

ПРАВО И ПОЛИТИКА

УДК 347.440.44:342.8

Монографска студија

Српска политичка мисао

број 4/2016

год. 23. vol. 54

стр. 267-313

Дејан Б. Ђурђевић

Правни факултет, Универзитет у Београду

ФОРМА ПУНОМОЋЈА *DE LEGE LATA* И *DE LEGE FERENDA**

Сажетак

Након увођења јавног бележничтва и афирмације строжих форми (солемнизација и јавнобележнички запис) за уговоре о отуђењу непокретности, у српском правном поретку појавила су се различита схватања о томе које нотарске послове могу вршити дипломатско-конзуларна представништва Републике Србије за српске држављане у иностранству и да ли је за пуноважност пуномоћја које се даје ради закључења уговора о отуђењу непокретности довољно да потпис властодавца буде оверен пред дипломатско-конзуларним представништвом. У првом делу рада аутор анализира различита становишта и на основу те анализе закључује: 1° да дипломатско-конзуларна представништва могу за потребе српских држављана који бораве у иностранству вршити све нотарске послове које познаје српски правни поредак, што укључује и сачињавање јавнобележничких записа и потврђивање (солемнизацију) приватних исправа и 2° да није пуноважно пу-

* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Идентитетски преображај Србије*, који се реализује на Правном факултету Универзитета у Београду.

номоћје за закључење уговора о отуђењу непокретности ако је на њему само оверен потпис властодавца. У другом делу рада аутор разматра принцип паралелизма форми који је предвиђен чланом 90. Закона о облигационим односима и долази до закључка да је тај принцип оправдан само код блажих форми уговора (обична писмена исправа и овера потписа). Из тог разлога аутор предлаже да се промени законска регулатива и предвиди да је за пуноважност пуномоћја за закључење уговора, за који је законом прописана форма јавнобележничког записа, односно форма јавно потврђене (солемнизоване) исправе, довољно да потпис властодавца буде оверен.

Кључне речи: заступништво; јавни бележник (нотар); конзуларне функције; паралелизам форми; пуномоћје; форма правног посла (уговора)

1. УВОД

Једно од најспорнијих правних питања које се појавило након почетка рада јавних бележника у Републици Србији тиче се форме пуномоћја за закључење уговора о промету непокретности које српски држављани у иностранству сачињавају пред дипломатско-конзуларним представништвом Републике Србије (у даљем тексту: ДКП). Спорно је: 1^о да ли ДКП може српским држављанима да потврди приватну исправу (солемнизација), односно да сачини јавнобележнички запис, или је његова делатност ограничена искључиво на оверу потписа (легализација) и 2^о да ли јавни бележници могу да прихвате пуномоћје за закључење уговора о промету непокретности које је ДКП сачинио у форми овере потписа? О тим питањима, како ћу касније показати, постоје различити ставови у судској пракси, међу јавним бележницима, као и међу министарствима. Први део рада, који се бави *de lege lata* аспектом форме пуномоћја, биће посвећен разматрању тих питања и давању одговора на њих.

У вези са наведеним спорним питањима нужно се отвара и потреба да се преиспита законска регулатива. Наиме, поставља се питање да ли важећа законска решења којима је уређена материја форме пуномоћја, а која потичу из 1978. године, када је донет Закон о облигационим односима,¹⁾ могу и даље да опстану

1) Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

у условима афирмације строжих форми за правне послове којима се отуђују или оптерећују непокретне ствари.²⁾ Разматрању тог питања и давању одговора на њега посвећен је други део рада који се бави *de lege ferenda* аспектом форме пуномоћја.

Када се разматра проблематика форме пуномоћја, неопходно је указати на потребу да се јасно разликују три правна посла која се с тим у вези појављују. То су: 1° основни посао (*Grundgeschäft*) на чијој се подлози пуномоћје даје, а који међу собом закључују властодавац и пуномоћник (нпр. уговор о налогу или уговор о раду), 2° пуномоћје као једнострани, апстрактни правни посао којим властодавац овлашћује пуномоћника за заступање и 3° главни посао (*Hauptgeschäft*), тј. правни посао који пуномоћник на основу пуномоћја предузима у име свог властодавца. С обзиром на то да главни посао предузима пуномоћник (вољни заступник), иако он правно везује непосредно властодавца, за тај посао се још користи и назив „заступников посао“ (*Vertretergeschäft*).³⁾ Предмет овог рада је однос између форме која је законом прописана за главни посао и форме пуномоћја.

2. DE LEGE LATA АСПЕКТ

2.1. Генеза проблема

До 1. септембра 2014. године, пре него што је у Републици Србији почела да делује јавнобележничка служба,⁴⁾ уговори о промету непокретности склапали су се у форми судски ове-

-
- 2) До 1974. године за пуноважност уговора о отуђењу непокретности била је довољна обична писмена форма. Од 1974. године захтева се да потписи уговорника буду оверени (легализовани у суду). Након увођења јавног бележничтва, српско право, по узору на нека решења у упоредном праву, на пример § 311б. став 1. немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch* – у даљем тексту: *BGB*) или чл. 216. став 1. швајцарског Законика о облигацијама (*Bundesgesetz über das Obligationenrecht* – у даљем тексту: *OR*), пуноважност уговора о отуђењу непокретности условљава поштовањем строгих нотарских форми (јавнобележнички запис и јавнобележничка солемнизација исправе). О тој еволуцији, види уместо свих: Марија Караникић Мирић, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, *Теме*, бр. 4/2015, стр. 1295 и даље.
 - 3) Види уместо свих: Ernst von Caemmerer, „Die Vollmacht für schuldrechtliche Geschäfte im deutschen IPR“, у зборнику: *Gesammelte Schriften, Band 1 – Rechtsvergleichung und Schuldrecht* (Hrsg. Hans. G. Leser), Mohr Siebeck, Tübingen 1968, стр. 60.
 - 4) Види члан 182. Закона о јавном бележничтву – ЗЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14, 121/14, 6/15 и 106/15.

рене исправе.⁵⁾ За пуноважност таквих уговора било је довољно да уговорници сачине исправу о својој сагласности воља и да с тим писменом оду у надлежни основни суд где им је судски службеник (а не судија) оверавао потписе на исправу. Ако је нека странка склапала уговор преко пуномоћника (нпр. зато што живи у иностранству па би јој долазак у земљу створио неоправдано велике трошкове), за пуноважност пуномоћја било је довољно да потпис властодавца буде оверен пред судом или ДКП-ом. Такво поступање било је утемељено на члану 90. ЗОО, који се приликом уређивања форме пуномоћја определио за *принцип паралелизма (паритета) форми*: „Форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла.“⁶⁾

Након 1. септембра 2014. године, уговори којима се отуђују непокретности морају бити закључени у строжем облику: у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе или у форми јавнобележничког записа.⁷⁾ Члан 90. ЗОО налаже да се поштравање форме уговора о отуђењу непокретности одрази и на форму пуномоћја које се даје за закључење таквог уговора, независно од тога да ли се то пуномоћје сачињава пред јавним бележником или пред судом у Републици Србији, или се пак сачињава пред ДКП-ом. Другим речима, ако неко данас жели да прода непокретност преко пуномоћника, из члана 90. ЗОО недвосмислено проистиче да пуномоћје за тај посао мора бити дато

5) Види члан 4. став 1. Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 42/98, 111/09, који је био на снази до 1. септембра 2014. године.

6) Принцип паралелизма форми односи се само на случајеве када је за главни уговор предвиђена законска форма. Овакав закључак проистиче из формулације члана 90. ЗОО која почиње речима: „Форма предвиђена законом ...“. Ако су за главни уговор уговорници предвидели одређену форму као услов његове пуноважности (уговорена форма, члан 69. ЗОО), пуномоћје за закључење тог уговора не мора бити дато у тој истој, уговореној форми. У том смислу, види: Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима* (приредио: Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, књ. I, стр. 193.

7) Законска решења која су важила од 1. септембра до 6. новембра 2014. године предвиђала су да уговори о отуђењу непокретности морају бити закључени искључиво у форми јавнобележничког записа. Види члан. 4. Закона о промету непокретности – ЗПН, *Службени гласник РС*, бр. 93/14 и члан 82. ст. 1. тач. 5) Закона о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 и 93/14. Касније, под политичким притиском који је створен тзв. „протестом адвоката“, законодавац је за уговоре о отуђењу непокретности предвидео конкуренцију форми јавнобележничког записа и нотарски потврђене (солемнизоване исправе). Види: Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву и Закон о изменама и допунама Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 121/14.

у форми солемнизоване исправе, јер је за закључење главног уговора предвиђена управо та форма.

Упркос томе што је формулација члана 90. ЗОО веома прецизна, ДКП-ови и после 1. септембра 2014. године раде као да се ништа није променило. На пуномоћјима за закључење уговора о располагању непокретностима у Републици Србији ДКП-ови само оверавају потписе уместо да та пуномоћја солемнизују, односно да их сачине у форми јавнобележничког записа. Јавни бележници одбијају да на основу таквих пуномоћја солемнизују уговоре о отуђењу непокретности,⁸⁾ а уговорници против одлука о одбијању солемнизације изјављују приговоре надлежним основним судовима. Приликом одлучивања о тим приговорима у судској пракси су се појавила два опречна становишта. Према првом, пуномоћје на којем је ДКП само оверио потпис узима се за пуноважно, те га јавни бележник мора прихватити и дозволити пуномоћнику да у име властодавца закључи уговор о отуђењу непокретности.⁹⁾ Друго схватање, које инсистира на дословном поштовању принципа паралелизма форми из члана 90. ЗОО, пуномоћје за располагање непокретношћу сматра ништавим ако је на њему само оверен потпис властодавца.¹⁰⁾

Ради превазилажења проблема са пуномоћјима која српски држављани у иностранству сачињавају пред ДКП-ом, одређене активности су предузимала, у складу са својим надлежностима,¹¹⁾ и ресорна министарства: Министарство правде¹²⁾ и Министарство спољних послова.¹³⁾

8) Види: решење јавног бележника Н. Антића (Крушевац), ОПУ 138/2015, од 18.05.2015; решење јавног бележника Д. Дивац (Београд – Вождовац), ОПУ 281/2016, од 10. 3. 2016; решење јавног бележника С. Сора (Нови Сад), ОПУ 802/2016, од 01.06.2016. (извор: Архива Јавнобележничке коморе Србије, у даљем тексту: Архива ЈКС).

9) Види: решење Основног суда у Крушевцу, Р-јб 1/15, од 29.05.2015; решење Другог основног суда у Београду, Р-јб 1/16, од 21.03.2016. (извор: Архива ЈКС).

10) Види: решење Основног суда у Новом Саду, РЈБ 5/16, од 03.06.2016; решење Вишег суда у Новом Саду, Гж.ЈБ 1/2016, од 26.07.2016. (извор: Архива ЈКС).

11) Министарства су дужна да на тражење физичких или правних лица дају мишљења о примени одредаба закона и других општих аката. Та мишљења нису формалноправно обавезујућа. Види члан 80. Закона о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07, 95/10 и 99/14.

12) Министарство правде (у даљем тексту: МП), на основу члана 9. став 1. Закона о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 44/14, 14/15, 54/15 и 96/15, обавља послове државне управе, који се између осталог, односе на облигационе односе и на рад јавних бележника као једне од правосудних професија.

13) Министарство спољних послова (у даљем тексту: МСП), на основу члана 13. став 1. Закона о министарствима, обавља послове државне управе који се, између осталог,

Средином октобра 2014. године, МСП је од МП-а тражио мишљење о томе како ДКП-ови треба да примењују Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа¹⁴⁾ и ЗЈБ.¹⁵⁾ Тим поводом МП је дао мишљење¹⁶⁾ да су ДКП-ови надлежни да обављају послове оверавања потписа, рукописа и преписа и да сходно примењују прописе којима се уређује нотарска делатност. Осим тога, експлицитно је наглашено да ДКП: „може издавати пуномоћје за закључење правних послова за које је законом предвиђено да морају бити закључени у форми јавнобележничког записа. Ово пуномоћје мора бити у облику јавнобележничког записа.“¹⁷⁾ Као што се види, МП је 14. октобра 2014. године сматрао да принцип паралелизма форми треба доследно примењивати – форма која се тражи за главни уговор потребна је и за пуномоћје за закључење тог уговора, чак и онда када се то пуномоћје сачињава пред ДКП-ом. У наведеном мишљењу МП-а стоји и да се на сачињавање јавнобележничких записа које врши ДКП: „сходно примењују одредбе члана 84. став 1. тач. 1) и 10) ЗЈБ, тако што се уместо означавања јавног бележника и његовог печата и потписа, означава ДКП и ставља печат тог представништва и потпис овлашћеног лица.“¹⁸⁾

Међутим, месец дана касније (25. новембра 2014. године), појављује се ново мишљење МП-а, на основу којег се може стећи утисак да он мења свој став у погледу доследне примене начела паралелизма форми.¹⁹⁾ То мишљење је донето у време тзв. „протеста адвоката“, а након прве ревизије прописа о јавнобележничкој форми уговора о промету непокретности, којом је предвиђено да се уговори о отуђењу непокретности могу закључивати у форми јавнобележничког записа или у форми нотарски потврђене (солемнизоване) исправе.²⁰⁾ Претходно му је допис МСП-а у којем је

односе на заштиту интереса држављана Републике Србије у иностранству.

14) Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа – ЗОПР, *Службени гласник РС*, бр. 93/14 и 22/15.

15) Види: допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-2, од 17.10.2014. (извор: Архива МСП).

16) Види: мишљење МП, бр. 011-00-164/2014-05, од 24.10.2014. (извор: Архива МП).

17) Исто. Инсистирање на томе да пуномоћје које се даје ради закључења уговора о отуђењу непокретности буде у форми јавнобележничког записа долази одатле што су у време давања тог мишљења на снази били прописи који су предвиђали да се уговори о отуђењу непокретности морају закључити искључиво у форми јавнобележничког записа.

18) Види: мишљење МП, бр. 011-00-164/2014-05, од 24.10.2014. (извор: Архива МП).

19) Види: мишљење МП, бр. 011-00-164/2014-05, од 25.11.2014. (извор: Архива МП).

20) Види: чл. 3. и 4. Закона о изменама и допунама ЗЈБ и чл. 1. Закона о изменама и допунама ЗПН. Оба закона објављена су у *Службеном гласнику РС*, бр. 121, од 05.11.2014. године.

