

ИСТОРИЈА ПООШТРАВАЊА ЗАКОНСКЕ ФОРМЕ УГОВОРА О ОТУЂЕЊУ НЕПОКРЕТНОСТИ У СРПСКОМ ПРАВУ^а

Марија Караникић Мирић

Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, Србија
marija@ius.bg.ac.rs

Апстракт

Предмет овога рада је непрекинути процес поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву, разлози због којих је то тако, као и најновије законске промене којима је ова форма учињена строжом него икада. Законска форма прво је поштравана посредно, правилима грађанског судског поступка, а потом и непосредно, правилима материјалног уговорног права. Сврха обавезне законске форме је, на првом месту, заштита друштвеног интереса, који обухвата: смањење броја спорова о постојању и садржини уговора о отуђењу непокретности; стручно и савесно састављање исправа о таквим уговорима, које ће имати својство јавне исправе и пуну доказну снагу; могућност да се свако ко има правни интерес с поуздањем увери у постојање и садржину туђих уговора; увид државе у промет непокретности – пре свега ради очувања поузданости јавних регистара, али и из фискалних разлога. Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности сведочи да наше друштво стално трага за инструментима за остваривање ових циљева.

Кључне речи: законска форма, уговорена форма, солемнизација, јавнобележнички запис, отуђење непокретности

THE PROCESS OF TIGHTENING THE RULES ON FORM OF CONTRACTS FOR CONVEYANCE OF REAL ESTATE IN SERBIAN LAW

Abstract

The subject of this paper is continuous process of tightening of the statutory rules on form of contracts for conveyance of real estate in Serbian law, the reasons behind

^а Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Идентитетски преображај Србије.“

it, and the most recent legal changes which made the statutory form stricter than ever. In the beginning, the requirements of form were imposed circuitously, by means of procedural rules on proof. Further tightening was effectuated directly, via the rules of substantive contract law. Statutory form of contracts for transfer of real property predominantly serves to protect public interests, i.e. to reduce the number of disputes about the existence and content of these contracts; to ensure the existence of a diligently and professionally recorded and authenticated public instrument with full probative force; to assure that the third parties with legitimate interests may learn about these contracts as matters of fact; to ensure that the State has full information on transfer of real rights in immovable property – for fiscal reasons, and in order to maintain reliability of the public records. The process of constant tightening of the rules on legal form of contracts for conveyance of real estate indicates that Serbian society is in continual search for effective instruments to achieve these goals.

Key words: legal form (*forme légale*), agreed form (*forme conventionnelle ou réservée*), solemnization, formal notarial recording act (*acte authentique*), conveyance of real estate

УОПШТЕНО О ФОРМИ УГОВОРА

Форма правног посла јесте облик у којем се изјављује воља (Водинелић, 2012, стр. 453), то је унапред одређени, спољни и видљиви начин изражавања садржине уговора (Перовић, 1964, стр. 26), средство којим се материјализује садржина воље субјекта који предузима правни посао. По начину изражавања воље форма се у савременој теорији дели на усмену, писмену, реалну и електронску; писмена форма се дели на обичну (својеручно потписана исправа) и квалификовану; а квалификована писмена форма даље се разврстава на јавно оверену (легализовану) исправу, јавно потврђену (солемнизовану) исправу и јавно састављену исправу (Ђурђевић, 2014, стр. 23–27).

Неформални уговор није уговор *без форме*: Сваки уговор подразумева сагласност *изјављених*, манифестованих, саопштених воља. И прихват и понуда су адресовани правни послови – чине се *спрам* некога – па морају бити сазнатљиви, подобни за пријем, да би уопште могли да произведу правно дејство (Водинелић, 2012, стр. 446). Уговор мора да има форму и када је неформалан. Ако нема форме – нема ни уговора (Мораит, 2010, стр. 167). Михајло Вуковић је писао да су сви уговори *формални у вулгарном смислу* – јер, сваки уговор по природи ствари мора имати некакву форму. Само неки уговори су *формални у правном смислу*. То су они уговори чија формалност се не заснива на пукој „закономјерности корелације”, него на правном правилу или на споразуму уговорних страна. Форма у правном смислу је или наређена или уговорена. Ако форма није ни наређена ни уговорена, уговор ће бити формалан само у оном вулгарном, неизбежном смислу. Такве уговоре Вуковић назива *аформалним* (Вуковић, 1964, стр. 72–73). Вуковић говори и о правним

односима (а не о правним пословима!) *без форме*: Сви правни односи који настају без изјаве воље нужно настају и без икакве форме у правном смислу. Као пример наводи облигациони однос настао из чињенице проузроковања штете и чак разматра могућност да се чињеница проузроковања штете сагледа као форма одговорности, и то као форма у вулгарном смислу (Вуковић, 1964, стр. 77–78).

Форма, дакле, увек постоји. Друго је питање да ли је форма унапред задата, постоји ли захтев у погледу облика у којем воља мора да се испољи да би била правно релевантна. Ако се тражи да воља буде изражена у одређеној форми да би произвела правно дејство на које је управљена, онда је реч о формалном уговору. Тај захтев може да буде постављен општом нормом (законом) или појединачном нормом (споразумом уговорних страна). Ако нема општих или појединачних правила о обавезној форми једног уговора, за тај уговор се каже да је неформалан. Сам споразум о форми је неформалан уговор који не ствара обавезу закључења неког другог уговора, него условљава закључење тог другог уговора изражавањем сагласности о његовој садржини у тачно одређеној уговореној форми (Орлић, 1993, стр. 275).¹

Споразум о форми може да буде закључен и прећутно (Орлић, 1993, стр. 279, Rouiller, 2007, р. 163). Ипак, швајцарски писци упозоравају да се прећутни споразум о одређеној форми не може изводити из тога што је она уобичајена: Потребно је још и да постоји воља уговорних страна да поступе у складу с постојећим обичајем. Страна која тврди да постоји споразум о форми – мора то и да докаже. Уговорник посредно изказује вољу да уговор буде закључен у писменој форми када пошаље другој страни две копије споразума у писаном облику на потпис. Сложеност онога о чему стране постижу сагласност говори у прилог томе да стране имају намеру да уговор закључе у писменој форми. Пуко постизање усмене сагласности о садржини не значи да су стране одустале од раније закљученог споразума о форми: уговор не настаје све док се не задовољи та форма (Guggenheim, 2003, р. 75).

И споразум о форми и предуговор настају у предуговорној фази, и то поводом неког будућег уговора, али се битно разликују по правним ефектима. Из предуговора настаје обавеза једне или обеју страна предуговорница да закључе неки други уговор који зовемо главним. Насупрот томе, споразум о форми неког уговора не ствара обавезу да се уговор закључи. Међутим, ако стране које су се споразумеле о форми уговора приступе његовом закључењу, оне ће то мо-

¹ У римском праву од Јустинијана више није спорно да уговорена форма продаје – која је, иначе, консенсуална – није само пуки доказ о закљученом уговору, него услов његовог закључења (Borkowski, & du Plessis, 2005, pp. 261–262).

рати да обаве у форми о којој су се раније споразумеле, иначе уговор неће производити правна дејства. Ово је већ дуго и пракса Врховног суда Србије (Орлић, 2003, стр. 465).

