

др Ненад ТЕШИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О ЗНАЧАЈУ ФОРМЕ ЗА ПРОМЕТ НЕПОКРЕТНОСТИ – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право –

Резиме

Аутор у овом раду ставља у жижу интересовања форму уговора о промету непокретности. Ово питање је у нашем правном систему постало нарочито актуелно са почетком пуне примене Закона о јавном бележничштву¹ и новог Закона о промету непокретности² од 01.09.2014. године. У том контексту, аутор се, руковођен идејом да без проучавања прошлости не можемо предвидети будућност, определио за анализу судске праксе у погледу форме уговора о промету непокретности која је претходила усвајању поменутих закона. Да би знали куда идемо морамо знати где смо стали. Ово у конкретном случају значи да треба спознати да ли су, и у ком сегменту, досадашња правила о форми уговора о промету непокретности са овером потписа уговорника од стране суда била извор спорења, како би у неким каснијим радовима евентуално указали на који начин поновно увођење јавнобележничке форме у наш правни поредак доприноси потпунијем остварењу основних функција форме и преко потребној правној сигурности.

Послови код којих законодавац прописује форму су од нарочитог значаја не само за учеснике посла, него и за друштво као такво. Примерена форма уговора о продаји непокретности штити дакле интересе купца и продавца, али и јавни интерес. С једне стране, форма упозорава странке на озбиљност посла коме приступају. На овај начин се спречавају неразумне и изхитрене одлуке уговорника.

1 Сл. гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон и 93/2014 – др. закон.

2 Сл. гласник РС, бр. 93/2014.

С друге стране, форма представља објективизацију воље уговорних страна. Када се сумња да ли уговор постоји, форма нуди потврду његовог постојања, када је спорна садржина уговора форма олакшава доказивање онога што је договорено.

Кључне речи: слобода уговорања, принцип консесуализма, пуномоћје, предуговор, капара, признаница, конвалидација.

*Solemnitates iuris sunt observandae.*³

1. СЛОБОДА ФОРМЕ

Слобода уговорања у савременом упоредном праву позитивни је израз начела аутономије воље (енгл. *autonomy of will*, фр. *autonomie de la volonté*). Ова аутономија подразумева слободу да се уговор закључи, али и да се одбије нежељено закључење уговора. (нем. *Abschlussfreiheit*).⁴ Притом, слобода да се уговор закључи има два своја израза. Уговорници су слободни да одаберу како начин на који ће уредити своје односе –садржину уговора, тако и облик у коме ће изразити своју вољу – форму уговора.⁵ Сходно принципима европског уговорног права слобода уговорања обухвата и слободу форме.⁶ Усваја се дакле принцип консесуализма, по коме уговор настаје простом сагласношћу уговорника без неких додатних услова.⁷

У немачком праву слобода уговарања (нем. *Vertragsfreiheit*) је конкретизација принципа приватне аутономије (нем. *Privatautonomie*) која је директна последица права на слободан развој (испољавање) личности (нем. *freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*) гарантованог немачким уставом.⁸ То је са једне стране, слобода да се уговор структурира у погледу његове садржине (нем. *Gestaltungsfreiheit*), али слобода уговорника у погледу уговорне форме (нем. *Formfreiheit*).⁹

3 (Marcellus, D. 4, 1,7, pr.) – Formalnosti prava koje zakon nalaže (traži) treba poštovati. Ante Romac, *Latinske pravne izreke*, Zagreb 1982, стр. 572.

4 Енгл. *the freedom to contract or not to contract*.

5 „The freedom to choose the content of the contract as well as the form.“Article 0–101: (7) Guiding Principles of European Contract Law, <http://www.legiscompare.fr/>, 15.9.2014.

6 Вид.: чл. 2:101, Principles of European Contract Law, Part I and II: Prepared by The Commission on European Contract Law, Part I and II, Ole Lando, Hugh Beale (eds.), 2000, стр. 102.

7 Тако и DCFR II. 1:107: Form: (1) (2).

8 Чл. 2, ст. 1 Немачког устава (нем. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*).

9 Basil S Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2006, стр. 81.

И по српском уставу свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајемчена Уставом.¹⁰ Сходно томе и наше облигационо право прихвата начело консесуализма.¹¹ „Заснивање облигационих односа је неформално, не подлеже никаквој форми, осим ако је законом другачије одређено.“¹² „Притом то значи да се неформални уговори могу склопити у свакој од постојећих форми, па и у оној која је одређена за формалне уговоре.“¹³

2. РАСПОЛАГАЊЕ НЕПОКРЕТНОСТИМА

2.1. Изузетак од принципа консесуализма

У архаичним правима доминирало је начело формализма.¹⁴ Изговореним речима и гестовима потребним за закључење уговора често се придавало и магијско дејство. Тако изгледа да је код промета непокретности право једноставно остало верно традицији.¹⁵ Једно од основних принципа савременог права *solus consesus obligat* код располагања непокретностима чини се никада није заживело. Тако на пример, немачко право које начелно прихвата закључење уговора без формалности, код промета непокретности ипак прописује нотарску форму (*notariellen Beurkundung*).¹⁶ Аутори који припадају овом правном систему истичу да се странкама на овај начин указује на значај

10 Чл. 23, ст. 2 Устава Републике Србије (Сл. гласник РС, бр. 98/2006).

11 Тако још у Општем имовинском законикау за Црну Гору стоји „У опште је доста да је уговор правилно углављен, те не треба никакве особите вањске одијеће или облика, да би имао закониту снагу. Само ако закони нарочито наређују.“ „Не враћа се кам из руку ни ријеч из уста, управ је темељ свакоме људском саобраћају и друштвеном живљењу правило да се људи ријечју везују.“ Вид: чл. 906 ОИЗ. Начело неформалности у погледу уговора, изјава и других аката се истиче и у чл. 1.2 *UNIDROIT* принципа. Опширније: Michael Joachim Bonell (ed.), *The UNIDROIT Principles in Practice, Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, New York 2006, стр. 71.

12 О начелу консенсуализма (неформалности) видети: Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2012, стр. 45.

13 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд 2004, стр. 123.

14 На пример, у римском праву „захтеви форме су били веома строги и најмања грешка у речима и гестовима повлачила је ништавот посла“. Вид: Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1985, стр. 24. „Римљани нису били скони закључивању писаних уговора, већ су обавезе углавном настјале изговарањем речи магијског карактера.“ Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд 2011, стр. 353.

15 Овде долази до изражаја констатација проф. Перовића да у савременом праву формални уговори нису више изузетак већ да се њихов однос према консесуалним уговорима креће у правцу узајамне равнотеже. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, стр. 190.

16 § 311b BGB.

посла (нем. *Warnfunktion*). Ово је од нарочитог значаја код сложених, а самим тим и потенцијално ризичних трансакција.¹⁷ Кроз наметање одговарајуће формалне процедуре уговорницима се још једном указује на могуће последице правног посла. Кроз одговарајућу форму лакше дознајемо праву намеру уговорника, па не треба занемарити ни њену доказну функцију (нем. *Beweisfunktion*).¹⁸

И у енглеском праву већина уговора који се односе на продају или располагање правом на земљишту мора бити у писменој форми (енгл. *made in writing*),¹⁹ као и потписани од уговорника или у њихово име.²⁰ Притом аутори са овог правног подручја истичу неколико разлога за такво поступање законодавца. Поред доказне функције форме,²¹ форма промовише извесност (енгл. *certainty*),²² има упозоравајући ефекат (енгл. *cautionary effect*) и заштитну функцију (енгл. *protective function*).²³ Додатно се наглашава да се прописивањем одговарајуће форме, по правилу, штити слабија страна.²⁴ Међутим, исти правни писци указују и на „тамну“ страну инсистирања на формалностима. Строга форма, углавном одузима драгоцену време,²⁵ а често бива и недоступна обичним људима (енгл. *inaccessible to ordinary people*).²⁶

У погледу промета непокретности, српско право „не искаче“ из основног упоредноправног „колосека“. За пренос својине није довољна само једна, већ одређени скуп правних чињеница. Уговори управљени на пренос својине, иако формални, „немају сами од себе моћ да преносе право својине“. ²⁷ Купац дакле „не постаје сопственик

17 B. S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, стр. 84.

18 На пример, некада се дешава да нема више живих сведока одређене трансакције, а да је неопходно утврдити њену садржину. Форма нотарског записа подразумева још једну функцију форме која се огледа у основном нивоу саветовања (*Beratungsfunktion*), а која до 1.09.2014. и почетка потпуне примене Закона о јавном бележничству код нас није била заступљена.

19 S. 2 Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

20 Treitel, *The Law of Contract*, Edwin Peel, London 2007, стр. 194. О потписима уговорника као кључном састојку форме код уговора о промету непокретности у америчком праву вид: Michael Diamond, *Real Estate Law*, 1998, стр. 118.

21 О доказној функцији форме Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford University Press, 2010, стр. 160.

22 Treitel, стр. 191.

23 О заштитнички (патерналистичким) разлозима за очување форме код промета непокретности вид.: J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28th ed, Oxford University Press, стр. 81.

24 Treitel, стр. 191.

25 „It is time consuming“. Treitel, стр. 192.

26 Mindy Chen-Wishart, стр. 160.

27 Зоран Рашовић, *Стварно право*, Подгорица 2002, стр. 118. „Уговор о купопродаји наведене непокретности представља правни посао као основ за

ни односно продавца све до убаштињења“.²⁸ Такав приступ преносу својине на непокретностима природно отвара читав низ питања у правној теорији која не остављају „равнодушном“ ни судску праксу. Каква је природа форме потребне за настанак таквог уговора? Код којих добара је ова форма неопходна, тј. да ли се тиче само постојећих непокретности или је нужна и код „непокретности у настајању“? Да ли се правило о строгој форми протеже на сагласност трећег лица за закључење уговора, као и понуду и предуговор, те може ли се уговор о промету непокретности који није закључен у одговарајућој форми ипак оснажити и под којим условима?

2.2. Природа прописане форме

Када је реч о форми уговора, у сфери промета непокретности, воља уговорних страна није суверена.²⁹ Супротно начелу консесуализма,³⁰ код таквог располагања проста изјава воље није довољна – *nudum pactum non potest obligatio*. Ови уговори не само да морају бити састављени написмено, већ се, од 1998. године, у нашем праву као додатни услов форме поставља овера потписа странака и то за све непокретности независно од својинског облика.³¹ „До ступања на снагу Закона о јавном бележништву за такав уговор захтевала се дакле писмена³² форма“³³ уз оверу потписа уговорника

стицање права својине, али купци нису постали власници с обзиром да њихово право није уписано у одговарајуће јавне књиге“. (Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 385/2010(1) од 30.6.2010. године).