то министарство изразило своје схватање да ДКП није овлашћен да врши солемнизације и да сачињава јавнобележничке записе, те је изнет предлог да се „размотри могућност да јавни бележници прихватају пуномоћја за закључивање уговора о промету непокретности на којима је потпис даваоца пуномоћја оверен (легализован) у ДКП-у.“²¹⁾ МП, изјашњавајући се о допису МСП-а, у свом мишљењу од 25. 11. 2014. године, заузима следеће становиште:

„Законом о изменама и допунама ЗПН (*Службени гласник РС*, бр. 121/14) прописано је да се уговор о промету непокретности може закључити и у писменом облику, поред облика јавнобележничког записа. У вези са том изменом, мишљења смо да ДКП-ови у иностранству, могу вршити оверу потписа даваоца пуномоћја за закључење уговора о промету непокретности, сходном применом ЗОПР и ЗЈБ. Такво пуномоћје би се могло употребити за закључење уговора о промету непокретности у писменом облику.“²²⁾

Предузете активности МП и МСП, уместо да допринесу превазилажењу проблема, имају најгору могућу последицу – проузрокују то да јавни бележници неуједначено поступају. Да би допринео уједначавању нотарске праксе, Стручни савет ЈКС,²³⁾ у

21) Види: допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-4, од 12.11.2014. (извор: Архива МСП).

22) Мишљење МП, бр. 011-00-164/2014-05, од 25.11.2014. (извор: Архива МП). Из цитираног мишљења се не могу разазнати право-догматски разлози којима се МП руководио када је заузео становиште да је за сачињавање пуномоћја за закључење уговора о отуђењу непокретности довољна само овера потписа пред ДКП-ом. У том мишљењу нигде не стоји да се прави изузетак од принципа паралелизма форми, већ се крајњи закључак даваоца мишљења базира на непотпуној интерпретацији законских прописа којима је ревидирана нотарска форма уговора о промету непокретности. Наиме, из тог мишљења МП проистиче да је Законом о изменама и допунама ЗПН из новембра 2014. године за закључење уговора о промету непокретности уведена конкуренција двеју форми: јавнобележнички запис и обична писмена форма. Ако се поменуте законске измене из новембра 2014. године тако тумаче, онда се може прихватити становиште да је за сачињавање пуномоћја за закључење уговора о промету непокретности довољно само то да потпис властодавца буде оверен (легализован). Међутим, такво тумачење Закона о изменама и допунама ЗПН из новембра 2014. године није тачно. МП се у цитираном мишљењу позива само на став 1. новелираног члана 4. ЗПН: „Уговор о промету непокретности закључује се у облику јавнобележничког записа или у писменом облику.“ МП, међутим, пропушта да се осврне на став 2. новелираног члана 4. ЗПН, где стоји: „Уговор о промету непокретности закључен у писменом облику оверера јавни бележник, у складу са законом којим се уређује оверавање нејавне исправе (солемнизација).“ Тек када се прочита цео текст Закона о изменама и допунама ЗПН из новембра 2014. године, намеће се недвосмислени закључак да је за склапање уговора о промету непокретности предвиђена конкуренција између форме јавнобележничког записа и нотарски солемнизоване исправе. Поштовање паралелизма форми налагало би и да пуномоћје за закључење уговора о промету непокретности буде сачињено у некој од те две форме, што даље значи да за пуноважност пуномоћја не може бити довољна обична овера потписа.

23) Стручни савет ЈКС основала је Јавнобележничка комора Србије 9. фебруара 2015. године да би пружао нотарима стручну подршку и допринео уједначавању нотарске

свом мишљењу из октобра 2015. године²⁴⁾ инсистира на томе да се доследно поштује паритет форме пуномоћја и главног уговора:

„Приликом регулисања форме пуномоћја српско право се определило за принцип паралелизма форми: форма прописана законом за неки уговор или који други правни посао важи и за пуномоћје за закључење тог уговора, односно предузимање правног посла (члан 90. ЗОО). Следствено томе, пуномоћје за закључење уговора о продаји непокретности мора бити сачињено или у форми солемнизоване исправе или у форми јавнобележничког записа.“

Након објављивања тог мишљења Стручног савета ЈКС, МСП је затражио став МП о том мишљењу.²⁵⁾ МП пропушта да изнесе свој став о том мишљењу Стручног савета ЈКС и изјашњава се да у свему остаје при својим ранијим мишљењима, од 24. октобра 2014. и 25. новембра 2014. године.²⁶⁾

Као резултат свих тих активности које су предузимала надлежна министарства и даље је остало спорно да ли ДКП може да

праксе. Стручни савет даје мишљења о примени прописа релевантних за нотарску делатност која нису правно обавезујућа. Види Одлуку Извршног одбора ЈКС, бр. I-1-377/2015, од 09.02.2015. (извор: Архива ЈКС).

24) Види: мишљење Стручног савета ЈКС од 20.10.2015. године, *Избор судске праксе*, бр. 3/2016, стр. 22.

25) Види допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-30 од 05.11.2015. године (извор: Архива МСП).

26) Види допис МП, бр. 011-00-457/2015-05 од 21.12.2015. године (извор: Архива МП). Превазилажењу спорне ситуације много би више допринело да је МП изашао у сусрет тражењу МСП-а и да се изјаснио о правном схватању које је заузео Стручни савет ЈКС. Констатација да министарство остаје при својим ранијим мишљењима није могла да допринесе решавању проблема из два разлога. Већ сам помену да су мишљења МП од 24.10.2014. и 25.11.2014. године контрадикторна. Осим тога, та мишљења су сачињена у време када су важила другачија законска решења. Према прописима који су били на снази 25. 10. 2014. године уговор о промету непокретности је морао бити закључен у форми јавнобележничког записа. Законска решења која су била на снази 25.11.2014. године предвиђала су за закључење уговора о промету непокретности конкуренцију форме јавнобележничког записа и нотарски солемнизоване исправе. У децембру 2015. године на снази су прописи у којима стоји да се уговори о промету непокретности закључују у форми нотарски солемнизоване исправе, при чему је у пракси Републичког геодетског завода спорно да ли је дозвољен и јавнобележнички запис, иако он као строжа форма апсорбује све формалне елементе солемнизације, као блаже форме. Ближе о том проблему види: Марија Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности”, *Српска политичка мисао*, бр. 2/2015, стр. 314 и даље; Предраг Трифуновић, „Три спорна питања (конвалидација, солемнизација, објективни рок застарелости потраживања по члану 376. став 2 ЗОО)”, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 3/2016, стр. 118–120. При таквом стању ствари, упућивање на ранија мишљења, без заузимања јасног става о постављеном питању, не само да не може допринети решавању проблема који су се појавили у пракси, већ доводи до још већих забуна.

солемнизује пуномоћја и како треба да поступа јавни бележник када се у поступку солемнизације уговора о отуђењу непокретности пуномоћник легитимише пуномоћјем на којем је ДКП само оверио потпис властодавца.

2.2. Надлежност ДКП-а за вршење нотарских послова

Прво спорно питање, које се поставља у вези с формом пуномоћја, а које је извориште свих проблема који су се појавили у јавнобележничкој и судској пракси, тиче се надлежности ДКП-а за вршење нотарских послова, а пре свега за сачињавање јавнобележничких записа и солемнизацију приватних исправа.

ЗЈБ и ЗОПР ништа не говоре о томе да ли ДКП може вршити нотарске послове за потребе српских држављана који бораве у иностранству. Спорно је да ли надлежност ДКП-а за вршење нотарских послова може да се заснује на члану 9. Закона о спољним пословима.²⁷⁾ Поменута одредба, која носи маргинални наслов „Послови конзуларног представништва“, у ставу 1. предвиђа: „Конзуларно представништво обавља оне послове из делокруга Министарства који спадају у конзуларне функције предвиђене међународним уговорима и дипломатско-конзуларном праксом.“ У ставу 2. те одредбе стоји: „У обављању послова из свог делокруга, конзуларно представништво поступа у складу са Уставом, законима, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима и подзаконским општим актима, као и по директивама министра и у складу са тим директивама датим инструкцијама и упутствима руководиоца надлежних унутрашњих јединица Министарства, као и амбасадора акредитованог у држави пријема.“ Бечка конвенција о конзуларним односима, која је ратификована још 1966. године,²⁸⁾ у члану 5. тачка ф) предвиђа да се конзуларне функције, између осталих, састоје у делању у својству јавних бележника и службеника грађанског стања и вршењу сличних функција, као и у вршењу функција административне природе, уколико се томе не противе прописи државе пријема.²⁹⁾

27) Закон о спољним пословима – ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 116/07, 126/07 и 41/09.

28) Види Уредбу о ратификацији Бечке конвенције о конзуларним односима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 5/66.

29) О конзуларним функцијама, види ближе: Миленко Крећа, *Међународно право представљања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, стр. 154 и даље; Стеван Ђурђевић, Миодраг Митић, *Дипломатско и конзуларно право*, Службени лист СРЈ, Београд 2000, стр. 186 и даље.

Према једном становишту,³⁰⁾ члан 9. ЗСП и члан 5. тачка ф) Бечке конвенције о конзуларним односима представљају довољан правни основ да ДКП може вршити нотарске послове за српске држављане који бораве у иностранству. Друго становиште је да ДКП не може вршити послове на које није овлашћен законом јер члан 136. став 3. Устава Републике Србије прописује да се послови државне управе одређују законом.³¹⁾

Слажем се са становиштем да се послови државне управе одређују законом. Међутим, то није довољан аргумент у прилог тези да ДКП није овлашћен да врши нотарске послове. Наиме, присталице становишта по којем ДКП може да врши нотарске послове управо се и позивају на то да надлежност ДКП-а да врши солемнизацију и сачињава јавнобележничке записе проистиче из закона, тј. из члана 9. ЗСП и из Бечке конвенције о конзуларним односима која је ратификован међународни уговор и која је у смислу члана 16. Устава Републике Србије саставни део домаћег правног поретка.³²⁾

У прилог становишту да ДКП не може вршити нотарске послове истакнут је аргумент по којем: „Бечка конвенција о конзуларним односима даје општи оквир за вршење конзуларних функција, а да овлашћење за вршење одређених конзуларних функција ДКП црпи из домаћих прописа.“³³⁾ Та констатација је тачна, али не даје основа за тврдњу да ДКП не може обављати нотарске послове. ДКП не може вршити послове који спадају у конзуларне функције, ако за то не постоји основ у домаћем законодавству. Међутим, када одредба члана 9. став 1. ЗСП каже да ДКП „обавља“ оне послове који спадају у конзуларне функције предвиђене међународним уговорима и дипломатско-конзуларном праксом, она заправо прописује овлашћење и дужност ДКП-а да врши све оне конзуларне функције које предвиђају међународни уговори и конзуларна пракса. Члан 9. став 1. ЗСП представља обавезујућу бланкетну норму, чија се диспозиција допуњује другим нормама (међународним уговорима и дипломатско-конзуларном праксом). Становиште које је дошло до изражаја у цитираним актима МСП-

30) У том смислу, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Досије, Београд 2014, стр. 17; мишљење МП, бр. 011-00-164/2014-05 од 24.10.2014 (извор: Архива МП); мишљење Стручног савета ЈКС, од 20. 10. 2015, *Избор судске праксе*, бр. 3/2016, стр. 22.

31) Види допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-36, од 08.04.2016. (извор: Архива МСП).

32) Види и члан 194. став 5. Устава Републике Србије који предвиђа да закони морају бити у складу са потврђеним међународним уговорима.

33) Види допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-2, од 17.10.2014. (извор: Архива МСП).

а било би исправно када би члан 9. став 1. ЗСП садржао једну мекшу формулацију, тј. када би, на пример, прописивао да ДКП *може обављати* оне послове који спадају у конзуларне функције предвиђене међународним уговорима и дипломатско-конзуларном праксом, у складу са законом. Према важећем праву, међутим, ДКП је дужан да обавља све оне послове који се на основу међународних уговора и конзуларне праксе могу подвести под појам конзуларних функција, па сам тим и послове јавних бележника.

Треба указати на још једну недоследност у начину на који МСП тумачи важеће законске прописе. Наиме, када се Стручни савет ЈКС у свом мишљењу од 20. 10. 2015. године пита како ДКП може да врши оверу потписа (која такође представља нотарски посао), а не може да врши солемнизацију,³⁴⁾ МСП³⁵⁾ каже да надлежност ДКП-а да оверава потписе проистиче из члана 105. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.³⁶⁾ Та одредба предвиђа да ДКП „*може вршити* оверу потписа, рукописа и преписа у складу са међународним уговорима и прописима земаља пријема.“ Ако би се за неку законску норму могло рећи да „даје оквир“ за обављање одређених послова, онда је то управо цитирани члан 105. ЗРСЗ. Сматрам да је неодрживо схватање по којем члан 105. ЗРСЗ (ДКП *може вршити*) даје, а члан 9. ст. 1. ЗСП (ДКП *обавља оне послове*) не даје правни основ да ДКП врши одређене нотарске послове.

Следствено изложеном, може се закључити да је ДКП надлежан да врши нотарске послове за држављане Републике Србије у иностранству, у складу са прописима Републике Србије којима је уређена нотарска делатност. Из тога даље проистиче не само овлашћење него и дужност ДКП-а да пуномоћја за закључење уговора којима се отуђују непокретности издаје у форми јавнобележничког записа, или у форми солемнизоване исправе. У сваком случају, да би се превазишле спорне ситуације које су се појавиле у пракси, тј. да би се „боље подразумевало“ оно што се већ по-

34) У мишљењу Стручног савета ЈКС од 20. 10. 2015. године, *Избор судске праксе*, бр. 3/2016, стр. 22, стоји: „Као што конзуларно представништво врши легализацију потписа када је то дозвољено и потребно (која представља такође нотарски посао), тако би и у случајевима где је то потребно морало да обавља и друге нотарске послове (солемнизацију и сачињавање јавнобележничког записа).“

35) Види допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-2, од 17.10.2014. (извор: Архива МСП), где стоји да ДКП-ови своје овлашћење да врше послове оверавања потписа, рукописа и преписа „црпу“ из ЗРСЗ.

36) Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82, и *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

дразумева, било би корисно када би закони који уређују нотарску делатност експлицитно предвидели да ДКП врши одређене нотарске послове. С тим у вези пожељно је да се изврше одређене допуне ЗОПР и Закона о ванпарничном поступку.³⁷⁾

Сматрам да је целисходно да се изврше следеће измене закона:

1° У члану 1. ЗОПР требало би додати став 4, који би гласио: „Конзуларно представништво Републике Србије оверава потписе, рукописе и преписе ако се томе неprotиве закони и прописи државе пријема.“

2° У ЗОПР требало би додати члан 29а, који би гласио: „Поступање конзуларног представништва Републике Србије приликом оверавања потписа, рукописа и преписа ближе се уређује прописом који споразумно доносе министар надлежан за спољне послове и министар надлежан за правосуђе.“

3° У члану 164. ЗВП требало би додати став 4, који би гласио: „(4) Конзуларно представништво Републике Србије саставља исправе о правним пословима, изјавама воље, правним и другим радњама ако се томе неprotиве закони и прописи државе пријема.“

4° У члану 184. ЗВП требало би додати став 3. који би гласио: „(3) Конзуларно представништво Републике Србије потврђује приватне исправе (солемнизација) ако се томе неprotиве закони и прописи државе пријема.“

5° У ЗВП требало би додати члан 22ба који би гласио: „Поступање конзуларног представништва Републике Србије приликом потврђивања приватних исправа (солемнизација) и састављања исправа о правним пословима, изјавама воље, правним и другим радњама ближе се уређује прописом који споразумно доносе министар надлежан за спољне послове и министар надлежан за правосуђе.“

2.3. Поступање са пуномоћјем на којем је оверен потпис властодавца

Када се у поступку солемнизације уговора као формални учесник појављује пуномоћник, он је дужан да докаже своје овлашћење за заступање (члан 167. став 1. ЗВП). Овлашћење за

37) Закон о ванпарничном поступку – ЗВП, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15 и 106/15.

заступање пуномоћник доказује тако што јавном бележнику предаје пуномоћје. Ако лице које за себе тврди да је овлашћено да заступа властодавца не може да презентује пуноважно пуномоћје, јавни бележник је дужан да одбије солемнизацију уговора (члан 167. став 3. ЗВП).

Пуномоћник је овлашћен да заступа свог властодавца само ако има пуноважно пуномоћје. Један од законских услова за пуноважност пуномоћја јесте и његова форма. Према члану 90. ЗОО пуномоћје мора бити сачињено у истој форми која се тражи за главни уговор. Дакле, ако се пуномоћје даје ради закључења уговора о отуђењу непокретности, оно мора бити сачињено у форми јавно потврђене (солемнизоване) исправе, јер се таква форма захтева за склапање главног уговора.³⁸⁾ Ако пуномоћје није сачињено у законом прописаној форми, оно је ништаво.³⁹⁾ Јавни бележник не може дозволити лицу које се легитимише као пуномоћник на основу ништавог пуномоћја да у туђе име закључи уговор. Правила јавнобележничког поступка (члан 167. ЗВП) налажу му да у таквом случају одбије солемнизацију главног уговора.

Поједини домаћи судови пресуђивали су другачије и дозвољавали су да пуномоћник у име властодавца закључи уговор о отуђењу непокретности, упркос томе што његово пуномоћје није било солемнизовано. Посебно је занимљиво како су судови образлагали одлуке да дозволе пуномоћнику да закључи уговор о промету непокретности са пуномоћјем на којем је само оверен потпис властодавца.

У једном случају из маја 2015. године, поступајући нотар је одбио да солемнизује уговор о поклону непокретности, јер се пуномоћник поклонодавца легитимисао пуномоћјем на којем је потпис властодаваца био оверен пред ДКП-ом у Чикагу. У образложењу решења којим је одбио да предузме тражену службену радњу поступајући јавни бележник истиче следећу аргументацију:

38) Упореди: Слободан Перовић, *Коментар ЗОО*, нав. дело, књ. I, стр. 194, који с правом сматра да за пуноважност пуномоћја које се даје за закључење уговора о доживотном издржавању није довољна овера потписа: „Пошто се овај уговор закључује у форми одговарајуће јавне исправе, та иста форма била би нужна и за пуномоћје за закључење тог уговора.“ У време када је писано и објављено цитирано дело, на снази су били прописи који су предвиђали да се уговор о доживотном издржавању закључује у форми судски потврђене исправе. Види члан 117. ст. 4. и 5. Закона о наслеђивању Србије из 1974 године, *Службени гласник СРС*, бр. 52/74.

39) Види члан 70. став 1. ЗОО, који се на основу члана 25. став 3. ЗОО сходно примењује и на пуномоћје као једностранни правни посао.

„Имајући у виду да приложено пуномоћје од стране Генералног конзулата РС у Чикагу није потврђено (солемнизовано) већ је на истом само оверен потпис, поступајући јавни бележник је нашао да приложено пуномоћје није довољно за легитимацију доносиоца.“⁴⁰⁾

Основни суд у Крушевцу усваја приговор који је поднет против тог решења и налаже јавном бележнику да солемнизује уговор о поклону непокретности. У образложењу те одлуке Основног суда у Крушевцу⁴¹⁾ стоји:

„С обзиром да су овлашћења и поступања јавног бележника прописана ЗЈБ-ом, па је за закључење свих врста уговора о отуђењу непокретности прописана искључива месна надлежност и исти се оверавају код јавног бележника у месту где се непокретност налази, а што је прописано ЗПН-ом. Док за оверу овлашћења није прописана искључива месна надлежност, већ се иста могу оверавати према месту боравка или пребивалишта властодавца. Како нема постављених јавних бележника у ДКП-овима држављани наше земље који су на привременом раду у иностранству, правну комуникацију остварују преко ДКП-ова, сачињавају овлашћења, врше оверу потписа, дају наследничке изјаве, сачињавају тестаменте и врше друге правне послове које би наши грађани обавили у својој земљи пред другим државним органима, тако да послове потврђивања – солемнизације где нису именовани јавни бележници врше надлежни органи у конкретном случају Генерални конзулат РС у Чикагу ... С обзиром да је приложено пуномоћје састављено у смислу чл. 90. ЗОО ..., јер сви државни органи спроводе законе земље за коју су основани, па је Веће одлучило као у изреци ове одлуке.“

Оно што је занимљиво у цитираној одлуци јесте то што Основни суд у Крушевцу одлучује о приговору на решење поступајућег јавног бележника, а да се уопште не осврће на разлоге (правне аргументе) који су изнети у том решењу. Поступајући нотар одбија да солемнизује уговор о поклону непокретности због недостатка форме пуномоћја, тј. због начина на који је пуномоћје сачињено. Нотар сматра да ДКП није поступио у складу са чланом 90. ЗОО зато што је на пуномоћју које је дао поклоно-

40) Решење јавног бележника Н. Антића (Крушевац), ОПУ – 138/2015, од 18.05.2015 (извор: Архива ЈКС).

41) Види решење Основног суда у Крушевцу, бр. Р-јб 1/15, од 29. 5. 2015 (извор: Архива ЈКС).

давац (властодавац) само оверен његов потпис. Јавни бележник ниједног тренутка не оспорава надлежност ДКП-а да сачини пуномоћје, већ само тврди да конкретно пуномоћје, које му је приложено, није сачињено у форми коју тражи члан 90. ЗОО.⁴²⁾ Међутим, Основни суд у Крушевцу се не осврће на ту аргументацију. Он образлаже своје решење као да је поступајући нотар одбио да предузме тражену службену радњу зато што сматра да ДКП није надлежан да врши солемнизацију пуномоћја, при чему термине „оверавати“ и „потврђивати“ употребљава као да су синоними, а заправо је реч о две потпуно различите правне форме и јавнобележничке радње.⁴³⁾ Ако би се цитирано решење Основног суда у Крушевцу читало изоловано од осталих списа у предмету, онда би се могло закључити да тај суд поштује принцип паралелизма форми онако како је постављен у члану 90. ЗОО. До коначног резултата, који је у супротности са чланом 90. ЗОО суд је дошао на основу неких других разлога (који се не могу утврдити увидом у списе предмета), а не оних који стоје у важећим прописима. Да би образложење решења било формално консистентно, Основни суд у Крушевцу се не изјашњава о аргументацији на којој је поступајући нотар засновао своју одлуку о одбијању тражене службене радње, већ диспозитив одлуке образлаже као да је оспорена надлежност ДКП-а да солемнизује пуномоћје.

Други основни суд у Београду у готово истоветном случају такође признаје пуномоћје за закључење уговора о поклону су-власничког удела на кући иако је на том пуномоћју само оверен

42) На основу увида у списе предмета може се поуздано закључити да је поступајући нотар *in concreto* правилно утврдио чињенично стање. Наиме, на приложеном пуномоћју, које је заведено у Уписник Генералног конзулата РС у Чикагу под бројем 156/2015, само је оверен (легализован) потпис властодавца. То се види из садржине клаузуле коју је отиснуо поступајући Вице конзул на полеђини исправе о пуномоћју, а која гласи: „Потврђује се да је (име и презиме властодавца) у присуству овлашћеног службеног лица, својеручно потписао ову исправу која се састоји од 1 листа 1 странице.“

43) О разлици између форме јавно оверене исправе и јавно потврђене исправе, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 25-27. Треба истаћи да српско законодавство које је постојало пре увођења јавног бележничтва није инсистирало на финој дистинкцији између термина „овераване“ и „потврђиване“. Тако се у изворном тексту чл. 184. и 195. Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и члана 188. Породичног закона *Службени гласник РС*, бр. 18/05, говори о томе да „уговор мора бити оверен од стране судије“, иако из целокупног контекста садржине ових одредаба недвосмислено проистиче да ту није било речи о овери (легализацији), већ о потврђивању уговора (солемнизацији). За критику таквих законских формулација, види: Гордана Станковић, „Поступак за потврђивање садржине уговора о доживотном издржавању“, у зборнику: *Зборник радова: Уговор о доживотном издржавању* (приредила: Гордана Станковић), Правни факултет у Нишу, Ниш 1997, стр. 58 и даље.

потпис властодавца (поклонодавца) пред ДКП-ом, али даје друга-чије образложење за своју одлуку.⁴⁴⁾ У првом делу образложења ствари су јасно постављене. Суд недвосмислено констатује да је на пуномоћју само оверен (легализован) потпис поклонодавца (властодавца) пред генералним конзулатом у Торонту. Такође наводи и да је за закључење главног уговора (уговор о поклону сувласничког удела на кући) потребна форма нотарски потврђене (солемнизоване) исправе, као и да члан 90. ЗОО инсистира на паралелизму форми пуномоћја и главног уговора. Упркос свему томе, Други основни суд у Београду признаје пуномоћје на којем је само оверен потпис властодавца пред ДКП-ом и за то своје становиште даје следеће разлоге:

„Наиме, као што је самосталним чланом 9. Закона о изменама и допунама ЗЈБ (Сл. гласник РС, 6/15) предвиђено да основни судови на територији РС обављају послове јавног бележника у градовима односно општинама за које нису именовани јавни бележници, без обавезе да испоштују форму обавезујућу за јавне бележнике, тако је и генерални конзулат РС у Торонту, могао да овери предметно пуномоћје у наведеној форми, а имајући у виду да у ДКП-овима нема постављених јавних бележника.“

Из образложења наведене одлуке Другог основног суда у Београду проистиче да тај суд сматра да се члан 90. ЗОО не примењује у ситуацији када се пуномоћја сачињавају пред ДКП-ом. Такво схватање базира на становишту по којем ДКП није у обавези да сачињава исправе у формама „обавезујућим за јавне бележнике“, па пошто није дужан да поштује нотарску форму, јавни бележници морају да прихватају пуномоћја у оној форми коју би ДКП једино могао да понуди, а то је овера потписа.⁴⁵⁾ Становиште по којем ДКП није у обавези да поштује форму „обавезујућу за јавне бележнике“, суд заснива на члану 9. Закона о изменама и допунама ЗЈБ, од 21. јануара 2015. године.

Међутим, оно што је највећи проблем такве аргументације јесте крајње произвољна интерпретација поменуте законске нор-

44) Види решење Другог основног суда у Београду Р-јб 1/16, од 21. марта 2016. (извор: Архива ЈКС).

45) Овај аргумент, не само што се заснива на погрешној премиси о надлежностима ДКП-а, већ је и правно-догматски споран. Ако се пође од тога да ДКП није надлежан да солемнизује исправе, онда он не треба ни да овери потпис властодавца на пуномоћју које се даје ради отуђења непокретности. Када би се начин на који резонује Други основни суд у наведеној одлуци даље развијао, то би могло довести до тога да јавни бележници буду дужни да прихвате пуномоћје за продају непокретности на којем је потпис властодавца оверен код општинске управе, јер општинска управа није надлежна да врши солемнизацију.

ме. Наиме у ставу 1. члана 9. Закона о изменама и допунама ЗЈБ (*Службени гласник РС*, бр. 6/15) стоји: „У градовима, односно општинама за које нису именовани јавни бележници, до именовања јавних бележника послове потврђивања (солемнизације) исправе за које је законом прописана искључива надлежност јавних бележника вршиће основни судови у складу са законом.“⁴⁶⁾ У помеху тој одредби нигде не стоји да судови нису дужни да „поштују форму обавезујућу за јавне бележнике.“ Штавише, та одредба је и прописана да би се омогућило судовима да у појединим деловима државе привремено врше јавнобележничку делатност док се у потпуности не успостави јавнобележничка мрежа.⁴⁷⁾ Насупрот Основном суду у Крушевцу, Други основни суд у Београду отворено заступа тезу да се може одступити од члана 90. ЗОО када је реч о пуномоћјима која се сачињавају пред ДКП-ом. Разлог за одступање од начела паралелизма форми по схватању тог суда (за које аргументацију изводи из потпуно произвољног тумачења члана 9. Закона о изменама и допунама ЗЈБ од 21. јануара 2015. године), јесте тај што ДКП може само да оверава потписе.