Треба још имати на уму да *усмено* и *неформално* нису синоними. Усмено закључени уговори могу да буду и строго формални. Као пример за то најлакше је навести вербалне контракте римског права: *dotis dictio* (једнострано формално обећање мираза), *iusiurandum liberti* (заклетва ослобођеника), *praediatura* (процесно јемство које је касније мењало сврху) и *stipulatio* (апстрактан једнострано обавезујући правни посао којим су се преузимале разноврсне имовинске обавезе) (Borkowski, & du Plessis, 2005, p. 290, Hogg, 2011, p. 110, Милошевић, 2005, стр. 320).

Уговор је неформалан када уговорне стране нису ни општом нормом, ни властитим споразумом обавезане да вољу управљену на закључење уговора изразе у тачно одређеној форми. Другим речима, неформалан уговор је закључен када стране постигну сагласност о његовој садржини, без обзира на форму у којој је сагласност постигнута. Када је форма слободна, а уговор неформалан, онда свака страна бира како ће испољити вољу за закључење уговора. Тако се писмена понуда може усмено прихватити, и обратно, на усмену понуду може се пристати писменим путем. Понеко то назива *диспаритетом форме нејединственог уговора* (Вуковић, 1964, стр. 74–75). И судска пракса се слаже да неформалан уговор може да буде закључен усменим прихватањем писмене понуде: Уместо да усмено прихвати писмену понуду, понуђени може усмено да учини контрапонуду своје понудиоцу, коју је овај, опет, слободан да прихвати у форми коју сам изабере (Петровић и Козар, 2009, стр. 28).

Захтев да уговор буде закључен у одређеној форми може да буде и унилатералан: довољно је да једна уговорна страна услови закључење уговора тиме да сагласност о садржини буде постигнута у тачно одређеној форми (Guggenheim, 2003, p. 75). Неопходно је да овај захтев буде постављен пре или приликом постизања сагласности о садржини неформалног уговора – иначе ће се сматрати да је уговор закључен чим се постигне сагласност о његовој садржини (Scyboz, Scyboz, Gilliéron, & Braconi, 2008, p. 13). Ово је било јасно исказано у чл. 39 ст. 2 и 3 Скице за законик о облигацијама и уговорима из 1969. године (Константиновић, 1996, стр. 52), али је јасноћа тог израза изгубљена у закону који је писан по угледу на Скицу (Закон о облигационим односима, 1978, чл. 69).

*О АКТУЕЛНОСТИ ПИТАЊА ФОРМЕ УГОВОРА
О ОТУЂЕЊУ НЕПОКРЕТНОСТИ*

Уговори о преношењу права својине на непокретним стварима се краће могу означити као *уговори о отуђењу непокретности*. Отуђење није законски термин: Законодавац користи израз *промет непокретности* да означи послове управљене на пренос права својине на непокретним стварима (Закон о промету непокретности, 2014, чл. 2). Истина, законодавац говори о преносу права својине на непокретности правним послом, али је јасно да се ту мисли на пренос *по основу правног посла*, а не самим послом: Уговори управљени на пренос права својине немају транслативно дејство у српском праву; својина се не преноси уговором, него на основу уговора (Перовић, 1990, стр. 527). Уз то, одредбе Закона о промету непокретности односе се на правне послове међу живима на основу којих се преноси (а не конституише) право својине (а не неко уже стварно право).² Међутим, реч промет има и *шири смисао* којим обухвата и послове на основу којих се, поводом ствари која не мења власника, конституише уже стварно право у корист трећег лица (рецимо хипотека, залога, лична или стварна службеност). Под отуђењем непокретности мисли се, дакле, на промет непокретности у *ужем смислу*, што значи само на оне уговоре који могу да буду основ за стицање права својине, као што су: продаја, размена, поклон, уговор о доживотном издржавању, уговор о уступању и расподели имовине за живота, финансијски лизинг, уговори о статусним променама привредних друштава.

У поступку увођења јавног бележничтва у правни систем Републике Србије неколико пута је за релативно кратко време мењано законско правило о форми уговора о преношењу права својине на непокретним стварима. У српско право уведен је нотаријат латинског типа. То је посебан облик јавнобележничке службе, типичан за правне системе европског континента у којима се одређена јавна овлашћења законском нормом поверавају ученим правницима као носиоцима слободне али правно уређене јавнобележничке професије да их они обављају самостално и независно, у властито име и у јавном интересу (Ђурђевић, 2014, стр. 15–38, Јакшић, 2006, стр. 88, Ђурђевић, 2011, стр. 156–172, Хибер, 2006, стр. 9–36, Живковић, & Живковић, 2013, стр. 433).

Скорашњи талас измена законских правила о форми уговора управљених на пренос права својине на непокретним стварима везан је, као што је речено, за поступак увођења латинског нотаријата у

² Из ових разлога, рецимо, форма заложне изјаве, као једностраног правног посла којим се конституише стварно право у корист трећег лица, није уређена правилима овога закона.

домаћи правни систем, те за различите друштвене реакције на овај процес, а пре свега за вишемесечну обуставу рада адвоката. Правило које је тренутно на снази, резултат је компромиса који је 8. јануара 2015. године постигнут између државе и представника адвокатске професије (Споразум стручних тимова Адвокатске коморе Србије и Министарства правде, 2015). Предмет овога рада је непрекинути процес пооштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву, разлози због којих је то тако, као и најновије законске промене којима је домаћи законодавац учинио ову форму строжом него икада.

О ФОРМИ УГОВОРА О ОТУЂЕЊУ НЕПОКРЕТНОСТИ ПО СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ (1844)

У историјском смислу домаће право обележено је дуготрајним процесом пооштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности. У српском Грађанском законнику (1844) није било посебних правила о форми теретних уговора на основу којих се преноси право својине на непокретностима. Посебним правилом била је уређена форма уговора о поклону, али ни ту се није правила разлика између покретних и непокретних ствари: законска форма пратила је добродично располагање, без обзира на то да ли је предмет располагања право својине на покретној или на непокретној ствари. По истом мерилу уговор о продаји био је консенсуалан – опет без обзира на то да ли је предмет располагања право својине на покретној или на непокретној ствари.

У Грађанском законнику је стајало да „како се два или више њих за ствар погоде, и цену углаве, одмах је и уговор продаје свршен и закључен” (Грађански законик за Краљевину Србију, 1844, § 642). Изузетка за продају непокретне ствари није било. Општим правилом било је предвиђено да „уговор једанпут закључен има једнаку силу и важност, био усмено или писмено, био пред судом или ван суда, пред сведоцима или без њих учињен” (Грађански законик за Краљевину Србију, 1844, § 540). Ово треба упоредити с § 883 аустријског Грађанског законика: „Уговор може бити начињен усмено или писмено, пред судом или ван суда, са сведоцима или без њих. Ова различитост у форми не чини никакве разлике, осим случајева одређених у закону” (Аранђеловић, 1921, стр. 243). Живојин Перић је истицао да се опште правило из § 540 српског Грађанског законика примењује и на уговор о продаји. О разлозима за такво решење код Перића стоји:³

³ Код Перића се на наведеним страницама могу наћи и примери из праксе Касационог суда.

„Међу свим уговорима ово је, може се рећи, најчешћи уговор, јер се помоћу њега највише врши међу људима размена економских користи, па је разумљиво што је законодавац тај уговор ослободио сваке форме. [...] У осталом, продаја непокретних добара може се, као и продаја покретних ствари, пуноважно закључити и у усменој форми” (Перић, 1920, стр. 3–4).

И други наши аутори то су потврђивали (Благојевић, 1939, стр. 12–13). О томе зашто „Грађански законик стоји на гледишту слободне форме” Лазар Марковић је писао:

„Овакав систем српског права изгледа да је веома добар за српске прилике, с једне стране због утврђене навике да се уговори закључују усмено, а с друге стране због недовољне писмености народа, тако да би обавезна писмена форма за све уговоре била велика сметња саобраћају” (Марковић, 1912, стр. 226).

Грађански законик је изричито предвиђао и могућност уговарања писмене форме у § 541: „Но ако се уговарајућа лица нарочито на писмени уговор сложе, онда се само са потписом као закључен сматра.” Аранђеловић је разјаснио да ово не важи само за писмену форму него и за сваку другу форму о којој су се уговорници споразумели, на пример „да уговор буде влашћу потврђен или да буде пред сведоцима закључен” (Аранђеловић, 1929, стр. 71–72). Иначе, Аранђеловић је уговорену форму називао *произвољном*, а у прилог овом свом разјашњењу указивао је на Новелу аустријског Грађанског законика од 1916. године и на чл. 16 швајцарског Законика о облигацијама.

Од свега тога треба свакако разликовати питање доказне снаге исправе којом је констатовано да је уговор већ усмено закључен. Андра Ђорђевић је разматрао § 192 Законика о поступку судском у парницама грађанским – за који каже да је писан по угледу на чл. 1225 француског Грађанског законика, уз одређене измене. Српско правило је гласило: „Код двостраних писмених уговора мора се уговор написати у онолико примерака, колико има уговарача, и у сваком се примерку мора казати, у колико је комада уговор написан и потписан. Примерак написан и потписан руком једног уговарача предаће се другом уговарачу и обратно. Код уговора, који се влашћу, потврде ово преписивање и измењивање није потребно.” Непоштовање ма којег од ових захтева одузима исправи доказну вредност. Међутим, неважност исправе којом се констатује да је уговор већ закључен не повлачи за собом неважност самог уговора: Постојање и садржина уговора се и тада могу доказивати другим доказним средствима (Ђорђевић, 1891, стр. 300–303). С тиме су се слагали и други учени правници:

„Прописи Грађанског Судског Поступка о форми облигације имају чисто процесну вредност и њима се не мењају одредбе §§ 541 и 542” (Марковић, 1912, стр. 227).

Аранђеловић је наглашавао да се *писмена форма уговора* битно разликује од самих *писмена о закљученом једнострано или двострано обавезујућем уговору*, којима уговорници имају намеру да се послуже у складу с §§ 191–193 поменутог процесног законика (Аранђеловић, 1929, стр. 72–73). У потоњем случају сачињавање доказа о закљученом уговору представља уговорну обавезу и може се исходovati судским путем (Благојевић, 1939, стр. 13).⁴

Међутим, постојала су и друга процесна правила која су, за разлику од управо изложених, заиста ограничавала домашај начела неформалног закључења уговора. Реч је о форми *ad probationem* која је процесним закоником била прописана за потраживања вредности преко 200 динара. Таква форма није била услов за пуноважни наставак правног посла, али је у случају спора искључивала остала доказна средства. На значај ових процесних правила јасно је указао Драгољуб Аранђеловић:

„На сваки начин за наше право нема онолико користи од принципа да се уговори могу у којој му драго форми усмено или писмено закључивати, колико те користи од тога имају друга законодавства. Јер у нашем праву важи начело да се не могу доказивати сведоцима тражбине од преко 200 дин., као и да се не може сведоцима и главном заклетвом доказивати изван и противно садржини писмене исправе (в. §§ 242, 263 грађ. суд. пост.). Шта нам вреди што по грађанском зак. можемо готово сваки уговор и усмено закључити, кад пред судом не можемо тражбину из тог уговора сведоцима доказивати, ако је њена вредност преко 200 дин.?! [...] За то се код нас у саобраћају и закључују уговори, чија вредност прелази 200 дин., понајчешће у писменој форми, пошто стране хоће тиме да осигурају себи сигурно доказно средство (исправу). За то су код нас, фактички, сви ови уговори постали формални (писмени) уговори” (Аранђеловић, 1929, стр. 73).

Треба још додати да је и размена (*промена*) била је по Грађанском закоником неформалан уговор (§ 632). Другачије је било с поклоном: По § 564 уговор о поклону могао се закључити или у писменој или у реалној форми. Реч је о конкуренцији законом прописаних форми од којих је било која довољна за пуноважно даривање. Сврха законске форме уговора о поклону огледала се у заштити интереса поклонодавца (Ђурђевић М., 2012, стр. 29).⁵

⁴ Вид. такође судску одлуку бр. 426 у Никетићевој збирци (Никетић, 1923, стр. 92–94).

⁵ Лазар Марковић разуме писмену форму уговора о поклону из Грађанског законика као форму *ad probationem*: “правни посао важи само се не може судским путем остваривати” (Марковић, 1912, стр. 228).

*НАПОМЕНА О (НЕ)ДОПУШТЕНОСТИ УГОВАРАЊА ФОРМЕ
AD PROBATIONEM*

Треба уочити да је у изнетом случају из наше правне повести доказна форма (форма *ad probationem*) била законског порекла. С тим у вези важно је да се каже и следеће: Доказна форма се не може уговорити у српском позитивном праву. Правила грађанског поступкаprotиве се томе да уговорници обавезу суд да у случају спора не узима у обзир одређена доказна средства која би му иначе стајала на располагању. Реч је о начелу законитости грађанског судског поступка, по којем странке не могу да уговоре правила која би државни суд применио на решавање њиховог спора уместо законских одредаба: Конвенционални поступак није дозвољен (Познић, 2009, стр. 2; супротно: Антић, 2008, стр. 354–355, без навођења аргумената). С друге стране, није спорно да форма *ad probationem* и данас може да се пропише законом. Француско право, примерице, познаје законску форму *ad probationem*: послови чија вредност прелази уредбом одређену вредност могу се доказивати само нотарском или писменом формом (Француски Грађански законик, 1804, чл. 1341). Непоштовање ове форме нема за последицу ништавост правног посла, него његову несупротстављивост (*inopposabilité*). Ипак, по схватању француског Касационог суда, ово правило из чл. 1341 Грађанског законика има диспозитивну природу те не спада у правила јавног поретка, па стране могу да уговоре да оно не важи (Maurie, Aynès, & Stoffel-Munck, 2009, pp. 273 et 280).