- 28 Живојин Перић, *О уговору о продаји и куповини*, Предавања на правничком факултету, I Београд 1920, стр. 54.
- 29 Овде се ради о значајном ограничењу приватне аутономије. Према проф. Константиновићу „Историја свих законодавних интервенција у смислу ограничења слободе уговарања показује да су све оне биле изазване тешким злоупотребама те слободе.“ Михаило Константиновић, *Облигационо право*, према белешкама са предавања средно В. Капор, Београд 1952, стр. 21.
- 30 У архаичним правима па и у римском праву је важио принцип „*forma dat esse rei*“.
- 31 Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, стр. 309. Притом ово правило важи не само за продају него и за размену. „Да би уговор о замени некретности био ваљан основ за укњижу права власништва, потписи уговорних страна морају бити оверени у суду.“ Решење Округног суда у Београду, Гж. 8416/95 од 30.10.1995. године, Paragraf.Lex.
- 32 Иако се у новијој литератури и законодавству све више употребљава синтагма „*писана форма*“, и у овом раду држаћемо се синтагме „*писмена форма*“, која је уобичајна за ауторе који припадају „београдској правној школи“. Прво решење полази од тога да термин „писмено“ упућује на начин како је нешто написано, па је писмено нешто што је написано у складу са језичким правилима, а неписмено нешто што не води рачуна о тим правилима. Нама се чини да је синтагма „писмена форма“ у правном контексту ипак бољи избор. Литерарни контракти су се од вербалних контраката, у римском праву, разликовали упра-

од стране суда.³⁴ По томе одакле долази, према свом извору, тако концептирана форма је законска,³⁵ а сама правила о форми су императивног карактера.³⁶ По значају који јој закон придаје и по степену обавезности ова форма је битна (*ad solemnitatem*),³⁷ јер представља услов постојања уговора – његов конститутивни елемент.

во по сачињавању одговарајуће исправе. Да је суштина ове форме у документу (запису) којим се доказује постојање и садржина изјаве воље упућују и грчки појмови, касније преузети у римском праву: *chirographum* и *syngrapha*, али и термин *instrumentum stipulationis*, како је у време Цицерона означавања исправа о закљученој стипулацији. Видети: М. Милошевић, *Римско право*, Београд 2011, стр. 348. Такав акт (исправа) у нашем језику се назива „писмено“, али и „писмо“, на пример, мајсторско писмо, с тим што се „писмо“ појављује и у значењу књига, на пример, Свето писмо. Упоредити: одредница „писмо“ Вук С. Караџић, *Српски рјечник истумачен њемачкијем и латинскијем ријечима*, Београд 1935, стр. 518. За уговорнике је, по правилу, боље да оно о чему су се договорили имају *написмено*. Писано може бити и нешто са смислом, али и без смисла. С друге стране, „писмено“ је увек смислени акт у коме је материјализована воља лица који је изјављују. Синтагма „писмена форма“ иде у корак и са технолошким напретком јер је „писмено“, као документ, све оно што је креирано коришћењем одговарајућег писма, дакле и његов електронски еквивалент. Супротно томе, термин „писано“ више упућује на ручно сачињавање исправе (помоћу оловке, пера и сл.) и није примерен за електронска документа која, по правилу, настају куцањем (дактилографисањем). За употребу синтагме „писмена форма“ и Михаило Константиновић, чл. 43 Скица за законик о облигацијама и уговорима и чл. 72 ЗОО. Вид: Ненад Тешић, *Продаја и пренос потраживања*, Београд 2012, стр. 31.

- 33 Писмена форма није испуњена, и уговор још није закључен ако писмено које садржи уговор не садржи потписе уговарача. Тако о форми дуговинских уговора проф. Ж. Перић, *Специјални део грађанског права II Облигационо тражбено право*, Београд 1920, стр. 42.
- 34 Сходно закону, уговор се сматра закљученим у тренутку када је форма коју закон предвиђа испуњена, јер законом је прописано да се уговор о преносу права на непокретности између носилаца права својине закључује у писаном облику, а потписи уговарача се оверавају од стране суда. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 671/2006 од 7.9.2006. године, Paragraf.Lex.
- 35 Према проф. Стевану Јакшићу, нарочита форма уговора може бити одређена законом (законска форма) и споразумом странака (уговорена форма). „Странке притом могу одредити сврху и дејство примене одређене форме – нпр. да писмени састав уговора значи само понављање већ постигнутог усменог споразума те служи само олакшању доказа... или да уговор настаје тек потписивањем писменог саставка уговора.“ Стеван Јакшић, *Облигационо право*, Сарајево 1960, стр. 138.
- 36 „Овера потписа уговорних страна на уговору о преносу неког стварног права на некретнинама као конститутивни елемент форме је неопходан законски услов за укњижбу стварног права у земљишним књигама.“ Правним правилима садржаним у параграфу 26 Закона о земљишним књигама предвиђено је да се укњижбе и предбележбе могу дозволити једино на основу исправа, састављених у облику који је прописан за њихову ваљаност. Решење Окружног суда у Новом саду, Гж. 1986/2005 од 30.3.2006. године, Paragraf.Lex.
- 37 „У поступку по таквој тужби обавезу суда да на ништавост пази по службеној дужности треба тумачити као обавезу и овлашћење суда да утврђује све

Уговори о промету непокретности су двостраноформални,³⁸ а одсуство прописане форме чини их ништавим.³⁹ Уједно ово је форма јавне исправе,⁴⁰ код које се интервенција органа јавне власти огледа у овери потписа уговорних страна чиме се потврђује да је то њихова изјава воље.⁴¹ Отуда је ово *по начину испољавања* – „*проширена*“ *писмена* форма која се од „просте“ писмене форме разликује по додатку овере потписа уговорника пред надлежним органом.⁴²

2.3. Природа ствари

Да би знали када је форма јавне исправе неопходна за уговор мора се прво утврдити на која се добра обавезна форма односи. Таква форма прописана је само за промет непокретности.⁴³ Према Б. Богишићу „непокретност је оно што се не да без нарушења своје целине или суштине, преносити с једног места на друго“.⁴⁴ У том смислу законодавац дефинише појмове као што су објекат,⁴⁵

чињенице релевантне за ништавост, односно пуноважност уговора, а не само оне које се односе на разлоге ништавости које тужилац истиче.“ Решење Вишег трговинског суда, VIII Пж. 13100/2005 од 20.7.2006. године.

- 38 О подели уговора на једнострано формалне (на пример, јемство) и двостраноформалне (на пример, уговор о доживотном издржавању) вид.: С. Перовић, стр. 195.
- 39 „На ову ништавост може се позвати свако заинтересовано лице, а може се од стране суда испитивати ова ништавост и по службеној дужности.“ Тако о апсолутно ништавим правним пословима Слободан Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1995, стр. 228.
- 40 Тако уговори уз судску оверу потписа, „иако сачињени од уговорних странака добијају карактер јавне исправе.“ Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1970, стр. 57.
- 41 Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, I Књига, стр. 250.
- 42 Потписи морају бити својеручни о чему државни орган на неки начин и сведочи. Сходно томе потпис не може бити учињен факсимилом. Вид.: Ј. Радишић, стр. 117.
- 43 Опширније о појму одређених непокретности које су дефинисане посебим законима. Милан Субић, „Правни положај непокретности у нашем законодавству“, *Правни живот* 10/2003, стр. 476.
- 44 Чл. 802 ОИЗ. Према проф. Андри Ђорђевићу у непокретне ствари спадају оне које су по природи својој, донста непокретне, као и оне које су у органској или механичкој вези са земљом стоје док се та веза не прекине. Анра Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, Београд 1996, стр. 330.
- 45 „Објекат“ јесте грађевина спојена са тлом, која представља физичку, функционалну, техничко-технолошку или биотехничку целину (зграде свих врста, саобраћајни, водопривредни и енергетски објекти, објекти инфраструктуре електронских комуникација – кабловска канализација, објекти комуналне инфраструктуре, индустријски, пољопривредни и други привредни објекти, објекти спорта и рекреације, гробља, склоништа и сл. Чл. 2, ст.1 тачка 22. Закон о планирању и изградњи, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009 – испр.,

зграда,⁴⁶ пољопривредно земљиште,⁴⁷ шумско земљиште,⁴⁸ док наша судска пракса чини се прави разлику између непокретности које су постојеће (садашње) и непокретности у настајању које су будуће ствари, с тим да се у оквиру постојећих непокретности као посебне категорије издвајају привремени и помоћни објекти.⁴⁹

2.3.1. Постојеће непокретности

У неколико случајева „домаћи“ судови су расправљали о томе шта је тачно предмет продаје. Ово из разлога што предмет уговора о продаји мора бити одређен.⁵⁰

У том контексту, у судској пракси се наметнуло питање, да ли се са својином на објекту преносе још нека права. Другим речима, да ли право коришћења на земљишту акцесорно у односу на право својине на објекту. „Преносом права својине на згради изграђеној на земљишту на коме власник зграде нема право својине, већ само право коришћења, преноси се и право коришћења на земљишту на коме се зграда налази, као и на земљишту које служи за редовну употребу

64/2010 – одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС и 98/2013 – одлука УС).

- 46 „Зграда“ јесте објекат са кровом и спољним зидовима, изграђена као самостална употребна целина која пружа заштиту од временских и спољних утицаја, а намењена је за становање, обављање неке делатности или за смештај и чување животиња, робе, опреме за различите производне и услужне делатности и др. Зградама се сматрају и објекти који имају кров, али немају (све) зидове (нпр. настрешнице), као и објекти који су претежно или потпуно смештени испод површине земље (склоништа, подземне гараже и сл.);
- 47 „Пољопривредно земљиште“ јесте земљиште које се користи за пољопривредну производњу (њиве, вртови, воћњаци, виногради, ливаде, пашњаци, рибањаци, трстици и мочваре) и земљиште које се може привести намени за пољопривредну производњу; чл. 2, ст.1 тачка 1 Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008 – др. закон и 41/2009.
- 48 „Шумско земљиште“ јесте земљиште на коме се гаји шума, земљиште на коме је због његових природних особина рационалније гајити шуме, као и земљиште на коме се налазе објекти намењени газдовању шумама, дивљачи и остваривању општекорисних функција шума и које не може да се користи у друге сврхе, осим у случајевима и под условима утврђеним овим законом. Закон о шумама, *Сл. гласник РС*, бр. 30/2010 и 93/2012.
- 49 „Помоћни објекат“ је објекат који је у функцији главног објекта, а гради се на истој парцели на којој је саграђен главни стамбени, пословни или објекат јавне намене (гараже, оставе, септичке јаме, бунари, цистерне за воду и сл.), чл. 22, ст. 1, тачка 24 Закон о планирању и изградњи.
- 50 Питање форме се и не поставља ако предмет уговора и не може бити предмет преноса. На пример, уколико земљишнокњижно тело чини кућа и три зграде, предмет купопродајног уговора може бити само земљишнокњижно тело у целини, или идеални део овог тела. Решење Окружног суда у Београду, Гж. 81/96 од 24.1.1996. године, Paragraph.Lex.

