. године, а под утицајем француских, и домаћи аутори су почели да говоре о непостојећим уговорима у грађанском праву. Ни француски аутори нису сагласни у погледу непостојећих уговора и значаја њиховог разликовања од ништавих уговора, те неки наводе да ова подела нема практични значај.¹²⁶⁸

Међутим, појам непостојећих уговора нашао је место у радовима бројних домаћих аутора од почетка 20. века до данас. И поред тога, у вези са појмом непостојећих уговора и њиховим разликовањем у односу на ништаве у ужем смислу још увек постоји значајан број нејасноћа и несагласности између аутора који се залажу за ову поделу и истичу њен значај. Они се разликују, према томе да ли ЗОО уопште познаје категорију непостојећих уговора¹²⁶⁹, да ли о непостојећим уговорима треба говорити у домену неважности или

¹²⁶⁸ Alain Benbent, *Droit civil – Les obligations*, Paris 2010, 155 и 158.

¹²⁶⁹ Перовић каже да је подела на непостојеће и ништаве уговоре у ужем смислу теоријска, да нема практични значај, те да се она по правилу не прави у законодавствима и судској пракси. Међутим, потом каже да се непостојећи уговори ипак помињу у ЗОО, те као пример наводи неспоразум из чл. 63 ЗОО. Вид. Слободан Перовић, „Неважећи уговори према Закону о облигационим односима“, *Привреда и право*, 10/1978, 33-34. Исто Перовић наводи и у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац 1980, 358-359, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд 1995, 213-214, а пре Закона о облигационим односима у *Забрањени уговори*, Београд 1975, 227. Доловић Бојић пак наводи да ЗОО не познаје непостојеће уговоре као посебну категорију. Катарина Доловић Бојић, *Правно непостојећи уговори*, Београд 2021, 172.

настанка уговора¹²⁷⁰, те који је критеријум разликовања непостојећих и ништавих уговора у ужем смислу¹²⁷¹. Последично, схватања ових аутора разликују се и у погледу случајева које сматрају примерима непостојећих, односно ништавих уговора у ужем смислу, као и могућности примене института конвалидације и конверзије на ове уговоре.

У другом раду изложили смо различита схватања домаћих аутора о непостојећим уговорима, примере које они наводе и мишљења о могућности конвалидације, односно конверзије ових уговора.¹²⁷² Поједини аутори који праве разлику између непостојећих и ништавих уговора се у контексту ове поделе изричито изјашњавају и о уговорима којима недостаје обавезна форма.¹²⁷³ Због тога ћемо се на овом месту усредсредити на аргументе и закључке ових аутора.

3.1.2. Формални уговор којем недостаје обавезна форма је непостојећи уговор

Тако, *Карамарковић* и *Доловић Бојић* деле став у погледу тога да о непостојећим уговорима треба да се говори у контексту закључења, односно настанка, а не пуноважности уговора.¹²⁷⁴ Оне су сагласне и у погледу критеријума за одређивање непостојећих уговора, те се у ту групу, по схватању ових ауторки сврставају уговори којима недостаје неки од битних услова за настанак уговора. Под ништавима, са друге стране, подразумевају оне који имају све битне услове, али у погледу неког од услова постоји недостатак који га чини ништавим.¹²⁷⁵ Обе ауторке као пример непостојећег уговора наводе и формални уговор којем недостаје битна форма.¹²⁷⁶

¹²⁷⁰ *Карамарковић* и *Доловић Бојић* сматрају да непостојеће уговоре не треба посматрати у контексту пуноважности, већ настанка, односно закључења уговора. Лепосава *Карамарковић*, „Апсолутно ништави уговори“, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2004, 7-8; К. *Доловић Бојић*, 238.

¹²⁷¹ О томе детаљније вид. у Сања *Радовановић*, *Николина Мишчевић*, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020, 267-287.

¹²⁷² *Ibid.*

¹²⁷³ Лепосава *Карамарковић*, „Конвалидација уговора о промету непокретности“, *Правни живот*, 9-10/1993, 881-882 ; К. *Доловић Бојић*, 150-168.

¹²⁷⁴ Према *Доловић Бојић*, ништави и рушљиви уговори обухваћени су појмом правноневаљаних уговора у ужем смислу, док појам који би обухватио и ништаве, и рушљиве, и непостојеће уговоре означава термином „неваљани у ширем смислу“. К. *Доловић Бојић*, 56.

¹²⁷⁵ Овај критеријум *Доловић Бојић* разлаже, те разликује услове за настанак и услове за пуноважност уговора при чему општи битни услови могу бити разлог и за непостојање, и за непуноважност у зависности од тога да ли неки од њих у потпуности недостаје или пак постоји, али има одређени недостатак. Са друге стране, посебне битне услове (форма и сагласност трећег лица), ова ауторка помиње само као разлог за непостојање уговора. Вид. К. *Доловић Бојић*, 68 и 154, фн. 439. Уколико се пође од овог критеријума, поставља се питање да ли би се ипак и у вези са посебним битним условима могао јавити случај ништавог уговора како га схвата *Доловић Бојић*. Да ли би уговор био ништав ако би нпр. за тај уговор у закону била предвиђена форма јавнобележничког записа, те уколико би јавнобележнички запис био сачињен, али услед грешке у поступку сачињавања јавнобележничког записа, имао неки недостатак?

¹²⁷⁶ Лепосава *Карамарковић*, „Конвалидација уговора о промету непокретности“, 882; К. *Доловић Бојић*, 150-168.

Према *Карамарковић*, одређивање да ли је уговор којем недостаје битна форма ништав или непостојећи важно је јер од тога зависи да ли се они могу конвалидирати извршењем или не. Од тога у коју од наведених категорија ће се сврстати зависи и круг лица која могу да се позивају на ништавост, односно непостојање уговора, како захтев мора бити постављен и да ли и на основу којих правила може да захтева реституцију и накнаду штете.¹²⁷⁷ Наиме, по схватању ове ауторке, на ништавост суд пази по службеној дужности, а могу је истицати и уговарачи, заинтересована трећа лица и јавни тужилац. Код непостојећих пак то може учинити само уговорна страна. Она наглашава и да у том случају уговорна страна не може да захтева да суд утврди да је уговор ништав јер би у том случају тужбени захтев био одбијен.¹²⁷⁸

Детаљније о разлозима због којих формалан уговор којем недостаје обавезна форма треба третирати као непостојећи, а не ништав говори *Доловић Бојић*. На неким местима ова ауторка наводи да ЗОО не познаје категорију непостојећих уговора, односно да законодавац не прави разлику између непостојећих и ништавих уговора.¹²⁷⁹ Ипак, на другом месту ова ауторка тумачи изразе из правила којим се уређују последице недостатака битне форме у настојању да утврди да ли је законодавац под њима подразумевао ништаве или непостојеће уговоре. Тако, указује на изразе „нема правно дејство“ из чл. 70, „под претњом ништавости“ из чл. 455 и термин „пуноважност“ из чл. 69 и 73 ЗОО. *Доловић Бојић* наводи да ови изрази указују на то да законодавац није оставио могућност да се ради о непостојећем уговору, те претпоставља да је то због тога што је незакључивање уговора у битној форми сматрао кршењем законске норме из чега ништавост произлази као одговарајућа санкција.¹²⁸⁰

Као аргумент у прилог томе да би такав уговор требало да буде непостојећи, а не ништав *Доловић Бојић* наводи и то да је ништавост престога санкција јер уговор којем недостаје обавезна форма није ни незаконит, ни неморалан. Она наводи да, уколико је разлог за ништавост то што је недостатком форме прекршена норма о обавезности поштовања те исте форме, то води ка томе да се „синтагма „противно принудним

¹²⁷⁷ Лепосава Карамарковић, „Апсолутно ништави уговори“, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2004, 9-12.

¹²⁷⁸ Л. Карамарковић, „Апсолутно ништави уговори“, 10. Она, међутим, не наводи како би тужбени захтев у том случају требало да гласи. На овом месту, без навођења извора, *Карамарковић* каже и да је присутно и мишљење према којем у овој ситуацији „треба одбацити тужбу због непостојања правног интереса“.

¹²⁷⁹ К. Доловић Бојић, 171.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, 152-156. Ипак, истиче да од овог закључка одвраћа ст. 2 чл. 73 ЗОО у којем је иста санкција прописана и за случај када битна форма није предвиђена законом, већ вољом уговорних страна.

прописима“ прошири на све ситуације када нешто није у складу са законом“. ¹²⁸¹ Такво тумачење, према овој ауторки, води ка томе да је уговор о продаји туђе ствари ништав, а закључење уговора без обавезне форме изједначено са зеленашким уговором и уговором о трговини људима. ¹²⁸² Полазећи од дефиниције апсолутне ништавости из фГЗ према којој је ништав уговор којим се вређа норма којом се штите општи интереси она закључује да код непостојећих уговора то неспорно није случај.

Сматрамо, међутим, да није спорно да се израз „супротно принудним прописима“ изједначи са изразом „није у складу са законом“ све док се под тиме мисли на императивне норме. Наиме, законодавац је управо ту врсту норми подразумевао под „принудним прописима“ када је у чл. 103 ЗОО прописао последицу ништавости за уговоре који су супротни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. У области грађанског права, а посебно облигационог, таквих норми има значајно мање него диспозитивних. И када је реч конкретно о форми уговора важи начело неформалности, од којег законодавац одступа само када процени да за то постоји нарочито важан разлог. Као што је у претходном делу овог рада приказано, обавезна форма уговора неретко има за циљ и заштиту јавног интереса. У чл. 70 ЗОО којим се уређује последица недостатка форме законодавац је такође оставио могућност да такав уговор ипак производи дејство имајући у виду „циљ прописа којим је одређена форма“. Дакле, законодавац је имао у виду тежину повреде императивне одредбе којом се за одређени уговор прописује обавезна форме у односу на тежину повреде неких других императивних правила. Из таквог тумачења „принудног прописа“ не може се закључити да је уговор о продаји туђе ствари ништав јер је у чл. 460 ЗОО изричито прописано да тај уговор производи дејство међу уговорним странама, нити да је закључивање формалног уговора без обавезне форме једнако закључивању зеленашког или уговора о трговини људима. У крајњем случају, ако бисмо се водили овом логиком још теже бисмо могли објаснити ништавост уговора који је противан добрим обичајима.

Доловић Бојих потом наводи да је потребно да се формулише општа норма којом би се регулисало “питање недостатка форме на начин који би се применио на сваку конкретну ситуацију“. У прилог томе цитира *Перовића* који наводи да „у нашем позитивном праву, због недостатка једне опште одредбе којом би се регулисало питање последица непоштовања форме а којој би било место у грађанском закону, приликом

¹²⁸¹ *Ibid*, 69.

¹²⁸² *Ibid*, 68-69 и 65, фн. 190.

сваког конкретног одређивања форме у појединим законским текстовима, обично се одређују и последице неиспуњења те форме. Због врло различитих формулација којима се те последице утврђују, а често и због њихове непрецизности, не може се са сигурношћу констатовати да ли је у нашем праву уговор непостојећи или ништав ако није поштована предвиђена форма“.¹²⁸³ Ипак, не можемо се сложити са тиме да наведена *Перовићева* примедба важи и данас будући да је она из времена када још увек није био донет ЗОО, те у тада важећем праву није постојао пропис у којем би ово питање било на општи начин уређено. Не може се рећи да норма којом се на општи начин уређује санкција недостатка форме недостаје и данас јер је управо садржана у чл. 70 ЗОО. Примедба ауторке је вероватно усмерена на то да би законодавац требало да прецизира да се у конкретном случају ради о непостојећем уговору, као предлог *de lege ferenda*. Међутим, не треба законодавцу замерити што то не произлази из важећих правила ЗОО када је видљиво да је приликом доношења овог закона, али и каснијих измена, законодавац последице недостатка форме разматрао у контексту непуноважности уговора и традиционалне поделе на ништаве и рушљиве уговоре.

3.1.3. Формални уговор којем недостаје обавезна форма је ништав уговор

Један од аутора који посебно говоре о непостојећим уговорима је и *Водинелић*. Међутим, његова перцепција непостојећих уговора значајно се разликује од оне коју имају претходно наведене ауторке. Наиме, *Водинелић* непостојеће правне послове експлицитно сврстава међу непуноважне или неважеће говоре, при чему наглашава да су недостаци код непостојећих најтежи, те за њих важи и најстрожи правни режим. Овај режим огледа се у томе што, према *Водинелићу*, непостојећи правни послови не производе правно дејство, нити га икада могу произвести. Они се не могу ни конвертовати у други, пуноважан уговор, нити конвалидирати.¹²⁸⁴ Његово мишљење о могућности конвалидације и конверзије непостојећих уговора заступа и *Радишић*.¹²⁸⁵ *Водинелић* непостојеће уговоре одређује знатно уже у односу на *Карамарковић* и *Доловић*. Он под непостојећим правним пословима подразумева оне који представљају само привид посла, правне послове којима недостаје „оно што је елементарно потребно за сваки правни посао“.¹²⁸⁶ Овој групи, према *Водинелићу*, припадају правни послови

¹²⁸³ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, 122.

¹²⁸⁴ В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 467-469.

¹²⁸⁵ Ј. Радишић, 186, фн. 22.

¹²⁸⁶ *Ibid.* 468.

који су закључени од стране потпуно пословно неспособног лица, послови закључени у шали, симуловани правни послови, као и неспоразум из чл. 63 ЗОО, тј. правни послови код којих постоји заблуда о природи, предмету или каузи уговора.¹²⁸⁷ Он формалне уговоре којим недостаје обавезна форма не сврстава, дакле, у непостојеће, већ их експлицитно наводи као пример ништавих уговора. Тако, овај аутор каже да су ништави уговори они „који задовољавају све елементарне потрепштине за појам правног посла (пословну способност субјекта, сагласност изјава код уговора и сл.), док су му недостаци друге врсте“, а „тичу се нарочито садржине посла, форме посла, непостојања дозволе потребне за предузимање посла, непостојања или непридржавања овлашћења за заступање и постојања конфликта интереса при заступању“.¹²⁸⁸ У литератури из прве половине 20. века *Марковић* такође формалне уговоре који нису закључени у обавезној форми сврстава у ништаве. При томе наглашава да једини изузетак од овог правила постоји код форме брака јер је она у српском праву суштински, нераздвојни елемент брака. Утолико је у овом случају последица недостатка форме озбиљнија јер без ње брака нема.¹²⁸⁹

Водинелићево схватање појма непостојећих уговора и круга уговора који се у ту групу могу сврстати дели и *Мијановић*. Према овом аутору, непостојећи уговор је „правно безначајн и ирелевантан“ јер не садржи оне битне састојке због којих би био „друштвено препознатљив као уговор“.¹²⁹⁰

Чини се да мишљење наведених аутора о непостојећим уговорима поклапа са схватањем које се може срести у немачкој литератури у којој се, имајући у виду број аутора и дела у којим се помињу непостојећи уговори, овом појму не придаје велики значај. Аутори који се баве овим питањем под непостојећим правним пословима, односно непостојећим уговорима (*Nichtrechtsgeschäft*, *Nicht-Vertrag*) подразумевају уговоре код којих нису испуњени „минимални услови за сагласност у правном смислу“.¹²⁹¹ У том случају ради се о привиду посла. Тако *Сабадин* наводи четири примера: неспоразум, односе који настају из љубазности¹²⁹², изјава дата у шали коју је

¹²⁸⁷ *Ibid.* 468.

¹²⁸⁸ *Ibid.* 469.

¹²⁸⁹ Лазар Марковић, *Грађанско право, прва књига – Општи део и стварно право*, Београд 1927, 238-239.

¹²⁹⁰ Дражен Мијановић, „Ништавост као претпоставка конверзије уговора“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4/2021, 1094-1095 са даљим упућивањем.

¹²⁹¹ Medina Francisco Sabadin, *Das Nichtrechtsgeschäft im deutschen Zivilrecht – Ein Beitrag zu den Tatbeständen des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung*, Hamburg 2015, 16.

¹²⁹² Као пример оваквог односа наводи ситуацију у којој један пријатељ другог из љубазности бесплатно превезе. *Ibid.*, 43.

препознала друга страна и непостојећи брак. У швајцарској теорији се наводи да је прикладније означити симуловани уговор као *Nicht-Vertrag*, него као ништав будући да „изјаве обеју страна уопште нису озбиљно дате“.¹²⁹³ Из наведених примера видљиво је да се сви недостаци који се помињу у контексту непостојећих уговора односе на постојање саме воље, односно њене сагласности, а према *Водинелићу*, и способности уговарања. У сваком случају, потпуни изостанак или какви други недостаци предмета, каузе и форме уговора не наводе се као пример непостојећих уговора. Тако и они немачки аутори који говоре о непостојећим уговорима карактеришу уговор којем недостаје обавезна форма на начин како је то учинио и тамошњи законодавац у § 125 нГЗ - као ништав уговор.

У раније објављеном коаутроском раду бавили смо се поделом на непостојеће и ништаве уговоре у светлу правила ЗОО, те заузели став да овај закон не познаје непостојеће уговоре као посебну категорију.¹²⁹⁴ Без интенције да се у овом раду детаљније бавимо истраживањем потребе за издвајањем непостојећих од ништавих уговора и дефинисањем критеријума поделе, на овом месту ћемо се определити за схватање да су формални уговори којима недостаје обавезна форма ништави. Наиме, уколико и пођемо од тога да је потребно направити ову дистинкцију, плаузибилнијим нам се чини став према којем би се о непостојећим уговорима могло говорити само у ситуацији када је јасно да не постоји воља, односно да се стране нису сагласиле. Термин „ништавост“ означава уговоре који од почетка нису подобни да произведу намераване правне последице.¹²⁹⁵ Код уговора којима недостаје обавезна форма постоји правно релевантна, стварна и озбиљна воља уговорних страна, као и њихова сагласност у погледу предмета, природе или основа правног посла. Па и поред тога, уговор није подобан да произведе правно дејство јер уговарачи нису поступили у складу са императивном нормом. Дакле, од намераваних правних последица тог уговора, у складу са општим правилом о санкцији недостатака форме из чл. 70 ЗОО из такве сагласности воља не настаје ништа.

¹²⁹³ Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, art. 18, 68, Rn. 157.

¹²⁹⁴ С. Радовановић, Н. Мишчевић, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, 285.

¹²⁹⁵ Р. Pohlmann, 28 са даљим упућивањем.

3.2. Изузеци од санкције ништавости

3.2.1. Конвалидација

Конвалидација уговора, поред конверзије, често се наводи као аргумент у корист разликовања ништавих и непостојећих уговора. Аутори који заговарају ову поделу неретко полазе од тога да се само једни или само други могу конвалидирати, односно конвертовати. Међутим, проблем се јавља у томе што су њихова схватања о томе врло разноврсна. Према *Карамарковић*, конвалидација и конверзија карактеристичне су само за непостојеће уговоре, при чему као изузетак од тог правила наводи случај оснажења ништавог уговора из чл. 107, ст. 2. Сходно овом правилу, уколико је уговор ништав јер је закључен противно некој забрани, ништавост се не може истицати ако је забрана била мањег значаја, а уговор је извршен.

Доловић Бојић пак сматра да постоје примери конвалидације и ништавих, и непостојећих уговора¹²⁹⁶, док се по мишљењу *Ђуровић* конвалидирати могу само ништави, а конвертовати само непостојећи.¹²⁹⁷ На другом крају спектра мишљења је *Водинелић* према којем и конвалидација, и конверзија долазе у обзир само код ништавих уговора.

Ипак, са становишта могућности конвалидације уговора којем недостаје обавезна форма схватања наведених аутора нису несагласна колико се то на први мах чини. Наиме, *Карамарковић* и *Доловић Бојић* ове уговоре сврставају међу непостојеће, те наводе да се они могу конвалидирати. Са друге стране, *Водинелић* уговоре са недостатком битне форме сматра ништавим, а по њему, само ништави су и подложни конвалидацији. *Ђуровић* се о подели на непостојеће и ништаве изјашњава са освртом на ставове других аутора, те закључује да је она сувишна с обзиром на исте правне последице.¹²⁹⁸

Могућност конвалидације уговора којем недостаје обавезна форма у важећем српском праву ипак није спорна, мада је значајно ограничена. Наиме, она је предвиђена у чл. 73 ЗОО. У њему се наводи да се „уговор за чије се закључење захтева писмена

¹²⁹⁶ К. Доловић Бојић, 178.

¹²⁹⁷ Према овој ауторки, „не може се нешто што није ни настало, што нема ни привид уговора накнадно оснажити“. О конверзији каже да се она не може применити на ништаве уговоре у ужем смислу „јер је то противно њиховој природи, и циљу ништавости“. Љиљана Ђуровић, „Непостојећи и ништави уговори“, *Правни живот*, 10/1996, 446, 449.

¹²⁹⁸ Љ. Ђуровић, 449-450.

форма сматра пуноважним иако није закључен у тој форми ако су уговорне стране извршиле у целини, или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због којег је форма прописана очигледно не произлази шта друго“.

Из ове одредбе видљиво је да је могућност конвалидације резервисана само за обичну писану форму. Па и тада, потпуно или претежно испуњење не значи нужно и његову конвалидацију јер она зависи од циља којем служи обавезна форма у конкретном случају.¹²⁹⁹ Дакле, приликом оцене да ли је дошло до конвалидације неформално закљученог уговора за који се захтева писана форма потребно је имати у виду циљеве, односно функције форме о којима смо говорили у претходном делу рада. У том смислу, може се поставити питање који су то циљеви код којих би оснажење неформално закљученог уговора било замисливо, а код којих не би. Свакако, то је могуће у случају када је форма за конкретан уговор прописана у циљу заштите интереса уговорних страна, али не и јавног интереса или трећих лица.¹³⁰⁰ У прву групу могли би се сврстати уговори код којих обавезна писана форма врши првенствено функцију упозорења, односно заштите од пренагљености, попут нпр. уговора о поклону покретне ствари или уговора о јемству.¹³⁰¹

3.2.1.1. Конвалидација уговора за које је предвиђена јавнобележничка форма

Правило из ЗОО које говори о могућности конвалидације уговора којем недостаје битна форма не нуди простора за тумачење према којем би оснаживање уговора испуњењем било могуће и код уговора за које се захтева строжа форма од писане. Такође, ЗЈБ, нити други закони у којима се за поједине уговоре прописује форма јавнобележничке овере потписа, солемнизоване приватне исправе или јавнобележничког записа не садрже правила која би могла послужити као основ за конвалидацију неформално закљученог уговора испуњењем обавеза уговорних страна.

¹²⁹⁹ С. Перовић, *Коментар ЗОО* (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), чл. 73, 295; Јована Пушац, „Правне последице повреде битне форме уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 65/2013, 362.

¹³⁰⁰ Виши трговински суд у пресуди поводом једног случаја у којем је захтевано утврђивање постојања уговора о оснивању ДОО истиче да се овај уговор који није закључен у прописаној форми „не може конвалидирати, без обзира на то да ли је такав уговор извршен у целини или у претежном делу, јер је форма прописана ради заштите јавних интереса“. Вид. пресуду Вишег трговинског суда бр. Пж. 418/03 од 6. марта 2003. године.

¹³⁰¹ У једној пресуди у вези са уговором о грађењу, Привредни апелациони суд наводи да је сврха писане форме која је за овај уговор предвиђена у чл. 630, ст. 2 ЗОО да се нагласи озбиљност уговора и лакше утврди његова садржина. Даље наводи да је „сврха постигнута и онда ако уговор није закључен у писменој форми, али је испуњен у целини од стране једне уговорне стране...“. Вид. Пресуду Привредног апелационог суда бр. Пж. 12981/11(2) од 9. новембра 2011. године. Циљеве које помиње суд можемо подвести под функцију заштите од пренагљености и функцију доказивања.

Штавише, правило према којем је у претходно важећим ЗПН(1981) и ЗПН(1998) суд могао да призна дејство уговору о промету непокретности на којем нису оверени потписи уговорних страна није нашло место у ЗПН који је донет након увођења јавног бележничтва.¹³⁰² И ова промена указује на став законодавца да не треба допустити да стране на овај начин избегну последице неформалног закључивања уговора у случајевима када се захтева форма која подразумева учешће јавног бележника као носиоца јавних овлашћења. Такав став законодавца чини се исправним имајући у виду да се овим врстама форме прибегава само ако за то постоје нарочито оправдани разлози. Када је реч о овери потписа као најблажој врсти јавнобележничке форме, већ је наведено да је она најчешће прописана у циљу заштите јавног интереса, трећих лица, односно правног промета, те да је њена примарна функција углавном функција контроле или публицитета, а не заштита уговорних страна од пренагљености. Са друге стране, солемнизовану приватну исправу и јавнобележнички запис посебно карактерише функција поучавања која се не може остварити другим врстама форме. Законодавац се најчешће за ове две врсте форме одлучује када процени да одређени уговор носи значајне правне последице и ризике којих просечан уговарач није у потпуности свестан. Код таквих уговора обавезном формом настоји се обезбедити да стране располажу свим релевантним информацијама на основу којих ће донети трезвену одлуку о томе да ли желе да их закључе. То се постиже условљавањем пуноважног настанка ових уговора закључивањем у форми која подразумева поучавање од стране јавног бележника као непристрасног стручњака. Стога, без обзира на то што је код таквих уговора форма усмерена на заштиту уговорних страна, а не јавног интереса, правног промета или трећих лица, не треба дозволити конвалидацију јер се испуњењем обавеза не може остварити најважнија функција форме, поучавање од стране јавног бележника. Ако би пак нека од ових форми била предвиђена првенствено ради заштите неког другог интереса, а не интереса уговорних страна, утолико пре се испуњењем обавеза од стране уговорних страна не може остварити сврха којој форма у конкретном случају треба да служи. Заштита јавног интереса посредством функције контроле не може се остварити јер јавни бележник као носилац јавних овлашћења нема прилику да сазна за закључење уговора, нити да провери ко су уговорне стране и испита садржину уговора.

¹³⁰² О увођењу правила о конвалидацији уговора о промету непокретности из ЗПН(1981) и ЗПН(1998) вид. у делу рада о форми уговора о промету непокретности.

Према томе, уколико би законодавац за одређени уговор и проценио да би требало дозволити конвалидацију иако је за тај уговор предвиђена строжа форма од писане, то би морало бити изричито прописано. Прописивању такве посебне одредбе законодавац би морао да приступи са нарочитим опрезом. Сматрамо да би начелно такву могућност требало резервисати само за случајеве када је форма предвиђена у циљу заштите интереса уговорних страна. Па и тада, само код оних уговора за чије дејство се претпоставља да је познато већини учесника правног промета, односно и правним лаицима. Хипотетички, један од тих случајева могао би бити уговор о поклону покретне ствари уколико би његов пуноважан настанак био условљен закључивањем у некој од јавнобележничких форми уговора. Исто тако, код других уговора за које се захтева иста врста форме не би требало дозволити конвалидацију упркос томе што форма служи заштити једне или обеју уговорних страна, као што је нпр. уговор о хипотеци. Закључивање уговора о хипотеци носи са собом значајне ризике за власника хипотековане непокретности за које се ипак не може претпоставити да су познати већини учесника правног промета.¹³⁰³

3.2.2. Изузетак од санкције ништавости из чл. 70 ЗОО, ст. 1

У раније наведеном правилу којим се на општи начин уређује последица изостанка законом предвиђене обавезне форме прописано је да такав уговор не производи дејство „уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази шта друго“. Већ у овој одредби законодавац оставља могућност да уговор производи дејство упркос томе што стране нису поступиле у складу са правилом којим је за дати уговор прописана обавезна форма. Овај случај не представља конвалидацију јер се не оснажује ништави уговор испуњењем обавеза уговорних страна. У овој ситуацији уговор ће се од самог почетка сматрати пуноважним јер циљ којем прописана форма служи указује на то да би санкција ништавости у конкретном случају била неодговарајућа. Зато се у домаћој литератури наводи да „сврха односно циљ прописа којим се одређује форма представља одлучујући критеријум у решавању питања недостатка потребне форме“.¹³⁰⁴

¹³⁰³ У једном раду из периода пре доношења ЗЈБ и увођења јавнобележничких врста форме *Карамарковић* истиче да је искључена конвалидација уговора за које је предвиђена најстрожа форма која подразумева активно учешће државног органа попут уговора о доживотном издржавању и уступању и подели имовине за живота. Л. Карамарковић, „Конвалидација уговора о промету непокретности“, 884.

¹³⁰⁴ С. Перовић, *Коментар ЗОО* (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), чл. 70, 286. Готово идентична реченица, нашла се и у пресуди Врховног касационог суда бр. 772/2020 од 7. октобра 2020. године.

3.2.3. Недопуштено позивање на недостатак форме

Као још један случај одступања од последице ништавости уговора којем недостаје битна форма може се навести одбијање захтева једне уговорне стране за утврђивање ништавости по основу злоупотребе права, односно поступања супротно начелу савесности и поштења. Под тиме се подразумева ситуација у којој се један од уговарача позива на ништавост уговора, а знао је или морао знати да је се за тај уговор захтева одређена форма.¹³⁰⁵ Ради се о противречном понашању једне уговорне стране која код друге створи уверење у пуноважност уговора и постојање намере да се уговорне обавезе испуне, а потом након испуњења обавеза у целости или претежном делу позове се на недостатак форме.¹³⁰⁶ У ЗОО начело забране злоупотребе права регулисано је у чл. 13 који гласи: „Забрањено је вршење права противно циљу због кога је оно законом установљено“. Ипак, чини се да би суд у овој ситуацији могао засновати своју одлуку на чл. 12 ЗОО. Овим чланом налаже се уговорним странама да у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза који из тог односа произлазе поступају у складу са начлом савесности и поштења. На основу овог начела Врховни суд Војводине је одбио захтев несавесне стране за враћање онога што је дала на име уговора који је, без основаног разлога, одбила да закључи у прописаној форми. У пресуди овај суд је заузео став да би, у случају када је уговор у целости или у претежном делу извршен, давање судске заштите страни која је крива за недостатак форме било супротно начелу савесности и поштења. Према схватању овог суда, несавесна уговорна страна не треба да ужива судску заштиту по тужби којом тражи реституцију датог у извршењу уговора позивајући се на недостатак форме који је сама скривила.¹³⁰⁷ Поставља се питање да ли би суд, као у немачком праву, могао да обавезе на испуњење уговорну страну која одбија да испуни обавезу позивајући се на ништавост уговора због недостатка обавезне форме. Сматрамо да ову могућност не би требало априори искључити, али би је требало ценити према строгом критеријуму, попут стандарда „просто неподношљивог резултата“ који је установљен у немачкој судској пракси.¹³⁰⁸

¹³⁰⁵ Боривоје Грађански, „Прилог проблему правне важности уговора код којих није поштована законом одређена форма“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 3/1964, 8-9.

¹³⁰⁶ В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 313.

¹³⁰⁷ Вид. пресуду Врховног суда Војводине бр. 159/78 од 27. септембра 1978. године, Билтен 6/78. Неведно према Бранко Маљковић, „Правне последице недостатка форме код уговора о отуђењу непокретних ствари“, *Правни живот*, 9-10/1993, 896.

¹³⁰⁸ Више о томе вид. у делу о последицама недостатака обавезне форме у немачком праву.

3.2.4. Конверзија

Претходно речено о схватањима домаћих аутора о могућности конвалидације ништавих, односно непостојећих уговора важи и за конверзију. Већина аутора који говоре о непостојећим уговорима као посебној категорији помињу овај институт као аргумент у прилог њиховом разликовању од ништавих уговора. Такође, и у овом случају је уочљиво да се схватање појединих аутора о томе да ли су само ништави или само непостојећи уговори подложни конверзији у великој мери поклапа са њиховим схватањем о томе у коју од ових група се сврставају уговори који нису сачињени у обавезној форми. Тако, као и за конвалидацију, *Карамарковић* сматра да се само непостојећи уговор може преобратити у пуноважан при чему формалне уговоре којима недостаје обавезна форма сматра непостојећим. Штавише, она наводи да је одредби о конверзији место у делу о ЗОО којим се регулише форма уговора, а не у делу којим се уређује неважност уговора.¹³⁰⁹ Са друге стране, према *Водинелићу*, такви су уговори ништави, а само се ништави и могу конвертовати.¹³¹⁰ Како смо раније заузели став да, и при евентуалном разликовању непостојећих од ништавих уговора, формалне уговоре који нису закључени у захтеваној форми треба сврстати у потоње, у наставку ћемо говорити о конверзији ништавих уговора како се то чини и у ЗОО.

Док се конвалидација углавном везује за рушљиве уговоре те је код ништавих могућа само изузетно, конверзија је институт који је резервисан за ништаве уговоре. Она подразумева претварање ништавог уговора, у други, пуноважан (заменски уговор). У ЗОО је конверзија регулисана на сличан начин као у нГЗ. Тако, према чл. 106 ЗОО, ако ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, тај други, заменски уговор ће важити међу уговорним странама уколико је то у складу са циљем који су оне имале у виду приликом закључења првог, ништавог уговора и ако се може узети да би закључиле заменски уговор да су знале за ништавост првобитно закљученог уговора. У односу на ону из нГЗ, дефиниција из ЗОО садржи један додатни услов – да је заменски уговор сагласан циљу због којег су уговарачи приступили закључењу првог, ништавог уговора.¹³¹¹ Такође, као и у немачком праву, савесност уговорних страна у

¹³⁰⁹ Л. Карамарковић, „Апсолутно ништави уговори“, 14.

¹³¹⁰ Према овом аутору, непостојећи правни посао се не може конвертовати јер му недостају „елементарне потребштине за било који правни посао (пословна способност, изјава правнопословне воље, сагласност и др.)“. В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 469, 471-472.

¹³¹¹ *Доловић Бојић* овај додатни услов из ЗОО сматра сувишним јер он произлази из услова да би стране саме закључиле заменски уговор да су знале за ништавост. Односно, уколико се може узети да би

погледу ништавости уговора који су закључиле сматра се још једним условом за наступање конверзије.¹³¹² Он произлази из захтева да се на основу утврђивања хипотетичке воље уговорних страна може узети да би оне саме закључиле заменски уговор да су знале за ништавост. Сви услови из чл. 106 ЗОО морају бити испуњени кумулативно, а њихова испуњеност цени се према тренутку закључења ништавог уговора. У случају да они постоје сматра се да је конверзија наступа по закону, у часу закључења првог, ништавог уговора, те је одлука коју суд доноси увек декларативна.¹³¹³

У домаћој литератури говори се о три врсте конверзије уговора: законској, судској и вољној конверзији. О законској конверзији се ради онда када је већ у самом закону предвиђен конкретан уговор у који ће се претворити ништави уговор. Пример ове врсте конверзије налазимо у ЗН. За пуноважан настанак уговора о уступању и расподели имовине за живота потребна је сагласност свих уступичевих потомака који би по закону били позвани на наслеђе. Ако изостане сагласност неког од потомака делови имовине који су уступљени осталим наследницима сматрају се поклоном.¹³¹⁴ Под вољном конверзијом подразумева се случај када сами уговарачи приликом закључивања уговора, из опреза одреде други уговор који ће важити уколико онај који су закључиле из неког разлога није пуноважан (салваторна клаузула). Судском се назива конверзија код које суд на основу овлашћења из чл. 106 ЗОО у конкретном случају испитује да ли су задовољени услови за конверзију из наведеног правила и одређује заменски уговор у који се ништави претвара. Код ове врсте конверзије суд утврђује да ли постоји уговор чије је дејство исто или у значајној мери слично оном који су стране закључиле, те да ли он одговара хипотетичкој вољи уговарача, односно да ли се може узети да би га и саме закључиле да су знале за ништавост.¹³¹⁵ Поједини аутори оспоравају ову врсту конверзије сматрајући је непримереним задирањем у уговорне односе. Стога, према овом схватању, прихватљиви облици конверзије су само законска и вољна конверзија.¹³¹⁶ Међутим, нама се судска конверзија не чини спорном. Штавише,

уговарачи закључили заменски уговор да су знали за ништавост подразумева се да он одговара циљу којем су тежиле приликом закључења првог, ништавог уговора. У том смислу, ова ауторка сматра адекватним решење немачког законодавца. К. Доловић Бојић, 183-185.

¹³¹² В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 471; К. Доловић Бојић, 174. *Мијановић* пак наводи да није нужна обострана савесност, већ да конверзија долази у обзир и када је макар једна уговорна страна савесна. Д. Мијановић, 1092.

¹³¹³ В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, 471.

¹³¹⁴ Чл. 187 ЗН.

¹³¹⁵ В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*. 472-474. А. Дудаш у Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *Облигационо право*, 398.

¹³¹⁶ К. Доловић Бојић, 183 и 185.

сматрамо да она јасно произлази из чл. 106 ЗОО. Такође, она не може представљати претерано мешање суда у уговорне односе и евентуално наметање странама уговора чије дејство не желе када је експлицитно прописано да заменски уговор мора да одговара циљу којем су стране тежиле приликом закључења уговора те да се може узети да би га и саме закључиле да су знале за ништавост. Суд, дакле, испитује хипотетичку вољу уговарача, а то чини имајући у виду дејство ништавог уговора. Осим тога, аутори који говоре о судској конверзији наглашавају да се суд конверзијом ништавог уговора не бави по службеној дужности, већ искључиво на захтев или по приговору. Ако суд не може да утврди хипотетичку вољу уговарача уговор који су стране закључиле остаје ништав. Такође, конверзија изостаје и уколико су стране унапред одредиле да не желе дејство другог уговора уколико је онај који су закључиле није пуноважан.

За разлику од конвалидације, конверзија уговора који су ништави због недостатка обавезне форме није ограничена само на одређену врсту форме. Начелно, овај институт може да служи одржавању на снази како уговора за које је прописана обична писана форма, тако и оних за које се захтева строжа врста форме. Међутим, у пракси нема много случајева конверзије уговора код којих се разлог ништавости састоји у недостатку обавезне форме како се можда на први поглед чини. Прво, када је реч о уговорима за које је прописана писана форма до конверзије може доћи само у случају да нису испуњени услови за конвалидацију. Уколико јесу, предност треба дати примени института којим се омогућује да уговор који су стране првобитно закључиле, односно за који су саме процениле да највише одговара њиховом интересу, производи дејство.

На више места у претходном делу рада указали смо на то да се законодавац за јавнобележнички запис, солемнизовану приватну исправу или оверу потписа опредељује онда када процени да правне последице уговора захтевају нарочити опрез страна уз помоћ, односно контролу носиоца јавних овлашћења. Утолико пре је тешко наћи заменски уговор који ће имати иста или битно слична дејства, а који је неформалан или је за њега предвиђена блажа форма од оне која се тражи за пуноважан настанак уговора које су стране првобитно закључиле. Тако, пример из немачког права о конверзији уговора о промету непокретности којем недостаје обавезна форма јавнобележничког записа у уговор о плодуживању не важи и за домаће право јер се у чл. 93 ЗЈБ форма солемнизоване приватне исправе захтева и за уговоре о промету непокретности, и за уговоре којима се заснивају стварне и личне службености. У судској пракси, међутим, говори се о евентуалној конверзији уговора о доживотном издржавању

који уговарачи нису закључили у потребној форми у неправи уговор о доживотном издржавању.¹³¹⁷ У делу рада у уговору о доживотном издржавању рекли смо да је судска пракса заузела став према којем за тзв. неправи уговор о доживотном издржавању важи начело неформалности, те за његов пуноважан настанак није потребно да стране изразе вољу у одређеном облику. Такође смо изразили неслагање са овим схватањем суда имајући у виду дејства овог уговора, те додатне ризике које он носи у односу на именовани уговор о доживотном издржавању. У складу са тим, у раду је заузет став да нема места ублажавању форме у односу на форму солемнизоване приватне исправе која се у ЗН захтева за уговор о доживотном издржавању. Стога нам се ни евентуална конверзија уговора о доживотном издржавању којем недостаје обавезна форма у неправи уговор о доживотном издржавању не чини оправданом. Уосталом, на тај начин би се омогућило странама да конверзијом заобиђу захтев форме што свакако суд не би требало да допусти.

¹³¹⁷ Решење Врховног суда Србије, Рев. 2339/99 од 30. децембра 1999. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, 3/1999.

VII ЗАКЉУЧАК

Једно од основних начела облигационог права је начело неформалности уговора. Оно представља један од израза начела слободe уговарања и подразумева слободу уговорних страна да саме одлуче у којој ће форми закључити уговор. У складу са овим начелом, за пуноважан настанак уговора довољна је проста сагласност воља уговорних страна. Ипак, ни овај аспект слободe уговарања није неограничен. Тако до одступања од начела неформалности може доћи вољом страна или када је за одређени уговор законом прописана обавезна форма. Са једне стране, условљавање настанка иначе неформалног уговора одређеном формом или иначе формалног уговора строжом формом од прописане сагласношћу воља уговорних страна израз је слободe уговарања. Са друге стране, прописивање обавезне форме за одређени уговор законом представља ограничење ове слободe. Због тога, да би се обавезном формом одређеног уговора ограничила слобода уговарања потребно је да законодавац за то има оправдан разлог који се огледа у заштити интереса уговорних страна, јавног интереса или интереса трећих лица. Мада се на обавезну форму уговора у правном промету, али и доктрини по правилу гледа као на ограничење начела слободe уговарања, она се у одређеним случајевима може јавити и као средство његове заштите. Наиме, правилно одређеном врстом форме пружа се могућност контрахентима да приликом испуњавања захтеваних формалности још једном размотре правна дејства уговора и трезвено одлуче о томе да ли желе његово закључење. Тиме се штити други аспект слободe уговарања – слобода страна да одлуче да ли ће закључити уговор или не. Уз то, посредством форме уговора може се остварити заштита још једног аспекта слободe уговарања – слободe контрахената да сагласно одреде садржину уговора. То се постиже формама које подразумевају учешће овлашћеног лица у настанку уговора које спречава да се евентуална фактичка неједнакост уговорних страна пренесе на њихов уговорни однос. У нашем правном систему овлашћено лице које може учествовати у поступку закључења уговора је јавни бележник.

Јавно бележништво је у домаћи правни систем (поново) уведено 2011. године Законом о јавном бележништву. Имајући у виду правни режим јавног бележништва у домаћем праву оно се сврстава у тип латинског нотаријата. Јавни бележник је носилац јавних овлашћења, али није и државни службеник. Он обавља своју професију самостално и независно, има своје приходе, те сам одговара за штету коју проузрокује својим радом. Најважнији аспект делатности јавног бележника је састављање исправа

укључујући исправе о правним пословима. Приликом вршења службених радњи јавни бележник је дужан да поступа у складу са начелима слободног приступа јавном бележнику, начелом непристрасности, начелом независности, поверљивости, начелом *numerus clausus* и територијалности, као и начелом поучавања. Управо чињеница да се ради о лицу којем је поверено вршење јавних овлашћења, стручњаку који је дужан да поступа у складу са наведеним начелима даје додатни квалитет јавнобележничким врстама форме у односу на друге врсте форме.

Овера потписа није нова врста форме у нашем правном систему, већ је само из надлежности судова прешла у надлежност јавних бележника. Друге две пак могу се сматрати новим будући да ни током важења Закона о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије на највећем делу територије Србије јавно бележништво није ни успостављено. Тако су јавнобележнички запис и солемнизована приватна исправа у време доношења Закона о јавном бележништву дочекане као нове врсте форме о којима у послератној литератури готово да и није било речи. У стручној јавности, а посебно адвокатури оне нису прихваћене са благонаклоношћу. Наиме, првобитном редакцијом закона за широки круг уговора била је предвиђена форма јавнобележничког записа која је подразумевала састављање исправе у целости од стране јавних бележника. То је даље значило искључивање адвоката из поступка састављања бројних уговора у чијем су закључивању до тада по правилу учествовали. У настојању да се умири њихово незадовољство учињене су одређене измене у закону и пре његовог ступања на снагу. Међутим, то није било довољно, те је одмах по почетку примене закона у септембру 2014. године започет штрајк који је значајно утицао на предмет истраживања овог рада.

У домаћем праву, форма уговора дели се према различитим критеријумима. Према начину испољавања разликују се реална, писана, електронска форма, форма јавнобележничке овере потписа (легализација), јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе и форма јавнобележничког записа. Потоње три подразумевају учешће јавног бележника као носиоца јавних овлашћења, квалификованог и непристрасног стручњака у закључивању уговора. Јавнобележнички запис је исправа о правном послу коју у целости саставља јавни бележник. То је најстрожа врста форме у нашем правном систему и резервисана је за уговоре који носе највећи ризик или нарочито озбиљне правне последице. У раду је детаљано приказан поступак састављања јавнобележничког записа у немачком, аустријском и домаћем праву, те је утврђено да су поступак састављања, као и значај јавнобележничког записа

врло слични у овим правним системима. Осим тога, у раду је приказана и промена у кругу уговора за које се захтева ова форма која је наступила као последица измене Закона о јавном бележништву из јануара 2015. године. Ова измена значајно је сузила круг уговора за које се захтева форма јавнобележничког записа, те је довела до прекида штрајка адвоката. Ипак, са становишта теме рада још важнијом се чини промена до које је услед ове измене закона дошло у институту солемнизације приватне исправе.

Форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе је друга најстрожа врста форме у српском праву. Код солемнизације исправу о уговору састављају уговорне стране, док је јавни бележник потврђује. У овом случају јавни бележник испитује садржину приватне исправе и проверава да ли је она у складу са вољом уговорних страна, да ли се изјавама воља постиже правни циљ који стране желе да постигну. Он поучава странке о садржини и правним последицама уговора, те упозорава на нејасне, неразумљиве и двосмислене изјаве уколико су оне садржане у поднетој исправи. С обзиром на то да код ове врсте форме јавни бележник улази у садржину исправе, приватна исправа солемнизацијом у целости добија својство јавне исправе. Немачко право не познаје ову врсту форме, док у аустријском праву она постоји. Будући да је аустријски закон служио као узор приликом првобитног увођења јавног бележништва Законом о јавним бележницима (нотарима) Краљевине Југославије, одредба о солемнизацији нашла је место и у том закону. Овај закон је међутим садржао специфичности у односу на свој изворник будући да су у њему била предвиђена два различита поступка солемнизације и изричито је била искључена могућност солемнизације исправе у којој је садржан уговор за који се законом захтева форма јавнобележничког записа. У раду су, у вези са овом врстом форме, анализирана и решења из црногорског и хрватског права. Такође, приказана су и правила важећег Закона о јавном бележништву којима се уређује солемнизација, пре и после измене из 2015. године. Наиме, на основу одредбе којом је у оригиналној редакцији закона била регулисана солемнизација приватне исправе може се закључити да примарна замисао законодавца није била да она представља посебну врсту форме. Ни у једној одредби овог или другог закона она није била прописана ни као обавезна форма за одређену врсту уговора. То се мења изменом закона из јануара 2015. године, те се данас у Закону о јавном бележништву, али и у неким другим законима форма солемнизоване приватне исправе захтева као обавезна форма за већи број облигационих уговора него јавнобележнички запис или овера потписа. Дакле, овом изменом промењена је и њена

улога, те она представља посебну врсту форме, самосталну у односу на форму јавнобележничког записа, која се по строгости налази између осталих двеју врста јавнобележничке форме уговора. Осим њене улоге, значајно је измењен и поступак солемнизације, те је он сада врло сличан аустријском моделу који подразумева састављање посебног јавнобележничког записа о приватној исправи која тако постаје његов саставни део. Анализом поступка солемнизације и улоге солемнизоване приватне исправе у домаћем праву према важећем закону пре и после измене из 2015. године и закону који је важио у Краљевини Југославији, као и у аустријском, црногорском, хрватском праву изнет је став о четири различита модела солемнизације. Ова подела учињена је према критеријуму поступка солемнизације и улоге солемнизоване приватне исправе у односу на јавнобележнички запис. Тј. према томе да ли се солемнизација врши састављањем посебног јавнобележничког записа о приватној исправи или не и да ли солемнизована приватна исправа представља посебну, независну врсту форме у односу на јавнобележнички запис.

Међу врстама јавнобележничке форме уговора најмањи степен ангажовања јавног бележника подразумева овера потписа. Код ове врсте форме он стављањем одговарајуће клаузуле потврђује да је лице које се у исправи наводи као њен потписник заиста и потписало исправу. Он не улази у садржину уговора, нити поучава странке о његовом правном домаћају, те она има својство јавне исправе само у делу којим се потврђује потпис. Анализом поступака овере потписа у немачком, аустријском и српском праву утврђено је да је јавни бележник у свим овим системима дужан да врши ограничену контролу исправе и поред тога што по правилу не одговара за њену садржину.

Свака од врста јавнобележничке форме уговора нуди одређене предности и квалитете у односу на обичну писану форму сразмерно степену учешћа јавног бележника. Међутим, то не значи да из предострожности или линијом мањег отпора законодавац за сваки или готово сваки уговор треба да предвиди обавезну форму. За ограничавање слободе уговарања прописивањем обавезне форме уговора мора постојати оправдан разлог, а врста форме треба да буде адекватно одређена. Кључ за одређивање оптималне врсте форме крије се у функцијама форме. Према речима немачког аутора *Манковског* „бавити се формом уговора значи бавити се циљевима форме“. У домаћој доктрини најчешће се говорило о две функције форме – доказној и заштитној. Са друге стране, управо *Манковски* разликује чак 14 различитих функција форме. Мада се посебно издвајање сваке од функција које наводи овај аутор не чини оправданим,

њихово детаљније диференцирање од поделе на доказну и заштитну функцију је свакако неопходно. У сваком случају, код форме облигационих уговора можемо говорити о функцији доказивања којом је обухваћено неколико других функција о којима говори *Манковски*, функцији контроле, функцији публицитета, односно функцији заштите правног промета и поверилаца, функцији упозорења и заштите од пренагљености, као и функцији поучавања. Иако би се све наведене функције углавном могле подвести под заштитну и доказну, прецизнијим издвајањем различитих функција могуће је јасније диференцирање врста форме. Када су функције прецизније дефинисане постаје видљиво да није свака врста форме подобна да оствари све функције и у истом обиму.

Због тога је у раду посебно утврђено које се функције и у ком обиму могу остварити формом јавнобележничког записа, солемнизоване приватне исправе, односно овером потписа. У складу са тиме су дате и смернице када законодавац треба да се определи за неку од ових врста форме уговора. Јавнобележничка овера потписа нуди у односу на блажу, обичну писану форму додатне предности у погледу заштите јавног интереса и интереса трећих лица. Прво, овом врстом форме може се остварити функција контроле будући да она подразумева учешће јавног бележника као носиоца јавних овлашћења у закључивању уговора. Он је приликом овере дужан да врши ограничену контролу исправе којом се спречава оверавање потписа на уговору који је очигледно забрањен или служи постизању недозвољених циљева. Друго, овером потписа уговорних страна од стране јавног бележника остварују се у већем обиму функције које има и обична писана форма (функција доказивања, функција публицитета, односно функција заштите правног промета и поверилаца). Када је реч о функцијама којима се врши заштита интереса уговорних страна, овером потписа се функција упозорења остварује у одређеној мери више него обичном писаном формом, али се не остварује и функција поучавања. Због тога је у раду заузет став да већи обим остваривања функције упозорења не треба да служи законодавцу као разлог да у конкретном случају изабере форму овере потписа у односу на обичну писану. Када процени да је код одређене врсте уговора потребно обезбедити већи степен заштите интереса уговорних страна него писаном формом, законодавац треба да се определи за солемнизовану приватну исправу или јавнобележнички запис којима се остварује и функција поучавања. Форму јавнобележничке овере потписа треба изабрати када са становишта заштите интереса уговорних страна није потребна форма уопште или је довољна и писана форма, али је потребно да се обезбеди контрола над закључивањем одређене врсте уговора или

потврда о вези између изјаве воље и изјавиоца, односно поуздана основа за упис у јавни регистар.

Анализа функција које се остварују јавнобележничким записом и солемнизованом приватном исправом показала је да међу овим врстама форме нема разлике у погледу тога које се све функције њима могу остварити, те да ни разлика у обиму остваривања ових функција није значајна. Ове две врсте форме се од свих других разликују по томе што подразумевају поучавање странака од стране јавног бележника о правним последицама и евентуалним ризицима који произлазе из уговора који закључују (функција поучавања). Овом функцијом омогућује се да се и функција упозорења, односно заштите од пренагљености оствари у пуном капацитету. Њима се и друге функције остварују у већем обиму него блажим врстама форме. Како се јавнобележничким записом и солемнизованом приватном исправом могу остварити исте функције, разлика међу њима заснива се на обиму у којем се те функције остварују, а она се црпи из чињенице да код јавнобележничког записа јавни бележник саставља исправу и формулише њен текст.

На основу свеобухватне анализе циљева форме у раду је дата смерница за избор оптималне врсте форме уговора. Прво, законодавац на основу правних дејстава одређеног уговора и потенцијалних ризика који из њега произлазе процењује да ли постоји потреба за заштитом интереса једне или обеју уговорних страна, интереса трећих лица или јавног интереса. Уколико потреба постоји, он даље утврђује које функције форма уговора мора да остварује да би се њоме пружила адекватна заштита угроженом интересу. На основу тако одређених функција законодавац долази до конкретне врсте форме. Проблем у вези са овом формулом јавља се када потребне функције воде формама јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе. Тада је формулу потребно употпунити још једним чиниоцем – узимањем у обзир лица која се редовно јављају у својству контрахената предметног уговора. Тако, законодавац треба да се определи за јавнобележнички запис као најстрожу врсту форме онда када се код одређене врсте уговора као уговорна страна често јављају лица која су због недовољне зрелости, менталне заосталости, душевне болести, стања економске нужде или другог разлога у нарочито неповољном положају који би могао угрозити њихову равноправност приликом закључивања уговора. Дакле, путања којом треба да се креће законодавац могла би се приказати на следећи начин:

1. Правно дејство уговора → 2. Угрожени интерес → 3. Потребне функције форме → 4. Врста форме.

Уколико би пак на четвртном кораку постојала дилема између форми јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе, требало би је допунити још једним кораком:

1. Правно дејство уговора → 2. Угрожени интерес → 3. Потребне функције форме → 4. Лица која се редовно јављају у својству уговорне стране → 5. Врста форме.

У раду су анализирани и поједини облигациони уговори за које је у важећем законодавству прописана нека од врста јавнобележничке форме уговора. Тачније, имајући у виду правна дејства ових уговора, евентуалне ризике који из њих произлазе, као и изложене смернице за избор оптималне врсте форме, оцењена је адекватност важећих решења. На исти начин анализирани су и уговори за које се у позитивном праву не тражи јавнобележничка форма, али има места разматрању њеног прописивања *de lege ferenda*, с обзиром на правне последице ових уговора.

Увођењем јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе у домаћи правни систем јавиле су се сумње у адекватност до тада важећег правила о паралелизму форми главног уговора и пуномоћја које се даје ради његовог закључења. Тачније, поставило се питање да ли је нужно да пуномоћје прати форму главног уговора када се за њега захтева форма јавнобележничког записа или солемнизоване приватне исправе. До тада важеће безизузетно правило о паралелизму форми оцењено је у доктрини као претерано строго и оптерећујуће што је коначно довело до измене датог правила у Закону о облигационим односима 2020. године. Овом изменом одступило се од правила о паралелизму форми у случајевима када је за главни уговор прописана једна од две најстроже врсте форме. Према важећем правилу за пуноважност пуномоћја које се даје ради закључења таквог уговора довољна је и овера потписа властодавца. У раду су испитани адекватност важећег решења имајући у виду функције форме јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе, као и аргументи који су у домаћој литератури изнети у прилог одступању од правила о паралелизму форми. Уз то, с освртом на упоредноправна решења и учење о неутралним правним пословима указано је и на евентуална спорна места.

Истраживање на тему форме уговора подразумева и испитивање последица недостатака обавезне форме. У раду је приказана различитост у последицама

недостатака, као и правилима којима се уређују механизми за одржавање уговора на снази у аустријском, немачком и српском праву. Изложени су и разноврсни ставови у странијој и домаћој доктрини о овим питањима. Међу домаћим ауторима још увек је жива расправа о подели на непостојеће и ништаве уговоре и о томе у коју од ових категорија спадају формални уговори којима недостаје битна форма. У раду је заузет став да Закон о облигационим односима не познаје непостојеће уговоре као посебну категорију. Уколико је и потребно направити дистинкцију између ништавих и непостојећих уговора, прихватљивијим се чини становиште према којем су уговори који нису закључени у обавезној форми ништави. Циљеви којима форма одређеног уговора служи, односно функције које треба да остварује долазе до изражаја и у контексту могућности одржавања на снази уговора којем недостаје обавезна форма. У Закону о облигационим односима могућност конвалидације уговора који је ништав због недостатка форме резервисана је само за уговоре за које се захтева обична писана форма и то само уколико то није супротно циљу због којег је форма прописана. У складу са тим, могућност конвалидације своди се на случајеве када је писана форма прописана у циљу заштите интереса уговорних страна, односно када првенствено врши функцију упозорења. У Закону о облигационим односима, Закону о јавном бележничтву или којем другом закону у којем се за пуноважан настанак неког уговора захтева нека од јавнобележничких форми нема правила које би могло послужити као основ за конвалидацију неформално закљученог уговора испуњењем обавеза уговорних страна. Овај став законодавца чини се оправданим имајући у виду функције којима ове врсте форме служе, односно правне последице и ризике који настају из уговора за које се ове врсте форме захтевају. Стога, уколико законодавац процени да би требало дозволити конвалидацију одређеног уговора за који је предвиђена строжа форма од писане, то би морало бити изричито прописано. Такву могућност би требало резервисати само за случајеве када је форма прописана у интересу уговорних страна и то под условом да се ради о уговору за који се претпоставља да је његово дејство познато већини учесника правног промета.

За разлику од конвалидације, конверзија ништавог уговора којем недостаје обавезна форма није ограничена само на одређену врсту форме. И поред тога, тешко је наћи примере за конверзију уговора који је ништав због недостатка обавезне јавнобележничке форме у други пуноважан уговор. Један од услова конверзије је да заменски уговор има иста или битно слична дејства као уговор који су стране првобитно

закључиле. Форму јавнобележничког записа, солемнизоване приватне исправе или овере потписа законодавац прописује када на основу правног дејства уговора процени да је потребно обезбедити додатну заштиту странама или контролу посредством носиоца јавних овлашћења. Стога би било тешко пронаћи уговор чије је дејство исто или у значајној мери слично, а који је неформалан или је за њега прописана блажа форма од оне која се тражи за првобитно закључени уговор. Такође, конверзија уговора којем недостаје обавезна форма у други уговор не сме да служи као начин да стране заобиђу захтев форме.

Трећи начин одржавања на снази уговора који је ништав због недостатка битне форме је одбијање захтева стране за утврђивање ништавости на основу начела савесности и поштења. Ову могућност не треба искључити ни код уговора за које је прописана јавнобележничка форма. Ипак, треба је ценити према строгим критеријумима, у сваком конкретном случају.

Из свеобухватне анализе јавнобележничке форме, а посебно јавнобележничког записа и солемнизоване приватне исправе уговора могуће је извести закључак о оправданости њиховог увођења у наш правни систем. Имајући у виду речено о јавном бележнику као непристрасном стручњаку и носиоцу јавних овлашћења, начелима у складу са којима је дужан да поступа, поступцима састављања јавнобележничког записа, солемнизације, односно овере, функцијама које се овим врстама форме остварују може се закључити да њихово постојање доприноси правној сигурности, растерећењу судова и олакшавању приступа правосуђу.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамовић Сима, „Правноисторијски аспекти нотаријата“, *Јавнобележничко право* (прир. Драгор Хибер), Београд 2006, 37-86.
- Аличић Самир, „Форма правног посла у Гајевим институцијама“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2006, 125-143.
- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд 2012.
- Аранђеловић Драгољуб, *О формалним изјавама воље*, Београд 1911.
- Бабић Илија, *Коментар Породичног закона*, Београд 2020.
- Базала Бранко, „Писмени облик уговора“, *Одвјетник*, 12/1959, 257-262.
- Базала Бранко, „Форма даровне погодбе“, *Одвјетник*, 2/1953, 1-3.
- Бидлински Франц, *Правна методологија*, Подгорица 2011.
- Бикић Енес, Суљевић Сефедин, Повлакић Мелиха, Плавшић Маринко, *Нотарско право*, Сарајево 2013.
- Благојевић Борислав Т., Круљ Врлета, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1980.
- Бодирога Никола, *Нови извршни поступак*, Београд 2022.
- Ведриш Мартин, Кларић Петар, *Грађанско право*, Загреб 1998.
- Визнер Борис у Борис Визнер, Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори грађанског и привредног права*, Ријека 1971.
- Визнер Борис, *Коментар Закона о обвезним односима*, Загреб 1978.
- Водинелић Владимир В., „150 година касније: шта је још живо у Српском грађанском законнику?“, *150 година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, Београд 1996, 389-407.
- Водинелић Владимир В., *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014.
- Вуковић Михајло, *Обвезно право, књига II*, Загреб 1964.
- Вуковић Михајло, *Опћи грађански законик с новелама и осталим накнадним прописима*, Загреб 1955.
- Вуковић Михајло, *Опћи дио грађанског права књига II*, Загреб 1960.
- Вукотић Љубомир, „Закључење уговора о промету непокретности преко пуномоћника“, *Правни живот*, 9-10/1993, 945-955.
- Гај, *Институције*, Београд 1982.

- Грађански Боривоје, „Прилог проблему правне важности уговора код којих није поштована законом одређена форма“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 3/1964, 1-10.
- Дика Михајло, „Изванпарнична“ и концилијацијска функција јавних билежника *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 6/2009, 1153-1177.
- Дика Михајло, „Јавно билежништво у Републици Хрватској - стање и перспективе“, *Јавни билежник*, 46/2019, 43-57.
- Дика Михајло, „Јавнобилежничка оврха према Новели Овршног закона из 2003.“, *Право и порези*, 4/2004, 3-8.
- Дика Михајло, „Јавнобилежничка служба у Републици Хрватској (II)“, *Право и порези*, 1/2002, 3-10.
- Дика Михајло, „Јавнобилежничка служба у Републици Хрватској“, *Право и порези*, 12/2001, 3-7.
- Дика Михајло, „Јавнобилежнички послови“, *Закон о јавном билежништву*, Загреб 1994, 91-120.
- Доловић Бојић Катарина, *Правно непостојећи уговори*, Београд 2021.
- Драгољуб Аранђеловић, *Основи облигационог права*, Београд 1936.
- Драгор Хибер, „Са нотарима у Европу“, *Фокус*, јул 2021, 14-20.
- Ђурђевић Дејан Б., „Положај нотара као повереника суда у оставинском поступку“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 3, Београд 2013, 154-168.
- Ђурђевић Дејан, „Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву“, *Перспективе имплементације Европских стандарда у правни систем Србије* (прир. Стеван Лилић), књига I, 2011, 159-175.
- Ђурђевић Дејан Б., „Актуелна реформа прописа о јавнобележничким оверама и европски стандарди у области превентивне правне заштите“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* – књига 4, Београд 2014.
- Ђурђевић Дејан Б., „Јавнобележнички акти“, *Јавнобележничко право*, Београд 2006, 109-148.
- Ђурђевић Дејан Б., „Неутрални правни послови“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 77-107.

- Ђурђевић Дејан Б., „Признање нотарског записа“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012, 159-184.
- Ђурђевић Дејан Б., „Утврђивање идентитета учесника у поступку састављања нотарске исправе“, *Правни живот*, 12/2011, 63-82.
- Ђурђевић Дејан Б., „Форма пуномоћја *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Српска политичка мисао*, 4/2016, 267-313.
- Ђурђевић Дејан Б., *Институције наследног права*, Београд 2020.
- Ђурђевић Дејан, *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014.
- Ђурђевић Марко, *Уговор о поклону*, Београд 2012.
- Ђуровић Љиљана, „Непостојећи и ништави уговори“, *Правни живот*, 10/1996, 433-450.
- Јакшић Александар, „Нотаријат као јавна служба“, *Јавнобележничко право* (прир. Драгор Хибер), Београд 2006, 87-108.
- Јакшић Стеван, *Облигационо право, општи део*, Сарајево 1960.
- Карамарковић Лепосава, „Апсолутно ништави уговори“, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2004, 7-15.
- Карамарковић Лепосава, „Конвалидација уговора о промету непокретности“, *Правни живот*, 9-10/1993, 882;
- Караникић Мирић Марија, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, *Теме*, 4/2015, 1295-1317.
- Кеча Ранко, Кнежевић Марко С., *Грађанско процесно право*, Београд 2017.
- Кнежевић Марко, *Расправно начело у српском парничном поступку*, Београд 2016.
- Кнежић Поповић Драгана, „Непристрасност јавног бележника“, *Правни живот*, 13/2008, 535-546.
- Ковачек Станић Гордана, *Породично право – партнерско, дечје и старатељско право*, Нови Сад 2014.
- Константиновић Михаило, *Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969.
- Константиновић Михаило, *Облигационо право*, Београд 1962.
- Кораћ Велибор, „Нотарска форма уговора“, *Правни живот*, 12/2011, 83-103.
- Кораћ Велибор, *Улога нотара у састављању правних послова са посебним освртом на анализу упоредноправних рјешења, докторска дисертација*, Подгорица 2017.

- Крешић Мирела, „Закон о јавним билежницима Краљевине Југославије из 1930. судјеловање јавног билежника у оставинском поступку – искуства из прошлости“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2/2013, 357-363.
- Лазаревић Драгољуб, *Уговор о поклону*, Београд 2010.
- Лоза Богдан, *Облигационо право – посебни дио*, Сарајево 1961.
- Маленица Антун, *Римско право*, Нови Сад 2007.
- Маљковић Бранко, „Правне последице недостатка форме код уговора о отуђењу непокретних ствари“, *Правни живот*, 9-10/1993, 893-900.
- Марковић Лазар, *Грађанско право – Прва књига: Општи део и стварно право*, Београд 1927.
- Марковић Лазар, *Облигационо право*, репринт, Београд 1997.
- Матић Тин, „Електронички облик уговора и исправа – нови облик?“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1/2006, 165-185.
- Мидоровић Слобода Д., Николић Душан Ж., „Право својине и просторно планирање: утицај просторних планова на вредност непокретности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1775-1792.
- Мидоровић Слобода, Ковачевић Милица, „Слобода уговарања и њене границе на примеру „неправног уговора о доживотном издржавању“, *Зборник радова „Право у функцији развоја друштва“*, Косовска Митровица, 2019, Том II, 401-440.
- Мијановић Дражен, „Ништавост као претпоставка конверзије уговора“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4/2021, 1085-1113.
- Милошевић Љубиша, *Облигационо право*, Београд 1974.
- Мишчевић Николина, „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: време настанка потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2018, 1333-1350.
- Мишчевић Николина, „Активна легитимација за побијање правних радњи дужника изван стечаја: новчано (и неновчано) потраживање“, *Правна ријеч*, 55/2018, 481-497.
- Мишчевић Николина, „О значењу термина „доспелост“ из чл. 280, ст. 1 Закона о облигационим односима: само доспелост или и извршност потраживања?“, *Хармониус*, 2018, 130-144.
- Мишчевић Николина, „Форма обећања поклона покретне ствари“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2019, 1119-1143.

- Мишчевић Николина, „Форма уговора о хипотеци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015, 1403-1416.
- Мишчевић Николина, *Уговор о хипотеци*, завршни рад на мастер студијама одбрањен на Правном факултету у Новом Саду у септембру 2015. године.
- Николић Душан Ж., Мидоровић Слобода Д., „Ограничење права својине правом на дом (појмовна одређења и правна политика)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020, 39-70.
- Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2020.
- Никшић Саша, „Електроничка трговина и уговори“, *Сувремено подузелништво: часопис за промицање подузелништва и тржишног господарства*, 9/2004, 94-102.
- Никшић Саша, „Тренутак перфекције уговора склопљених електроничким путем“, *Право у господарству*, 4/2002, 308-316.
- Орлић Миодраг, *Закључење уговора*, Београд 1993.
- Пајтић Бојан, *Јемство*, Нови Сад 2014
- Пајтић Бојан, Радовановић Сања, Дудаш Атила, *Облигационо право*, Нови Сад 2018.
- Перовић Слободан (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1995.
- Перовић Слободан, „Неважећи уговори према Закону о облигационим односима“, *Привреда и право*, 10/1978, 33-44.
- Перовић Слободан, *Забрањени уговори*, Београд 1975.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд 1980.
- Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Горњи Милановац 1980.
- Перовић Слободан, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд 1964.
- Петровић Биљана, „О реалним уговорима и њиховом односу према формалним уговорима“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 34-35/1996, 248-257.
- Петровић Драгољуб, „Форма уговора о промету непокретности“, *Правни живот*, 9-10/1993, 869-880.
- Пироћанац Милан С., „Питање о постојању или важности уговора сасвим је различито од питања његовог доказа“, *Бранич*, 13/1898, 441-445.
- Повлакић Мелиха, „Надлежност нотара у Босни и Херцеговини“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2/2013, 245-310.
- Познић Боривоје, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009.
- Попов Даница, *Грађанско право (општи део)*, Нови Сад 2012.

- Пранчић Вицко, „О дужности подузимања и ускрати службене радње јавног билежника“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 4/2008, 997-1023.
- Пушац Јована, „Правне последице повреде битне форме уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 65/2013, 353-370.
- Пушац Јована, „Форма облигационих уговора“, *Годишњак факултета правних наука*, 4/2014, 199-218.
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, Ниш 2016.
- Радовановић Сања, „Закључивање уговора путем интернета – иде ли право у корак са временом?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2008, 279-291.
- Радовановић Сања, Мишчевић Николина, „О електронској форми уговора у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1641-1661.
- Радовановић Сања, Мишчевић Николина, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020, 267-287.
- Радовчић Весна, *Правна проблематика и развитак института даровања*, Загреб 1983.
- Ријавец Весна, „Primerjalnopravni pregled različityh oblika notarijata v svetu“, *Revija za pravno teorijo in prakso*, 51/1996, 11.
- Ријавец Весна, „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, 108-129.
- Ромац Анте, *Римско право*, Загреб 1981.
- Салма Јожеф, „Форма облигационих уговора“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-3/1983, 203-222.
- Салма Јожеф, *Облигационо право*, Нови Сад 2009.
- Станивуковић Маја, „Закључивање уговора о међународној продаји путем електронских средстава комуникације- неки правни проблеми“, *Правни живот*, бр. 11/2004, 343-360.
- Станковић Милош П., *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд 2015.
- Станковић Обрен, „Реални уговори у Српском грађанском законнику, његовом изворнику и упоредноправно“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994, Миодраг Јовичић (ур.), Београд 1996, 277-280.

- Станковић Обрен, Водинелић Владимир В., *Увод у грађанско право*, Београд 2007.
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, Београд 1999.
- Стојановић Наташа, „Облигационоправни уговори од посебног значаја за наследно право и уставнова нужног дела“, *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda*, Београд 2009, 445-456.
- Стојановић Наташа, „Уговор о уступању и расподели имовине за живота – законодавство, теорија и пракса“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 51/2008, 25-39.
- Стојановић Наташа, „Улога јавних бележника у наследноправним стварима“, *Правни живот*, 12/2011, 31-46.
- Тешић Ненад, „О значају форме за промет непокретности– анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2014, 482-513.
- Трговчевић Прокић Милена, „Јавнобележнички запис и солемнизација“, *Правни живот*, бр. 12/2017, 33-50.
- Трговчевић Прокић Милена, *Овлашћења јавног бележника и организација бележничтва*, Београд 2012.
- Трнавци Генц, „Закључивање, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2009, 449-472.
- Хибер Драгор, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2015, 58-
- Хибер Драгор, „Предуговор обезбеђен капаром код уговора о промету непокретности у праву Србије“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/2018, 57-87.
- Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015.
- Henssler Martin, „Будућност јавног бележника у правним оквирима Европе“, *Континентално право – часопис за одржив и складан развој права*, 1/2017.
- Цветић Раденка М., „Право етажних власника на заједничким деловима зграде“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1343-1362.
- Цветковић Михајло С., *Закључење и престанак уговора о поклону*, докторска дисертација, Ниш 2015.

- Aebi-Müller Regina E, Müller Christoph (Hrsg.), *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018.
- Armbrüster Christian, Preuß Nicola, Renner Thomas, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, BeurhG, DOnot – Kommentar*, Berlin 2009.
- Arnet Ruth, „Form folgt Funktion“, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)* 149/2013, 391-414.
- Bamberger Heinz Georg, Roth Herbert, Hau Wolfgang, Poseck Roman (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK BGB)*, München 2019.
- Baumann Wolfgang, „Das Amt des Notars - Seine öffentlichen und sozialen Funktionen“, *Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (MittRhNotK)*, 1/1996, 1-28.
- Benbent Alain, *Droit civil – Les obligations*, Paris 2010.
- Bernard Karl-Heinz, *Formbedürftige Rechtsgeschäfte*, Berlin 1979.
- Bernhard Erkki, *Beck'sches Notar-Handbuch*, München 2015.
- Boehmer Gustav, „Realverträge im heutigen Rechte“, *Archiv für bürgerliches Recht*, Bd. 38, 1913, 314-334.
- Brox Hans, Walker Wolf-Dietrich, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 2014.
- Bydlinski Peter, „Die Notariatsaktspflicht 1850 und heute“, *Österreichische Notariatszeitung (NZ)*, 1990, 289-292.
- Bydlinski Peter, „Die Formpflicht bei der Schenkung ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NZwG)“, *Österreichische Notariatszeitung (NZ)* 1991, 166 и даље.
- Bydlinski Peter, Franz Bydlinski, *Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand*, Wien 2001.
- Cramer Conradin, „Die Form der Vollmacht für öffentlich zu beurkundende Verträge“, *Aktuelle juristische Praxis - Pratique juridique Actuelle (AJP/PJA)* 3/2018, 281-292.
- Di Fabio Udo, „Form und Freiheit“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 5/2006, 342-350.
- Diósi Gy., *Contract in Roman Law – From the Twelve Tables to the Glossators*, Budapest 1981.
- Fenveyes Attila, Kerschner Ferdinand, Vonkilch Andreas, *3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Klang Kommentar)*, Wien 2013.
- Fikentscher Wolfgang, *Das Schuldrecht*, Berlin 1997.

- Fountoulakis Christiana, „Bürgerschaft – von den Hoffnungen des Gesetzgebers und was davon übrig bleibt“, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2010, 423-434.
- Furrer Andreas, Schnyder Anton K. (Hrsg.), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, Zürich 2016.
- Ganter Hans Gerhard, „Die Belehrungspflichten des Urkundsnotars im Falle des Vorliegens einer ungesicherten Vorleistung“, *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (NotBZ)*, 9/2000, 277-279.
- Ganter Hans Gerhard, „Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 6/2004, 421-437.
- Ganter Hans Gerhard, „Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DnotZ)*, 11/1998, 851-867.
- Gaupp Rolf, „Die Unparteilichkeit des Notars: Eine Garantie des Vertragsrechts“, *XXXIV. Kongres des lateinischen Notariats- Bericht der Deutschen Delegation*, Heilbronn 2003.
- Görk Stefan (Hrsg.), *BeckOK BnotO mit DONot und RLEmbNotK*, (auf der Grundlage von Schippel/Bracker, BnotO, 2011), München 2020.
- Hagen Horst, „Form als Schwester der Freiheit“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 9/2010, 644-655.
- Hagen Horst, „Formnichtigkeit und Treu und Glauben – Abschied von der Legende relevanter „Existenzgefährdung“, *Festschrift für Rainer Kanzleiter*, 2010, 185-194.
- Häsemeyer Ludwig, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte – Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft*, Frankfurt 1971.
- Hau Wolfgang, Poseck Roman (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK BGB)*, München 2021.
- Heiss Helmut, *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen 1999.
- Heldrich Karl, „Die Form des Vertrages - Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2/1941, 89-129.
- Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberg, (Hrsg.), *ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar (Kurzkommentar zum ABGB)*, 3. Auflage, Wien 2010.
- Huguenin Claire, Müller-Chen Markus (Hrsg.), *Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage, 2016.

- Jansen Paul, *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetz und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften – Kommentar*, Berlin 1972.
- Jhering Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Zweiter Teil, Leipzig 1926.
- Kanzleiter Rainer, „Anforderungen an die Unterschriften von Beteiligten und Notar unter der Notariellen Niederschrift“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 7/2002, 520-527.
- Kanzleiter Rainer, „Der Ausschluß der Rückforderung von Leistungen auf formnichtige Grundstücksgeschäfte“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 5/1986, 258-264.
- Kanzleiter Rainer, „Anforderungen an die Unterzeichnung der Niederschrift durch die Beteiligten“, *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot)*, 3/2003, 197-199.
- Kanzleiter Rainer, „Das Vorlesen“ der Niederschrift“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 1997, 261-269.
- Kanzleiter Rainer, „Formzwecke, Beurkundungsverfahren und Berufsrecht - Die Änderungen des Beurkundungsverfahrenrechts durch die BNotO-Novelle v. 31.8.1998“, *DnotZ*, 4/1999, 292-306.
- Kaser Max, Knütel Rolf, *Römisches Privatrecht*, München 2014.
- Klaus Tonner, Armin Willingman, Marina Tamm (Hrsg.), *Vertragsrecht Kommentar*, Köln 2010.
- Kletečka Andreas, Schauer Martin, *ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Stand 01.03.2017.
- Köhler Helmut, „Die neuere Rechtsprechung zur Rechtsgeschäftslehre“, *JuristenZeitung (JZ)*, 1/1984, 20.
- Köhler Helmut, *BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, München 2013
- Kötz Hein, *Vertragsrecht*, Tübingen 2012.
- Lieder Jan, Berneith Daniel, „Die Umdeutung nach § 140 BGB“, *Juristische Schulung (JuS)*, 12/2015, 1063-1067.
- Looschelders Dirk, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, München 2018.
- Lorenz Werner, „Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge“, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 5/1958, 381-413.
- Löwe Walter, „Beurkundungsfreiheit für Grunderwerbverpflichtung“, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)*, 16/1972, 715-719.

- MacCormack Geoffrey, „Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review*, 3/1969, 439-468.
- Malavet Pedro, „Counsel for the Situation: The Latin notary, A Historical and Comparative Model“, *Hastings International and Comparative Law Review*, 3/1996, 389-488.
- Malzer Hans Michael, „Die öffentliche Beglaubigung – Wesen, Funktion, Bedeutung und Perspektive einer zivilrechtlichen Formvorschrift“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 3/2000, 169-184.
- Medicus Dieter, Lorenz Stephan, *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, München 2015.
- Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages*, Art. 19-22 OR, Bern 1991.
- Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), *BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Bern 1986.
- Melchers Johannes, „Zur Verweisung als Erklärungsmittel in der notariellen Niederschrift“, *Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg (BWNotZ)*, 2/1991, 41.
- Mertens Bernd, „Die Reichweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB“, *Juristenzeitung*, 9/2004, 431-439.
- Mugdan Benno, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1899, 2. свѣска.
- Musielak Hans-Joachim, „Vertragsfreiheit und ihre Grenzen“, *Juristische Schulung (Jus)*, 10/2017, 949-954.
- Pisko Oskar, „Erfüllung und Heilung formungültiger Geschäfte“, *Juristische Blätter*, 1934, 511-517.
- Plewe Lutz-Indigo, *Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts*, Aachen 2003.
- Pohlmann Petra, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung*, Berlin 1992.
- Rauscher Thomas, Krüger Wolfgang, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (Münch.Kommentar zum ZPO)*, 6. Auflage, München 2020.
- Regler Rainer, „Die notarielle Prüfungs- und Betreuungspflicht – Strukturfragen für Gegenwart und Zukunft“, *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot)*, 2/2017, 115-125.

- Reinhart Gert, *Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht*, Heidelberg 1969, наведено према Petra Pohlmann, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung*, Berlin 1992.
- Reithmann Christoph y Richard Daimer, Christoph Reithmann, *Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars*, Limburg 1974.
- Reithmann Christoph, „Die „Verhandlung“ (§ 8 BeurkG) als Kernstück der Beurkundung“, *DnotZ* 2003, 603-611.
- Reithmann Christoph, „Nr. 4 Doppelte Belehrungspflicht bei ungesicherter Vorleistung“, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 8/1998, 637-644.
- Reithmann Cristoph, *Allgemeines Urkundenrecht, Beweise, Begriffe und Beweisregeln*, Köln 1972. Наведено према Jörg Bettendorf, „Elektronische Dokumente und Formqualität“, *Reinische Notarzeitschrift (RnotZ)*, 2005.
- Rösler Patrick, „Formbedürftigkeit der Vollmacht- Eine Darstellung nach Fallgruppen“, *Neue juristische Wochenschrift* 16/1999, 1151-1153.
- Rothmann Laura, *Beurkundung und Bezugnahme – Zum verfahrensrechtlichen Umgang mit komplexen Vertragswerken*, Baden-Baden 2018.
- Rubin Daniel, „Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft“, *Ecolex* 1/2010, 24 и даље.
- Rummel Peter, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 2000.
- Rummel Peter, Lukas Meinhard (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 2014.
- Sabadin Medina Francisco, *Das Nichtrechtsgeschäft im deutschen Zivilrecht – Ein Beitrag zu den Tatbeständen des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung*, Hamburg 2015.
- Säcker Franz Jürgen, Rixecker Roland, Oetker Hartmut, Limperg Bettina, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Münch.Kommentar zum BGB)*, 8. Auflage, München 2018.
- Savigny Friedrich Carl von, *Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Zweiter Band, Berlin 1853.
- Schauer Martin, „Zur Formpflicht der Vollmacht bei der Schenkung“, *Österreichische Notariatszeitung*, 1984, 185 и даље.
- Schillig Michael, „Gläubigeranfechtung gegen den Einzelrechtsnachfolger – Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus notarieller Sicht“, *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot)*, 5/2002, 347-355.

- Schloßmann Siegmund, „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte“, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 45 (1903), 1-96.
- Schmid Jörg, „Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht“ y *Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars* (Hrsg. Jörg Schmid), Zürich 2006.
- Schöll Michael, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Bern 2005.
- Schultze Götz, *Die Naturalobligation*, Tübingen 2008.
- Schulze Reiner (Hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (BGB Handkommentar)*, 10. Auflage 2019.
- Stürner Rolf (Hrsg.), *Jauernig Bürgerlichesgesetzbuch Kommentar (Jauernig BGB Kommentar)*, 18. Auflage, 2021.
- Stürner Rolf (Hrsg.), *Jauernig Bürgerlichesgesetzbuch Kommentar*, 17. Auflage, München 2018.
- Stürner Rolf, „Der Notar – unabhängiges Organ der Rechtspflege?“, *JuristenZeitung*, 5-6/1974, 154-160.
- Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München 2020.
- Tonner Klaus, Willingmann Armin, Tamm Marina, *Vertragsrecht Kommentar*, Köln 2010.
- Wagner Herbert, „Zum Schutzzweck des Beurkundungszwangs gemäß § 313 BGB“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 5/1972, 452-473.
- Wagner Kurt, Knechtel Gerhard, *NO online - Kommentar zur Notariatsodrnung*, Stand 1.1.2007. rdb.at.
- Wais Hannes, „Zentrale Form- und Heilungsvorschriften des BGB im Überblick“, *Juristische Schulung (JuS)*, 1/2020, 7-12.
- Weiß Egon, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Fünfter Band, Wien 1954.
- Winkler Karl, *Beurkundungsgesetz Kommentar*, München 2008.
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations – Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Unversity Press 1996.
- Zugschwerdt Johann Baptist, *Beitrag zur Vertheidigung des Notariatsinstitutes in Oesterreich*, Wien 1852.

ИЗВОРИ

- Закон о адвокатима за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, (*Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 65 од 19. марта 1929. године).
- Закон о државном премеру и катастру (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 - одлука УС, 96/2015, 47/2017 - аутентично тумачење, 113/2017 - др. закон, 27/2018 - др. закон, 41/2018 - др. закон и 9/2020 - др. закон).
- Закон о електронској трговини (*Сл. гласник РС*, бр. 41/2009 и 95/2013).
- Закон о електронском документу (*Сл. гласник РС*, број 51/09).
- Закон о електронском потпису (*Сл. гласник РС*, број 135/04).
- Закон о извршењу и обезбеђењу (*Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење, 113/2017 - аутентично тумачење и 54/2019).
- Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку 2014. године (*Сл. гласник РС*, бр. 55/2014).
- Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележништву (*Сл. гласник РС*, бр. 19/2013).
- Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележништву (*Сл. гласник РС*, бр. 121/2014).
- Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележништву (*Сл. гласник РС*, бр. 6/2015).
- Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележништву (*Сл. гласник РС*, бр. 6/15).
- Закон о изменама и допуни Закона о облигационим односима (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2020).
- Закон о јавним бележницима (нотарима) (*Сл. новине Краљевине Југославије* бр. 220/1930).
- Закон о наслеђивању (*Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003, 6/2015).
- Закон о наслеђивању из 1955. године (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 20/55).
- Закон о наслеђивању из 1974. године (*Сл. гласник СРС*, бр. 52/74, 1/80).
- Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 86/46, 105/46, 96/47).
- Закон о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020).

- Закон о основама својинскоправних односа (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 - др. Закон).
- Закон о планирању и изградњи (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009-105, 81/2009-76 (исправка), 64/2010-66 (УС), 24/2011-3, 121/2012-14, 42/2013-37 (УС), 50/2013-23 (УС), 98/2013-258 (УС), 132/2014-3, 145/2014-72, 83/2018-18, 31/2019-9, 37/2019-3 (др. закон), 9/2020-3, 52/2021-22).
- Закон о порезима на имовину (*Сл. гласник РС*, бр. 26/2001, *Сл. лист СРЈ*, бр. 42/2002 – одлука СУС и *Сл. Гласник РС*, бр. 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 – одлука СУС, 47/2013, 68/2014 – др. закон, 95/2018, 99/2018 -одлука УС, 86/2019 и 144/2020).
- Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Сл. гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021).
- Закон о поступку судском у грађанским парницама од 16. јуна 1865. године.
- Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова (*Сл. гласник РС*, бр. 41/2018-16, 95/2018-352, 31/2019-15, 15/2020-5).
- Закон о потврди одлука и закона пре 1. децембра 1945. године (*Сл. лист ФНРЈ* бр. 91/46).
- Закон о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, 36/2011-3, 99/2011-14, 83/2014-15 (др. закон), 5/2015-3, 44/2018-27, 95/2018-335, 91/2019-61, 109/2021-15).
- Закон о промету земљишта и зграда од 23. јуна 1954. године (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 26/54, 19/55, 48/58, 30/62, 53/62, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 15/65).
- Закон о промету непокретности (*Сл. Гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015).
- Закон о промету непокретности из 1974. године (*Сл. гласник СРС*, бр. 15/74, 14/77).
- Закон о промету непокретности из 1981. године (*Сл. гласник СРС*, бр. 43/81, 24/85, 28/87, 6/89, 30/89, 40/89, *Сл. гласник РС*, бр. 53/93, 67/93, 48/94).
- Закон о промету непокретности из 1998. године (*Сл. гласник РС*, бр. 42/98, 111/2009).
- Закон о становању и одржавању зграда (*Сл. гласник РС*, бр. 104/2016 и 9/2020 - др. закон).
- Закон о хипотеци (*Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 - одлука УС и 83/2015).
- Закон о ванпарничном поступку (*Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон).

- Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању (*Сл. гласник РС*, бр. 94/2017).
- Одлука о укидању јавних бележника и јавнобележничких комора – Одлука АВНОЈ-а (*Сл. лист ДФЈ* 1/1945).
- Општи имовински законик за Црну гору – ОИЗ из 1888. године.
- Породични закон (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015).
- Правилник о вођењу посебне централизоване евиденције о уговорима о промету непокретности који су сачињени у облику јавнобележничког записа и уговора који су закључени у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) приватне исправе (*Службени гласник* бр. 105/2020, 106/2020).
- Правилник о начину подношења пријаве за порезе на имовину преко јавног бележника (*Сл. Гласник РС*, бр. 50/2018).
- Предлог Закона о изменама и допуни Закона о облигационим односима из 2019. године. Доступно на интернет страници:
http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2883-19.pdf.
- Српски грађански законик (Грађански законик за Књажество Србију) – СГЗ из 1844. године.
- Уредба о контроли промета непокретностима од 24. марта 1948. године (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 24/48, 43/53).
- Уредба о нотаријату швајцарског Кантона Золотурн (*Notariatsverordnung*) од 21. августа 1959 (*BGS* Nr. 129.11) са изменама.
- Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС* бр. 98/2006, 16/2022) – Одлука о проглашењу Уставног закона за спровођење Акта о промени Устава Републике Србије - Амандмани I - XXIX – „Сл. гласник РС”, бр. 115/2021).
- Аустријска Уредба савезног министра спољних послова од 16. марта 1984. о вршењу послова оверавања од стране аустријских представништава у иностранству објављена 5. априла 1984. године (*BGBI.* 140/84).
- Аустријски Закон о браку – *Ehegesetz* од 6. јула 1938. године (*dRGBI.* I S 807/1938), последњи пут мењан законом објављеним у *BGBI.* I Nr. 59/2017.
- Аустријски Закон о ванпарничном поступку (*Außerstreitgesetz* – *AußStG*) од 12. децембра 2003. године (*BGBI.* I Nr. 111/2003) последњи пут мењан законом од 22. маја 2019. године (*BGBI.* I Nr. 38/2019).

- Аустријски Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу - *Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) (RGrBl. Nr. 58/1906)* од 6. марта 1906. године, последњи пут мењан законом *BGrBl. I Nr. 125/1998*.
- Аустријски Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу - *Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG* од 6. марта 1906. године (*RGrBl. Nr. 58/1906*) који је последњи пут мењан законом *BGrBl. I Nr. 86/2021*.
- Аустријски Закон о електронским потписима и службама од поверења за електронске трансакције (*Bundesgesetz über elektronische Signaturen und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen (Signatur – und Vertrauensdienstegesetz)*) од 19. августа 1999. године (*BGrBl. I Nr. 190/1999*) последњи пут мењан законом од 8. јула 2016. године (*BGrBl I 50/2016*).
- Аустријски Закон о земљишној књизи (*Allgemeines Grundbuchsgesetz*) од 2. фебруара 1955. године (*BGrBl. Nr. 39/1955*) последњи пут мењан законом од 24. јула 2020. године (*BGrBl. I Nr. 81/2020*).
- Аустријски Закон о нотаријату – *Notariatsordnung (RGrBl. Nr. 75/1871)* последњи пут мењан законом законом објављеним у службеном листу *BGrBl. I Nr. 86/2021*.
- Аустријски Закон о општој реформи извршног права - *Gesamtreform des Exekutionsrechts (GREx) (BGrBl. I Nr. 86/2021)* од 14. маја 2021. године.
- Аустријски Закон о побијању правних радњи дужника изван стечаја - *Anfechtungsordnung (AnfO) (RGrBl. Nr. 337/1914)* од 10. децембра 1914 године.
- Аустријски Закон о регистрованом партнерству - *Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (BGrBl. I Nr. 135/2009)* од 01.01.2010. године који је последњи пут мењан законом објављеним у *BGrBl. I Nr. 86/2021*.
- Аустријски Закон о стечају – *Konkursordnung (KO) (RGrBl. Nr. 337/1914)* од 10. децембра 1914 године, касније преименован у *Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO)*.
- Аустријски Закон од 25. јула 1871. године о захтеву јавнобележничког састављања одређених правних послова - (*Gesetz vom 25. Juli 1871, betreffend das Erforderniß der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte - Notariatszwangsgesetz (NZwG)/ Notariatsaktsgesetz (NotAktsG)*) (*RGrBl. Nr. 76/1871*).
- Аустријски општи грађански законик (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*) из 1811. године са изменама.

- Аустријски Савезни закон о акционарским друштвима - *Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz – AktG)* (BGBl. I Nr. 98/1965) последњи пут мењан чл. 11 закона од 14. маја 2021. године (BGBl. I Nr. 86/2021).
- Аустријски Савезни закон о уговорима о потрошачком кредиту и другим формама кредитирања у корист потрошача - Закон о потрошачком кредиту (*Bundesgesetz über Verbraucherkreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern - Verbraucherkreditgesetz*) од 11. јуна 2010. године (BGBl. I Nr. 28/2010), последњи пут мењан законом од 5. јануара 2021. године (BGBl. I Nr. 1/2021).
- Немачки Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*) од 2. јануара 2002. године (*Bundesgesetzblatt. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738*), последњи пут мењан чланом 4d закона од 18. децембра 2018. године (*Bundesgesetzblatt. I S. 2651*)
- Немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу - *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)* (RGBl. I S. 477) од 20.04.1982. године, последњи пут мењан 3. јуна 2021. године.
- Немачки Закон о земљишној књизи (*Grundbuchsordnung*) у издању од 26. маја 1994. године (BGBl. I S. 1114), последњи пут мењан чланом 28 Закона од 5. октобра 2021. године (BGBl. I S. 4607).
- Немачки Закон о парничном поступку (*Zivilprozessordnung*) у верзији од 5. децембра 2005. године (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781) последњи пут мењан чл. 8 закона од 20. децембра 2020. године (BGBl. I S. 3320).
- Немачки Закон о потврђивању исправа – нЗПотИсп (*Beurkundungsgesetz*) од 28. августа 1969. године (BGBl. I S. 1513) последњи пут мењан чланом 13 Закона од 30. новембра 2019. године (BGBl. I S. 1942).
- Немачки Закон о прилагођавању услова форме у приватном праву и других услова модерном правном промету (*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*) од 18. јула 2001. године (BGBl. I Nr. 35/2001).
- Немачки Трговачки законик (*Handelsgesetzbuch*) од 10. маја 1897. године, последњи пут мењан 10. августа 2021. године (BGBl. I S. 3436).
- Немачка Правила службе за нотарке и нотаре (*Dienstordnung für Notarinnen und Notare- DONot*).

- Уводни закон за Грађански законик (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) у верзији од 21. септембра 1994 године (*BGBI. I S. 2494; 1997 I S. 1061*) последњи пут мењан чл. 2 закона од 10. августа 2012. (*BGBI. I S. 3515*).
- Француски грађански законик (*Code civile*) из 1804. године, у верзији од 01. октобра 2016. године.
- Хрватски Закон о јавном билежничтву – хЗЈБ (*NN. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16*).
- Хрватски Закон о обвезним односима – хЗОО (*NN. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18*).
- Црногорски Закон о нотарима - цгЗНот (*Сл. лист РЦГ, бр. 68/2005 и Сл. лист ЦГ, бр. 49/2008 и 55/2016 и 84/2018*).
- Швајцарски Законик о облигацијама (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*) из 1911. са изменама.
- Италијански грађански законик (*Codice civile*) од 16. марта 1942. године (*Regio Decreto, n. 262*) са изменама.
- Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, *Official Journal of the European Communities* (OJ) L 13, 19. 01. 2000.
- Directive 2000/31’/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), *Official Journal of the European Communities* (OJ) L 178, 17. 07. 2000.

СУДСКА ПРАКСА

- Пресуда Врховног касационог суда бр. Рев. 236/14 од 25.02.2015. године.
- Пресуда Врховног касационог суда бр. Рев. 772/2020 од 7.10.2020. године.
- Начелно мишљење Проширене опште седнице Савезног врховног суда, бр. 8/1957 од 11.01.1957. године.
- Решење Врховног суда Србије, Рев. 2339/99 од 30. децембра 1999. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 3/1999*.
- Правни став усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 25.10.2016. године.

- Пресуда Привредног апелационог суда бр. Пж. 12981/11(2) од 9. новембра 2011. године.
- Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу бр. Гж-1756/17 од 27.04.2018. године.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Гж. 25/18 од 13.04.2018. године
- Пресуда Вишег трговинског суда бр. Пж. 418/03 од 6. марта 2003. године.
- Решење Вишег суда у Новом Саду, бр. Гж. 795/10 од 18.12.2011. године.
- Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20.10.2015. године.
- Одлука Врховног суда НР Хрватске бр. Гж. 204/52-2 од 25.03.1952. године.
- Одлука Врховног суда НР Хрватске бр. Гж.-666/57.
- Одлука Врховног суда НР Хрватске бр. Рев-615/65.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 2Ob247/48 од 23.02.1949. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5Ob 1528/85 од 06.09.1985. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 1Ob173/11i од 22. децембра 2011. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 2 Ob 13/18b од 30.10.2018. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 2Ob49/94 од 30. јуна 1994. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 3Ob127/72 од 23. новембра 1972. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 4Ob518/96 од 26. фебруара 1996. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5Ob 16/72 од 28. марта 1972. године
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5Ob 266/99z од 20.10.1999. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5Ob 346/68 од 05.03.1969. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 5Ob34/84 од 26.06.1984. године
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 6Ob167/17b од 28.02.2018. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 6Ob625/82 од 19. маја 1983 године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 6Ob66/13v од 4. јула 2013. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 7Ob176/04i од 28. јула 2004 године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 8Ob518/94 од 28. априла 1994. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 8Ob636/91 од 19. децембра 1991. године.
- Пресуда Врховног суда Аустрије (OGH) бр. 8ObA250/95 од 23. маја 1996. године.
- Одлука Врховног суда бр. 6337 из 1877. године, објављена у *Entscheidungen des K.K. Obersten Gerichtshofes in Civilsachen*, Беч 1880, стр. 3.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 233/80 од 18. децембра 1981. године.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 42/70 од 21. априла 1972. године.

- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. III ZR 50/95 од 2. маја 1996. године.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 102/93 од 7. октобра 1994. године.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 20/68 од 15. маја 1970. године.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 228/80 (KG) од 5. новембра 1982. године.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. III ZR 33/07 од 20.9.2007. године.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 279/01 од 25.10.2002. године, *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot)*, 3/2003, 233.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. V ZR 8/81 од 22. децембра 1982. године.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. IX ZR 4/97 од 15.01.1998. године
- Одлука немачког Вишег земаљског суда (OLG) у Франкфурту од 30.8.1999, бр. 1 Not 1/98, *DnotZ*, 7/2000, 513.
- Пресуда немачког Савезног суда (BGH) бр. III ZR 63/04 од 11.11.2004. године.
- Закључак немачког Земаљског суда у Минхену бр. 1 StR 140/12 од 6. септембра 2012. године.
- Закључак немачког Савезног суда (BGH) бр. BGH бр. V ZB 96/07 од 21.02.2008. године.
- Пресуда швајцарског Савезног суда од 7.12.1998. године, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 81/2000, 62.

План третмана података

Назив пројекта/истраживања
Назив институције/институција у оквиру којих се спроводи истраживање
а) б) в)
Назив програма у оквиру ког се реализује истраживање
1. Опис података
<p>1.1 Врста студије</p> <p><i>Укратко описати тип студије у оквиру које се подаци прикупљају</i></p> <p>Није било прикупљања података.</p> <hr/> <hr/>
<p>1.2 Врсте података</p> <p>а) квантитативни</p> <p>б) квалитативни</p>
<p>1.3. Начин прикупљања података</p> <p>а) анкете, упитници, тестови</p> <p>б) клиничке процене, медицински записи, електронски здравствени записи</p> <p>в) генотипови: навести врсту _____</p> <p>г) административни подаци: навести врсту _____</p>

д) узорци ткива: навести врсту _____

ђ) снимци, фотографије: навести врсту _____

е) текст, навести врсту _____

ж) мапа, навести врсту _____

з) остало: описати _____

1.3 Формат података, употребљене скале, количина података

1.3.1 Употребљени софтвер и формат датотеке:

а) Excel фајл, датотека _____

б) SPSS фајл, датотека _____

в) PDF фајл, датотека _____

г) Текст фајл, датотека _____

д) JPG фајл, датотека _____

е) Остало, датотека _____

1.3.2. Број записа (код квантитативних података)

а) број варијабли _____

б) број мерења (испитаника, процена, снимака и сл.) _____

1.3.3. Поновљена мерења

а) да

б) не

Уколико је одговор да, одговорити на следећа питања:

а) временски размак измедју поновљених мера је _____

б) варијабле које се више пута мере односе се на _____

в) нове верзије фајлова који садрже поновљена мерења су именоване као _____

Напомене: _____

Да ли формати и софтвер омогућавају дељење и дугорочну валидност података?

а) Да

б) Не

Ако је одговор не, образложити _____

2. Прикупљање података

2.1 Методологија за прикупљање/генерисање података

2.1.1. У оквиру ког истраживачког нацрта су подаци прикупљени?

а) експеримент, навести тип _____

б) корелационо истраживање, навести тип _____

ц) анализа текста, навести тип _____

д) остало, навести шта _____

2.1.2 Навести врсте мерних инструмената или стандарде података специфичних за одређену научну дисциплину (ако постоје).

2.2 Квалитет података и стандарди

2.2.1. Третман недостајућих података

а) Да ли матрица садржи недостајуће податке? Да Не

Ако је одговор да, одговорити на следећа питања:

а) Колики је број недостајућих података? _____

б) Да ли се кориснику матрице препоручује замена недостајућих података? Да Не

в) Ако је одговор да, навести сугестије за третман замене недостајућих података

2.2.2. На који начин је контролисан квалитет података? Описати

2.2.3. На који начин је извршена контрола уноса података у матрицу?

3. Третман података и пратећа документација

3.1. Третман и чување података

3.1.1. Подаци ће бити депоновани у _____ репозиторијум.

3.1.2. URL адреса _____

3.1.3. DOI _____

3.1.4. Да ли ће подаци бити у отвореном приступу?

а) Да

б) Да, али после ембарга који ће трајати до _____

в) Не

Ако је одговор не, навести разлог _____

3.1.5. Подаци неће бити депоновани у репозиторијум, али ће бити чувани.

Образложење

3.2 Метаподаци и документација података

3.2.1. Који стандард за метаподатке ће бити примењен? _____

3.2.1. Навести метаподатке на основу којих су подаци депоновани у репозиторијум.

Ако је потребно, навести методе које се користе за преузимање података, аналитичке и процедуралне информације, њихово кодирање, детаљне описе варијабли, записа итд.

3.3 Стратегија и стандарди за чување података

3.3.1. До ког периода ће подаци бити чувани у репозиторијуму? _____

3.3.2. Да ли ће подаци бити депоновани под шифром? Да Не

3.3.3. Да ли ће шифра бити доступна одређеном кругу истраживача? Да Не

3.3.4. Да ли се подаци морају уклонити из отвореног приступа после извесног времена?

Да Не

Образложити

4. Безбедност података и заштита поверљивих информација

Овај одељак МОРА бити попуњен ако ваши подаци укључују личне податке који се односе на учеснике у истраживању. За друга истраживања треба такође размотрити заштиту и сигурност података.

4.1 Формални стандарди за сигурност информација/података

Истраживачи који спроводе испитивања с људима морају да се придржавају Закона о заштити података о личности (https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_zastiti_podataka_o_licnosti.html) и одговарајућег институционалног кодекса о академском интегритету.

4.1.2. Да ли је истраживање одобрено од стране етичке комисије? Да Не

Ако је одговор Да, навести датум и назив етичке комисије која је одобрила истраживање

4.1.2. Да ли подаци укључују личне податке учесника у истраживању? Да Не

Ако је одговор да, наведите на који начин сте осигурали поверљивост и сигурност информација везаних за испитанике:

- а) Подаци нису у отвореном приступу
 - б) Подаци су анонимизирани
 - ц) Остало, навести шта
-
-

5. Доступност података

5.1. Подаци ће бити

- а) јавно доступни
- б) доступни само уском кругу истраживача у одређеној научној области
- ц) затворени

Ако су подаци доступни само уском кругу истраживача, навести под којим условима могу да их користе:

Ако су подаци доступни само уском кругу истраживача, навести на који начин могу приступити подацима:

5.4. Навести лиценцу под којом ће прикупљени подаци бити архивирани.

6. Улоге и одговорност

6.1. Навести име и презиме и мејл адресу власника (аутора) података

6.2. Навести име и презиме и мејл адресу особе која одржава матрицу с подацима

6.3. Навести име и презиме и мејл адресу особе која омогућује приступ подацима другим истраживачима