3. DE LEGE FERENDA АСПЕКТ

3.1. Упоредноправни преглед

Када уређује форму пуномоћја, законодавац може да поступи на више начина. ЗОО је следио принцип паралелизма форми. Такво решење, по којем форма главног уговора по аутоматизму повлачи исту такву форму и за пуномоћје, може се срести у француском,⁴⁸⁾ италијанском⁴⁹⁾ и грчком⁵⁰⁾ праву. Паралелизам

46) Став 2. наведене одредбе предвиђа да се за судску солемнизацију исправе плаћа судска такса у износу од 60% судске таксе прописане за сачињавање јавнобележничког записа.

47) У том смислу види и образложење Амандмана II који је Одбор за правосуђе, државну управу и локалну самоуправу Народне скупштине 21. јануара 2015. године поднео на Предлог закона о изменама и допунама Закона о јавном бележничштву, бр. 01–011–77/15 (извор: Архива Народне скупштине).

48) Види: Susanne Frank, „Frankreich“, *Handbuch Immobilienrecht in Europa* (Hrsg: Susanne Frank, Thomas Wachter), C. F. Müller, Heidelberg 2015, стр. 353.

49) Члан 1392. италијанског Грађанског законика (*Codice civile*) прописује да: „пуномоћје не производи дејство ако није дато у форми предвиђеној за уговор који пуномоћник треба да закључи“. Принцип паралелизма форми у италијанском праву важи независно од тога да ли је за закључење главног уговора предвиђена форма *ad solemnitatem* или форма *ad probationem*. Види: Bernhard Eccher, Francesco Schurr, Gregor Chistandl, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Linde Verlag, Wien 2009, стр. 164.

50) Види чл. 217. грчког Грађанског законика. Због паралелизма форми у грчком праву пуномоћје за закључење уговора о продаји непокретности мора да буде дато у форми

форми прихватају и грађански законици неких бивших социјалистичких држава, који су важили у време доношења ЗОО.⁵¹⁾

Други правни пореци сматрају да питање форме пуномоћја треба решавати одвојено од форме правног посла ради чијег предузимања се пуномоћје даје (*принцип независности форме пуномоћја*). Такав приступ је најјасније дошао до изражаја у немачком праву, где § 167. став 2. *BGB* предвиђа да за изјаву воље властодавца којом даје пуномоћје није потребна форма предвиђена за правни посао на који се пуномоћје односи. Тако формулисана одредба омогућује властодавцу да неформалном изјавом воље овласти пуномоћника да у његово име предузме неки формалан правни посао⁵²⁾ – тзв. *принцип неформалности пуномоћја*.⁵³⁾ На сличан начин питање форме пуномоћја уређено је и у шпанском праву.⁵⁴⁾

Између тих двеју крајности, једне која дозвољава да пуномоћје буде неформално и онда када се даје за предузимање формалног правног посла и друге која инсистира на томе да форма пуномоћја буде уподобљена форми главног правног посла, у упоредном праву се може срести и један средњи приступ. За тај приступ је карактеристично то што се захтева да пуномоћје за закључење формалног уговора и само буде дато у некој форми, али се не инсистира на формалној истоветности пуномоћја и главног правног посла. Грађански законик бивше ДР Немачке од 19. јуна 1975. године у § 57. став 1. предвиђао је да пуномоћје мора бити дато у форми која се тражи за главни посао, али је од тог правила

нотарског записа, јер се та форма захтева за уговоре којима се отуђују непокретности. Види: Penelope Agallopoulou, *Basic Concepts of Greek Civil Law*, Sakkoulas/Staempfli/Bruylant, Athens/Berne/Brussels 2005, стр. 171.

- 51) Грађански законик НР Пољске из 1964. године, у члану 99. став 1. предвиђа: „Ако се за пуноважност правног посла захтева његова нарочита форма, пуномоћство за закључење тога посла мора бити дато у истој тој форми“ (превео: Ф. Кних), издање Института за упоредно право, Београд 1966. На исти начин форму пуномоћја је уредио § 223. Грађанског законика НР Мађарске из 1959. године: „За пуномоћство се тражи иста она форма коју правни прописи предвиђају за уговоре који се закључују на основу пуномоћства“ (превели: К. Бетваи и К. Сигулински), издање Института за упоредно право, Београд 1961.
- 52) Види: Dieter Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, стр. 291; Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, стр. 369; Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs BGB*, C. H. Beck, München 1999, стр. 404.
- 53) Види: Wiefried Boecken, *BGB – Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart 2012, стр. 421.
- 54) Види: Irmgard Heinrich, „Rechtsgeschäftliche Vertretung – Representación voluntaria – Vergleichender Überblick zum deutschen und spanischen Recht“, *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag* (Hrsg: Mathias Habersack), De Gruyter, Berlin 2003, стр. 1126.

направио изузетак у погледу уговора за који је била предвиђена форма нотарског записа⁵⁵⁾ – пуномоћје за закључење таквог уговора није морало да се сачини у форми нотарског записа, већ је било довољно да потпис властодавца на пуномоћју буде оверен. Чехословачки Грађански законик из 1964. године у § 31. став 2. предвиђао је: „Ако је потребно да правни посао буде склопљен у посебној форми, пуномоћје мора бити дато писмено.“⁵⁶⁾ И за решење које је прихваћено у аустријском праву може се рећи да је следило тај средњи пут. Аустријско право поставља као правило принцип неформалности пуномоћја.⁵⁷⁾ Од тог правила постоје изузеци. Судска пракса инсистира на паралелизму форми онда када је сврха форме која је законом прописана за заступников уговор заштита уговорника од пренагљеног одлучивања.⁵⁸⁾ Али ако је форма главног уговора предвиђена само зарад тога да би се обезбедило трајно и поуздано утврђење његове садржине, онда пуномоћје не мора бити дато у форми која се тражи за главни посао.⁵⁹⁾ Други изузетак предвиђен је у аустријском нотарском

55) У бившем ДДР-у нотарске записе су сачињавали службеници Државног нотаријата (*Staatliches Notariat*). Види § 67. Грађанског законика ДДР-а из 1975. године.

56) Превео З. Мелоун, издање Института за упоредно право, Београд 1965.

57) У аустријском законодавству то није нигде експлицитно предвиђено, као што је случај са § 167. став 2. *BGB*. Закључак о неформалности пуномоћја аустријска доктрина изводи из две одредбе аустријског Општег грађанског законика (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, у даљем тексту: *ABGB*). То су § 883. *ABGB* („Уговор може бити закључен усмено или писмено, пред судом или без учешћа суда, пред сведоцима или без њих. Ова разноликост форми не ствара никакве разлике у погледу обавезности уговора, осим у случајевима предвиђеним законом“) и § 1005. *ABGB* („Уговори о пуномоћству могу се склапати усмено или писмено. Исправа коју је о томе властодавац издао пуномоћнику назива се пуномоћје“). Види: Peter Bydlinski, *Bürgerliches Recht, Band I – Allgemeiner Teil*, Springer, Wien/New York 2007, стр. 154; Helmut Koziol, Rudolf Welsler, Andreas Kletečka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Manz, Wien 2006, Band I, стр. 205.

58) Види одлуке аустријског Врховног суда: (*Oberster Gerichtshof*): *OGH 10b 569/94*, Internet, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19940714_OGH0002_0010OB00569_9400000_000_30/11/2016;_OGH_5Ob_569/10i_, Internet, <https://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=525638,30/11/2016>. Види и судску праксу наведену код: Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *Notariatsordnung mit Kommentar*, Manz, Wien 2000, стр. 301.

59) Види: Rudolf Strasser, у: *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg. Peter Rummel), 1. Band (§§ 1 bis 1174 ABGB), Manz, Wien 2000, стр. 2049. Ово разликовање које се ослања на сврху форме, најбоље је дошло до изражаја код пуномоћја за закључење уговора о закупу непокретности. За тај уговор аустријско право захтева обичну писмену форму. У цитираним одлукама, аустријски Врховни суд заступа схватање да је сврха те форме различита за закупца и закуподавца. Циљ писмене форме уговора о закупу јесте да закупца заштити од пренагљеног одлучивања, док са становништа закуподавца форма служи само за обезбеђење поузданог и трајног доказа о постојању и садржини уговора. Полазећи од тако постављеног циља форме уговора о закупу непокретности, аустријски

законодавству у погледу пуномоћја за предузимање правних послова за које се тражи форма јавнобележничког записа. Таква пуномоћја не морају бити дата у форми нотарског записа, већ је за њихову пуноважност довољно да потпис властодавца буде оверен.⁶⁰⁾

Швајцарско право је раније било ближе начелу неформалности пуномоћја. Тамошња судска пракса⁶¹⁾ и доктрина,⁶²⁾ ослоњене на начело неформалности правних послова,⁶³⁾ сматрали су да је за настанак пуномоћја довољна неформална изјава воље властодавца чак и онда када се оно даје за предузимање формалног правног посла.⁶⁴⁾ Међутим, у новијој швајцарској литератури појављују се аутори који се залажу за то да и пуномоћје буде дато у форми предвиђеној за главни посао, али само онда када је сврха форме властодавчевог посла да га заштити од пренагљеног одлучивања.⁶⁵⁾ Ролф Ватер критикује такво становиште јер

Врховни суд различито решава питање форме пуномоћја, зависно од тога која уговорна страна се појављује као властодавац. Пуномоћје које даје закупац мора бити у писменој форми, док је закуподавчево пуномоћје неформалан правни посао.

- 60) Види § 69. став 1. аустријског Закона о јавном бележничтву (*Notariatsordnung*): „Пуномоћја која служе за сачињавање јавнобележничког записа морају бити или јавне исправе или такве приватне исправе на којима је потпис властодавца оверен у суду, код јавног бележника или у аустријском конзуларном представништву у иностранству.“
- 61) Швајцарски Савезни суд (*Bundesgericht*) у својим одлукама доследно је спроводио становиште по којем пуномоћје за предузимање правног посла који се односи на својину или неко уже стварно право на непокретностима може бити дато и неформалном изјавом воље властодавца, чак и прећутно. Види: *BGE 99 II 159*, Internet, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&highlight_docid=atf://99-II-159:de, 30/11/2016; *BGE 112 II 330*, Internet, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&highlight_docid=atf://112-II-330:de, 30/11/2016. Иначе, као што сам већ напоменуо, члан 216. став 1. *OR* тражи да уговори којима се располаже непокретностима буду закључени у форми јавнобележничког записа.
- 62) Види: Andreas von Thur, Alfred Siegwart, Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1979, Band I, стр. 355–356; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988, стр. 602. Theo Guhl, Hans Merz, Max Kummer, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1972, стр. 151-152, принцип неформалности пуномоћја објашњавају тиме што предмет пуномоћја није отуђење непокретности, тако да за њега не треба да буде меродавна форма прописана за уговоре којима се располаже непокретним стварима.
- 63) Члан 11. став 1. *OR* предвиђа да је посебна форма претпоставка за пуноважност уговора само онда када је то законом прописано.
- 64) У швајцарском законодавству постоје изричито предвиђени изузеци од начела неформалности пуномоћја. Тако *OR* у члану 493. став 6. предвиђа да посебно пуномоћје којим властодавац (јемац) овлашћује пуномоћника да закључи уговор о јемству мора бити дато истој форми која је потребна за јемство.
- 65) Види ауторе на које упућују: Peter Gauch, Walter Schluerp, Jörg Schmid, Heinz Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne ausvertragliches Haftpflichtrecht*,

држи да би створило правну несигурност и предлаже увођење паралелизма форми по узору на италијанско право.⁶⁶⁾ Критике начела неформалности пуномоћја наишле су на одјек у нотарским прописима појединих швајцарских кантона, који захтевају да се овери потпис властодавца на пуномоћју за закључење уговора за који је предвиђена форма нотарског записа,⁶⁷⁾ чиме се швајцарско право приближило решењу које постоји у аустријском нотарском законодавству.

Ни у немачком праву, које се сматра најрепрезентативнијим представником начела неформалности пуномоћја, то начело не важи без ограничења. Неки изузеци од правила по којем је пуномоћје неформалан правни посао експлицитно су предвиђени у немачком законодавству.⁶⁸⁾ За овај рад је, међутим, много значајније да се размотре изузеци који су створени у немачкој судској пракси на основу телеолошке редукције § 167. ст. 2. *BGB*. Принцип неформалности пуномоћја посебно је разматран у контексту давања овлашћења за закључење уговора о отуђењу непокретности. Доследна примена § 167. став 2. *BGB*, доводи до тога да пуномоћје за куповину или продају непокретности може бити дато усмено, иако је за уговор о продаји непокретности предвиђена форма нотарског записа. Такав исход наишао је на критику код појединих аутора који су мишљења да заштита уговорника од пренагљеног одлучивања, као један од најважнијих правно-политичких циљева форме уговора, налаже да се прописи о форми главног посла протегну и на пуномоћје.⁶⁹⁾

Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf 2003, стр. 301. Rolf Watter, у: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR)*, Helbing&Lichtenhahn, Basel/Frankfurt am Main 1996, стр. 285.