зграде“.⁵¹ У том светлу, суд у једном случају, водећи рачуна о акцесорности, закључује да се уписом права својине на посебном делу зграде уписује заједничко право коришћења на земљишту на коме је изграђена зграда свих власника посебних делова зграде.⁵² Ипак, судови с тим у вези, чине и одређене ограде, пре свега узимајући у обзир природу и значај предмета продаје. Тако у једној парници, суд наглашава да се „на основу уговора о купопродаји помоћног објекта као споредне ствари не може стећи право коришћења градског грађевинског земљишта.“ Ово из разлога што уговор о преносу права власништва на помоћном објекту не представља правни основ за пренос права коришћења на земљишту.⁵³ Додатно суд истиче да је привремени објекат покретна ствар, тако да је за закључење уговора о продаји таквог објекта довољна предаја ствари уз усмену сагласност уговорних страна о битним елементима уговора и није обавезна писмена форма.⁵⁴

Међутим, „бунар са земљиштем на коме се налази и земљиштем које служи за редовну употребу бунара, представља непокретну ствар.“⁵⁵ Сходно томе, уговор о промету такве непокретности мора пратити прописана битна форма.

Поред интересовања за уговоре о преносу својине на привременим објектима и бунарима, српски судови су између осталог

51 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6648/2009(2) од 27.10.2009. године, Paragraf.Lex.

52 Пресуда Врховног суда Србије, У. 4832/2005 од 8.6.2006. године, Paragraf.Lex.

53 Пресуда Врховног суда Србије, У. 3724/2005 од 29.3.2006. године, Paragraf.Lex.

54 „Како је у конкретном случају предмет усменог уговора привремени објекат који не може бити предмет својине која се уписује у јавне књиге, а који се користи на основу привремене дозволе надлежног управног органа, са ограниченим трајањем – до привођења намени из урбанистичког плана, то је правилан закључак нижестепених судова да није испуњен законски услов за поништај наведеног уговора у смислу члана 455. Закона о облигационим односима. Ово стога што је предмет промета између тужиоца и туженог био привремени објекат који је по свом карактеру покретна ствар, а за закључење уговора о продаји покретних ствари довољна је предаја ствари уз усмену сагласност уговорних страна о битним елементима уговора и није обавезна писмена форма. Указивање у ревизији да је спорни објекат подигнут на бетонском темељу, делимично озидан од чврстог материјала, а једним делом од дрвета, при том чврсто инкорпорисан у земљу, тако да се овај објекат не може премештати са једног места на друго без оштећења његове суштине је неосновано, с обзиром да је одобрена од стране надлежног органа управе његова изградња као привременог објекта, а без утицаја је од каквог је материјала сазидао као и да ли је погодан за измештање на друго место.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2903/2005 од 15.12.2005. године. Овде суд као основни показатељ за оцену да ли је неко добро непокретност уводи правни критеријум, привременост дозволе за објекат, насупротив фактичког критеријума да ли је могуће премештање таквог објекта без нарушавања суштине.

55 Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1348/2005 од 29.9.2005. године, Paragraf.Lex.

расправљали и о правној природи гаража као посебних делова зграде. Тако у једној одлуци, суд правилно примећује да власници откупљених станова немају право заједничке недељиве својине на гаражама као посебном делу зграде. „Гаража је простор који представља посебан део зграде било у оквиру саме стамбене зграде или у дворишту стамбене зграде који је намењен за гаражирање путничких моторних возила и на коме се може стећи право етажне својине и стога власници откупљених станова немају право заједничке недељиве својине на гаражама као посебном делу зграде.“⁵⁶

У сфери интересовања српске јудикатуре нашле су се и подрумске просторије, али је овде резонување суда супротно. Тако у једној парници суд наглашава како „чињеница да се подрумске просторије – боксови могу физички идентификовати и да свака поједина подрумска остава служи власнику стана, не мења карактер подрумских просторија као заједничких просторија, које нису у промету.“⁵⁷

Такав приступ се природно уопштава и шири и на друге заједничке просторије. Суд је тако на основу утврђеног чињеничног стања закључио да је предметни уговор ништав из разлога што је његов предмет заједничка недељива својина на заједничким деловима стамбене зграде који обухватају подрум, степениште и тавански простор, на коме сагласно Закону о основама својинскоправних односа власници посебних делова зграде имају право заједничке недељиве својине, а према Закону о промету непокретности заједнички делови зграде и уређаји у згради не могу бити у промету.⁵⁸

56 „У поновном поступку, суд ће најпре утврдити карактер наведене просторије прибављањем пројектне и друге техничке документације зграде, саслушањем одговарајућег вештака грађевинске струке, и ко је власник, ако је у питању посебни део зграде, а ако се утврди да се ради о заједничкој просторији, треба утврдити на исти начин да ли те заједничке просторије по положају и намени служе целој згради, или пак делу зграде (улаз) који представља грађевинску и функционалну целину.“ Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 547/2006(1) од 3.8.2006. године, Paragraf.Lex.

57 Према члану 19. Закона о основама својинскоправних односа којим је одређено да право својине на посебном делу зграде може постојати на стану, пословној просторији или гаражи, односно гаражном месту, као и да на заједничким деловима зграде и уређајима у згради, власници посебних делова зграде имају право заједничке недељиве својине, из чега произлази да се површина и цена заједничких просторија не може посебно обрачунавати, већ се од стране продавца стана укалкулише у цену стамбене површине, у зависности од величине и карактеристика. Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 2548/2008(1) од 29.10.2008. године, Paragraf.Lex.

58 Стога је применом одредбе члана 103. Закона о облигационим односима суд утврдио да је предметни уговор о размени права својине на заједничким просторијама закључен између парничних странака ништав, будући да је противан принудним прописима. Пресуда Врховног касационог суда, Гзз. 1 474/2010(1) од 26.10.2010. године, Paragraf.Lex.

2.3.2. Будућа непокретност

У српској пословној пракси на тржишту непокретности куповина станова у изградњи је чест случај. С тим у вези, наметнула се и дилема форме таквих уговора. Судска пракса је овом питању кроз време различито поступала. На самом почетку, доминирало је становиште да за такав уговор форма није од значаја. Тако у једној одлуци суд истиче да се „лица која уговором удруже средства ради изградње пословног простора не сматрају купцима већ удружиоцима средстава, те за такав уговор није потребна овера код суда.“⁵⁹ Слично резонување нуди и један други суд када наглашава да је разматрани „уговор закључен у време када стан који је предмет постављеног тужбеног захтева уопште није ни постојао, па се у конкретном случају и не ради о стицању права својине на основу правног посла, јер наведени стан тужилац од туженог није купио, него је уплатом (и то унапред уговорених новчаних средстава) учествовао у заједничкој изградњи, дакле стварању наведеног стана као нове ствари.“⁶⁰

Куповина објекта у изградњи је понекад судовима указивала и на симулацију, односно изигравање прописа. Тако у једној парници суд примећује да је „ништав је уговор о продаји непокретности – објекта у изградњи ако је предмет обавезе – објекат непостојећи у време закључења уговора, јер се тиме прикрива уговор о преносу права коришћења на земљишту чији је самостални промет недозвољен и у супротности са принудним прописима“.⁶¹ У сличном контексту, суд наглашава да се право градње на неизграђеном град-

59 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 332/2000 од 26.7.2000. године, *Судска пракса трговинских судова – Часопис за привредно право*, бр. 2/2001, стр. 130.

60 „Правни основ стицања својине на непокретности, лица које је било суинвеститор изградње, цени се према условима прописаним у члану 21 Закона о основама својинскоправних односа (стварање нове ствари), а не у смислу члана 33 наведеног закона, јер се не ради о стицању својине по основу правног посла (Решење Вишег трговинског суда, Пж. 4/2008 од 10.1.2008. године). Решење Вишег трговинског суда, Пж. 5514/2003 од 25.12.2003. године, *Судска пракса трговинских судова – Часопис за привредно право*, бр. 1/2004, 74. Од природе уговора, суд полази у једном другом случају где запажа да Уговор о уступању пословног простора, нема карактер уговора о промету непокретности у смислу Закона о промету непокретности, те се за испуњење елемената форме истог не може применити члан 4 став 2 Закона о промету непокретности, који захтева обавезну форму овереног уговора код надлежних органа. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 669/2007(2) од 3.4.2008. године, *Paragraf.Lex*.

61 „Према становишту Привредног апелационог суда овде се ради о симулованом уговору и то у односу на предмет уговора. Уговором је предвиђено да је предмет купопродаје објекат у изградњи кога у стварности није било, па се у ствари ради о купопродаји земљишта које је изван промета, о преносу права коришћења које се самостално не може пренети, због чега су закључени уговори у супротности са принудним прописима“. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1012/2013 од 31.5.2013. године, *Paragraf.Lex*.

ском грађевинском земљишту може стећи само одлуком надлежног органа и не може бити допуштени предмет промета.⁶²

У следећој фази расправе о питањима ове врсте судови чак нису ни улазили у расправу да ли реч о уговарању продаје или удруживању средстава, већ су једноставно истицали да предмет таквих уговора и није непокретност. Тако у једној одлуци суд запажа да је „спорни уговор закључен ради купопродаје стана у фази изградње, односно пре него што је предмет продаје – стан, био изграђен – завршен, а тиме и пре него што је као идентификована непокретност настао. „Стан у изградњи не испуњава услове из Закона о промету непокретности, да би се могао сматрати непокретношћу⁶³ и да би стога за његов промет била обавезна законом предвиђена форма. При купопродаји стана у изградњи не ради се о промету завршене непокретности, односно непокретности која већ постоји и која би се стога одмах по закључењу уговора предала купцу од стране продавца, већ о куповини ствари која ће тек настати изградњом. Стан у изградњи је заправо будућа ствар, односно ствар која у време закључења уговора о његовој продаји још увек не постоји, али се очекује да ће исти настати изградњом у предвидивом и уговором предвиђеном времену, а тек њеним настанком иста ће моћи да постане предмет промета по уговору о његовој куповини. Предмет продаје, сходно Закону, може бити и будућа ствар,⁶⁴ али ће у наведеном случају, „с обзиром да се код нас својина преноси предајом купљене ствари, промет исте бити могућ тек пошто ствар грађењем настане“.⁶⁵

Међутим, чини се ипак да је у том смислу јудикатура ослушкујући потребе пословне праксе, а нарочито пројектног финансирања, исправно еволуирала. Тако у једној одлуци новијег датума суд запажа да „уговор о промету непокретности у изградњи има карактер

62 „Овај суд, као другостепени, налази да је основ уговорних обавеза из закљученог уговора о пословно-техничкој сарадњи у вези изградње и коришћења Спортско рекреативног центра са пратећим садржајима на локацији С.г – Т.Б, био недопуштен од момента закључивања истог, услед чега је овај уговор од почетка ништав и не производи никакво правно дејство. Наведеним уговором који је назван Уговор о техничкој сарадњи у вези изградње, и у суштини је извршен недопуштен пренос права изградње на неизграђеном градском грађевинском земљишту, које право није могло бити у промету. Наведени уговор по својој суштини је био противан Закону о грађевинском земљишту, јер је Универзитет у Б. као друштвено правно лице које користи неизграђено грађевинско земљиште.“ Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 3068/2006(2) од 18.9.2006. године. Paragraf.Lex.

63 Према одредбама члана 1 став 2 Закона о промету непокретности, непокретности у смислу тог закона су земљиште, зграде, посебни делови зграда и други грађевински објекти.

64 Чл. 458 Закона о облигационим односима.

65 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 6988/2009(2) од 13.8.2009. године.

уговора о промету непокретности, јер садржи све битне елементе уговора о промету непокретности, без обзира што је предмет продаје непокретност у изградњи, односно будућа ствар. Такав уговор подлеже обавезној писменој форми, а потписи уговарача оверавају се од стране суда.⁶⁶

2.3.3. *Непокретност о којој тече парница*

Према Закону о облигационим односима и спорно право може бити предмет продаје.⁶⁷ У том светлу судови су резоновали и у ситацији када се као предмет продаје јављала непокретност у погледу које тече парница. „Чињеница да је током трајања поступка тужилац непокретност продао трећим лицима не утиче на активну легитимацију тужиоца да тужбом тражи иселење. Ако која од странака отуђи ствар или право о коме тече парница, то не спречава да се парница међу истим странкама доврши.“⁶⁸ Отуда се може извући и закључак да то што је непокретност под спором не би било од утицаја ни на форму уговора о промету такве непокретности.

3. САГЛАСНОСТ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА

За неке уговоре о промету непокретности неопходна је одговарајућа сагласност државног органа⁶⁹ или трећег лица. Ова сагласност може бити дата пре или после закључења уговора.⁷⁰ Тако на пример према Закону о јавној својини, о отуђењу непокретности у својини Републике Србије на којима постоји право коришћења, као и о заснивању хипотеке на тим непокретностима одлучује Влада.⁷¹ Притом је ништав

66 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 6616/2013 од 27.2.2014. године, Paragraf.Lex.

67 Чл. 461, ст. 1 Закона о облигационим односима.

68 „...то не спречава да се парница међу истим странкама доврши, а што је основ за активну легитимацију овде тужиоца, имајући у виду његову обавезу да испуни уговорну обавезу из закљученог уговора са трећим лицем.“ Решење Вишег трговинског суда, Пж. 9303/2007 од 3.7.2008. године, Paragraf.Lex.

69 За неке ауторе је такво одобрење форма правног посла, за неке је одложни услов, за неке је део изјаве воље. Тако о различитим приступима овом питању у упоредном праву. Михајло Ступар, „Случај када је за потпуност правног посла потребно одобрење административног органа“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1954, стр. 464–465.

70 Према проф. Перовићу, код сагласности за закључење уговора се не ради о форми уговора већ о уговору закљученом под одложним условом. То значи, ако се одобрење добије уговор производи правна дејства *ab initio*, а уколико одобрење не буде дато уговор неће производити никаква правна дејства. С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд 1964, стр. 32.

71 Чл. 27, ст. 4 Закон о јавној својини (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014).

акт о прибављању и располагању стварима у јавној својини који је до-
нео ненадлежни орган, као и уговор закључен на основу таквог акта.⁷²
У том контексту, суд у једној парници закључује да је за отуђење не-
покретности које користи Центар за социјални рад, као јавна устано-
ва чији је оснивач општина, потребна сагласност надлежног органа
Републике Србије.⁷³ У судској праси се расправљало и о сагласно-
сти за отуђење непокретности које даје Агенција за приватизацију.
„Предузеће које послује већинским друштвеним капиталом не може
без претходне сагласности Републичке агенције за приватизацију
да преноси власништво на непокретностима по основу уговора о
заједничкој градњи.“⁷⁴ Сходно ЗОО дозвола, односно одобрење за
закључење уговора морају бити дати у облику прописаном за уговоре
за чије се закључење дају.⁷⁵ Ипак, чини се да је овде могуће усвојити
и нешто другачији приступ по коме се сагласностима које дају поме-
нути административни органи и организације, у које спада и саглас-
ност органа старатељства за располагање имовином малолетника у
погледу непокретности⁷⁶ штити јавни интерес, и за њих важе правила
о управним актима. Отуда њих у погледу форме морамо разликовати
од сагласности родитеља у погледу располагања непокретностима од
стране старијих малолетника,⁷⁷ сагласности сувласника за располагање

72 Чл. 27, ст. 11 Закона о јавној својини.

73 „Стога је за пуноважност предметног уговора о куповини и продаји била по-
требна сагласност надлежног органа Републике Србије, а у смислу члана 8.
наведеног закона, па како ова сагласност није прибављена, предметни уговор
је, на основу ове одредбе, у вези са одредбама чл. 103. и 109. Закона о облига-
ционим односима, ништав, како је правилно закључио првостепени суд.“ (Пре-
суда Апелационог суда у Београду, Гж. 2908/2011 од 14.12.2011. године).

74 „У оваквој ситуацији, правилан је став нижестепеног суда да предлог за
упис права власништва у земљишним и другим јавним књигама по осно-
ву уговора о заједничкој градњи ваља одбити јер подносиоци предлога нису
прикључили потребну сагласност агенције републике чланице надлежне за
послове приватизације, а сходно Закону.“ Решење Окружног суда у Новом
Саду, Гж. 184/2005 од 27.6.2005. године), Paragraf.Lex. Обавеза је продавца,
овде тужиоца, да по основу уговора о продаји друштвеног капитала прибави
сагласност Агенције за приватизацију, што је у конкретном случају тадашњи
заступник предузећа П. Р. и затражио, па тужена не може трпети штетне после-
дике уколико је уз захтев приложена неодговарајућа документација. (Пресуда
Апелационог суда у Београду, Гж. 4602/2010 од 25.8.2010. године), Paragraf.
Lex. У том контексту, суд у једној одлуци наглашава да „уколико је Агенција
за приватизацију коначно и правноснажно поништила уговор о продаји дела
имовине друштвеног предузећа, јер је продаја извршена без њене сагласности,
тада је основан захтев стечајног управника тог друштвеног предузећа према
купцу за повраћај предметне имовине“ (Решење Вишег трговинског суда, Пж.
13222/2005(2) од 16.1.2006. године), Paragraf.Lex.

75 Чл. 29, ст. 2 Закона о облигационим односима. Ово правило у вези форме са-
гласности истиче и проф. Радишић вид: Ј. Радишић, стр. 77.

76 Чл. 193, ст. 3 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005.

77 Чл. 64, ст. 2 Породичног закона.

непокретношћу у целини, као и сагласности супружника за располагање непокретношћу у заједничкој својини када чини се није спорно да такве сагласности за располагање морају бити дате у форми која се тражи за сам уговор о промету непокретности.⁷⁸

4. ПУНОМОЋЈЕ

Када се говори о пуномоћју за закључење уговора о промету непокретности у правној књижевности и судској пракси није спорно да је за такав уговор неопходно специјално пуномоћје које се даје за акте располагања (диспозиције) те да генерално пуномоћје у себи не садржи овлашћење да се непокретност отуђи.⁷⁹ Додатно се наглашава да иако је уговор о пуномоћству у начелу консесуалан⁸⁰ код пуномоћја усмереног на промет непокретности важи правило о паралелизму форми.⁸¹ „Пуномоћје за предузимање правног посла за који је законом прописана одређена форма – писмени облик и овера код суда мора бити дато у истој форми и оно је услов за пуноважност овлашћења за предузимање тог правног посла и накнадног одобрења за његово закључење.“⁸² Овде треба приметити да не само да форма уговора о промету непокретности утиче на форму пуномоћја, него је валидност пуномоћја предуслов ваљаности самог уговора о

78 Према проф. Салми сагласност родитеља или старатеља за закључење уговора представља саставни део уговорне воље, док се сагласност административног органа посматра као одложни услов. Ј. Салма, стр. 311. Према другим ауторима „Одобрење дато од стране староца представљало би једнострану изјаву воље и на њега би се односила правила о једностраним правним пословима“. Јадранка Ињац, „Одобрење за закључење уговора о отуђењу непокретне ствари“, *Правни живот* 9–10/1993, стр. 917.

79 „У ситуацији када је пуномоћнику дато опште (генерално) пуномоћје, он може предузимати само правне послове који су у кругу редовног пословања.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1504/2007 од 5.12.2007. године, Paragraf.Lex.

80 Вид.: Љубомир Вукотић, „Закључење уговора о промету непокретности преко пуномоћника“, *Правни живот* 9–10/1993, стр. 945.

81 „Форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла. Чл. 90 ЗОО, Опширније вид: Слободан Перовић, „Формални уговори закључени преко пуномоћника“, *Анали Правног факултета у Београду* (Посебан отисак из бр. 2–3, 1961), стр. 221.

82 „Тужиоци нису овластили потписника побијаног уговора од 3.12.1998. године да у њихово име закључи побијани уговор, нити су овај уговор накнадно одобрили, иако су то могли учинити у смислу члана 88 став 1 ЗОО, давањем одобрења у облику прописаном за уговор за чије се закључење даје (члан 29 став 2 ЗОО), што значи да се накнадно одобрење за уговор закључен од стране неовлашћеног лица не може учинити конкluentном радњом, јер је прописана форма услов пуноважности и накнадног одобрења за закључење таквог уговора.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 765/2005 од 14.4.2005. године.

продаји закљученог преко пуномоћника. Ако се утврди ништавост уговора о заступању, онда то представља разлог за ништавост уговора о купопродаји одређене непокретности, јер не одражава вољу уговорних страна.⁸³ Правна сигурност овде налаже одговарајућу форму пуномоћја, пошто друга уговорна страна и неће приступити закључењу уговора са лицем које у јавним књигама није назначено као власник, осим ако му сумње у погледу овлашћења на располагање не буду отклоњене предочавањем одговарајућег пуномоћја.⁸⁴

У сличном контексту „суд је правилно закључио да уговор о купопродаји закључен између друготужене као продавца која није била власник парцеле и тужиље као купца није ваљан правни основ за стицање својине од стране тужиље... због непостојања претходног услова за отуђење спорне непокретности, а то је пуноважно пуномоћје за промет.“⁸⁵

5. ПРЕДУГОВОР

У погледу природе предуговора у судској пракси је неспорно да из предуговора за уговорне стране произлазе само обавезе на предузимање радњи у правцу закључења главног уговора,⁸⁶ али не и право да се захтева испуњење оних обавеза које ће бити садржане у главном уговору.⁸⁷ „Када су странке закључиле предуговор са свим битним елементима уговора, свака од уговорних страна може судски захтевати закључење главног уговора.“⁸⁸

Из природе предуговара једнако произлази да се на основу предуговора о купопродаји непокретности не може стећи право својине ако није закључен главни уговор, све и да је продајна цена исплаћена и непокретност предата купцу.⁸⁹ Сходно овоме, на основу предуговора не може се ни тражити предаја непокретности од трећих лица, којима је та непокретност уступљена на основу пуноважног правног посла.⁹⁰

83 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 645/2006 од 14.11.2006. године, Paragraf.Lex.

84 Упоредити: С. Перовић (1964), стр. 117.

85 Пресуда Окружног суда у Ужицу, Гж. 308/2003 од 9.7.2003. године.

86 Ово је основна обавеза из предуговора која се означава и као његов предмет. Поред тога предуговор мора да садржи и битне елементе будућег уговора. Бранко Морант, *Облигационо право*, Бања Лука 2010, стр. 180.

87 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3706/2008 од 23.1.2009. године.

88 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 148/2007 од 25.10.2007. године, *Судска пракса трговинских судова* – Билтен бр. 4/2007.

89 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 8700/2012 од 20.5.2013. године.

90 „Тужиља по основу закљученог предуговора, и да је исти пуноважан не може тражити утврђење права својине, те је стога њен захтев неоснован.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев 3026/2005 од 8.2.2006. године.

У правној теорији и јудикатури такође није спорно да прописи о форми главног уговора важе и за предуговор⁹¹ „По оцени Врховног суда правно дејство предуговору на коме потписи уговарача нису оверени, не може ни накнадно да се призна, те нема услова за конвалидацију истог у смислу одредбе члана 4 Закона о промету непокретности, пошто није испуњен основни услов за конвалидацију да је овај уговор у целини или у претежном делу извршен.“⁹²

У овом контексту, суд правилно наглашава да ако није испуњен услов форме у погледу предуговора нема услова за законитост државине на страни лица коме је непокретност по том основу предата, односно да таква државина није подобна за редован одржај. „На основу неовереног предуговора о удруживању средстава за изградњу стана не може се стећи право својине на непокретности и у ситуацији када је у целости извршен од стране уговарача, нити такав предуговор може представљати ваљан правни основ за стицање права својине по основу одржаја, будући да услов законитости државине није испуњен.“⁹³ Притом, „за ништавост предуговора о купопродаји непокретности који није оверен од стране суда, није од значаја околност да је купац био савестан и да је извршио своју обавезу.“⁹⁴

91 О унисоном ставу судске праксе да предуговор о промету непокретности који није сачињен у форми прописаној за главни уговор не производи дејство. Вид.: Милан Субић, „Предуговор у судској пракси“, *Правни живот* 9–10/1993, стр. 916.

92 „Ово зато што је главна обавеза из предуговора закључење главног уговора, а очигледно је да није дошло до закључења главног уговора, те обавезе из неовереног предуговора нису уопште извршене.“ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 471/96 од 13.2.1996. године, Paragraf Press бр. 180.

93 „С тим у вези, правилан је правни закључак суда да се тужила не налази у законитој државини спорне непокретности, будући да је у поседу исте по основу неовереног предуговора о удруживању средстава за изградњу стана, при чему уговор о удруживању средстава за изградњу стана, у форми коју је прописивао Закон о промету непокретности, није закључен. Исто тако, купопродајни уговор уопште није закључен ... Предуговор не представља основ за стицање права својине, па у ситуацији када је међу парничним странкама закључен предуговор, тужила нема право да захтева утврђење права власништва по основу предуговора, нити да на то право претендује по основу законите и савесне државине на непокретности, јер услов законитости није испуњен.“ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1. 1910/2012 од 15.8.2012. године, Paragraf.Lex.

94 „Првостепени суд је правилно закључио да нису испуњени захтеви форме као услов пуноважности предуговора, те да овај предуговор не производи никакво правно дејство, већ је ништав у смислу одредбе члана 103 Закона о облигационим односима. Првостепени суд такође правилно закључује да тужилац тужбеним захтевом није тражио да се тужени обавезе на закључење главног уговора и оверу истог пред надлежним судом, а да чињеница што је тужилац као купац извршио своју обавезу, био савестан није од утицаја на другачију одлуку суда, јер ове околности могу бити од значаја само уколико тужилац буде покренуо

Додатно, суд у једној парници исправно запажа да предугор који није закључен у одговарајућој форми не производи правна дејства и да га погађају последице ништавости, што подразумева и враћање онога што су странке размениле по том основу. „Када странке закључе предугор о купопродаји непокретности, који међутим није закључен у прописаној форми (недостаје му овера), а никада не приступе ни закључењу главног уговора, странка која је примила капару дужна је да је врати, јер такав предугор не производи правно дејство, па ни споразум о капари у оквиру предугора.“⁹⁵

6. КАПАРА

Према Закону о облигационим односима ако је једна страна дала другој извесну количину новца или других замењивих ствари, као знак да је уговор закључен (капара) уговор се сматра закљученим када је капара дата.⁹⁶ Уговор о капари је дакле реалан⁹⁷ и споредан уговор. Уговарање капаре без обзира на евентуалну исплату одређене количине новца продавцу се не претпоставља. „Ако у тренутку закључења уговора једна страна да другој страни изван износ новца не може се претпоставити да тај износ чини капару, јер се капара мора изричито уговорити.“⁹⁸

Предност капаре у односу на захтев за накнаду штете због неиспуњења се огледа у томе што је капара односно њена вредност у тренутку неиспуњења уговора, већ у рукама продавца, па је код продавца на неки начин умањен страх од осиромашења (инсолвентности) купца. Важи и обрнуто, купац не мора улазити у доказивање износа штете ако је уговорио враћање двоструке капаре. У том контексту, суд, у једној пресуди, исправно запажа да тужиоцу који није тражио извршење уговора, већ се задовољио враћањем удвојене капаре, не припада и право на накнаду штете,⁹⁹ с тим да се „претерано

спор за враћање неосновано стечене користи од стране туженог.“ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1691/2012(2) од 10.7.2012. године, Paragraf. Lex.

95 Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2567/2010 од 28.6.2012. године.

96 Чл. 79, ст. 1 Закона о облигационим односима. Опширније о разлици између капаре *arrha confirmatoria* и капаре са карактером одустанице (пишманлука) *arrha poenitentialis*: Ж. Перић (1920), стр. 29.

97 Опширније о реалним уговорима: Обрен Станковић, у: Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, стр. 169.

98 Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2654/97 од 3.2.1997. године.

99 Како се ради о *facultas alternativa*, а не о кумулативном овлашћењу повериоца, тужиоцу не припада и право на накнаду штете, с обзиром да није тражио извршење уговора, већ се задовољио враћањем удвојене капаре. Пресуда

високи износ уговорене капаре може одлуком суда умерено смањити, слично умереном смањивању претерано високе уговорне казне.¹⁰⁰

Додатно, у једној парници суд запажа да је капара само знак да је закључен уговор,¹⁰¹ али то, још увек, не значи да је закључен уговор о продаји непокретности који производи правно дејство. Капара је споредни уговор јер њена судбина зависи од главног уговора.¹⁰² Отуда се ништавост уговора о продаји непокретности преноси и на акцесорни уговор – уговор о капари. У једној одлуци суд тако закључује да је „право на повраћај односно задржавање капаре везано је за правну ваљаност основног правног посла, тј. уговора о продаји непокретности. Обзиром да уговор о продаји непокретности не производи правно дејство, тужени је у обавези да тужиоцу врати дату капару.“¹⁰³

Правило о паралелизму форми код промета непокретности нису заобишла ни уговор о капари. Новчани износ предат у моменту закључења неовереног предуговора о промету непокретности нема карактер капаре. „Без овере нема уговора о промету непокретности, а кад нема уговора, нема ни капаре која настаје у тренутку закључења уговора. Чим нема капаре, постоји обавеза враћања примљених износа.“¹⁰⁴

У сличном контексту, али у другој прилици, суд запажа да примљени износ по основу неовереног уговора о купопродаји непокретности не представља капару, већ део купопродајне цене који се због ништавости таквог правног посла мора вратити другој уговорној страни, по правилима стицања без основа.¹⁰⁵ Притом треба водити

Врховног суда Србије, Рев. 4117/2003 од 17.3.2004. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије 2/2004, стр. 60.

100 Уговорна казна, која, као и капара, служи сигурности правног промета и обезбеђује уговорну дисциплину, ако је претерано висока, може се одлуком суда умерено смањити. Решење Савезног врховног суда, Рев. 149/58 од 17.4.1958. године.

101 С тим да се у правној књижевности истиче да је капара не само знак закључења уговора, него је она средство обезбеђења и извршења уговора. Љ. Милошевић, стр. 81.

102 О. Антић, стр. 155

103 Критеријум овде може бити сам износ који је дат. „Пошто туженик у току поступка ни једним поузданим доказом није уверио суд да је спорни износ служио као знак да је уговор закључен (капара) и с обзиром да се ради о већем износу (јер је купопродајна цена била 13.000 ДЕМ), то је несумњиво да исти није представљао капару, како то тужени у ревизији неосновано представља, већ део купопродајне цене како су то правилно закључили нижестепени судови.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 802/2005 од 31.3.2005. године.

104 Решење Врховног суда Србије, Рев. 3990/01 од 27.9.2001. године, *Привредник* бр. 150/151, Paragraf Press бр. 180.

105 „Капара је акцесоран, споредан уговор, и не може егзистирати без постојања главног уговора односно главне обавезе. Отуда се извршена исплата једино може тумачити као исплата дела купопродајне цене. Како до закључења глав-

рачуна о томе да „ако су уговорне стране услед ништавости дужне да једна другој врате оно што су по таквом уговору једна од друге примице, што важи и за капару, те да је њен прималац дужан вратити капару у износу у коме је примио, а не у двоструком, јер није у питању његов одустанак од закључења уговора већ ништавост уговора због које се сматра да уговор није ни закључен.“¹⁰⁶

7. ПРИЗНАНИЦА

У новијој судској пракси се доста раправљало и о правној природи признанице чије сачињавање често прати уговоре о промету непокретности. Тако у једној одлуци суд примећује да признаница представља доказ о плаћеној цени, и да у том светлу признаница нема карактер уговора о купопродаји непокретности који мора бити закључен у писаном облику.¹⁰⁷ Ипак, у другом случају суд није тако изричит па истиче да се приликом процене значаја признанице мора водити рачуна о њеној садржини. Притом се наглашава да се „писмена признаница о исплати дела цене не може уподобити писменом уговору о продаји непокретности, када према подацима из признанице предмет уговора није одређен у потребној мери“.¹⁰⁸ У сличној ситуацији, суд додатно наглашава да се мора водити рачуна не само

ног уговора није дошло, основ за исплату се није остварио, па су тужени у смислу члана 210. ЗОО, у обавези да примљени износ врате тужиљи у обиму прописаном одредбом члана 214 ЗОО.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3104/2004 од 7.4.2005. године, *Paragraf.Lex*.

106 Пресуда Врховног суда Србије Рев. 5135/97 од 8.10.1997. године *Привредник* бр. 156.

107 „...због чега нису испуњени услови да се конвалидира признаница, а у смислу одредбе члана 4. Закона о промету непокретности. У том светлу оценивши да признаница нема потребне елементе за писмену форму уговора о купопродаји, јер је реч о усменом уговору, да је признаница само доказ о наплаћеној цени, па се не може признати правно дејство уговора о промету непокретности...“ (Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 15297/2010 од 2.12.2010. године), *Paragraf.Lex*.

108 „Две признанице без броја, једна од 27.6.1971. године, на којој је констатовано да је Т.К. из К. од Д.М. из К. примила извесну своту новца и то по признаници од 27.6.1971. године 300 динара, на име „продаје земље“ – шума у званом месту „Равна Гора“ а по признаници од 6.11.1977. године новчани износ од 500 динара, на име „исплате за продато земљиште у зв. месту Град“, не могу се уподобити писменом уговору о продаји непокретности, јер предмет продаје није довољно одређен – није наведена површина земљишта, које је предмет продаје, нити су одређене мере и границе. Тужиоци, иако су тврдили да је ипак био закључен уговор о продаји у прописаној форми, о томе никакве доказе нису пружили, па је правилно о терету доказивања, првостепени суд правилно закључио да уговор у прописаној форми није закључен. Према томе, тужиоци не могу истицати право својине на предметној непокретности по основу ку-

о садржини признанице, него и о њеној форми. „Без обзира што је у признаници означено да продавац прима износ од 50.000,00 динара на име купородајне цене за продато земљиште – наведена признаница не представља уговор о преносу непокретности, пошто не садржи потписе оба уговорача, што је битан састојак уговора.“¹⁰⁹

У том смислу се чини да је судска пракса сасвим еволуирала у правцу процене значаја признанице пре свега по њеној садржини, а не према ономе како је неко писмено насловљено. Тако суд у једном пресуди закључује да је са писменим уговором изједначена признаница која садржи све елементе уговора о продаји (непокретност и цену).¹¹⁰

8. КОНВАЛИДАЦИЈА

Ако уговор о купопродаји непокретности није закључен у писаној форми, а потписи уговорача оверени, како је прописано одредбама Закона о промету непокретности, такав је уговор апсолутно ништав. На основу ништавог правног посла не може се стећи законита државина, јер је за то потребан пуноважан правни основ који је потребан и за стицање права својине.¹¹¹ У правној науци и пракси се

повине од стране њиховог правног претходника.“ (Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 363/2008 од 31.7.2008. године), *Paragraf.Lex*.

109 Пресуда окружног суда у Ваљеву Гж. 943/91 од 17.VII1991. године евиденција судске праксе Врховног суда Србије, Наведено према: Драгољуб Петровић, „Форма уговора о промету непокретности“, *Правни живот* 9–10/1993, стр. 879. У правној теорији појављује нешто другачије становиште по коме признаницом потписаном од продавца која садржи битне елементе уговора, а која није потписана од купца, може бити задовољена писмена форма уговора и у случају када је њеном издавању претходила писмена понуда купца. С. Перовић (1964), стр. 105.

110 „Писмено у форми признанице на којој су наведени продавац и купац као уговорне стране, непокретност која је предмет купопродаје и цена, представља уговор о продаји непокретности у писаној форми.“ (Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 5975/2013 од 11.10.2013. године), *Paragraf.Lex*. Слично резонује и суд у једном другом случају када наглашава да су испуњени услови за конвалидацију признанице о купопродаји непокретности, ако признаница садржи све битне елементе уговора о продаји. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2244/2009 од 15.10.2009. године, *Paragraf.Lex*.

111 „Због недостатка писмене форме искључена је могућност његове касније конвалидације то јест накнадног признавања уговора. На основу ништавог правног посла не може се стећи ни савесна државина. У конкретном случају постоји признаница о плаћању купопродајне цене, али признанице нису уговор већ само доказ да је купопродајна цена плаћена. Дакле, плаћено је нешто по ништавом правном послу, а такав правни посао не производи никакво правно дејство и сматра се као да није ни закључен. Дакле на непостојећем прав-

постављало и питање да ли је правило по коме је уговор о промету непокретности који није закључен у одговарајућој форми ништав,¹¹² без изузетка или такав посао који није сачињен у прописаној форми може бити оснажен. У том смислу се обично истиче да би и такав уговор могао конвалидирати извршењем, али уз испуњење одговарајућих услова.¹¹³

8.1. Уговор мора бити писмен

У судској пракси се наглашава да само писмени уговор коме недостаје овера, може да конвалидира. „Ово из разлога што конвалидацијом може да се прескочи само један, а не и два степеника која недостају до настака уговора.“¹¹⁴ Писмена форма уговора о продаји непокретности је услов његове пуноважности, па не постоји могућност конвалидације неформалних (усмених) у целини или претежно извршених уговора о промету непокретности. Кад је уговор о промету непокретности који није закључен у прописаној форми у целини или у претежном делу испуњен, суд неће уважити захтев за реституцију, ако то захтева уговорна страна која је онемогућила закључење уговора у прописаној форми, или ако би реституција била супротна начелима савесности и поштења и добрих обичаја. Кад се дозволи реституција онога што су странке примиле по основу уговора који не производи правно дејство примениће се правило истовременог испуњења имајући у виду начело једнаке вредности узајамних давања у време доношења судске одлуке.¹¹⁵

ном послу не може се заснивати савесна државина.“ Пресуда Окружног суда у Нишу, Гж. 2810/2005 од 23.12.2005. године, Paragraf.Lex.

- 112 Према неким ауторима овде није реч о ништавом, него о непостојећем уговору код којег због недостака форме нису испуњени битни услови за настанак. Лепосава Карамарковић, „Конвалидација уговора о промету непокретности којима недостаје форма“, *Правни живот* 9–10/1993, стр. 882. Такво становиште се изгледа не уклапа у традиционалну поделу послова са недостатком, по коме непостојећи послови не могу добити правно дејство. Вид.: В. Водинелић, стр. 456.
- 113 Ово из разлога што присуство форме може бити само онолико колико то одговара сврси форме. Игор Вујовић, „Конвалидација писменог уговора коме недостаје овера уговора од стране суда“, *Правни живот* 10/2002, стр. 637.
- 114 Л. Карамарковић, стр. 886.
- 115 „Реституција ништавог уговора о промету непокретности одређује се према тржишним ценама које владају у време доношења судске одлуке са затезном каматом од дана пресуђења па до исплате.“ (Закључак донет на Саветовању Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Републике Црне Горе и Вишег привредног суда у Београду одржаног 24, 25. и 26. септембра 1996. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 2/97, стр. 11).

8.2. Уговор мора бити испуњен у целини или претежном делу

У домаћој судској пракси је постала опште место сентенца да уговор о продаји непокретности закључен уз недостатак форме који се огледа у одсуству овере потписа страна уговорница, може конвалидирати¹¹⁶ ако је уговор испуњен у целини или претежном делу.¹¹⁷ Додатно се истиче да правила о конвалидацији важе не само за продају, него и за размену.¹¹⁸ Другим речима, када писмени уговор о промету непокретности није закључен у законом прописаној форми, јер нису оверени потписи уговарача, потребно је испитати да ли је уговор испуњен у целиности или у претежном делу, јер ако јесте, суд таквом уговору може признати правно дејство и поред недостатка обавезне форме.¹¹⁹

116 На такву могућност конвалидације уговора коме недостаје форма упућује и ЗОО када каже да уговор за чије се закључење захтева писмена форма сматра пуноважним иако није закључен у тој форми ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго. Чл. 73 ЗОО.

117 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 6988/2009(3) од 13.8.2009. године, Paragraf.Lex. Претходни закон је имао нешто ширу формулацију ове норме са више услова за конвалидацију. „Суд може признати правно дејство уговора о преносу права на непокретности између носилаца права својине уколико предмет није забрањен, који је закључен у писменом облику, на коме потписи уговарача нису оверени, под условом да је Уговор испуњен у целини или у претежном делу, да је непокретност стечена у границама закона, да је плаћен порез на промет, да није повређено право прече куповине и да није повређен други друштвени интерес.“ Чл. 4, ст. 4 Закона о промету непокретности (Сл. гласник СРС, бр. 43/81, 24/85 – др. закон, 28/87, 6/89 – др. закон, 30/89 – др. закон и 40/89, Сл. лист СФРЈ, бр. 55/90 – одлука УСЈ и Сл. гласник РС, бр. 53/93 – др. закон, 67/93 – др. закон, 48/94 – др. закон и 53/95 – др. Закон. С тим да је услов у погледу пореза на промет временом отпао, па суд истиче да се може конвалидирати писани уговор о промету непокретности коме недостаје прописана форма, иако није плаћен порез на промет, ако су за конвалидацију испуњени остали услови. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 198/2010 од 12.2.2010. године, Paragraf.Lex.

118 „Уговор о замени непокретности између тужиоца и правног претходника другогуженог је извршен у целиности пре ступања на снагу Закона о промету непокретности из 1974. године и 1975. године, што значи да тај уговор производи правно дејство и да постоји пуноважан правни основ тужиоца за стицање права својине на спорној непокретности.“ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 3722/2010 од 10.3.2011. године, Paragraf.Lex.

119 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 6390/2012(2) од 29.8.2013. године, Paragraf.Lex. Без испуњења уговора у претежном делу не може се сматрати да постоји воља за реализацију закљученог уговора, као ни испуњеност услова да се закључени уговор сматра правно ваљаним, и поред тога што није закључен у законом прописаној форми. „У конкретном случају, и поред тога што потписи уговарача нису оверени од стране суда, уговор није ни испуњен у претежном делу, јер тужилац није поступио у складу са чланом 4. закљученог уговора и није у одређеним роковима извршио исплату купопродајне цене.

С обзиром да је уговор о промету непокретности двострано-формалан, сматраће се да је такав уговор испуњен у претежном делу само ако су обавезе обе уговорне стране испуњене у таквом обиму.¹²⁰ „Ако је купац продавцу исплатио половину уговорене купопродајне цене, а продавац продату непокретност предао купцу у државину, уговор о продаји непокретности, сачињен у писаном облику, али не-оверен, извршен је у претежном делу и производи правно дејство.“¹²¹ Другим речима, да би проценили када је уговор извршен у претежном делу мора се водити рачуна пре свега о предмету уговора. На пример, ако је предмет таквог уговора била будућа ствар – стан у изградњи, онда се уговор, којим су стране уговориле изградњу стана, у случају да је извршен, сматра уговором о продаји непокретности и основ је за стицање права својине наручиоца над изграђеним објектом, без обзира што потписи уговарача нису оверени у суду.¹²² С тим што је у овом контексту важно нагласити да је код испитивања услова у вези са захтевом за конвалидацијом уговора о промету непокретности по основу испуњења у претежном делу, када је предмет продаје била непокретност у изградњи, потребно у сваком конкретном случају утврдити проценат изграђености објекта, као и висину исплаћене цене.¹²³

Чињеница да је продавцу предао менице, као средство обезбеђења, на име плаћања купопродајне цене, са тачно унетим износима, не може се сматрати исплатом купопродајне цене. Осим тога, тужени је дописом од 15.1.2010. године дао изјаву да раскида уговор о купопродаји предметне непокретности због неиспуњења обавезе од стране тужиоца, као купца, па је ту чињеницу првостепени суд правилно ценио, применом члана 124. у вези са чланом 125. ЗОО, када је извео закључак да је битан елеменат уговора о купопродаји био рок за плаћање купопродајне цене те, како тужилац није поступио у складу са закљученим уговором, да се по самом закону има сматрати да је уговор раскинут.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 9960/2012 од 27.11.2012. године, Paragraf.Lex.

120 „Обзиром на висину уговорене цене, по налажењу Окружног суда исплатом од 200.000,00 динара по том основу, Општина Љ. није испунила уговорену обавезу у претежном делу. Према томе, наведеном уговору није се могло признати правно дејство по одредби члана 4 Закона о промету непокретности, па је уговор апсолутно ништав у смислу члана 103 став 1 Закона о облигационим односима.“ Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 478/2003 од 14.3.2003. године, Paragraf.Lex.

121 Решење Апелационог суда у Београду, Гж. 2589/2012 од 16.5.2013. године, Paragraf.Lex.

122 Одредбом члана 458, став 3. Закона о облигационим односима прописано је да се продаја може односити и на будућу ствар, те самим тим и на стан у изградњи, како и на стан који тек треба изградити, па се и уговор парничних странака, у смислу наведене законске одредбе могао односити на продају предметног стана као будуће ствари. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2108/2011(1) од 2.6.2011. године, Paragraf.Lex.

123 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 6371/2012 од 5.12.2013. године.

Природно је и да се приликом такве процене обима испуњености уговора узима у обзир и кауза самог уговора. На пример, „када је према садржини писменог и неовереног уговора о продаји непокретности продавац задржао право доживотног уживања непокретности која је била предмет продаје, исплатом целокупног износа купопродајне цене, уговор је у целини извршен, па су тако испуњени услови за његову конвалидацију.“¹²⁴

8.2.1. Додатни услови

8.2.1.1. Продавац мора бити власник

Да би дошло до конвалидације преносилац мора бити ималац правна својине на предметној непокретности. Тако у једној одлуци суд истиче да код купопродаје непокретности када има више лица на страни продавца услови конвалидације морају испунити код сваког сувласника.¹²⁵

8.2.1.2. Право прече куповине

Код конвалидације уговора извршењем се несумњиво мора водити и о праву прече куповине. „Када су странке закључиле писмени уговор о купопродаји који није оверен, а у њему је означено да се продаје парцела по култури шума са описаном површином, без ознаке катастарске парцеле и тачне површине, а купац је платио цену у претежном делу и ступио у посед, а није повређено право прече куповине, исти испуњава услов за конвалидацију писменог неовереног уговора о купопродаји.“¹²⁶

8.2.1.3. Очекивања уговорних страна

Изузетно у једној одлуци суд истиче да је „писмени, а неоверени уговор о куповини куће (у изградњи) пуноважан ако је извршен у целини или претежном делу и ако је то одговарало очекивањима уговорних страна“.¹²⁷ Чини се да увођење додатног критеријума „очекивање уговорних страна“ више може представљати услов за

124 Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1589/2005 од 16.11.2005. године, Paragraf. Lex.

125 ВСС Рев. 983/1995. Наведено према Ј. Салма, стр. 306, фн. 982.

126 Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 95/2003 од 28.1.2003. године, Paragraf. Lex.

127 „Према чињеничном утврђењу тужени није доказао да је тужиоцу доставио обрачун разлике цене, већ је напротив ушао у реализацију уговора да је после уплате од стране тужиоца предао му објекат у државину. У погледу реченог не би се могло узети као очигледно да уговор није одговарао очекивањима уговорних страна и да је неоправдано било одржати га с обзиром на уплаћени износ од стране тужиоца. Због свега тога уколико и постоји разлика у цени то не даје

конверзију ништавог посла, него конвалидацију правног посла испуњењем, отуда навођење таквог услова и није било учестало.

8.2.2. Тренутак оснажења

Овде се може поставити питање од када посао продаје непокретности који је канвалидиран производи дејство. Тако у једној одлуци суд примећује конвалидација уговора о купопродаји стана коју је суд утврдио својом одлуком чини уговор правоваљаним и ако уговор није оверен код суда.¹²⁸ Али суд не улази у даљу разраду од када је уговор правоваљан. Проф. Водинелић, с тим у вези истиче, да у овом као и другим случајевима конвалидације ништавог уговора правни посао производи дејство за убудуће (*ex nunc*).¹²⁹ Ипак, овде није јасно да ли убудуће значи од момента када је посао испуњен.¹³⁰ пошто је у питању конвалидација извршењем, или од момента када је о томе донета судска одлука.

Ако су у погледу овог питања осврнемо на судску праксу, онда посебну пажњу треба обратити на један случај у коме је суд донео одлуку да су се стекли услови за конвалидацију уговора, тако да исти производи правно дејство од његовог закључења пошто је уговор о изградњи стана за тржиште закључен у писменој форми, а потом је уговор у целости испуњен, с обзиром да је тужила уплатила уговорену цену у целости и ушла у посед предметног стана.¹³¹ Чини се судо-

право туженом да ускрати испуњење своје обавезе.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 143/2006 од 23.11.2006. године.

128 „Како је наведеним уговором сада покојни ПП предметну непокретност отуђио у корист тужиоца, то покојни ПП том истом непокретношћу није могао располагати судским завештањем у корист тужене, па тужена и није могла постати власник по том основу, а самим тим није основан ни њен противтужбени захтев којим тражи предају те непокретности у државину од стране тужиоца.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 359/2006 од 24.5.2006. године, Paragraf.Lex.

129 Опширније о таквом дејству конвалидације ништавог посла: В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, стр. 465.

130 Према проф. Салми такав приступ омогућава да уговор изузетно не настане сагласношћу, већ практично испуњењем. Отуда овде постоји „теоријски нон-сенс“ у вези настанка уговора тако што „закон отвара могућност сопственом изигравању у домену когентних норми“. Ипак, ово решење уважава разлоге и потребе усклађивања фактичког са правним стањем. Ј. Салма, стр. 308.

131 „Уговор о изградњи стана за тржиште довео је до законите државине стана од стране тужиоца, те је исти законит и савестан држалац предметног стана почев од краја 1993. године у смислу одредби члана 72 Закона о основама својинско правних односа, с обзиром да је тужилац до краја 1993. године савестан и законит држалац предметног стана, то да је до момента подношења тужбе суду, односно до 24.3.2010. године протекло више од 10 година, те је тужилац у складу са одредбом члана 28 став 2 и члана 30 став 1 Закона о основама својинско правних односа стекла право својине на предметном стану, те су неосновани

ви у таквим ситуацијама често призивају у помоћ правила о одржају. Тако у једној пресуди суд резонује на следећи начин: „Када је правни претходник тужиле купила спорну непокретност у току 1980. године на основу писменог неовереног уговора о купопродаји од правног претходника туженог, купопродајна цена исплаћена је у већем делу (80%) и непокретност је била у несметаном и неузнемираваном поседу како правног претодника, тако и тужиле преко 20 година, онда је тужилца стекла по том основу право својине одржајем.¹³² Ипак, из таквог образложења суда није јасно да ли посао продаје производи дејство од његовог закључења или од момента извршења када је цена исплаћена у већем обиму, односно од када је непокретност прибавиоцу предата у посед.¹³³ Чини се да овде треба направити разлику између конвалидације посла продаје када је за стицање својине неопходна судска одлука и случаја када је стицања дошло оригинално одржајем када посао продаје, ако је државина савесна и траје одређено време, може¹³⁴ али не мора бити конвалидиран. Према Л. Карамарковић накнадно признање ваљаности правног посла делује од момента када је дошло до уговарања (*ex tunc*). Ово из разлога што је основ стицања кумулативно и правни посао,¹³⁵ и судска одлука којом је такав уговор оснажен.¹³⁶ Без судске одлуке овај посао је чини се недовршен (непотпун).

жалбени наводи туженог у вези са непостојањем законите државине у конкретном случају.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2108/11(2) од 2.6.2011. године.

132 „Све сходно члану 28, став 4 Закона о основама својинскоправних односа.“ Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 847/2005 од 18.8.2005. године, Paragraf.Lex. Као и у једном другом случају када суд истиче да се усмени уговор о купопродаји непокретности не може се реализовати судским путем. Међутим, у ситуацији када је усмено закључени уговор о промету непокретности извршен у целини или у претежном делу проблем својине се дефинитивно разрешава кроз одржај. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 8196/2013(1) од 22.1.2014. године, Paragraf.Lex.

133 „Испуњеност услова за конвалидацију уговора цени се по прописима који важе у време пресуђења... Правилан је став другостепеног суда да се пуноважност уговора цени према моменту његовог закључења, али се испуњеност услова за конвалидацију уговора цене по прописима који су важили у време конвалидације, а то је моменат закључења главне расправе, када су услови за оснажење овог уговора били испуњени.“ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 568/2010 од 20.10.2010. године, Paragraf.Lex.

134 У том случају је државина законита.

135 Сам правни посао није довољан јер се за укњижбу права својине уз молбу мора приложити у оригиналу исправа подобна за упис, а то је јавна или по закону оверена исправа (уговор о купопродаји, уговор о поклону, уговор о замени). Решење Окружног суда у Новом Саду, Гж. 4482/2006 од 1.11.2006. године, Paragraf.Lex.

136 Л. Карамарковић, стр. 891.

9. ТЕОРИЈСКО УОПШТАВАЊЕ

Ако се осврнемо на приказану судску праксу, према броју и разноврсности одлука у којима су српски судови расправљали о форми уговора о промета непокретности постаје јасно да је ово питање од изузетног практичног значаја. Задатак правне науке се између осталог огледа у теоријском уопштавању конкретних решења судова. Из свега напред наведеног јасно се истичу најважније функције форме које на уштрб убрзавања правног промета, крунишу начело правне сигурности. То су функција заштите и функција сазнања.

9.1. Функција заштите

Заштитна функција форме огледа се у чувању интереса уговорника, али и јавног интереса. Ова функција форме је сложена и у њеним оквирима се издвајају:

Функција промишљања – форма селективно успорава правни промет и тако уговорницима оставља потребно време да још једном о свему „добро размисле“. Форма подсећа уговорне стране на пажњу која се у промету захтева чиме се несумњиво сузбија лакомисленост и брзоплето уговорање. Није добро да странке поступају олако у погледу често и животну важних одлука којим се на пример, решава „стамбено питање“ и обезбеђује „кров над главом“.

Функција провере идентитета – форма допушта потврду личних података уговорних страна. С једне стране, то отежава „лажно представљање“ уговорника, пошто изглед и потписи уговорника морају одговарати онима са личног документа. С друге стране, подаци као што су матични број и адреса пребивалишта помажу уговору верној страни да правилно определи надлежни суд у случају евентуалне парнице.

Функције провере способности – форма, по правилу, омогућава проверу овлашћења за располагање и способности за уговарање учесника у промету. На овај начин се нарочито помаже рањивим категоријама правних субјеката, као што су душевно болесни и малолетници. Штити се дакле, слабија уговорна страна којој мањка разум и искуство, односно потребна способност да схвати значај посла који предузима, те правне и економске ризике који из таквог обвезивања произлазе. Кроз прописивање посебне форме штите се и лица чија је способност уговорања ограничена личним особинама, на пример слепи и глувонеми, лица чија је уговорни капацитет ограничен унутрашњим разлозима, на пример, коцкарски зависници, те лица чија је аутономија воље спутана спољашњим притисцима, на пример, они који уговарају у стању нужде, као и под физичком или психичком принудом.

Функција прецизности – форма омогућава прецизност у изразу. На пример, тек кроз детаљно записивање уговора постаје јасно на коју се непокретност продаја тачно односи, по којој се цени таква непокретност продаје и какви су услови плаћања. Форма дакле омогућава индивидуализацију предмета продаје и одређеност, односно одредивост уговорене цене.

9.2. Функција сазнања

Материјализација уговорне воље у одређеном појавном облику (форми писмена, е-записа и сл.) омогућава лакше сазнање садржине саме воље. Спознајна функција притом чини се укључује неколико подфункција, а то су:

Функција изјаве – форма омогућава објективизацију праве намере странака. Без њеног фиксирања у одређеној форми, воља се често колеба, превртљива је и тешко је ухватити. Тек кроз записивање изреченог, тзв. „теорија изјаве“ добија на значају у односу на „теорију воље“ која даје предност унутрашњој вољи.

Функција доказа – форма је сведок стварне садржине изјављене воље, односно предмета и каузе уговора.

Функција очувања – форма кроз материјализацију воље омогућава да се садржина правног посла сачува у времену, па чак и када лица која су вољу изјавила више нису у могућности да се о томе изјасне.

Функција публицитета – форма олакшава евиденцију промета непокретности која се остварује преко посебних уписника о закљученим уговорима, али и кроз јавну евиденцију о правима на непокретностима.

Функција контроле – форма нуди надлежним органима податке о располагању, на пример, о времену и вредности промета. Тако, порески органи лакше сазнају шта опорезовати, а инспекцијски органи једноставније улазе у траг токовима новца.

Чини се да је назначајније питање које је пред нашу судску праксу постављено у вези форме оно које се тиче форме уговора о промету „непокретности у настајању“. Колебљивост судске праксе у овом погледу свакако не доприноси правној сигурности. Судови ће се овим питањем несумњиво бавити и у будућности. Ипак, изгледа да се у српској пословној и судској пракси усталило становиште да је и за уговор којим се продаје непокретност у изградњи неопходна идентична форма, као и за постојеће непокретности. Закључивање таквих уговора у форми јавне исправе омогућава њихову евиденцију у посебне уписнике при судовима и на тај начин се отежава вишеструка продаја исте непокретности. Такво резоновање јудикатуре које

води рачуна о пословним обичајима купаца и продаваца, потребама пројектног финансирања и адекватног обезбеђења банкарских пласмана, природно може бити од користи и за правилну примену Закона о јавном бележништву и новог Закона о промету непокретности.

Nenad TEŠIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

THE FORM OF REAL ESTATE CONTRACT – Court Practice before Introduction of Notarial Form in Serbian Law –

Summary

In this paper the author points to great practical importance of the form of real estate contract. According to the author, a large number of disputes in this area, among other reasons, triggered Serbian law makers to adopt the Law on Public Notaries and the new Law on Real Estate which entered into force on 1.9.2014. It is obvious that the written form of a public instrument with the signatures of the parties certified by the court did not provide for sufficient legal certainty. In addition to that, this type of form has not achieved the basic function of contractual form, i.e. protective function and acknowledging function.

a) Protective function

The prescribed form essentially takes care of interests of contracting parties, as well as public interest. This function of form is compound and includes different sub-functions:

Reflection function – form selectively slows down legal transactions and in that way leaves the parties precious time to “think twice” about the obligations they assume. Form reminds the parties of reasonable care when negotiating contractual terms”, which undoubtedly suppresses “rash bargaining”.

Identity test function – form provides authentication of the parties’ personal data. On the one hand, if parties’ appearance and signature must match those on the ID Cards, “identity theft” is quite difficult to perform, on the other hand, in case of dispute, information such as the personal number and the place of residence, for instance, helps performing party to find out the proper court’s jurisdiction.

Capability test function – as a rule, the form allows verification of parties' authority for disposal and their contracting capacity. In this way, the form helps especially vulnerable categories of natural persons, such as the mentally ill and minors. Therefore, the form protects the "weaker party" which lacks mental capacity and experience, persons that are in any way unable to understand the importance of the undertaken transaction, as well as legal and economic risks that arise from such commitment. The prescribed form guards: i) persons whose ability to contract is limited by physical characteristics, such as the blind and deaf-mute persons, ii) persons whose contractual capacity is limited by personal reasons, for example, gambling addicts or illiterates, iii) persons whose autonomy of will is constrained by external force, for instance, those who negotiate in a state of emergency or subordination, or under physical or mental duress.

Accuracy function – form allows precision in the parties' declaration of will. For example, only through a detailed prescription of agreement does it become clear which real asset is sold, at which price and what the terms of payment are.

b) Acknowledging function

The manifestation of contractual will in form of a written instrument makes it easier to determine the contents of the will itself. This function involves:

Disclosing function – form facilitates the materialization of the parties' real intentions (animus contrahendi). Otherwise, the will is a subjective state of mind that is quite changeable and difficult to ascertain. Only through express wording does the "statement theory", which is accepted in modern legal doctrine, gain importance in relation to the "theory of will", primarily based on the "interior will".

Probative function – form testifies about the actual contents of the parties' will, as well as about essential elements of the contract.

Preserving function – proper materialization of contractual will allows the content of the legal transaction to be saved and used later, even in time when involved parties no longer exist.

Publicity function – form makes it easy to record real estate transactions, which is achieved through the court register, but also through the public records of rights to real estate.

Control function – form provides information to the competent authorities about undertaken legal transactions, for example, the time and value of trading. Consequently, the authorities more easily trace the flow of money and determine the tax liability.

According to the author, the most important issue in this area that was raised in Serbian jurisprudence is the one related to the contracts about “real estate under construction”. Hesitance of case law regarding the form of such “real estate” contracts unquestionably does not contribute to legal certainty. However, it seems that the Serbian commercial practice and jurisprudence have settled the custom that the contract for sale of “immovable property” under construction needed identical form as for the existing real estate. The conclusion of such agreements in the form of public instruments enables their records in the special courts’ register, and thus makes it difficult to realize the fraudulent multiple disposal of the same real property.

Such reasoning of jurisprudence takes into account the established usages of the real estates market, the needs of project financing and adequate security of bank loans. Naturally, that approach can be useful for the proper implementation of the Law on Public Notaries and the new Law on Real Estate.

Key words: *freedom of contract, principle of consensualism, preliminary contract, convalidation, legal certainty, functions of the form.*