Када је реч о позитивном праву Србије: По изричитом слову закона, споразум о месној надлежности (пророгациони споразум) производи правно дејство само ако је закључен у писаној форми (Закон о парничном поступку, 2011, чл. 65 ст. 2). Међутим, пророгација месне надлежности могућа је и прећутно, упуштањем у спор без истицања приговора ненадлежности. Из пропуштања туженог да истакне тај приговор закључује се да је он прећутно прихватио понуду туженог да уговоре надлежност суда који по закону није надлежан (Дика, 2012, стр. 224–225). Могућност прећутне пророгације значи да законска форма овог процесноправног уговора нема правни значај битне форме, него форме *ad probationem*. Ако пак тужени благовремено истакне приговор ненадлежности, пророгациони споразум може да се докаже само одговарајућим писменом. Законом прописана писмена форма арбитражног споразума такође је форма *ad probationem*. То произлази из законског правила да се сматра да постоји споразум о арбитражи и ако тужени узме учешће у арбитражном поступку и пропусти да благовремено истакне приговор да нема споразума о арбитражи (Закон о арбитражи, 2006, чл. 12 ст. 4). Има аутора који сматрају супротно: Док за писмену форму споразума о месној надлежности тврди да је то истовремено и битна фор-

ма и форма *ad probationem*, за форму арбитражног споразума Александар Јакшић тврди да је искључиво битна (*ad validitatem*), те да се ту уопште не ради о форми *ad probationem* (Јакшић, 2007, стр. 298 и 664). Ипак, чини се да у свим овим ситуацијама могућност прећутног закључења процесноправног уговора значи да он не мора да се закључи у писменој форми, што даље значи да писмена форма није битна. У случају да тужени благовремено истакне да нема процесноправног уговора, постојање тог уговора доказује се искључиво писменом формом, што значи да је та форма по својој природи доказна (форма *ad probationem*). Друго је питање због чега се уопште конструише уговор у оваквим ситуацијама: Зашто се пропуштање туженика да стави приговор ненадлежности тумачи као пристанак на имплицитни процесноправни уговор о надлежности, уместо да се заносивање надлежности посматра просто као процесна последица пропуштања туженика да изјави приговор. За такво разматрање овде нема простора: Довољно је казати да стране не могу пуноважно да уговоре неку тачно одређену форму као једини доказ који би суд смео да узме у обзир у случају спора о постојању и садржини уговора.

ЗАКОНСКА ПРАВИЛА О ФОРМИ УГОВОРА О ОТУЂЕЊУ НЕПОКРЕТНОСТИ НАКОН ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

Још док је важио српски Грађански законик значај његовог правила о неформалној продаји и размени непокретности био је значајно умањен правилима грађанског судског поступка. Убрзо након окончања Другог светског рата усвојен је закон по коме су изгубили правну снагу сви затечени правни прописи, па тако и Грађански законик (Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, 1946, чл. 1 и 2). Одредбама тог закона било је још прописано и да законодавна власт може да донесе одлуку да се, уз потребне измене и допуне, примењују поједина правила садржана у предратним прописима који су стављени ван снаге. Поред тога, по чл. 3 и 4 истог закона, преостала правила предратног права могу да се примене на однос који није уређен важећим формалним изворима под условом да нису у супротности с тим изворима, нити с начелима новог уставног поретка. Међутим, и када неки однос није уређен новим правилима, суд није дужан да решење спора из тог односа тражи искључиво у правилима предратног права. Напротив, слободан је да тражи решење у складу с начелима новог уставног поретка па то решење може бити и противно правилима предратног права (Срзентић, 1946, стр. 214–217). Константиновић је о томе писао:

„Такозвана правна правила нису тврда правила закона, већ много мекши материјал, који је дат судији да се њим послужи

како је најбоље могуће ради попуњавања празнине настале одузимањем правне снаге свима ранијим прописима” (Константиновић, 1982 (1957), стр. 534).

Константиновић је указивао и на једну одлуку Врховног суда Босне и Херцеговине којом – и поред предратног правног правила које важи на подручју тог суда и које не допушта раскид уговора због неиспуњења – босанскохерцеговачки суд допушта такав раскид, јер га дозвољавају предратна правна правила неких других подручја (Константиновић, 1982 (1957), стр. 545–546).⁶

Пошто је Грађански законик престао да важи, правила материјалног права о форми уговора о отуђењу непокретности стално су поштравана. Тако је одредбом чл. 9 Закона о промету земљишта и зграда од 23. јуна 1954. било прописано да уговор на основу ког се преноси својина на земљишту или згради мора да буде писмен, и да не производи никакво правно дејство ако није закључен у писменом облику. Сврха ове форме огледала се на првом месту у заштити друштвеног интереса, а тек потом у заштити интереса уговорних страна (Перовић, 1964, стр. 46–49).⁷ Константиновић је био предложио слично правило у Скици за законик о облигацијама и уговорима. Тамо у чл. 380 ст. 1 дословце стоји да уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен писмено, под претњом ништавости. У чл. 380 ст. 2 Скице Константиновић је разјаснио да се продаја ствари трајно везаних за непокретност, као што је необорено дрвеће намењено за сечу, неодвојени плодови, материјал грађевине која треба да се сруши, сматра за продају покретних ствари, без обзира на то ко треба да изврши одвајање. Ово друго правило изостављено је приликом рада на југословенском Закону о облигационим односима.

Правилном из чл. 455 Закона о облигационим односима испрва је било предвиђено да уговор о продаји непокретних ствари које друштвена правна лица стављају у правни промет у оквиру свог редовног пословања мора бити закључен у писменој форми. То правило је

⁶ Све ово треба имати на уму при разматрању правила која се односе на уговор о поклону у нашем данашњем праву – тамо где још увек имамо правну празнину. Форма уговора о поклону непокретности данас је уређена правилима Закона о промету непокретности и Закона о јавном бележничтву (ако непокретност поклања лице које није потпуно пословно способно), па се овај коментар не односи на питање форме таквог поклона.

⁷ Као пример вид. Пресуду Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж. 344/1956 од 7. децембра 1956. године (Станковић, 1969, стр. 68). Иначе, код Перовића се може прочитати и о Уредби о контроли промета непокретностима од 24. марта 1948, којом, додуше, није био постављен посебан захтев форме, него се за свако отуђење или оптерећење непокретности у односима између приватних лица захтевало одобрење управног органа (надлежног среског или градског одбора). То одобрење имало је снагу одложеног услова (Перовић, 1964, стр. 47).

касније осавремењено, па данас оно просто гласи: „Уговор о продаји непокретних ствари мора бити закључен у писменој форми, под претњом ништавости.”

Међутим, затечени републички пропис, старији од Закона о облигационим односима, постављао је оштрији захтев по којем писмена форма није довољна за отуђење непокретности (укључујући добротина располагања) ако потписи уговорних страна нису легализовани, то јест јавно оверени у суду. У том пропису је стајало да уговор на основу кога се преноси право коришћења или право својине на непокретности мора бити сачињен у писменом облику а потписи уговорача оверени код суда, и да тај уговор у противном не производи правно дејство ако законом није друкчије одређено, а да судови и други државни органи по службеној дужности пазе на његову ништавост (Закон о промету непокретности, 1974, чл. 10 и 51). У наредном Закону о промету непокретности, усвојеном 1998, није било овог изузетка: Било је прописано само да се уговори о промету непокретности закључују у писаној форми, да суд оверава потписе уговорних страна и да уговор који није закључен у законској форми не производи правно дејство. Овај закон је, као и претходни, прописивао услове под којима је по изузетку била могућа конвалидација уговора о промету непокретности који је закључен у писменом облику али му недостаје судска овера потписа уговорних страна (Решење Врховног суда Србије, 1998). Судови су по овом основу допуштали и конвалидацију признанице која садржи битне елементе уговора о продаји (Пресуда Врховног суда Србије, 2009).

ПОСЛЕДЊИ ТАЛАС ИЗМЕНА ЗАКОНСКОГ ПРАВИЛА О ФОРМИ УГОВОРА О ОТУЂЕЊУ НЕПОКРЕТНОСТИ

Уговори о отуђењу непокретности су готово четири деценије закључивани у форми јавно оверене исправе коју је као битну захтевао законодавац: Под претњом апсолутне ништавости закон је наређивао да се уговори управљени на пренос права својине на непокретним стварима закључују у писменој форми уз судску оверу потписа уговорних страна. Учешће органа јавне власти (суда) у закључењу ових уговора састојало се у легализацији потписа уговорника. Повреда законом прописане форме значила је да уговор не производи правно дејство, то јест да се на основу тог уговора не може стећи право својине.⁸ Постојање и садржина уговора закљученог у одговарајућој форми могли су се доказивати и другим доказним средствима а не само поменути писменом.

⁸ Остављам по страни питање конвалидације потпуним или претежним извршењем из чл. 73 ЗОО и из посебних прописа о промету непокретности, јер је то ирелевантно за централно питање овога рада.

Прва измена описаног режима извршена је Законом о јавном бележничком запису из 2011. Законодавац је испрва предвидео да се уговори о располагању непокретностима закључују у форми јавнобележничког записа или у форми која је и до тада важила – што значи у писменој форми уз судску оверу потписа уговорних страна (чл. 83). Ово правило је требало да важи две године од почетка примене закона (чл. 181), али је тај почетак више пута одлаган. По истеку рока од две године, форма уговора о располагању непокретностима требало је да остане конкурентна, с тим што је надаље конкуренција форми требало да постоји између јавнобележничког записа и јавнобележничке солемнизације (чл. 181 у вези с чл. 93). Изузетно, законодавац је био предвидео јавнобележнички запис као једину и обавезну форму за закључење уговора о располагању непокретностима оних лица која су пословно неспособна (чл. 82). У таквим случајевима не би било никакве конкуренције форми од самог почетка примене Закона о јавном бележничком запису, него би се промет непокретности пословно неспособних лица могао обављати само у најстрожој форми из каталога форми које су законом предвиђене. Ово посебно правило важи и данас. Међутим, већ 2013. године – дакле, пре него што је закон уопште почео да се примењује – законодавац је одустао од опште норме о конкуренцији битних форми за закључење уговора о располагању непокретностима и као једину форму за њихово закључење прописао је јавнобележнички запис.

Закон о јавном бележничком запису почео је да се примењује 1. септембра 2014. и убрзо потом дошло је до вишемесечне обуставе рада адвоката – између осталог и због прописивања јавнобележничког записа као једине форме у којој се пуноважно могу закључивати уговори о промету непокретности. Законско решење је потом два пута мењано: Законодавац је још током трајања обуставе рада адвоката прописао повратак на конкурентну форму па су се тако уговори о промету непокретности од новембра 2014. могли закључивати било у форми јавнобележничког записа, било у форми нејавне исправе коју је потврдио (солемнизовао) јавни бележник. Коначно, у јануару 2015. постигнут је споразум између државе и представника адвокатске професије: уместо законом прописане конкуренције јавнобележничког записа и солемнизације као битних форми за закључење уговора о промету непокретности, Закон о јавном бележничком запису данас прописује да се уговор о промету непокретности закључује у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.

Описани развој праћен је усвајањем а потом и изменама и допунама новог Закона о промету непокретности: Иницијално је у септембру 2014. тим законом прописано да се уговори о располагању непокретностима закључују у форми јавнобележничког записа, а у новембру исте године дозвољена је и солемнизација као конку-

рентна форма, да би у јануару 2015. законодавац одустао од изричитог помињања јавнобележничког записа као форме у којој би се могао закључити неки од уговора о располагању непокретностима прописујући само да се уговор о промету непокретности закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе (Закон о промету непокретности, 2014).

Српско право данас познаје три јавнобележничке форме. То су јавнобележнички оверена (легализована) исправа, јавнобележнички потврђена (солемнизована) исправа и јавнобележнички састављена исправа, то јест јавнобележнички запис. У модерној домаћој правној науци оне су, по угледу на права германскога круга, означене као *квалификоване писмене форме* (*qualifizierte Schriftform, forme écrite qualifiée*), то јест као писмене форме које поред својеручног потписа на одређеној исправи налажу испуњавање још неких формалности (Ђурђевић, 2014, стр. 24–25, Engel, 1997, р. 248). Јавно оверена (легализована) исправа је писмена исправа о правном послу, на којој је јавни бележник потврдио да је одређено лице у његовом присуству потписало ту исправу, односно да је признало као властити онај потпис који је на њу раније стављен. Ова потврда јавног бележника назива се клаузулом о овери потписа. Легализована исправа није јавна исправа и суд се слободно упушта у оцену веродостојности њене садржине. Само клаузула о овери потписа представља јавну исправу: У случају спора о томе, суд је дужан да узме да је исправу потписало управо оно лице које је на њој означено као потписник. Јавно потврђена (солемнизована) исправа је више од тога. Када јавни бележник на писменој исправи о правном послу потврди да је одређено лице у његовом присуству својеручно потписало исправу и при том изјавило да садржина те исправе верно одражава његову правнорелевантну вољу, онда целокупна исправа има својство јавне исправе и суд се, у случају спора, неће упуштати у оцену њене веродостојности. Пре него што на исправу стави солемнизациону клаузулу, бележник је дужан да поучи потписника о правним последицама предузимања датог правног посла и да се увери да потписник све то разуме. На крају, јавнобележнички запис је исправа о правном послу коју саставља сам јавни бележник према ономе што каже субјект који тај посао предузима. У посебном ванпарничном поступку јавни бележник утврђује идентитет овог субјекта, поучава га о последицама предузимања правног посла и на прописани начин осигурава да субјекат разуме садржину посла у који се упушта. Цела јавнобележнички састављена исправа има својство јавне исправе (о јавнобележничким формама вид. далеко више у: Ђурђевић, 2014, 25–27, Ђурђевић, 2006, 109–145).

Описане јавнобележничке форме налазе се у хијерархијском односу: запис је строжи од солемнизације, солемнизација је строжа

од овере. Хијерархија форми је добро разјашњена у домаћој теорији грађанског права: Две форме су у таквом односу ако једна од њих може сасвим да апсорбује другу (Вуковић, 1964, стр. 76). Строжа форма је захтевнија, садржи све елементе као блажа форма и уз то уговорницима поставља још неки захтев. Блажа форма је потпуно обухваћена строжом формом; поред свега што је наређено блажом формом, строжа форма садржи макар још један додатни формални услов за закључење уговора. Управо такав је и однос јавнобележничког записа и јавнобележничке солемнизације: Сви елементи форме који се законом захтевају за јавнобележничко потврђивање (солемнизацију) исправе о једном правном послу садржани су и у запису као јавнобележнички састављеној исправи о истом том послу (Ђурђевић, 2015, стр. 256–257). Једина разлика огледа се у томе што нотар ставља солемнизациону клаузулу на исправу о правном послу коју су странке унапред саставиле и донеле на потврђивање, док јавнобележнички запис саставља сам бележник, према казивању странака. Без обзира на то да ли је нотар саставио или само потврдио исправу о правном послу, она ће имати својство јавне исправе и пуну доказну снагу.

По правилима српског позитивног права уговори на основу којих се преноси право својине на непокретностима закључују се у законом прописаној форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, и то под претњом апсолутне ништавости (чл. 93 Закона о јавном бележничтву, 2014, и чл. 4 Закона о промету непокретности, 2014). По изузетку, уговор на основу којег пословно неспособно лице отуђује непокретност закључује се, такође под претњом апсолутне ништавости, у законом прописаној форми нотарски састављене исправе, то јест јавнобележничког записа (чл. 82 Закона о јавном бележничтву, 2014).⁹ Најстрожа форма јавно састављене исправе захтева се у циљу заштите интереса пословно неспособних и ограничено пословно способних лица у случајевима када на другога *преносе* неко своје право на непокретности. Општа правила о форми важе за уговоре по основу којих ова лица стичу, то јест прибављају права на непокретностима. Тако пословно неспособно или ограничено пословно способно лице може да прода или поклони непокретност искључиво у форми јавнобележничког записа, али му се непо-

⁹ Ово законско правило није ограничено на отуђење, него се односи и на свако друго располагање непокретностима пословно неспособног лица. Наиме, за разлику од чл. 2 Закона о промету непокретности (2014), у којем се под прометом изричито подразумева пренос права својине на непокретности по основу неког правног посла, овде се форма нотарског записа захтева за све уговоре којима се располаже правима на непокретностима, што поред преноса својине обухвата и конституисање ужих стварних права у корист трећег лица.

кретност може продати или поклонити (и) у форми јавно потврђене (солемнизоване) исправе.

У последњем таласу измена законских правила о форми уговора о отуђењу непокретности пословно способних лица законодавац се, дакле, вратио један корак унатраг. Испрва је био прописао јавнобележнички запис, као најстрожу из законског каталога јавнобележничких форми, да би потом ублажио тај свој захтев, одредивши се за солемнизацију као законом задати минимум. Међутим, то не значи да се уговори о отуђењу непокретности не могу закључити у форми јавнобележничког записа. Уговорне стране су слободне да се неформално, па чак и прећутно, споразумеју о обавезној форми свог будућег уговора, а ако је тај уговор формалан већ по самом закону, оне су слободне да уговоре строжу форму од оне коју захтева законодавац (Антић, 2008, стр. 354, Engel, 1997, pp. 246 et 258, Турђевић, 2015, стр. 256, Перовић, 1990, стр. 363). Под строжом формом мисли се на форму која, поред свих законом прописаних елемената форме, обухвата макар још један елемент који је чини строжом, захтевнијом. Тако посматрано јавнобележнички запис је строжа форма од јавно потврђене (солемнизоване) исправе, па су уговорне стране и данас слободне да уговор о отуђењу непокретности закључе у уговореној форми записа, ако сматрају да се на тај начин боље штите њихови приватни интереси. Француска правна доктрина јасно говори о факултативном нотаријалном акту (Carbonnier, 2004, p. 2073): И када законодавац то од њих не захтева, стране могу да се по својој вољи одреде за јавнобележничку форму као услов пуноважности уговора. То чине када желе да исправа о њиховом правном послу буде боље састављена, да има јачу доказну снагу, да има својство извршне исправе.

Описани корак уназад у погледу поштравања законских правила о форми уговора о отуђењу непокретности резултат је политичког компромиса који је, након вишемесечне обуставе рада адвоката, постигнут између државе и представника адвокатске професије. Ипак, домашај тог компромисног корака није тако велики као што исправа може да се учини. Прво, уговорне стране су и даље слободне да уговор закључе у строжој форми од оне која је по закону неопходна. Друго, комплексан поступак солемнизације обухвата и дужност јавног бележника да провери испуњеност услова за закључење уговора и његову допуштеност, те да одбије да потврди унапред састављену писмену исправу коју су уговорне стране донеле на јавнобележничко потврђивање, ако поменути услови нису испуњени односно ако закључење таквог уговора није допуштено.

У току јавне расправе о увођењу јавног бележничтва у домаћи правни систем могло се чути – пре свега од немачких правних експерата – да обавезна форма јавнобележничког записа при закључивању уговора о отуђењу непокретности доприноси остваривању

управо оних друштвених и правно-политичких циљева ради којих се нотаријат и уводи. Састављање писмене исправе о уговору поверава се самосталном и независном ученом правнику који је дужан да поступа у јавном интересу, да би се умањила опасност од спора, растерили судови, обезбедила веродостојност јавних регистара и заштићено просечан човек који слабо познаје бројна и компликована правила о промету непокретности (Bock, 2011, pp. 11–12).¹⁰

Међутим, чини се да ни компромисно решење не омета остваривање речених циљева. Оно јесте нешто сложеније: Солемнизација је законски минимум, али су стране слободне да изаберу форму записа, а бележник је дужан да одбије солемнизацију унапред састављене исправе ако нису испуњени услови за пуноважност уговора односно ако закључење није допуштено. Ипак, и то решење обезбеђује стручно и савесно састављање писмена која имају својство јавне исправе и пуну доказну снагу. И оно може, ако му друге друштвене околности не буду сметња, да допринесе смањењу броја спорова о постојању и садржини уговора о отуђењу непокретности, да олакша свакоме ко за то има правни интерес да се с поуздањем увери у постојање и садржину туђих уговора, те да обезбеди одговарајући механизам превентивне правне заштите за правно неукле учеснике у промету.

ЗАКЉУЧАК

Начело неформалности, то јест консенсуализма, представља константу која у историји нашег уговорног права није довођена у питање: Од српског Грађанског законика, све до Закона о облигационим односима, закључење уговора не подлеже никаквој форми. Само изузетно, закључење уговора може да буде стављено под услов одређене форме. Такав изузетак може да се конституише законом, или споразумом самих уговорних страна. У тим изузетним случајевима сагласност воља о садржини уговора мора да буде изражена у прописаној односно уговореној форми и то под претњом апсолутне

¹⁰ На истом месту Бок (*Bock*) као предност истиче и то што – када је запис обавезан – нотар не мора да се такмичи на слободном тржишту с другим пружаоцима услуге састављања исправа о уговорима на основу којих се може стећи право својине на непокретним стварима. Наиме, ти конкуренти не морају да буду стручни у мери у којој би нотар морао да буде. Уз то, они су у позицији да исту услугу нуде по веома ниским ценама. Као конкуренте Бок наводи агенте за промет некретнинама, друге саветнике, али и адвокате. Овај аргумент је, макар у погледу адвоката, веома слаб: Стручност припадника једне и друге слободне али правно уређене правничке професије емпиријско је питање о којем Бок није могао ништа да зна у време пре него што је нотаријат уведен у Србију, а ни након тога о томе се не може ништа тврдити без дубљег истраживања.

ништавости. Бројност оваквих изузетака не мења начелно опредељење за консенсуализам: Ако изузетак није ни прописан, ни уговорен – важи основно начело.

Друга историјска константа је пооштравање законских правила о форми уговора на основу којих се преноси право својине на непокретним стварима. Законска форма прво је пооштравана посредно, правилима грађанског поступка, а потом и правилима материјалног уговорног права: од писмене форме, преко судске овере потписа уговорних страна, до јавнобележничке солемнизације. Чак, учињен је покушај да се као мандаторна форма пропише јавнобележнички запис – најстрожа форма у законском каталогу – али се од тога одустало из ванправних разлога о којима је било речи.

Испрва се сматрало да слаба писменост народа и утврђена навика да се уговори закључују у усменој форми говоре у прилог неформалном закључењу уговора о отуђењу непокретности. Први захтев форме постављен је посредно: произлазио је из процесног правила да се дугови који прелазе одређени износ могу доказивати само одређеном формом. То је погодило и вредније уговоре на основу којих се преноси својина на непокретним стварима. Доказна форма (форма *ad probationem*) прописана је из неповерења према сведоцима као доказном средству и, генерално, услед проблема при доказивању постојања и садржине усмено склопљених уговора. Каснија пооштравања била су непосредна, спроведена су материјално-правним прописима и служила су постизању различитих правно-политичких циљева:

У поратној домаћој правној литератури традиционално се истичу заштитна и доказна сврха форме (Перовић, 1964, стр. 42), а у новијим делима и аутентификациона и упозоравајућа функција нотарских форми, то јест јавнобележничког оверавања, потврђивања и састављања исправа о правним пословима (Ђурђевић, 2014, стр. 28). Сврха обавезне законске форме огледа се на првом месту у заштити друштвеног интереса, а тек потом у заштити приватних интереса уговорних страна (Перовић, 1964, стр. 46–49). Каже се у нашој правној теорији да је исправа најпоузданији доказ о чињеницама из прошлости, јер је мисао у њој трајно фиксирана (Познић, 2009, стр. 600). Када је реч о уговорима о отуђењу непокретности, 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 с 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. Изложена историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности сведочи да наше друштво непрестано трага за инструментима за остваривање ових циљева.

ЛИТЕРАТУРА

- Антић О. (2008). *Облигационо право [Law of Obligations]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник.
- Аранђеловић Д. (1929). *Основи облигационог права с нарочитим обзиром на Грађански законик Краљевине Србије [The Foundations of Law of Obligations, with particular regard to the Civil Code for the Kingdom of Serbia]. Општи део*. Београд: Геца Кон.
- Аранђеловић, Д. (Прев.). (1921). *Општи аустријски грађански законик [The General Civil Code of Austria]*. Београд: Просвета.
- Благојевић Б. (1939). *Посебни део облигационог права [Law of Obligations – Special Part]*. Београд: Геца Кон.
- Bock R. (2011). Eine erste Stellungnahme zu einigen Aspekten des Gesetzes über das Notariatswesen der Republik Serbien aus der Sicht des deutschen Notariats [A first comment on a few aspects of the Notaries Act of the Republic of Serbia from the point of view of the German notariat]. Излагање на Копаоничкој школи природног права. Извор: Архива Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ).
- Borkowski A., & du Plessis P. (2005). *Textbook on Roman Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Вуковић М. (1964). *Обвезно право. Књига II [Law of Obligations. Book II]*. Загреб: Школска књига.
- Водинелић В. (2012). *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права [Civil Law. Introduction and General Part]*. Београд: Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион.
- Guggenheim D. (2003). Art. 11–16. À L. Thévenoz et F. Werro (Éds.). *Code des obligations I. Art. 1–529 CO. Commentaire* (pp. 57–76) [Swiss Code of Obligations. Commentary], Bâle: Helbing & Lichtenhahn.
- Дика М. (2012). Пророгација мјесне надлежности у хрватском праву [Agreement on Territorial Jurisdiction in Croatian Law], *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1–2, 211–228.
- Ђорђевић А. (1891). *Теорија грађанског судског поступка с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама за Краљевину Србију [Theory of Civil Procedure, with regard to the Code of Civil Procedure for the Kingdom of Serbia]*. Београд: Државна штампарија.
- Ђурђевић Д. (2006). Јавнобележнички акти [Notary Acts]. У Д. Хибер (Прир.), *Јавнобележничко право [Notary Law]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Ђурђевић Д. (2011). Правни положај нотара у европским правним порецима и у српском праву [Legal Position of Notaries in European and Serbian Legal Systems]. У С. Лилић (Прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије I [The Perspectives of Implementation of European standards into Serbian Legal System]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Ђурђевић Д. (2014). *Јавнобележничка делатност [Notariat]*. Београд: Досије.

- Ђурђевић Д. (2015). *Институције наследног права [Institutions of Inheritance Law]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Ђурђевић М. (2012). *Уговор о поклону [Donation Agreement]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Engel P. (1997). *Traité des obligations en droit suisse [Obligations in Swiss Law]*. Berne: Stämpfli.
- Живковић М., & Живковић В. (2013). О увођењу јавног бележничтва у Србији [*On Introducing the Notariat in Serbia*]. *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2, 433-448.
- Јакшић А. (2006). Нотаријат као јавна служба [Notariat as Public Service]. У Д. Хибер (Прир.), *Јавнобележничко право [Notary Law]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Јакшић А. (2007). *Грађанско процесно право [Civil Procedure]*. Београд: Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду.
- Константиновић М. (1982/1952/). Стара „Правна правила“ и јединство права [*Legal Rules' and the Unity of Law*]. *Анали Правног факултета у Београду*, 3–4, 540–546. Први пут штампано у: (1957) *Анали Правног факултета у Београду*, 4, 431–437.
- Константиновић М. (1996). *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима [Obligations and Contracts. The Draft Law on Obligations and Contracts]*, Београд: Службени лист.
- Malaurie Ph., Aynès L., & Stoffel-Munck Ph. (2009). *Les obligations [Obligations]*. Paris: Defrénois.
- Марковић Ј. (1912). *Грађанско право. Општи део и Стварно право [Civil Law. General Part and Property]*. Београд: Банка „Славија“.
- Милошевић М. (2005). *Римско право [Roman Law]*. Београд: Номос.
- Мораит Б. (2010). *Облигационо право [Law of Obligations]*. Бања Лука: Комесграфика.
- Никетић Г. (Прир.). (1923). *Одлуке Опште седнице Касационога суда [Decisions of the General Chamber of the Court of Cassation]*. Књига IV, део 2. Београд: Геца Кон.
- Орлић М. (2003). Припремни споразуми у облигационом праву [*Preparatory Agreements in the Law of Obligations*]. *Анали Правног факултета у Београду*, 3–4, str. 441–489.
- Орлић М. (1993). *Закључење уговора [Formation of Contract]*. Београд: Институт за упоредно право.
- Перић Ж. (1920). *О уговору о продаји и куповини [On Sales Contract]*. Београд: Геца Кон.
- Перовић С. (1964). *Формални уговори у грађанском праву [Formal Contracts in Civil Law]*. Београд: Савез удружења правника Југославије.
- Перовић С. (1990). *Облигационо право [Law of Obligations]*. Београд: Службени лист СФРЈ.
- Петровић З., и Козар В. (Прир.). (2009). *Мега збирка судске праксе из облигационог права [Mega-collection of Court Decisions relating to Law of Obligations]*, Београд: Intermex.
- Познић Б. (2009). *Коментар Закона о парничном поступку. Према тексту Закона из 1976. са доцнијим изменама и допунама [Comentary of the Ammended Code of Civil Procedure of 1976]*. Београд: Службени гласник.
- Rouiller N. (2007). *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats [Swiss Law of Obligations and the Principles of European Contract Law]*. Lausanne: Ceditac.

- Scyboz G., Scyboz P., Gilliéron P.-E., & Braconi A. (Éds.). (2008). *Code Civil Suisse et Code des Obligations annotés (CC&CO) [Swiss Civil Code and Code of Obligations]*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn.
- Споразум стручних тимова Адвокатске коморе Србије и Министарства правде Републике Србије (2015) [*The Agreement between the Professional Teams of the Bar Association of Serbia and the Ministry of Justice of Serbia*]. <http://www.drzavnauprava.gov.rs/vest/7916/postignut-sporazum-strucnih-timova-advokatske-komore-srbije-i-ministarstva-pravde-republike-srbije.php>.
- Срзентић Н. (1946). Поводом Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације [*Regarding the Law on Abolishing of Legal Regulations Adopted Prior to April 6, 1941, and During the Enemy Occupation*]. *Архив за правне и друштвене науке*, 7–12, 214 – 217.
- Станковић О. (1969). *Практикум за увод у грађанско право [Practicum. Introduction to Civil Law]*. Београд: Научна књига.
- Хибер Д. (2006). Појам бележника (нотара) и бележничког (нотаријалног) права [*The Notion of Notary and Notary Law*]. У Д. Хибер (Прир.), *Јавнобележничко право [Notary Law]*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Hogg M. (2011). *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Carbomnier J. (2004). *Droit civil, Tome 2. Les biens, Les obligations [Civil Law, Tome 2, Property, Obligations]*. Paris: P.U.F.

ПРОПИСИ И СУДСКЕ ОДЛУКЕ

- Грађански законик за Краљевину Србију [*Civil Code for Kingdom of Serbia*]. Од 11. марта 1844, са изменама и допунама. Електронска база *ParagrafLex*.
- Закон о јавном бележничтву [*Notary Act*], Службени гласник РС. Бр. 31 (2011), 85 (2012), 19 (2013), 55 (2014), 93 (2014), 121 (2014) и 6 (2015).
- Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације [*Law on Abolishing of Legal Regulations Adopted Prior to April 6, 1941, and During the Enemy Occupation*]. Службени лист ФНРЈ. Бр. 86 (1946).
- Закон о облигационим односима [*Code of Obligations*], Службени гласник СФРЈ. Бр. 29 (1978), с бројним изменама и допунама.
- Закон о парничном поступку [*Code of Civil Procedure*], Службени гласник РС. Бр. 72 (2011), 49 (2013), 74 (2013), и 55 (2014).
- Закон о промету непокретности [*Law on Real Estate Turnover*], Службени гласник РС. Бр. 42 (1998), 111 (2009).
- Закон о промету непокретности [*Law on Real Estate Turnover*], Службени гласник РС. Бр. 93 (2014), 121 (2014), (6) 2015.
- Закон о промету непокретности [*Law on Real Estate Turnover*], Службени гласник СРС. Бр. 15 (1974), 14 (1977).
- Закон о арбитражи [*Law on Arbitration*], Службени гласник РС. Бр. 46 (2006).
- Закон о промету непокретности [*Law on Real Estate Turnover*], Службени гласник РС. Бр. 93 (2014), 121 (2014) и 6 (2015).
- Пресуда Врховног суда Србије (2009). Рев. 2244/2009 од 15. октобра 2009 [*Decision of the Supreme Court of Serbia, Rev. 2244/2009 of 15 October 2009*]. Електронска база *ParagrafLex*.

- Решење Врховног суда Србије (1998). Гзз. бр. 280/1998, од 17. децембра 1998 [*Decision of the Supreme Court of Serbia, Gzz. 280/1998 of 15 December 1998*], у *Анали Правног факултета у Београду*, 3–4/2002, 488–489.
- Француски Грађански законик [*French Civil Code*]. (1804). Последња измена 18. фебруара 2015. Пречишћен текст на дан 22. март 2015. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

THE PROCESS OF TIGHTENING THE RULES ON FORM OF CONTRACTS FOR CONVEYANCE OF REAL ESTATE IN SERBIAN LAW

Marija Karanikić Mirić

University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade, Serbia

Summary

The principle of consensualism, i.e. informal formation of contracts, is one of the tenets of Serbian contract law. Since the enactment of Serbian Civil Code of 1844, this principle has never been called into question. The parties are free to choose the form in which they express mutual consensus over the essential elements of their agreement. Exceptionally, a specific form may be required for contracts of a certain type, either by the law, or by a prior agreement of the contracted parties. If the legislator has stipulated mandatory form (form *a validitatem*), or if the parties have agreed upon certain form as a precondition of validity, the contract shall be null and void if the requirements of form are breached. The number of these exceptions does not impede consensualism: numerous exceptions may not change the fact that, as a matter of basic principle, a contract is concluded when consent or an accord is reached between the parties with regard to the principal matters of the object of the agreement.

Another historical constant is continuous process of tightening of the statutory rules on form of contracts for conveyance of real estate. In the beginning, the requirements of form were imposed circuitously, by means of procedural rules on proof. Further constricting was effectuated directly, via the rules of substantive contract law: from written form, via legalization of signatures by the courts, through to notarial solemnization. Moreover, the State made an attempt to introduce the most stringent notarial form (formal notarial recording act – *acte authentique*) as a precondition of validity of these contracts, but the idea was abandoned due to the strong objections from the representatives of legal profession.

At first it was thought that poor literacy of the people, and the established practice of agreeing the contract terms by spoken communication, gave good reason for the informal formation of the contracts for transfer of immovable property. The first requirement of form was introduced by the procedural rule on probative form (form *ad probationem*) – a specific form of the contracts exceeding certain value, which was not a condition of their validity. However, in case of dispute, the statutory probative form excluded all other probative instruments. The reason for this were general difficulties in proving the existence and contents of oral agreements and also a distrust toward witnesses as an evidentiary tool.

The post–World War II legal literature traditionally emphasized protective and evidentiary purposes of form. The more recent authors call attention to authenticating,

evidentiary and cautionary functions. If the form is prescribed by the law as a condition of validity of certain type of contracts, the reason behind the statutory rule is primarily to protect public interest, and only indirectly to protect private interests of the contracting parties.

Further tightening of the statutory rules on form of contracts for transfer of real estate was attained directly, via the rules of substantive contract law, intended to protect different aspects of public interest: to reduce the number of disputes about the existence and content of these contracts; to ensure the existence of a diligently and professionally recorded and authenticated public instrument with full probative force; to assure that the third parties with legitimate interests may learn about these contracts as matters of fact; to ensure that the State has full information on transfer of real rights in immovable property – for fiscal reasons, and in order to maintain reliability of the public records. The process of constant tightening of the rules on legal form of contracts for conveyance of real estate indicates that Serbian society is in continual search for effective instruments to achieve these goals.