- 66) Rolf Watter, у: *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I*, нав. дело, стр. 285.
- 67) Види, на пример, § 15. Уредбе о јавном бележништву (*Notariatsverordnung*) Кантона Цирих.
- 68) Навешћу неке примере: 1^о Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*) у § 2. предвиђа да се уговор о оснивању друштва закључује у форми нотарског записа, при чему пуномоћје за закључење тог уговора мора бити дато у форми нотарског записа или у форми овере потписа; 2^о *BGB* у § 492. став 4. захтева да пуномоћје за закључење уговора о потрошачком кредиту буде у дато писменој форми која се иначе тражи за склапање главног уговора; 3^о *BGB* у § 1945. тражи да негативна наследна изјава буде дата усмено на записник пред оставинским судом или у форми овере потписа. У погледу пуномоћја за давање негативне наследне изјаве предвиђена је форма овере потписа.
- 69) Види: Helmut Köhler, *BGB – Allgemeiner Teil*, С. Н. Beck, München 1991, стр. 197, који истиче да је овакво решење „правно-политички посматрано опасно“; Dieter Medicus,

Делимичан отклон према начелу неформалности пуномоћја постоји и у судској пракси. Методом телеолошке редукције⁷⁰⁾ немачки судови су сужавали поље примене § 167. став 2. *BGB*, који, подсећам, предвиђа да за пуномоћје није потребна форма која се тражи за главни посао. Немачки Савезни врховни суд је у једној својој одлуци из 1952. године заузео став да пуномоћје за закључење уговора о продаји непокретности мора бити дато у форми нотарског записа онда када властодавац самим чином давања пуномоћја ствара једно стање које прописи о форми уговора о продаји треба да спрече. Другим речима, пуномоћје мора бити дато у форми нотарског записа када давањем овлашћења пуномоћнику властодавац у погледу стицања, односно отуђења непокретности „постаје тако правно или фактички везан као да је лично закључио уговор о продаји“.⁷¹⁾ Такав случај постоји код

Allgemeiner Teil des BGB, нав. дело, стр. 369, сматра да „стриктна примена § 167. став 2. *BGB* доводи до учинка који је у супротности са заштитном функцијом многих прописа о форми“. По Медикусу, заштита од пренагљеног одлучивања, коју је законодавац желео да постигне тиме што је прописао да се уговор о продаји непокретности мора закључити у форми нотарског записа, изостаје ако би се сопственику омогућило да даје усмено пуномоћје за продају непокретности. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II – Das Rechtsgeschäft*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York 1979, стр. 861–862, такође је био мишљења да упозоравајућа функција форме (заштита уговорника од пренагљеног одлучивања), која је предвиђена за главни посао, неће бити остварена ако је властодавцу омогућено да даје овлашћење неформалном изјавом воље. Овај аутор је сматрао да би било захвално да се за давање било којег пуномоћја захтева нека форма (као што је Опште земаљско право Пруске предвиђало писмену форму за давање пуномоћја) или да се уведе принцип паралелизма форми. Eberhard Schilken, у: Norbert Habermann (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5)*, De Gruyter, Berlin 2014, стр. 118, такође указује на то да принцип неформалности пуномоћја: „не одговара значају који имају многобројни прописи о форми у грађанском праву“.

70) Метод телеолошке редукције представља једну врсту циљног тумачења норме, које се примењује онда када је текст норме тако широко формулисан да се под њега могу подвести и случајеви који не одговарају њеном правно-политичком циљу (*ratio legis*). Телеолошком редукцијом сужава се поље примене норме на онај обим за који може да се нађе оправдавање у њеном *ratio legis*-у. На случајеве који не одговарају правно-политичким циљевима одређене норме не примењује се тако прописана, већ супротна норма. О телеолошкој редукцији види уместо свих: Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, С. Н. Beck, München 1977, стр. 65; Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Унион/Службени гласник, Београд 2014, стр. 184.

71) Види: BGH, V ZR 80/52, 11. 7. 1952, *Neue Juristische Wochenschrift*, 31/1952, стр. 1210-1211. Упореди: Dieter Schwab, Martin Löhning, *Einführung in das Zivilrecht*, С. F. Müller, Heidelberg 2007, стр. 346, који истичу да ако већ пуномоћје носи са собом тако снажну везаност властодавца да се давање овлашћења практично може уподобити закључењу уговора о продаји, онда и оно мора бити у форми нотарског записа.

давања неопозивог пуномоћја.⁷²⁾ Супротно од српског права, немачко право дозвољава да се даје неопозиво пуномоћје,⁷³⁾ у којем овлашћење за заступање не може бити угашено једностраном изјавом воље властодавца, већ искључиво уговором између властодавца и пуномоћника.⁷⁴⁾

Међутим, не тражи се ни да свако неопозиво пуномоћје за продају непокретности буде у форми нотарског записа.⁷⁵⁾ На пример, када продавац закључи с купцем предуговор за продају непокретности у форми нотарског записа, а након тога у форми оверене (легализоване) исправе да неопозиво пуномоћје за закључење уговора о продаји. То неопозиво пуномоћје је пуноважно иако није дато у форми нотарског записа, јер оно, *in concreto*, није створило, већ је само потврдило обавезу продавца да закључи уговор о продаји непокретности, која је настала раније, закључењем предуговора.⁷⁶⁾

72) Види: Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, стр. 554; Haimo Schack, *BGB – Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Heidelberg 2002, стр. 147; Dieter Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, нав. дело, стр. 292; Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs BGB*, нав. дело, стр. 404; Dieter Schwab, Martin Löhnig, *Einführung in das Zivilrecht*, нав. дело, стр. 346; Eberhard Schilken, у: *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, нав. дело, стр. 120; Helmut Heinrichs, у: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, (Bearb: Peter Bassenge et al), C. H. Beck, München 1995, стр. 165; Ulrich Lepetit, у: *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2 – Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240 (Hrsg. Manfred Wolf), Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1999, стр. 594.

73) Члан 92. став 1. ЗОО прописује да властодавац може опозвати пуномоћје, чак и ако се уговором одрекао тог права. Насупрот томе, § 168. *BGB* предвиђа да је пуномоћје опозиво ако из њега не проистиче нешто друго.

74) Ближе о томе, види уместо свих: Hans-Martin Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, Heidelberg 1983, стр. 310–311; Manfred Wolf, Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck, München 2012, стр. 618. Неопозивост пуномоћја проистиче из унутрашњег односа властодавца и пуномоћника и налази своје оправдање у потреби да се заштите посебни интереси пуномоћника, нарочито у случајевима када је давање пуномоћја уговорено као средство извршења неке властодавчеве обавезе према пуномоћнику. На пример, када лице А продаје непокретност лицу Б, које намерава да је препрода лицу В. Та трансакција се може обавити тако што ће Б исплатити А цену и захтевати од њега неопозиво пуномоћје на основу којег би ту непокретност даље продао В. Пример наведен код: Helmut Köhler, *BGB – Allgemeiner Teil*, нав. дело, стр. 199.

75) Види одлуку немачког Савезног врховног суда: BGH, V ZR 171/77, 23. 02. 1979, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 45/1979, стр. 2306 и даље.

76) У том смислу: Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, нав. дело, стр. 554. Види и: Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, De Gruyter, Berlin/New York 1996, стр. 523, који сматра да неопозиво пуномоћје за закључење уговора о преносу својине на непокретној ствари (*Auflassungsvollmacht*) не мора бити дато у форми која се захтева за тај уговор, ако се пуномоћје даје ради извршења обавезе из раније закљученог уговора о продаји.

Паралелизам форме између главног посла и пуномоћја обавезан је и у другим случајевима у којима сам чин давања пуномоћја заправо значи да је „пала коначна одлука о предузимању главног посла“.⁷⁷⁾ Осим када се даје неопозиво пуномоћје, паралелизам форми је обавезан и када би опозивање пуномоћја створило властодавцу значајне издатке (плаћање уговорне казне, накнада штете због повреде уговора о налогу)⁷⁸⁾ или када је пуномоћник ослобођен од забране да закључи уговор са самим собом⁷⁹⁾ (у оним случајевима где немачко право дозвољава такав начин склапања уговора⁸⁰⁾).

3.2. Однос пуномоћја и главног посла

За питање форме пуномоћја суштински је значајно размотрити однос између пуномоћја и главног (заступничког) правног посла. Несумњиво је да између пуномоћја и главног посла постоји одређена повезаност. Пуномоћник не може предузети главни посао ако нема пуномоћје или ако је његово пуномоћје ништаво. Та повезаност пуномоћја и главног посла дошла је до изражаја и у јавнобележничком законодавству (члан 167. ЗВП) које предвиђа да је нотар приликом сачињавања јавнобележничког записа, односно солемнизације приватне исправе дужан да утврди овлашћење за заступање и да одбије да предузме службену радњу ако пуномоћник не поседује пуноважно пуномоћје. Међутим, поставља се питање да ли је повезаност пуномоћја и главног посла таквог интензитета да они представљају јединствен правни посао. Ако

77) Види: Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, нав. дело, стр. 554.

78) Види: Karl-Heinz Schramm, у: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I – Allgemeiner Teil (Hrsg. Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München 2012, стр. 1827; Brigitte Frensch, у: *BGB Kommentar* (Hrsg: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinrich), Luchterhand, Köln 2009, стр. 244; Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, нав. дело, стр. 554; Hans-Joachim Musielak, *Grundkurs BGB*, нав. дело, стр. 404-405; Ulrich Leptien, у: *Soergel BGB*, нав. дело, стр. 594; Eberhard Schilken, у: *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, нав. дело, стр. 121.

79) Dieter Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, нав. дело, стр. 292; Karl-Heinz Schramm, у: *Münchener Kommentar zum BGB*, нав. дело, стр. 1827; Haimo Schack, *BGB – Allgemeiner Teil*, нав. дело, стр. 147; Eberhard Schilken, у: *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, нав. дело, стр. 120-121.

80) § 181 *BGB* предвиђа као правило да заступник не може у име заступаног закључити уговор у којем би он сам био друга уговорна страна или би пак истовремено заступао и другу уговорну страну. Од те забране предвиђена су два изузетка: када се правни посао предузима ради извршења неке обавезе или када из заступничког овлашћења проистиче да може закључити уговор са самим собом (нпр. када властодавац изричито дозволи пуномоћнику да склопи уговор са самим собом). Ближе о томе, види: Ulrich Leptien, у: *Soergel BGB*, нав. дело, стр. 679 и даље.

би то био случај, онда би се паритет форми пуномоћја и главног посла наметао као правно-догматска нужност, као што понуда, која представља саставни елемент структуре једног уговора, обавезује само ако је дата у форми која је предвиђена за уговор (члан 38. став 1. ЗОО).

У правној теорији не постоји јединствено становиште о природи односа између пуномоћја и главног посла. Према једном схватању, које је бранио Милер-Фрајенфелс (*Wolfram Müller-Freienfels*), воља властодавца је већ приликом давања пуномоћја усмерена на садржину главног посла и стога пуномоћје и главни посао заједно чине јединствен правни посао.⁸¹⁾

Посматрано у ширем друштвеном контексту, који Ларенц назива „психолошким питањем“⁸²⁾ пуномоћје је само једна етапа на путу настанка главног посла, тако да оно нема никакав социјални значај ако не доведе до закључења главног уговора. Ако се на однос пуномоћја и главног посла гледа из таквог ширег, неправничког угла, онда се предузимање та два акта може сматрати јединственом операцијом. На терену грађанскоправне догматике ствари стоје другачије. Квалификација одређене изјаве воље као правног посла зависи од тога да ли она, сама по себи, ствара одређена правна дејства детерминисана њеном садржином. Давањем пуномоћја, пуномоћнику се заправо ставља у руке правна моћ, даје му се легитимација да предузме неки правни посао у име властодавца с директним дејствима према властодавцу. Због тога је пуномоћје по својој правној природи самосталан једностранни правни посао чија се непосредна правна дејства састоје у томе што пуномоћнику конституише једно преображајно право – овлашћење да заступа властодавца.⁸³⁾ Тиме што даје пуномоћје, властодавац предузима један засебан правни посао, који сам по себи производи одређене грађанскоправне последице (настанак

81) Ово становиште представља главну тезу његове књиге: *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen 1955. Становишта овог аутора неведена су према: Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 859–860; Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 540.

82) Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 540.

83) Види: Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 860; Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 540–541; Hans-Martin Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, нав. дело, стр. 302; Ulrich Leptien, у: *Soergel BGB*, нав. дело, стр. 535. Формулација члана 89. став 1. ЗОО требало би да буде довољна за закључак да је у српском праву пуномоћје самосталан једностранни правни посао. У том смислу види: Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, нав. дело, стр. 487 и даље.

субјективног права – овлашћења за заступање). Пуноважност пуномоћја не зависи од тога да ли ће и како ће пуномоћник вршити субјективно право које је тим пуномоћјем створено. Чак и ако пуномоћник не предузме главни правни посао или ако на основу пуномоћја предузме ништав правни посао, пуномоћје остаје пуноважно. У томе се огледа суштина начела раздвојености пуномоћја од главног правног посла.⁸⁴⁾

Осим тога, постојање пуноважног пуномоћја је спољашњи услов за пуноважност главног правног посла. Не може се рећи да је пуномоћје саставни елемент бића главног правног посла,⁸⁵⁾ као што су понуда и прихват понуде саставни елементи уговора, јер правни посао може настати и без пуномоћја. Властодавац увек има могућност да лично закључи главни уговор, чак и онда када је на то овластио пуномоћника.

Из начела раздвојености пуномоћја од главног правног посла даље проистиче да пуномоћје и главни правни посао не морају да се подударају по својој правној природи. То се може објаснити на примеру пуномоћја за склапање уговора о хипотеци. Док је уговор о хипотеци двостран, каузалан и акцесоран правни посао, пуномоћје за закључење тог уговора је супротност свему томе. Оно је једностран, апстрактан и самосталан правни посао. Како пуномоћје и главни правни посао не морају да се подударају у вези са многим елементима своје правне природе, тако није неопходно ни да њихове форме буду истоветне.

Иако је пуномоћје засебан правни посао, када се стварају и примењују правне норме којима се уређује тај институт, не сме се изгубити из вида његова повезаност са главним послом.⁸⁶⁾ Следствено томе, када се прописују правила о форми пуномоћја неопходно је да законодавац увек има пред очима значај везе која постоји између пуномоћја и главног посла. Питање форме у којој треба да буде дато пуномоћје зависи од циља форме која је прописана за главни посао.⁸⁷⁾ Потребно је испитати да ли је за

84) У том смислу, види: Ulrich Leptien, у: *Soergel BGB*, нав. дело, стр. 592; Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 859-860.

85) Другачије тврди Andreas von Thur (*Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. II/2, 378): „Пуномоћје омогућује заступнику да предузме правни посао у име заступаног и стога се може означити као део бића тог посла.“ Наведено према: Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 860.

86) У том смислу види: Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 860.

87) Циљ форме је меродаван приликом одмеравања разних питања која се тичу домаћаја и поља примене формализма у грађанском праву. У том смислу види: Peter Mankowski,

остварење циља форме која је предвиђена за главни посао нужно да и пуномоћје за предузимање тог посла буде дато у одређеном облику.⁸⁸⁾ Другим речима, паралелизам форми између пуномоћја и главног посла оправдан је само онда када је за постизање циља форме главног посла нужно да и пуномоћје буде дато у истој форми. Ако је за остварење циља форме главног посла довољно да пуномоћје буде дато у некој блажој форми или чак да буде неформално, онда не треба инсистирати на принципу паралелизма форми.

Следствено изложеном, приликом опредељивања за конкретна решења неопходно је претходно размотрити који се правно-политички циљеви остварују различитим врстама форми уговора које познаје домаће право, а након тога испитати да ли је за постизање тих циљева нужно да постоји паралелизам форми главног уговора и пуномоћја.

3.3. Задаци форме

Правна наука нема јединствено гледиште о томе који су правно-политички циљеви форме у грађанском праву. Између схватања да форма има само два правно-политичка циља, и оног које наводи чак четрнаест циљева који се остварују формом, постоји лепеза различитих мишљења.⁸⁹⁾ Међутим, не остварују све

„Formzwecke“, *Juristen Zeitung*, бр. 13/2010, стр. 662–663.

88) Упореди: Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Савез удружења правника Југославије, Београд 1964, стр. 112: „Решења не би била иста за разне правне ситуације. Критеријум за различите солуције видимо у финалности прописа којим се одређује форма правног посла који пуномоћник има да закључи за свога властодавца. Ако се сврха те форме потпуније остварује адекватном формом самог пуномоћства, онда би и уговор о пуномоћству требало да буде формалан. Уколико се сврха те форме потпуно постиже и у одсуству одговарајуће форме пуномоћства, решење би било обрнуто: уговор о пуномоћству би задржао и даље карактер консенсуалног уговора.“

89) Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, нав. дело, стр. 42 и даље, наводи да су две основне функције форме правног посла упозоравајућа и доказна. Dieter Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, нав. дело, стр. 187–188, истиче упозоравајућу, доказну и контролну функцију, као и функцију поучавања од стране независног стручњака. Rudolf Meyer-Pritzl, „§§ 125–129. Form der Rechtsgeschäfte“, у: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I – Allgemeiner Teil*, (Hrsg. Mathias Schmoeckel et al.), Mohr Siebeck, Tübingen 2003, стр. 525 и Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, нав. дело, стр. 464, сматрају да форма правног посла има следеће функције: обезбеђује странкама извесност у погледу садржине правног посла, штити од пренагљеног одлучивања, обезбеђује и олакшава доказивање садржине правног посла, омогућује трећим заинтересованим лицима да се обавесте о садржини правног посла и омогућује да странке приликом предузимања правног посла буду поучене о његовим правним дејствима од стране независног стручњака. Peter Mankowski, *Formzwecke*, нав. дело, стр. 662 и даље,

законом предвиђене форме за закључење уговора исте правно-политичке циљеве. Тако поучавање од стране независног стручњака (нотара или судије) појављује се само код оних форми код којих као битан елемент фигурира присуство и активна улога таквог стручњака (јавнобележнички запис, односно солемнизација). За форме код којих се не тражи присуство нотара или судије (нпр. обична писмена форма) не може се рећи да имају функцију поучавања странака од стране независног стручњака. Како све врсте форми за закључење уговора не остварују исте правно-политичке циљеве, тако се ни питање форме пуномоћја не мора на једнообразан начин решавати код свих формалних уговора.

У правном саобраћају највећи значај имају писмене форме, код којих се садржина правног посла материјализује тако што се на неком телесном предмету (по правилу хартији) исписују знакови намењени читању. Српско уговорно право познаје четири врсте писмених форми: 1^о обична писмена форма, 2^о форма јавно оверене (легализоване) исправе, 3^о форма јавно потврђене (солемнизоване) исправе и 4^о форма јавно сачињене исправе (јавнобележнички запис).⁹⁰⁾

3.3.1. Обична писмена форма

Обична писмена форма постоји онда када лице које предузима правни посао својеручно потписује исправу на којој је написана садржина правног посла (члан 72. став 1. ЗОО). За ту форму се не тражи учешће сведока, нити имаоца јавног овлашћења (нотара или судије), нити се инсистира на неком посебном начину писања исправе.⁹¹⁾ Као примери за уговоре за које српско право предвиђа форму обичне писмене исправе могу се навести: уговор

указује на чак четрнаест правно-политичких циљева које остварује форма правног посла: 1^о доказна функција, 2^о аутентификациона функција, 3^о идентификациона функција, 4^о комуникациона функција, 5^о функција трајног похрањивања информације, 6^о функција заснивања индиције о предузимању и садржини правног посла, 7^о функција разграничења и финализације, 8^о функција публицитета, 9^о упозоравајућа функција, 10^о функција поучавања од стране независног стручњака, 11^о функција успоравања трансакција зарад регулисања тржишта; 12^о функција заштите правног промета и поверилаца, 13^о контролна функција и 14^о егзистенцијална функција, која долази до изражаја код хартија од вредности, с обзиром на то да је незамисливо да постоји хартија од вредности без форме.

90) Ближе о томе, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 24 и даље.

91) Види уместо свих: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Привредна штампа, Београд 1980, стр. 343.

о јемству (члан 998. ЗОО),⁹²⁾ уговор о лиценци (члан 687. ЗОО), уговор о грађењу (члан 630. став 2. ЗОО) и уговор о продаји са оброчним отплатама цене (члан 543. ЗОО). Код обичне писмене форме у првом плану су њена упозоравајућа и доказна функција.⁹³⁾

Упозоравајућа функција обичне писмене форме је да заштити уговорника од пренагљеног и лакомисленог закључења уговора. Потреба за поштовањем одређених формалности додатно ставља до знања уговорнику да уговор који склапа може за њега да створи знатне правне последице. Крамер правилно уочава да „онај који мора да потпише писмени уговор тежи да промишља озбиљније од онога који даје само усмено обећање.“⁹⁴⁾ У Мотивима за израду немачког Грађанског законика посебно је потенцирана функција упозоравања коју има форма, када се каже да потреба за поштовањем форме призива код уговорника једно посебно пословно расположење, ствара код њега потребу за брижљивим промишљањем и на тај начин гарантује озбиљност његове одлуке да се правно обавезе.⁹⁵⁾ На сличан начин функцију упозоравања објашњава и Аранђеловић.⁹⁶⁾

Да би се остварила упозоравајућа функција обичне писмене форме која је предвиђена за главни уговор, сматрам да је неопходно да та иста форма буде прописана и за пуномоћје. Тиме што је дао пуномоћје властодавац још увек није стекао обавезе које проистичу из главног посла, већ је само пуномоћнику дао овлашћење да предузме тај посао. Али ако се ствар посматра у једној фактичкој равни, властодавац се тиме што даје пуномоћје доводи у ситуацију која је слична предузимању главног правног посла. Та сличност се огледа у томе што закључењем главног

92) Уговор о јемству је једнострано формалан, јер само изјава јемца мора бити дата у писменој форми. Изјава повериоца може бити дата и усмено. Због тога Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет у Београду, Београд 2015, стр. 322, говоре о „полуформалности“ уговора о јемству.

93) Упореди, Wolfgang Brehm, *Allgemeiner Teil des BGB*, Boorberg, Stuttgart/München 2008, стр. 207; Manfred Wolf, „Rechtsgeschäftslehre“, у: Volker Emmerich *et. al.*, *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*, Verlag Franz Vahlen, München 1974, стр. 154.

94) Ernst Kramer, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, стр. 80.

95) Наведено према: Rudolf Meyer-Pritzl, §§ 125–129. *Form der Rechtsgeschäfte*, нав. дело, стр. 507.

96) Види: Драгољуб Аранђеловић, *О формалним изјавама воље с нарочитим обзиром на наш Грађански законик*, Штампарија Доситије Обрадовић, Београд 1911, стр. 7: „С правом се узима да изјављивање воље у нарочитој форми ствара код изјављивача неко пословно расположење, у коме треба сваки да се налази кад правне послове предузима, те да вољу не изјављује пренагљено, него са хладним расуђивањем.“

уговора властодавац ступа у један правни однос који не може једнострано да раскине (принцип *pacta sunt servanda*). Тиме што даје пуномоћје, властодавац не ступа још увек у главни уговорни однос, али он тиме ипак ставља у руке неком трећем лицу (пуномоћнику) правну моћ да одлучи да ли ће га увести у тај уговорни однос. Чином закључења главног уговора властодавац губи могућност да и даље одмерава аргументе *pro et contra* ступања у неки правни однос, јер је тај правни однос створен и из њега он више не може једнострано иступити. На сличан начин, властодавац давањем пуномоћја у великој мери ограничава своју могућност да разматра целисходност обвезивања главним уговором јер *de facto* знатно сужава свој утицај на настанак главног уговорног односа. Док не да пуномоћје властодавац је једини који у своје име може да стави потпис на исправу, те се може рећи да он има монопол на пристајак за обвезивање главним уговором. Након што да пуномоћје, властодавац тај монопол губи јер главни уговор у његово име може склопити и пуномоћник. Ако се има у виду поменута фактичка сличност између предузимања главног правног посла и давања пуномоћја, онда се може закључити да потреба да се заштити властодавац од пренагљеног одлучивања постоји не само онда када он склапа главни уговор (нпр. када даје изјаву о јемчењу), већ и онда када даје пуномоћје за закључење главног уговора (нпр. када овласти пуномоћника да у његово име да изјаву о јемчењу).

Насупрот горе изложеним становиштима која су дошла до изражаја у немачком праву, сматрам да је за остварење упозоравајуће функције обичне писмене форме главног уговора нужно да се за свако пуномоћје за склапање тог уговора предвиди иста та форма, независно од тога да ли је оно опозиво или неопозиво. Инсистирање на томе да се форма предвиди само за неопозива пуномоћја (која иначе члан 92. став 1. ЗОО не дозвољава), заснива се на идеји по којој заштита од пренагљеног одлучивања није потребна када се предузимају опозиви правни послови.⁹⁷⁾ Пуномоћје не везује властодавца као што га везује главни уговор. Властодавац који непромишљено да пуномоћје може исправити негативне последице своје брзоплете одлуке тако што ће пуномоћје опозвати. Међутим, такво резонување не узима у обзир законска прави-

97) Упореди: Manfred Wolf, Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 612, који као један од разлога којим објашњавају начело неформалности пуномоћја истичу и његову опозивост.

ла којима је уређено опозивање пуномоћја. Опозивање пуномоћја је адресован правни посао.⁹⁸⁾ То значи да је за настанак правног дејства властодавчеве изјаве којом опозива пуномоћје неопходно да ту изјаву прими или бар да настане могућност да је прими пуномоћник и лице с којим пуномоћник закључује главни уговор.⁹⁹⁾ Да би у пракси властодавац ефективно опозвао пуномоћје он мора с том својом одлуком да упозна лице с којим пуномоћник закључује главни уговор. То је често *de facto* неизводљиво, нарочито када у пуномоћју није одређено с ким пуномоћник може да закључи главни уговор. Из тих разлога сматрам да за потпуну заштиту властодавца од пренагљеног одлучивања није довољно само то да се форма обичне писмене исправе предвиди за главни уговор, већ је неопходно предвидети и то да и пуномоћје за закључење тог уговора мора бити дато у истој форми, при чему је ирелевантно да ли је то пуномоћје опозиво или неопозиво.

Писмена форма знатно олакшава да се касније утврди да ли је неки уговор уопште закључен, да ли је пуноважан и каква је његова садржина.¹⁰⁰⁾ И постојање усмено закљученог неформалног уговора може да се доказује у евентуалном судском поступку, саслушањем странака или сведока. Међутим, ти докази су мање поуздани. За разлику од сведока, који чак и када жели да буде искрен, није много поуздан јер може након протеча одређеног времена да промени сећање на неки догађај услед утицаја сопствене фантазије или трећих лица,¹⁰¹⁾ доказна снага исправе не

98) У том смислу, види: Dieter Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, нав. дело, стр. 296.

99) Види члан 93. ЗОО где је експлицитно прописано да изјава о опозивању пуномоћја нема дејство према лицу с којим пуномоћник закључује главни уговор ако „није знало нити је морало знати да је пуномоћ опозвана.“ У таквом случају властодавац ће бити везан главним уговором, чак и ако због тога трпи штету. Законодавац је предвидео одређену врсту заштите властодавчевих интереса тако што је прописао да он може од пуномоћника захтевати накнаду штете. Али и то право на накнаду штете властодавац остварује само ако је пуномоћник знао или морао знати за опозивање пуномоћја.

100) Види: Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, нав. дело, стр. 394; Dieter Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, нав. дело, стр. 187; Hans-Martin Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, нав. дело, стр. 161–162.

101) Упореди: Othmar Jauernig, *Zivilprozeßrecht*, С. Н. Beck, München 1993, стр. 200, који, позивајући се на психолошке експерименте које је вршио Транкел (*Trankell*), указује на то да сведоци под утицајем накнадних убеђења, често изјављују оно што мисле да су у одређеној ситуацији могли или морали да виде, односно чују. Из тог разлога у неким правним порецима (нпр. француско и енглеско право) исправама се и формално признаје јача доказна снага него сведоцима. То се чини прописивањем форме *ad probationem* (постојање уговора који прелазе одређену вредност може се доказати у парничном поступку само писменом исправом) или путем тзв. *parol evidence rule*, по

копни.¹⁰²⁾ Та околност мотивише странке да приликом склапања уговора, који су иначе неформални, уговарају форму и на тај начин обезбеђују поуздано доказно средство које могу да употребе у случају спора.¹⁰³⁾

Својом доказном функцијом форма остварује још један важан правно-политички циљ. Она омогућује брже решавање спорова о пуноважности и постојању уговора и на тај начин доприноси растерећењу судова. Уговорник може покушати да избегне извршење својих уговорних обавеза тако што ће настојати да докаже да је уговор ништав или да друга страна погрешно интерпретира његову садржину. Он ће бити више мотивисан да прибегне таквој стратегији ако је уговор усмено закључен јер му непоузданост доказивања саслушањем странака, односно саслушањем сведока даје велике шансе да убеди суд у своје виђење догађаја. Али, ако је уговор склопљен у писменој форми, постојање исправе на којој је исписана садржина сагласности воља и на којој се налазе својеручни потписи уговорника, знатно смањује шансе да се докаже да уговор није настао, односно да није договорено оно што пише на исправи.

Пуноважно пуномоћје је услов за пуноважност уговора који пуномоћник закључује у име властодавца (члан 88. ЗОО). Ако законодавац прописивањем обичне писмене форме за главни уговор тежи да обезбеди поуздан доказ постојања, пуноважности и садржине главног уговора, онда је неопходно да и пуномоћје буде дато у обичној писменој форми. Супротно горе изложеним схватањима која су дошла до изражаја у аустријској судској пракси, сматрам да би другачије решење било неспојиво са доказном функцијом обичне писмене форме. У случају спора о пуноважности главног уговора, постојао би поуздан доказ о томе да су пуномоћник и треће лице закључили уговор одређене садржине, али не би било поузданог доказа о томе да ли је пуномоћник уопште имао овлашћење, што је такође претпоставка за пуноважност главног уговора.

којем се садржина исправе не може оспоравати саслушањем сведока. Ближе о томе, са упућивањима: Wolfgang Frhr. Marschall v. Bieberstein, „Prozessuale Schranken der Formfreiheit im internationalen Schuldrecht“, у зборнику: *Festschrift für Günther Beitzke für 70. Geburtstag* (Hrsg. Otto Sandrock), De Gruyter, Berlin/New York 1979, стр. 625 и даље.

102) Упореди: Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Службени гласник, Београд 2009, стр. 600: „Исправа је најпоузданији доказ о чињеницама из прошлости јер је мисао у њој трајно фиксирана.“

103) Види: Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, нав. дело, стр. 394.

3.3.2. Форма јавно оверене исправе

Форма јавно оверене (легализоване) исправе постоји онда када законодавац за настанак уговора тражи да потписи уговорника на исправи о уговору буду оверени. Овером потписа овлашћени оверитељ (нотар, односно судски службеник) потврђује да је уговорник у његовом присуству потписао исправу, односно да је раније стављен потпис на исправи признао за свој.¹⁰⁴⁾ Форму јавно оверене исправе српско право, између осталих правних полова, захтева за: оснивачки акт привредног друштва, уговор о преносу удела између ортака, уговор о преносу удела у друштву са ограниченом одговорношћу, уговор о преносу акција у друштвима која нису јавна акционарска друштва и уговор о статусној промени.¹⁰⁵⁾

Поред функција које се остварују обичном писменом формом, форма јавно оверене исправе има наглашену заштитну функцију јер обезбеђује аутентичност уговора.¹⁰⁶⁾ Другим речима, овером потписа јемчи се да су уговор заиста закључила она лица која су на исправи означена као његови потписници. На тај начин се спречавају евентуалне злоупотребе које би се могле чинити фалсификовањем потписа на исправи о уговору.¹⁰⁷⁾ Те злоупотребе посебно су друштвено опасне када је реч о уговорима на основу којих се врши уписивање у јавне регистре јер доводе до тога да у јавном регистру, за који важи начело поуздања, фигу-

104) О овери потписа, види ближе: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 178 и даље.

105) Види чл. 11. став 2, 97. став 2, 175. став. 1, 261. став 2. и 491. став 4 Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15.

106) У том смислу: Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 261; Burkhard Boehme, Bernhard Ulrici, *BGB Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg 2014, стр. 198; Manfred Wolf, *Rechtsgeschäftslehre*, нав. дело, стр. 155. Види и: Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, нав. дело, стр. 241-242, који истиче да форма јавно оверене исправе, насупротив обичној писменој исправи, доприноси јачој заштити од пренагљеног одлучивања и фалсификовања.

107) Значај заштитне функције коју има форма јавно оверене исправе најбоље се види на примеру оних правних поредака који дозвољавају да се важни уговори закључују у форми обичне писмене исправе. Шведска штампа је 1998. године опсежно писала о томе како су бројни преваранти успевали да се укњиже као власници непокретности на основу фалсификованих купопродајних уговора. Такве преваре биле су могуће зато што је у шведском праву за уговор о продаји непокретности била довољна писмена исправа на којој су потписе уговорника оверила два сведока (а не овлашћени оверитељ). Више о томе види: Hans-Heinrich Vogel, „Gutgläubenserwerb, Fälschung, Staatshaftung und Identitätsfeststellung im schwedischen Grundstücksrecht“, у зборнику: *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht* (Hrsg. Jürgen Basedow et al.) Mohr Siebeck, Tübingen 2001, стр. 1065 и даље.

рира погрешан упис.¹⁰⁸⁾ Уговор закључен у форми јавно оверене исправе и даље је приватна исправа. Међутим клаузула о овери потписа, којом овлашћени оверитељ потврђује да је у његовом присуству одређено лице ту исправу потписало, има својство јавне исправе, па самим тим и јачу доказну снагу у евентуалном судском поступку.¹⁰⁹⁾

Заштитна функција коју законодавац хоће да оствари прописујући за главни уговор форму јавно оверене исправе била би заобиђена ако би за пуноважност пуномоћја било довољно да буде дато у форми обичне писмене исправе. Не даје се никакав већи допринос правној сигурности ако се за неки уговор предвиди форма јавно оверене исправе, а остави могућност да пуномоћје за склапање тог уговора буде у форми обичне писмене исправе. Такво решење не би спречило потенциционалне злоупотребе, већ би само променило њихов објект. Недопуштене циљеве које не може да оствари фалсификовањем потписа на главном уговору, потенцијални преварант реализоваће тако што ће фалсификовати потпис на пуномоћју за закључење тог уговора. Следствено изложеном, сматрам да је принцип паралелизма форми пуномоћја и главног уговора оправдан и у случају када је за главни уговор предвиђена форма јавно оверене исправе.

3.3.3. Солемнизација и јавнобележнички запис

Солемнизација и јавнобележнички запис су најстроже форме које познаје српско право. О солемнизацији (јавно потврђивање исправе) говоримо онда када је за закључење уговора неопходно да уговорници у присуству јавног бележника буду упознати са садржином исправе о уговору, дају изјаве да та исправа у свему и потпуно одговара њиховој вољи и да се на њој потпишу.¹¹⁰⁾ Солемнизацијом исправе јавни бележник не потврђује само то да су уговорници потписали исправу, већ и да садржина исправе о уговору одговара њиховој вољи. Због тога солемнизована (потврђена)

108) Упореди. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 261, који с правом сматра да би начело поуздања у јавне регистре било незамисливо, када се за изјаве на основу којих се врши упис не би захтевала макар овера потписа. У том смислу, види и: Wolfram Waldner, *Beurkundungsrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2005, стр. 25.

109) О доказној снази јавно оверених исправа, види ближе: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 176 и даље.

110) О солемнизацији, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 229 и даље.

исправа има ширу доказну снагу од исправе на којој је само оверен потпис. Наиме, код солемнизације доказну снагу јавне исправе има не само солемнизациона клаузула коју сачињава нотар већ и целокупна приватна исправа коју су уговорници у присуству нотара признали за своју и потписали.¹¹¹⁾ Осим за уговоре којима се отуђују непокретности (нпр. продаја, поклон или размена непокретности), српско право предвиђа форму солемнизације и за неке друге, посебно значајне и комплексне уговоре, као што су уговор о хипотеци, брачни уговор, уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота.¹¹²⁾

Јавнобележнички запис је исправа о правном послу коју саставља нотар по казивању странке. Поступак за сачињавање јавнобележничког записа је готово истоветан са поступком за солемнизацију исправе. Као и код солемнизације, тако и код јавнобележничког записа доказну снагу јавне исправе има целокупна исправа. Једина разлика у односу на солемнизацију јесте та што код јавнобележничког записа уговорници не доносе унапред сачињену исправу о свом уговору, већ садржину уговора исписује јавни бележник по њиховом казивању.¹¹³⁾ За потребе питања које је тема овог рада, разликовање јавнобележничког записа и солемнизације није релевантно.¹¹⁴⁾

111) Исто.

112) Види: члан 10. Закона о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 15/2005, 60/15, 63/15 и 83/15; члан 188. став 2. Породичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 и 6/15; чл. 184. и 195. Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/03 и 6/15.

113) О разлици између јавнобележничког записа и солемнизације, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 26–27.

114) Предност јавнобележничког записа у односу на солемнизацију је у томе што он омогућује да се правно-прокламована равноправност странака пренесе и на фактички терен. За савремени правни промет карактеристична је тежња оних учесника који су привредно и економски јачи (нпр. банке приликом закључења уговора о хипотеци или грађевинске фирме код закључења уговора о продаји станова) да наметну другој страни своје моделе уговора. Peter Mankowski, *Formzwecke*, нав. дело, стр. 666, назива ту појаву „монополом у креирању садржине исправе.“ Економски слабији уговорник редовно се налази пред избором између потписивања понуђеног обрасца или несклапања уговора. Насупрот солемнизацији, где се код јавног бележника доноси унапред припремљена исправа, форма јавнобележничког записа, где целокупну исправу сачињава јавни бележник, у великој мери ограничава монопол једне стране у креирању садржине уговора. Ти додатни циљеви који се остварују јавнобележничким записом не долазе до изражаја код пуномоћја из два разлога: 1° пуномоћје је једностран правни посао и 2° фактичка могућност да властодавац изабере пуномоћника који није у стању да наметне свој образац пуномоћја много је већа него да се уговор о хипотеци закључи са повериоцем који није банка или да се новизграђени стан купи од продавца који није инвеститор.

У односу на форму јавно оверене (легализоване) исправе, солемнизацијом се остварују још неки важни правно-политички циљеви, за шта је најзначајнија њена функција превентивне правне заштите (тзв. контролна функција) и функција поучавања уговорника о правним дејствима уговора коју остварује јавни бележник, као независан и непристрасан правни стручњак.¹¹⁵⁾

Превентивна правна заштита састоји се у томе што је приликом солемнизације нотар дужан да испита да ли је уговор дозвољен и да ли садржи нејасне, неразумљиве или двосмислене одредбе. О свему томе нотар мора да упозори уговорнике, а може и одбити да потврди уговор који је у супротности са јавним поретком и добрим обичајима (члан 172. ЗВП). На тај начин се предупређују потенцијални спорови о пуноважности уговора или тумачењу појединих његових одредаба, чиме се посредно доприноси растерећењу судова.

Оно што се истиче као најважнија функција солемнизације јесте поучавање уговорника о правним последицама закључења одређеног уговора.¹¹⁶⁾ У литератури се због тога истиче да је начело поучавања странака *magna charta* јавнобележничке делатности.¹¹⁷⁾ Тај принцип је најбоље дошао до изражаја у § 17. став 1. немачког Закона о потврђивању исправа (*Beurkundungsgesetz*): „Нотар утврђује вољу странака, разјашњава чињенично стање, поучава странке о правном домаћају посла и њихове изјаве јасно и недвосмислено уноси у запис. При томе он треба да пази на то да се избегну заблуде и двосмислености, као и да неискусне и невичне странке не буду оштећене.“ Дужност нотара да поучи странке када сачињава, односно потврђује исправу предвиђена је и у српском праву (члан 172. ЗВП и члан 2. став 4. ЗЈБ).

Функција контроле и поучавања коју законодавац тежи да оствари тиме што за главни уговор прописује форму солемнизо-

115) Ближе о томе, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 30–31. Упореди: Martin Ahrens, у: *BGB Kommentar* (Hrsg: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinrich), Luchterhand, Köln 2009, стр. 135; Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, нав. дело, стр. 403; Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 260; Hans-Martin Pawlowski, *Allgemeiner Teil des BGB*, нав. дело, стр. 162; Manfred Wolf, *Rechtsgeschäftslehre*, нав. дело, стр. 115.

116) О начелу поучавања странака у поступку сачињавања, односно потврђивања исправе, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, 79 и даље.

117) Види: Christian Wolf, „§ 17 BeurkG, magna charta der notariellen Tätigkeit – § 278 ZPO, papera charta der richterlichen Vergleichstätigkeit“, у зборнику: *Festschrift für Walter H. Reichberger zum 60. Geburtstag* (Hrsg: Ludwig Bittner et al), Springer, Wien/New York 2005, стр. 719 и даље.

ване исправе не намеће потребу да и пуномоћје буде у тој истој форми. Овде не треба изгубити из вида да је институт заступања у савременом грађанском праву постављен на темељима теорије репрезентације¹¹⁸⁾: правни посао предузима (вољу изјављује) пуномоћник, а та изјава воље се непосредно рачуна властодавцу као да ју је он лично учинио.¹¹⁹⁾

Контролна функција форме главног уговора долази до изражаја само онда када се закључује тај уговор. Пуномоћје је правно одвојено од главног посла. То што је пуномоћје пуноважно, зато што је дато у форми солемнизоване исправе, не значи да ће и главни уговор који пуномоћник закључује нужно бити пуноважан. Осим тога, ако је услед одсуства јавнобележничке контроле дато ништаво пуномоћје или пуномоћје које је непрецизно формулисано, тиме се неће заобићи контрола јавног бележника у поступку солемнизације главног посла. Када солемнизује главни уговор, нотар је дужан да утврди да ли је пуномоћник овлашћен да заступа властодавца (члан 167. ЗВП). То значи, да јавни бележник приликом солемнизације главног уговора мора да изврши контролу два правна посла: главног уговора и пуномоћја. Ако утврди да је пуномоћје ништаво (на пример, пуномоћје је дао малолетан властодавац) или да је његова садржина формулисана тако да се не може са сигурношћу закључити да ли пуномоћник *in concreto* поступа у границама својих овлашћења, јавни бележник ће одбити да изврши солемнизацију главног уговора. Све те чињенице које су релевантне за пуноважност пуномоћја нотар може накнадно утврдити – када солемнизује главни уговор, на основу увида у исправу о пуномоћју и у клаузулу о овери властодавчевог потписа.¹²⁰⁾ Међутим, ако потпис властодавца на исправи о пуномоћју није оверен, нотар који солемнизује главни уговор не може са сигурношћу да утврди да ли потпис на пуномоћју заиста потиче од властодавца. Због тога је важно да потпис властодавца на пуномоћју буде оверен, а не треба инсистирати на

118) Види: Manfred Wolf, Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 580-581.

119) Види члан 85. став 1. ЗОО: „Уговор који закључи заступник у име заступаног лица и у границама својих овлашћења обавезује непосредно заступаног и другу уговорну страну.“ Види и § 164. став 1. *BGB*: „Изјава воље коју неко, у оквиру свог овлашћења за заступање, учини у име заступаног, непосредно делује за и против заступаног.“

120) Поред констатације да је странка у присуству јавног бележника својеручно потписала исправу, клаузула о овери потписа садржи и исцрпне податке о странци (име, презиме, адресу пребивалишта и датум рођења), као и исцрпне податке о начину на који је утврђен њен идентитет. Види члан 5. став 2. ЗОПР.

томе да се пуномоћје солемнизује, утолико пре што процедура овере потписа подразумева дужност нотара да изврши ограничену контролу поднете исправе.¹²¹⁾

Пошто према теорији репрезентације правни посао предузима пуномоћник, онда је разумљиво да нотар приликом закључења главног уговора поучи пуномоћника, јер је пуномоћник тај који, у крајњем случају, доноси одлуку о томе да ли ће закључити главни уговор.¹²²⁾ Ту је, међутим, кључно питање да ли ће функција поучавања коју има форма главног уговора бити заобиђена ако властодавац приликом давања пуномоћја није и сам поучен о последицама главног уговора. На то питање надовезује се још једно, а то је: да ли приликом давања пуномоћја властодавац уопште може бити поучен о свим релевантним аспектима закључења главног уговора пошто је поучавање усмерено на конкретан правни посао, а не на апстрактно представљање неког грађанскоправног института (нпр. уговора о продаји).¹²³⁾ Када даје пуномоћје, властодавац се ослања на способност пуномоћника да у сваком конкретном случају процени целисходност закључења главног уговора, како у сфери фактичког (нпр. да ли је стан који купује за властодавца на доброј локацији или добро очуван), тако и у сфери правног (нпр. да ли је стан оптерећен хипотеком и сл.). Властодавац у моменту када даје пуномоћје не може предвидети како ће се у будуће развијати све околности релевантне за склапање главног уговора. Он се мора ослонити на способност и искуство свог пуномоћника, као и на законско правило по којем је пуномоћник дужан да приликом закључења главног уговора поступа с пажњом доброг домаћина (односно, доброг привредника), да пази на интересе властодавца и њима се руководи (члан 751. ЗОО). Пуномоћје, само по себи, производи једну правну последицу: конституише за пуномоћника овлашћење да предузме одређени правни посао у име властодавца. О тој последици давања пуно-

121) Члан 11. став 3. ЗОПР предвиђа да је јавни бележник дужан да одбије оверу потписа ако је очигледно да исправа садржи правни посао који је забрањен или да се оверавањем потписа помаже остваривању недозвољених циљева. Ближе о ограниченој контроли поднете исправе у поступку овере потписа, види: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, нав. дело, стр. 183–192.

122) У том смислу, види. Manfred Wolf, Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, нав. дело, стр. 612.

123) У том смислу, види: Benno Schneider, „Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsrecht im Grundstücksrecht“, *Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren* (Hrsg. Jürg Schmid), Schulthes Verlag, Zürich/Basel/Genf 2007, стр. 128–129.

моћја није неопходно да нотар посебно поучи властодавца,¹²⁴⁾ те да се због тога прописује солемнизација као форма за давање пуномоћја, а властодавац, по природи ствари, и не може приликом давања пуномоћја бити поучен о свим релевантним околностима које прате закључење главног уговора.¹²⁵⁾

Из наведених разлога сматрам да за остварење функције контроле и поучавања, ради које је за главни уговор предвиђена форма јавно солемнизоване исправе, односно форма јавнобележничког записа, није неопходно да и пуномоћје буде дато у тој истој форми, већ је довољно само то да потпис властодавца буде оверен.

Слично становиште је дошло до изражаја код још неких института српског права. Као пример може се навести пуномоћје за склапање брака. Брак се склапа у свечаној форми, која подразумева присуство будућих супружника, матичара и два сведока (члан 292–304. ПЗ). Пре него што сваког од будућих супружника појединачно упита да ли жели да склопи брак са оним другим, матичар је дужан да их на пригодан начин упозна с правима и дужностима у браку (члан 302. став 3. ПЗ). Међутим, за давање пуномоћја ради закључења брака није предвиђена таква свечана форма, већ форма јавно оверене (легализоване) исправе (члан 301. ПЗ).

Строге јавнобележничке форме (солемнизација и јавнобележнички запис) имају доста лоших страна. Оне значајно успо-

124) Види одлуку немачког Савезног врховног суда, BGH – V ZR 63/93, 25. 02. 1994, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 20/1994, стр. 1346, који истиче да би приликом сачињавања пуномоћја функција поучавања била ограничена на то да нотар предочи властодавцу да ће га правни посао који пуномоћник предузме у његово име обвезивати као да га је лично предузео. Према схватању тог суда такво поучавање не би имало много смисла јер је реч о ноторном правилу, које је познато и правнички необразованом властодавцу.

125) Теоријски посматрано, властодавац би приликом давања пуномоћја могао бити поучен о последицама закључења главног уговора само ако даје императивно и специјално пуномоћје у којем су садржани сви елементи главног уговора. Лице са таквим овлашћењем за заступање више би личило на гласоношу него на пуномоћника. Оно не би имао о чему да преговара с другом страном, већ би служило искључиво за то да у нотаријалном поступку потпише уговор као продужена рука властодавца. Али и таква могућност остаје само у домену теорије. Чак и онда када би пуномоћнику дао тако прецизно императивно пуномоћје, властодавац би морао да се ослони на његову способност и добронамерност, јер од момента давања пуномоћја до тренутка закључења главног уговора могу се променити релевантне околности о којима нотар поучава странке (нпр. на стану који властодавац жели да купи може се појавити хипотека, које није било у време давања пуномоћја). Види и аргументацију коју истиче немачки Савезни врховни суд, BGH – V ZR 63/93, 25. 02. 1994, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 20/1994, стр. 1346, који каже да властодавац приликом давања пуномоћја не може бити упозорен, поучен и заштићен у истом обиму као када лично закључује главни уговор.

равају правни промет¹²⁶⁾ и странкама стварају трошкове (плаћање нотарских такса).¹²⁷⁾ Све те лоше стране строгих јавнобележничких форми оправдане су ако се њима остварује неки додатни правно-политички циљ, који се не може остварити блажим формама. Показао сам када је реч о пуномоћју које се даје ради склапања уговора за који је предвиђена форма јавнобележничког записа или солемнизације, да нема потребе да оно буде у истој форми која се захтева за главни уговор. Правно-политички циљ ради којег је за главни уговор предвиђена форма јавнобележничког записа, односно јавно солемнизоване исправе, биће остварен и онда када је пуномоћје дато у форми јавно оверене (легализоване) исправе.

Из наведених разлога, сматрам да је целисходно да се у члану 90. ЗОО дода став, који би гласио: „Ако је за неки уговор или који други правни посао законом прописана форма јавнобележничког записа или јавно потврђене (солемнизоване) исправе, на пуномоћју за закључење тог уговора, односно за предузимање тог посла довољно је да потпис властодавца буде оверен код јавног бележника.“

4. ЗАКЉУЧАК

Члан 90. ЗОО експлицитно прописује да се пуномоћје даје у форми предвиђеној за главни уговор. То правило се данас без изузетка мора примењивати и на пуномоћја за закључење уговора за који су предвиђене строге форме (јавно састављена и јавно солемнизована исправа), а које нису биле много заступљене у време доношења ЗОО. Ако се пуномоћник, који у име властодавца закључује уговор о продаји непокретности или неки други уговор за који је прописана форма јавно потврђене (солемнизоване) исправе легитимише пуномоћјем на којем је само оверен потпис властодавца, јавни бележник је дужан да одбије солемнизацију главног уговора, чак и онда када је потпис на пуномоћју оверен пред ДКП-ом.

126) Процедура солемнизације је спорија утолико што нотар мора странкама да прочита целокупну исправу (члан 173. ЗВП). Код овере потписа то се не тражи.

127) Јавнобележничка тарифа, *Службени гласник РС*, 91/14, 103/14 и 138/14, предвиђа да за састављање пуномоћја у форми јавнобележничког записа јавном бележнику припада награда у висини 30 бодова (тарифни број 4). Ако се пуномоћје солемнизује, награда за рад јавног бележника износи 18 бодова (тарифни број 9). Али, ако се на пуномоћју само оверава потпис властодавца, награда за то износи 2 бода (тарифни број 8).

ДКП је, на основу члана 9. став 1. ЗСП, надлежан (има овлашћење и дужност) да за потребе држављана Републике Србије који бораве у иностранству врши све нотарске послове које познаје српски правни поредак, што укључује и послове солемнизације пуномоћја, односно састављања пуномоћја у форми јавнобележничког записа, а не само оверавање потписа. Да би се „боље подразумевало“ оно што се подразумева на основу члана 9. ЗСП, пожељно је да се у законима који уређују нотарску делатност таква надлежност ДКП-а „још очигледније“ предвиди.

Принцип паралелизма форми пуномоћја и главног посла, који је дошао до изражаја у члану 90. ЗОО, имао је своје оправдање у време доношења тог закона јер су тада у правном поретку доминирале блаже форме за закључење уговора (обична писмена форма и овера потписа). Остварење циљева ради којих се за главни уговор прописују такве форме (заштита од пренагљеног одлучивања; спречавање фалсификовања; олакшавање доказивања постојања, садржине и пуноважности уговора у евентуалном судском поступку) налажу да и пуномоћје буде дато у истој форми која је предвиђена за главни уговор. С друге стране, за специфичне функције које се остварују солемнизацијом главног уговора, односно сачињавањем главног уговора у форми јавнобележничког записа (а то су да нотар поучи странке о правним последицама закључења главног уговора и изврши контролу његове пуноважности), није неопходно да и пуномоћје буде дато у истој форми која је предвиђена за главни уговор, већ је довољно да потпис властодавца на пуномоћју буде оверен.

ЛИТЕРАТУРА

- Аранђеловић Драгољуб, *О формалним изјавама воље с нарочитим обзиром на наш Грађански законик*, Штампариа Доситије Обрадовић, Београд, 1911.
- Водинелић Владимир, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Унион/Службени гласник, Београд, 2014.
- Ђурђевић Стеван, Митић Миодраг, *Дипломатско и конзуларно право*, Службени лист СРЈ, Београд, 2000.
- Ђурђевић Дејан, *Јавнобележничка делатност*, Досије, Београд, 2014.
- Караникић Мирић Марија, „Историја поштравања законске форме уговора о отуђењу непокретности у српском праву“, *Теме*, бр. 4/2015, стр. 1295-1317.

- Караникић Мирић Марија, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао*, бр. 2/2015, стр. 313-339.
- Крећа Миленко, *Међународно право представљања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Привредна штампа, Београд, 1980.
- Перовић Слободан, *Формални уговори у грађанском праву*, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1964.
- Перовић Слободан (приредио), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1995.
- Познић Боривоје, *Коментар Закона о парничном поступку*, Службени гласник, Београд, 2009.
- Станковић Гордана, „Поступак за потврђивање садржине уговора о доживотном издржавању“, у зборнику: *Зборник радова: Уговор о доживотном издржавању* (приредила: Гордана Станковић), Правни факултет у Нишу, Ниш, 1997, стр. 58–67.
- Трифуновић Предраг, „Три спорна питања (конвалидација, солемнизација, објективни рок застарелости потраживања по члану 376. став 2 ЗОО)“, *Билтен Врховног касационог суда*, 3/2016, стр. 113-124.
- Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет у Београду, Београд, 2015.
- Agallopoulou Penelope, *Basic Concepts of Greek Civil Law*, Sakkoulas/Staempfli/Bruylant, Athens/Berne/Brussels, 2005.
- Bassenge Peter et. al., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 1995.
- Boecken Wienfried, *BGB – Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 2012.
- Boemke Burkhard, Ulrici Bernhard, *BGB Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2014.
- Bork Reinhard, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- Brehm Wolfgang, *Allgemeiner Teil des BGB*, Boorberg, Stuttgart/München, 2008.
- Bucher Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1988.
- Bydlinski Peter, *Bürgerliches Recht, Band I – Allgemeiner Teil*, Springer, Wien/New York, 2007.
- Eccher Bernhard, Schurr Francesco, Chistandl Gregor, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Linde Verlag, Wien, 2009.
- Emmerich Volker et. al., *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*, Verlag Franz Vahlen, München, 1974.
- Flume Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II – Das Rechtsgeschäft*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1979.
- Frank Susanne, „Frankreich“, *Handbuch Immobilienrecht in Europa* (Hrsg: Susanne Frank, Thomas Wachter), C. F. Müller, Heidelberg, 2015, стр. 281-380.
- Gauch Peter, Schlupep Walter, Schmid Jörg, Rey Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne ausvertragliches Haftpflichtrecht*, Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf, 2003.

- Guhl Theo, Merz Hans, Kummer Max, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972.
- Habermann Norbert (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5), De Gruyter, Berlin, 2014.
- Heinrich Irmgard, „Rechtsgeschäftliche Vertretung – Representación voluntaria – Vergleichender Überblick zum deutschen und spanischen Recht“, у зборнику: *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag* (Hrsg: Mathias Habersack), De Gruyter, Berlin, 2003, стр. 1109–1233.
- Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Wiegand Wolfgang. (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I* (Art. 1–529 OR), Helbing&Lichtenhahn, Basel/Frankfurt am Main, 1996.
- Hübner Heinz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, De Gruyter, Berlin/New York, 1996.
- Jauernig Othmar, *Zivilprozessrecht*, C. H. Beck, München, 1993.
- Köhler Helmut, *BGB – Allgemeiner Teil*, C. H. Beck, München, 1991.
- Koziol Helmut, Welsler Rudolf, Kletečka Andreas, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Manz, Wien, 2006.
- Kramer Ernst, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2009.
- Larenz Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck, München, 1977.
- Leipold Dieter, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- Mankowski Peter, „Formzwecke“, *Juristen Zeitung*, 13/2010, стр. 662-668.
- Marschall v. Bieberstein Wolfgang Frhr., „Prozessuale Schranken der Formfreiheit im internationalen Schuldrecht“, *Festschrift für Günther Beitzke für 70. Geburtstag* (Hrsg. Otto Sandrock), De Gruyter, Berlin/New York, 1979, стр. 625-640.
- Medicus Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002.
- Meyer-Pritzl Rudolf, „§§ 125–129. Form der Rechtsgeschäfte“, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I – Allgemeiner Teil, (Hrsg. M. Schmoeckel et al.), Mohr Siebeck, Tübingen 2003, стр. 498-531.
- Musielak Hans-Joachim, *Grundkurs BGB*, C. H. Beck, München, 1999.
- Pawlowski Hans-Martin, *Allgemeiner Teil des BGB*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983.
- Prütting Hanns, Wegen Gerhard, Weinrich Gerd (Hrsg.), *BGB Kommentar Luchterhand*, Köln, 2009.
- Rummel Peter, (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Band (§§ 1 bis 1174 ABGB), Manz, Wien, 2000.
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I – Allgemeiner Teil, C. H. Beck, München, 2012.
- