

*Др Тамара Ђурђић - Милошевић, доцент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 347.65/.68:347.440.44

DOI: 10.46793/UVP21.471DM

ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКА ФОРМА УГОВОРА У НАСЛЕДНОМ ПРАВУ*

Резиме

*Увођењем установе нотаријата у српско право нотарске услуге добијају све више на значају, а самим тим и улога нотара постаје доминантнија у разним сферама права, пре свега у уговорном праву. Како за настанак појединих правних послова законодавац предвиђа јавнобележничку форму као форму *ad solemnitatem*, одступајући на тај начин од начела консенсуализма својственом облигационом праву, као суштинско се отвара питање оправданости конститутивног карактера јавнобележничке форме. У циљу изналажења одговора на покренуто питање у фокусу истраживања биће врсте и функције форме опредељене правнополитичким циљевима којима се формализмом у уговорном праву настоје оправдати, а чијој реализацији нарочито доприносе нотари као актери у обликовању правног промета. Јавнобележничка форма има посебан значај и за уговоре наследног права где је предвиђена као обавезна за најзначајније уговоре (наследноправне уговоре, уговор о доживотном издржавању, уговор о уступању и расподели имовине за живота). Ово истраживање усмерено је управо на утврђивање значаја јавнобележничке форме за уговорно наследно право.*

***Кључне речи:** формализам, уговори наследног права, јавнобележнички запис, солемнизација уговора.*

1. Консенсуализам и формализам у уговорном праву

Основни принцип уговорног права јесте начело консенсуализма које представља манифестацију аутономије воље и слободе уговарања као његове конкретизације. Овај принцип се очитује у латинској сентенци

* Рад је написан у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2021. годину који се финансира из средстава Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

„*solo concensus obligat*“, што значи да уговори могу бити закључени простом сагласношћу воља, без обавезе потчињавања унапред предвиђеној законској форми.¹ Неформалност се, дакле, јавља као израз слободе уговарања и аутономије воље. Уговорне стране слободне су да сагласност воља манифестују на разне начине, усмено или писмено или којим другим поступцима којима сагласност воља манифестују посредно или непосредно, али из којих се са сигурношћу може закључити о њеном постојању.² Дакле, иако закључење уговора по правилу није подвргнуто никаквој унапред одређеној законској форми (осим у законом предвиђеним случајевима),³ сагласност изјављених воља мора бити манифестована у неком облику, тј. имати своју спољну манифестацију.⁴ И када је у питању неформалан уговор код којег су стране слободне да се одреде на који начин ће манифестовати своју последњу вољу, то не значи да он нема форму. Сваки уговор мора имати форму (израз) кроз коју се очитује у спољењем свету.

Начело формализма првенствено је својствено наследном праву и тестаментарном располагању, где због *mortis causa* правног дејства тестаamenta, форма има конститутивни значај. Међутим, као израз потребе за правном сигурношћу, формализам је све заступљенији у савременом правном промету, како *inter vivos* тако и *mortis causa*. У том смислу је и форма нотарски обрађене исправе, као „рационално средство правне технике“.⁵ добила конститутивни значај за већину уговора, и покренула процес реафирмације формализма у уговорном праву.

2. Појам и врсте форме уговора

Историјски развој форме показао је да принцип консенсуализма никада није имао апсолутну примену у облигационом праву, с обзиром на бројне изузетке у виду законом предвиђене форме која има конститутивни значај за многе уговоре. Неспорно су принцип формализма и консенсуализма у својој супротстављености били одувек условљени на начин да шири домашај једног принципа ограничава дејство другог, и обратно. И у правној генези ових принципа може се уочити њихова циклична тенденција. Наиме, у периоду неразвијених друштвених, својинских, економских односа, све до пропасти

¹ Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 182.

² Чл. 28 (1) Закона о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, (Уредба - за време ратног стања: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), Службени гласник РС, бр. 18/2020) – у даљем тексту ЗОО.

³ Чл. 67 ЗОО.

⁴ Види Мораит, Б., *Облигационо право, књига I и II*, Бања Лука, 2010, стр. 167

⁵ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 188.

римског царства, принцип формализма био је превасходно доминантан принцип уговорног права, који је одговарао тадашњем степену цивилизацијског развоја друштва. Форма је давала смисао уговору, и као таква имала превасходно сакрални карактер, да би у каснијој историјског еволуцији римског права, дошло до ублажавања форме. Тек почетком новог века, са развојем робне привреде и размене материјалних добара, отвара се пут начелу консесуализма, да бисмо данас, на уштрб консенсуализма, поново имали изражен формализам који има све шири домаћај у уговорном праву.⁶

Под формом уговора се подразумева облик сагласности изјава воља сауговорача.⁷ Дакле, форма облигационих уговора је начин изражавања њихове садржине кроз унапред предвиђене спољне облике у којима се изјава воље манифестује.⁸ Уговор се сматра формалним када су сауговорачи дужни да га закључе на одређени начин, тј. у одређеној форми, која може бити законом дефинисана (законска форма) или пак предвиђена од стране уговорача (уговорена форма). Уколико уговорачи одреде да ће уговор бити закључен у одређеној форми непрецизирајући каквој, претпоставка је да је реч о форми која има конститутивни значај. Уколико се форма не испоштује, уговорни однос неће настати, па самим тим ни уговор неће произвести дејство (тј. ништав је).⁹ Санкција ништавости има превентивну функцију, јер штити интересе уговорача да форма буде испоштвана.¹⁰ Када су стране слободне да изаберу начин манифестовања воље, као што је напоменуто, реч је о неформалном уговору.

Уговорне форме се могу класификовати према различитим критеријумима. Према начину испољавања форма може бити :писмена, форма јавне исправе, реална и електронска; према начину настанка: уговорена и законска форма; према дејству: *forma ad solemnitatem* и *forma ad probationem*;¹¹ У упоредном праву постоји још једна класификација форме на обичну и квалификовану, која је значајна са становишта класификовања форме јавнобележничке исправе.¹²

Када је реч о писменој форми, она постоји када је писмено које садржи воље сауговорача снабдевано њиховим својеручним потписима.¹³ Дакле,

⁶ Исто, стр. 183-190.

⁷ Благојевић, Б., Круљ, В., *Коментар закона о облигационим односима*, 1980, стр. 207.

⁸ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 339.

⁹ Исто.

¹⁰ Naßfurter, A., *Der Verhältnißmäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck*, München, 2012, стр. 65.

¹¹ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 342-366.

¹² Благојевић, Б., Круљ, В., *нав. дело*, стр. 207-210; Ђурђевић, Д., *Јавнобележничка делатност*, Београд, 2014, стр. 23-25; Перовић, С., *нав. дело*, стр. 191, 342-266.

¹³ Благојевић, Б., Круљ, В., *нав. дело*, стр. 207-210.

елементи форме су текст (који може бити својеручно написан, откуцан) и потписи чијим се стављањем испод текста изјава уговор сматра закљученим.¹⁴ Овако прописана форма са минималним захтевом формалности, где је кључан својеручни потпис, означава се као обична форма која подразумева једноставну процедуру сачињавања. Њена предност је у ефикасности, доступности, и неизискивању трошкова сачињавања.¹⁵ Наспрам обичне завештајне форме стоји квалификована форма, која осим својеручног потписа подразумева низ додатних формалности, као што је учешће јавних бележника код сачињавања јавнобележничких исправа.¹⁶

Када је реч о реалној форми, она је предвиђена за тзв. реалне уговоре, код којих сагласност изјављених воља није довољна за настанак уговора, већ је неопходан и чин предаје ствари, који код ових уговора има конститутивни значај. Дакле, предаја није акт извршења, као код других уговора, већ саставни део акта закључења.¹⁷ Иако се традиционално реални уговори супротстављају консенсуланим (неформалним), њих треба посматрати само као једну врсту формалних уговора као генусног појма.¹⁸

Форма уговора може бити и у облику јавне исправе, када орган јавне власти интервенише код закључења уговора, као што је случај са јавним бележницима. Уколико је његова улога активна у сачињавању, реч је о форми јавнобележничког записа. Уколико има пасивну улогу, тј потврђује да су стране закључиле уговор и да садржина одговара њиховој вољи, онда је реч о солемнизацији уговора.¹⁹ У оба случаја, интервенција јавног бележника даје форми карактер јавне исправе.²⁰

Имајући у виду да је савремено доба, доба дигитализације и савремених технолошких достигнућа, посебно је значајно поменути електронску форму, као најдоминантнију данас. Под електронским документом се подразумева скуп података састављен од слова, бројева, симбола, графичких, звучних и видео материјала, у електронском облику, док се под електронским обликом података подразумева дигитални запис података погодан за електронску обраду и пренос путем средстава електронске комуникације.²¹ Оно што законодавац изричито предвиђа је да уговори и други правни послови за које је посебним законом предвиђено да се сачињавају у форми овере потписа, јавно потврђене (солемнизоване) исправе, или у форми јавнобележничког

¹⁴ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 344, 345.

¹⁵ Ђурђевић, Д., *нав. дело*, стр. 25.

¹⁶ *Исто*.

¹⁷ Салма, Ј., *Нотаријално облигационо право*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2012, стр. 92.

¹⁸ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 195.

¹⁹ *Исто*.

²⁰ *Исто*, стр. 195.

²¹ Види чл. 2 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, (Сл. гласник РС, бр. 94/2017).

записа не могу се сачинити у складу са ст. 1. и 2. члана 2. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, већ у складу са прописима којима се уређује овера потписа, потврђивање и сачињавање исправа о правним пословима.²²

Уколико је форма предвиђена као битан елеменат уговора, тада је реч о форми *ad solemnitatem*.²³ Битна форма је апсолутни доказ о битним елементима уговора, али у погледу небитних елемената само релативни (обориви) доказ, с обзиром да је закон одредио да код битне форме споредне елементе странке могу да измене неформалним споразумом, тј. простом сагласношћу воља.²⁴ Предност ове форме је та шта се садржина уговора може доказивати и другим доказним средствима, осим том формом.²⁵ За разлику од ове форме *ad solemnitatem*, постоји и *forma ad probationem* која има доказну функцију, и одређена је као једино средство доказа. Уколико уговор не би био закључен у одређеној форми, то не би утицало на његову пуноважност, али у случају спора постојање уговора се може доказивати само употребом форме, не и другим доказним средствима.²⁶

И писмена, свечана, реална форма, као и доказна и битна форма, могу бити предвиђене законом кад је, заправо, реч о законској форми. Наспрам законске стоји уговорена форма коју странке дефинишу сагласношћу воља. Уговорне стране могу уговорити да посебна форма буде услов пуноважности његовог уговора, одредити за сваку врсту форме у оквирима јавног поретка.²⁷ У случају сумње да ли је форма битан елемент уговора или представља доказ о његовом постојању, прибегава се претпоставци да је у питању форма *ad solemnitatem*. Специфичност уговорене форме у односу на законску се огледа у домену правних дејстава. Наиме, уговор за чије закључење је уговорена посебна форма, може бити измењен, допуњен, раскинут и неформалним споразумом.²⁸

3. Сврха форме

Закључење уговора у одређеној форми предвиђено је зарад остваривања различитих правно-политичких циљева. Основне функције форме су: упозоравајућа, доказна, заштитна, аутентификациона.

²² Чл. 50 ст. 5 Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању.

²³ Благојевић, Б., Круљ, В., *нав. дело*, стр. 208.

²⁴ Салма, Ј., *нав. дело*, стр. 93.

²⁵ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 360.

²⁶ *Исто*.

²⁷ Види чл. 69, ст. 1 ЗОО.

²⁸ Чл. 69 ст. 2 ЗОО.

Прописана форма правног посла, односно формалности који требају бити испоштоване, упозоравају актере на озбиљност правног посла који предузимају и правне последице са којима је скопчан, подстичући их истовремено на промишљено поступање.²⁹ Упозоравајућа функција нарочито долази до изражаја код нотарске форме, имајући у виду низ процесних радњи које нотар предузима у процедури сачињавања нотарског записа или солемнизације.

У процедури сачињавања нотарских исправа, нотар је дужан да странке упозори на значај правног посла који предузимају, на правне дејства и правне ризике са којим он скопчан.³⁰ Упозоравајућа функција јавног бележника нарочито се огледа кроз дужност упозорења на двосмислене, противуречне, нејасне одредбе, као и обавезу нотара да упозорење унесе у исправу о правном послу, уколико странке остану при својим нелогичним наводима. Уколико се странке успротиве уношењу упозорења у исправу, јавни бележник је дужан да одбије сачињавање исправе.³¹

На упозоравајућу функцију надовезује се заштитна функција форме, која се остварује на плану како појединачних, тако и општих интереса. Форма доприноси заштити интереса сауговорача, јер омогућава да уговорне одредбе буду прецизније формулисане и да се лакше отклоне евентуални недостаци воље. Заштитна улога нарочито је истакнута када је реч јавнобележничким исправама, с обзиром да је нотар обавезан да утврди да ли је воља уговорних страна слободна и озбиљна, да ли уговорне стране поседују пословну способност, као и да ли је правни посао дозвољен (тј. да ли је у складу са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима), спречавајући на тај начин ништавост правног посла.

Са упозоравајућом и заштитном функцијом форме преплиће се обавеза поучавању странака од стране нотара, која се односи на: утврђивање њихове праве намере; разјашњење правог чињеничног стања; поучавање странака о домашају предузетог правног посла.³²

Приликом сачињавања нотарске исправе, нотар је дужан да утврди праву намеру странака, што претпоставља утврђивање правног циља који странке теже да остваре закључењем правног посла, како би садржина

²⁹ Аранђеловић, Д., *О формалним изјавама воље, с нарочитим обзиром на наш Грађански законик*, Београд, 1911, стр. 7.

³⁰ Чл. 171. ст 2 Закона о ванпарничном поступку (Службени гласник СРС, бр. 25/82, 48/88, Службени гласник РС, бр. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015).

³¹ Чл. 172 ст. 3 и 4 Закона о јавном бележништву (Службени гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015, 106/2015)

³² Ђурђевић, Д., *нав. дело*, стр. 79 и даље.

нотарске исправе коренсподирала са правом вољом странака.³³ Претпоставка утврђивања праве намере уговорних страна јесте утврђивање првог чињеничног стања, релевантног за предузимање одређеног правног посла у форми јавнобележничког записа.³⁴ Нотар је дужан да поучи странке о домашају правног посла који предузимају, указујући им на евентуалне сметње у реализацији жељених правних дејстава, као и на одређена правна дејства која су од значаја за опредељење да склопи или не одређени правни посао. Ова улога нотара у поучавању странака посебно долази до изражаја код појединих уговора као што су уговор о доживотном издржавању или уговор о уступању и расподели имовине за живота, код којих законодавац изричито прописује обавезу нотара да упозори уговорне стране на правна дејства ових уговора (као што су правила о нужном делу и сл). Кроз ову улогу доприноси се остваривању принципа равноправности странака које учествују у поступку сачињавања нотарске исправе, тј. формалној правичности, јер се странкама обезбеђује једнако правно поучавање и саветовање о правима и обавезама које се конкретним правним послом заснивају.³⁵

Доказна функција форме представља опште својство сваке форме, остварујући значајну улогу на плану доказних средстава, било да је реч о формалним или неформалним правним пословима.³⁶ Код јавнобележничких исправа, с обзиром да имају карактер јавних исправа, доказна функција је нарочито изражена. У случају спора поводом правних послова, јавнобележнички запис може пружити поузданије доказе о релевантним чињеницама, од обичних писмених исправа.³⁷

Аутентификациона функција форме остварује се онда када се може гарантовати да је одређени правни посао предузело лице које је као такво означено на исправи о правном послу, као и да је текст исправе подударан са садржином изјављене воље.³⁸ Ова функција форме је од посебног значаја са становишта спречавања евентуалне злоупотребе и фалсификовања исправа о правним пословима.³⁹

³³ Исто, стр. 81.

³⁴ Исто, стр. 83.

³⁵ Исто, стр. 80.

³⁶ Перовић, С., *нав. дело*, стр. 197.

³⁷ Ђурђевић, Д., *нав. дело*, стр. 33.

³⁸ Исто, стр. 28. Види: Перовић, С., *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, стр. 42-44; Hagena, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2010, Par. 2232 BGB-a.

³⁹ Исто, 33.

4. Форма уговора у упоредном наследном праву

Уговори од значаја за наследно право су наследноправни уговори⁴⁰ (уговор о наслеђивању, уговор о будућем наследству или испоруци, уговор о одрицању од наслеђа које није оторено, уговор о садржини завештања), као и облигационоправни уговори са посредним наследноправним дејством (уговор о доживотном издржавању, уговор о уступању и расподели имовине за живота). Наследноправни уговори су превенствено заступљени у земљама германске правне традиције, одакле воде порекло, а традиционално забрањени у романским правима.⁴¹ Међутим, имајући у виду актуелни тренд контрактуализације наследног права, и у правним системима који прокламују забрану уговорног располагања заоставштином, предвиђени су бројни изузеци у виду различитих модалитета уговорног уређења наследноправних последица смрти.⁴² Када је реч о земљама бивше СФРЈ, уговорно наслеђивање је забрањено, са изузетком Федерације БиХ, где постоји могућност закључења уговора о наслеђивању између брачних и ванбрачних партнера, као и будућих супружника, за који је предвиђена форма нотарски обрађене исправе.⁴³

Такође је у већини земаља бивше СФРЈ предвиђен изузетак од прокламоване забране антиципираног одрицања од наслеђа, па је допуштено закључење уговора о одрицању од будућег наследства између ограниченог круга лица (по правилу између претка и његових потомака).⁴⁴ Овај уговор се претежно закључује у форми нотарске обрађене исправе,⁴⁵

⁴⁰ О појму наследноправних уговора види Ђурђић-Милошевић, Т., *Ограничење слободe тестаментарних располагања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету у Крагујевцу, 2018, стр. 343; Ђурђевић, Д., *Институције наследног права*, Београд, 2017, стр. 239; Антић, О., Балиновац, З., *Коментар закона о наслеђивању*, 1996, стр. 476.

⁴¹ Ђурђић-Милошевић, Т., *нав. дело*, стр. 346.

⁴² Опширније види *исто*.

⁴³ Чл. 126 и 128 Закона о наслеђивању Федерације БиХ, (Службене новине Федерације БиХ, бр. 80/2014, 32/2019).

⁴⁴ Чл. 167 Закона о наслеђивању ФБиХ; чл. 135. Закона о наслеђивању Црне Горе (Службени лист бр. 74/2008, 75/2017- Одлука УС); чл. 134 Закона о наслеђивању Републике Хрватске, НН 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19; чл. 158 Закона о наслеђивању Републике Српске (Сл. Гласник РС, бр. 1/2009, 55/2009., 91/2016, 28/2019 –одлука УС i 82/2019); чл. 137 Закона о наслеђивању Словеније (Закон о дедовању, Сл. Гласник РС, бр. 1/2009, Урадни лист СРС, бр. 15/76, 23/78; Урадни лист РС, бр. 17/91, 13/94, 117/00м, 67/01, 83/01, 73/04, 31/13 Одл. УС, 63/16);

⁴⁵ Чл. 128 Закона о наслеђивању БиХ.

али се у појединим правима оставља могућност и судске овере.⁴⁶ У хрватском праву за сачињавање уговора о одрицању од будућег наследства у погледу форме је предвиђена слобода избора између овере уговора од стране суда, сачињавање уговора у форми јавнобележничког акта, или пак солемнизација уговора од стране јавног бележника.⁴⁷ Иста опције у погледу избора форме предвиђене су и за уговор о уступању и расподели имовине за живота, који је у хрватском праву нормиран Законом о наслеђивању,⁴⁸ као и за уговор о доживотном издржавању који је, пак, регулисан Законом о облигационим односима⁴⁹.

У појединим правима и уговор о уступању и расподели имовине за живота, као и уговор о доживотном издржавању уређени су Законом о облигационим односима, као што је случај у праву Словеније⁵⁰, Црне Горе⁵¹, и Македоније⁵². Најстрожу форму за ове уговоре предвиђа словеначки законодавац, и то форму нотарског записа, док црногорски предвиђа оверу исправе од стране нотара, што би била поједностављена форма сачињавања нотарских исправа.⁵³ Код ове форме, степен правне сигурности је умањен чињеницом да приликом овере снагу јавне исправе има само клаузула о овери, док остатак исправе задржава приватноправни карактер.⁵⁴ С друге стране, македонски законодавац пружа странкама слободу избора органа који ће солемнизовати исправу о правном послу, било судије или нотара.

У праву Босне и Херцеговине, као и праву Републике Српске, уговор о уступању и расподели имовине за живота регулисан је Законом о наслеђивању, и може бити закључен у форми нотарски обрађене исправе, што је случај и са уговором о доживотном издржавању.⁵⁵ Овакво решење задржао је и српски законодавац, настављајући правну традицију регулисања ових уговора Законом о наслеђивању. Међутим, овакав

⁴⁶ Чл. 158 ст 3 Закона о наслеђивању Републике Српске; чл. 135 Закона о наслеђивању Црне Горе;

⁴⁷ Чл. 134 ст. 3 Закона о наслеђивању Републике Хрватске.

⁴⁸ Чл. 106 ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Хрватске.

⁴⁹ Чл. 579 и 580 Закона о обвезним односима Републике Хрватске (Народне новине, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18).

⁵⁰ Чл. 546-563 Облигационог законика Словеније (Облигацијски закон, Урадни лист РС, шт. 83/01, 40/07, 97/07, 64/16);

⁵¹ Чл. 1063 -1074 Закона о наслеђивању Црне Горе.

⁵² Чл. 1022-1035 Закона о облигационим односима Македоније (Закон за облигационите односи (Сл. Весник на РМ бр. 18/01, 04/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09)

⁵³ Ђурђевић, Д., *Јавнобележничка делатност ...*, стр. 176.

⁵⁴ Исто, стр. 176.

⁵⁵ Чл. 128 -145 Закона о наслеђивању Републике Српске; Чл. 135-154 Закона о наслеђивању Федерације Босне и Херцеговине;

нормативни приступ може бити доведен у питање, имајући у виду спорну наследноправну природу, пре свега уговора о доживотном издржавању. Наиме, одложно правно дејство овог уговора које се везује за чињеницу смрти, наводи на закључак да је реч о наследноправном уговору. Ипак, чињеница смрти нема конститутивни значај за настанак овог правног посла, она није кауза стицања, већ сложени (комбиновани) рок, чијом реализацијом долази до стицања права која су предмет уговора. Дакле, у питању је правни посао *inter vivos*, чија су правна дејства изједначена са било којим теретним облигационим уговором.⁵⁶ Због тога је већина земаља бивше СФРЈ напустила заједничку правну традицију нормирања уговора о доживотном издржавању законом о наслеђивању.

Када је реч о уговору о уступању и расподели имовине за живота, наследноправна дејства овог уговора су извеснија, с обзиром на законом предвиђене услове пуноважности овог уговора у погледу круга лица чија сагласност је предвиђена као формална претпоставка његове пуноважности.⁵⁷ И овај уговор има примарно облигационоправно дејство, па самим тим примаран облигационоправни карактер, док је наследноправно дејство посредно и представља тачку дистинкције у односу на класичне облигационоправне уговоре.

5. Формализам уговора у наследном праву Републике Србије

Како српско право не допушта наследноправне уговоре ни у једном виду, од нарочитог значаја су управо поменути облигационоправни уговори (уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота), код којих форма има конститутивни значај (*forma ad solemnitatem*).

Према Закону о наслеђивању уговор о доживотном издржавању се закључује у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.⁵⁸ Међутим, уколико се располаже непокретношћу примаоца издржавања, као ограничено пословно способног лица, уговор о доживотном издржавању се закључује у форми јавнобележничког записа. Ово решење је предвиђено сходно одредби Закона о јавном бележничтву, којом се предвиђа као обавезна форма јавнобележничког записа за „уговоре о располагању непокретностима пословно неспособних лица“.⁵⁹ Дакле, располагање непокретношћу примаоца издржавања и његова пословна

⁵⁶ Ђурђић-Милошевић, Т., *нав. дело*, стр. 344.

⁵⁷ Исто.

⁵⁸ Чл. 195 ст 1 Закона о наслеђивању Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 46/95, 101/2003, 6/2015).

⁵⁹ Чл. 82 ст. 1 тач. 1 Закона о јавном бележничтву.

неспособност су услови који морају бити кумулативно испуњени. Уколико то није случај, уговор о доживотном издржавању може бити закључен у форми нотарски солемнизоване исправе.⁶⁰

Сам поступак сачињавања уговора о доживотном издржавању у форми јавнобележничког записа пролази кроз три стадијума: припремни стадијум; стадијум писмене редакције правног посла; стадијум признања јавнобележничког записа. У припремном стадијуму сачињавања јавнобележничког записа, јавни бележник најпре испитује да ли су испуњене законске претпоставке за предузимање конкретног правног посла у овој форми. Он је, најпре, дужан да утврди идентитет странке која учествује у поступку сачињавања јавнобележничког записа, као и идентитет осталих учесника у том поступку. Након утврђивања њиховог идентитета, јавни бележник отпочиње са наредном фазом у сачињавању јавнобележничког записа, а то је писмена редакција правног посла. Дакле, по казивању странке он сачињава јавнобележнички запис, верно унесећи у исправу њену изјављену вољу, при чему странка не може унапред донети сачињену исправу коју би признала као свој правни посао. У том случају не би се радило о јавнобележничком запису, већ о солемнизованој приватној исправу.

Уколико приликом сачињавања неког уговора у форми нотарског записа нису испоштовани сви прописани услови форме, али су испуњени услови који се захтевају за оверавање исправе (солемнизацију), може доћи до конверзије форми, у складу са чл. 106. Закона о облигационим односима којим се регулише конверзија правних послова. Аналогна примена овог члана је могућа само код правних послова за које није законом предвиђена форма јавнобележничког записа као обавезна форма.⁶¹ Уколико је форма јавнобележничког записа предвиђена као обавезна за одређени правни посао, у случају да не буде испоштована, као што је већ напоменуто, такав правни посао сматраће се непостојећим.

Дакле, у случајевима када јавнобележнички запис не представља обавезну, већ конкурентну форму, правни посао може бити предузет у форми јавнобележничког записа, уколико су је саговорачи предвидели као битан елемент уговора (уговорена форма).⁶² То ће бити случај нпр. са уговором о уступању и расподели имовине за живота код којег уговорне стране могу предвидети као услов његове пуноважности форму јавнобележничког записа (као строжу форму у односу на форму

⁶⁰ Ђурђевић, Д., *Институције ...*, стр. 255.

⁶¹ Вид. Шкарић, Н., Почуча, М., *Извршно и јавнобележничко (нотарско) право*, Правни живот, бр. 12/2012, стр. 34.

⁶² „О конкуренцији форми се говори када се уговор може закључити у једној од више предвиђених форми.“ (Перовић, С., *Облигационо право ...*, стр. 195).

јавнобележнички потврђене исправе),⁶³ иако се по редовном току ствари, уговор о уступању и расподели имовине за живота закључује у форми солемнизоване исправе.⁶⁴ Исти принцип важи и за уговор о доживотном издржавању када је форма солемнизоване исправе предвиђена као формални услов пуноважности овог уговора.⁶⁵

У складу са принципом паралелизма форми, форма предвиђена за закључење одређеног уговора мора бити испоштована и код доцнијих измена или допуна уговора, споразумног раскида, као и код давања пуномоћја за закључење конкретног уговора.⁶⁶

За јавнобележнички запис значајно је напоменути да он представља јавну диспозитивну исправу. Сходно чл. 230. Закона о парничном поступку претпоставља се истинитост садржине саме јавне исправе, што је од значаја код утврђивања њене доказне снаге.⁶⁷

Када је реч о солемнизацији, у питању је поступак у којем јавни бележник потврђује да садржина исправе на којој је написан уговор о доживотном издржавању (или уговор о уступању и расподели имовине за живота) одговара вољи уговорних страна.⁶⁸ За разлику од поступка сачињавања јавнобележничког записа, поступак солемнизације приватне исправе подразумева да уговорници доносе јавном бележнику већ припремљену исправу о уговору. Отуда, поступак солемнизације пролази кроз два стадијума: припремни стадијум и стадијум признавања исправе, док стадијум писмене редакције правног посла који је својствен форми нотарског записа, изостаје.

У првом стадијуму нотар утврђује идентитет странака и испитује да ли су испуњени услови за закључење уговора о доживотном издржавању, а то су: подобност исправе за солемнизацију; уподобљеност правилима јавнобележничке форме; допуштеност садржине исправе.⁶⁹

Исправа је подобна за солемнизацију уколико за конкретни правни посао поводом којег је исправа сачињена није законом предвиђена као обавезна форма јавнобележничког записа. Приликом оцене допуштености садржине исправе, јавни бележник утврђује да ли је она у складу са јавним поретком, принудним прописима и добрим обичајима. У овом домену нарочито долази до изражаја заштитне функција јавнобележничке форме, јер нотар кроз формалну процедуру коју спроводи доприноси и реализацији превентивне и упозорвајуће функцији форме, а самим тим и

⁶³ Чл. 69 ст. 1 ЗОО.

⁶⁴ Чл. 184 ЗОН.

⁶⁵ Ђурђевић, Д., *Институције ...*, стр. 256.

⁶⁶ Ђурђевић, Д., *Јавнобележничка делатност ...*, стр. 118, 119.

⁶⁷ Ђурђевић, Д., *Јавнобележнички акти*, Зборник радова: Јавнобележничко право, Београд, 2006, стр. 113, 117.

⁶⁸ *Исто.*, стр. 255.

⁶⁹ *Исто.*, стр. 232, 233.

заштитне. Он утврђује праву намеру странака, релевантно чињенично стање и упозорава их на ризике са којима је скопчано склапање конкретног правног посла.

Ако су испуњени услови за закључење уговора, јавни бележник је дужан да поучи странке о последицама (правним дејствима) закључења уговора, које се пре свега односе на чињеницу да имовина која је предмет уговора не улази у заоставштину и да се из ње не могу намирти нужни наследници. Потом се приступа наредном стадијуму у поступку солемнизације, а то је рекогниција. У овом стадијуму се странке упознају са садржином исправе, констатују да исправа одговара њиховој вољи и потписују је. Код редовног поступка рекогниције, исправа се чита странци у присуству јавног бележника. Уколико учесник поступка солемнизације није у стању да чује, или је пак слабовид, неписмен или из другог разлога не уме да чита и пише, примењују се посебне законска правила која подразумевају учешће позваних сведока.⁷⁰

Конечно, јавни бележник потврђује исправу тако што на њу ставља солемнизациону клаузулу (клаузулу о потврђивању). Њоме се потврђује „да је странка у присуству јавног бележника потписала одређену приватну исправу, и потврдила да садржина те исправе одговара његовој вољи.“⁷¹ У солемнизационој клаузули, јавни бележник потврђује све радње које предузео у поступку солемнизације исправе.⁷²

6. Закључак

Начело неформалности као основно начело уговорног права, настало је као резултат потребе за једноставнијим заснивањем уговорног односа, и ефикаснијим правним прометом. Формализам се види као препрека несметаном одвијању правног промета, због чега је начело неформалности и прокламовано као начело у уговорном праву. Негативна страна форме је и та што сачињавање уговора у некој од законом прописаних нотарских форми изискује и додатне трошкове за странке, с обзиром да су таксе за пружање нотарских услуга прилично високе.

С друге стране, форма штити интересе уговорних страна, кроз своју заштитну, упозоравајућу и доказну функцију, доприносећи истовремено и правној сигурности. Формални уговори упозоравају уговараче на озбиљност правног посла који предузимају, спречавају њихову пренагљеност, како у погледу закључења, тако и у погледу одређивања садржине уговора. Форма омогућава разликовање фазе преговора од фазе закључења, и омогућава да се садржина уговорног односа (права и

⁷⁰ Чл. 175-178 Закон о наслеђивању РС.

⁷¹ Ђурђевић, Д., *Јавнобележничк делатност ...*, стр. 234.

⁷² *Исто*, стр. 234.

обавезе) прецизније дефинишу. Коначно, форма омогућава ефикаснију контролу промета добара и услуга.

Оно што је извесно је да нотарска форма правних послова у све већој мери карактерише савремени правни промет. Оправдање за увођење нотаријалне форме треба тражити на терену правно политичких циљева који се прописивањем формалности желе постићи, и то су заштитна, доказна, аутентификациона функција форме. Потреба за већом правном сигурношћу и сложеност уговорних односа управо је условила и већу заступљеност формализма и савременом пословању. Појавни облици форме се такође мењају, и прилагођавају потребама савременог друштва и технолошком развоју, тако да се уведу не само нове писане форме, као што су облици јавнобележничких исправа, већ и дигиталне форме, као ефикасни и поуздани инструменти савременог пословања.

Нотарска форма не само да доприноси остварењу традиционалних функција форме, већ и у многој већи мери од осталих формалних облика, доприносити заштити приватних интереса уговорних страна, као и формалној правичности. То се нарочито постиже имајући у виду да функцију нотара обављају непристрасни појединци, који осим неспорних стручних квалификација, морају поседовати и личне квалитете како би уливали поверење грађанима у непристрасно, професионално и стручно пружање нотарских услуга. Отуда нотарски форме, нарочито запис, пружају већу гаранцију аутентичности правног посла него остале форме. С обзиром на значај нотарске форме у савременом правном промету и улогу нотару у њиховом креирању, може се закључити да они имају значајну улогу у обликовању савременог правног промета и превентивној правној заштити, доприносећи спречавању спорова и већој правној сигурности.

*Tamara Đurđić - Milošević, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac*

FORMALIZM OF CONTRACTS IN INHERITANCE LAW

Summary

With the introduction of the of notary public into Serbian law, notary services are gaining more and more importance, and thus the role of notaries has become more dominant in different fields of law, primarily in contract law. Proscribing the notarial form as ad solemnitatem form for the validity of some contracts, thus deviating from the principle of consensualism inherent to the

law of obligations, the question of the justification of the constitutive character of the notarial form arises. In order to find the answer to the raised question, it is necessary to examine the types and functions of the form determined by legal policy goals which justify formalism in contract law, and whose realization is especially contributed by notaries as actors in shaping legal transactions. The notarial form also has a special significance for contracts of inheritance law, where it has been proscribed as obligatory for the most important contracts (inheritance law contracts, contract on lifelong maintenance, contract on assignment and distribution of property during lifetime). The aim of this research is to determine the significance of the notarial form in contractual inheritance law.

Key words: *formalism, contracts of inheritance law, notarial record, solemnization of contract.*

Литература

- Антић, О., Балиновац, З., *Коментар закона о наслеђивању*, 1996.
- Аранђеловић, Д., *О формалним изјавама воље, с нарочитим обзиром на наш Грађански законик*, Београд, 1911.
- Благојевић, Б., Круљ, В., *Коментар закона о облигационим односима*, 1980.
- Ђурђевић, Д., *Институције наследног права*, Београд, 2017.
- Ђурђевић, Д., *Јавнобележничка делатност*, Београд, 2014.
- Ђурђевић, Д., *Јавнобележнички акти*, Зборник радова: Јавнобележничко право, Београд, 2006.
- Ђурђић-Милошевић, Т., *Ограничење слободе тестаментарних располагања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету у Крагујевцу, 2018.
- Hagena, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 2010.
- Haßfurter, A., *Der Verhältnißmäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck*, München, 2012.
- Морант, Б., *Облигационо право, књига I и II*, Бања Лука, 2010.
- Облигацијски закон Словеније, Урадни лист РС, шт. 83/01, 40/07, 97/07, 64/16).
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1980.
- Перовић, С., *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964.
- Салма, Ј., *Нотаријално облигационо право*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2012.
- Шкарић, Н., Почуча, М., *Извршно и јавнобележничко (нотарско) право*, Правни живот, бр. 12/2012.
- Закон о јавном бележничтву (Службени гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015, 106/2015).

Закон о наслеђивању Словеније (Закон о дедовању, Сл. гласник РС, бр. 1/2009, Урадни лист СРС, бр. 15/76, 23/78; Урадни лист РС, 17/91, 13/94, 117/00м, 67/01, 83/01, 73/04, 31/13 Одл. УС, 63/16).

Закон о наслеђивању Федерације БиХ, (Службене новине Федерације БиХ, бр. 80/2014, 32/2019).

Закон о наслеђивању Црне Горе (Службени лист, бр. 74/2008, 75/2017- Одлука УС).

Закон о наслеђивању Републике Хрватске, НН 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19;

Закон о наслеђивању Републике Српске (Сл. Гласник РС, бр. 1/2009, 55/2009, 91/2016, 28/2019 –одлука УС и 82/2019).

Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, (Сл.гласник РС, бр. 94/2017).

Закон о обвезним односима Републике Хрватске (Народне новине, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18).

Закон о ванпарничном поступку (Службени гласник СРС, бр. 25/82, 48/88, Службени гласник РС, бр. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015).

Закон за облигационите односи (Сл. Весник на РМ бр. 18/01, 04/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09).

Закон о наслеђивању РС (Службени гласник РС, 46/95, 101/2003, 6/2015).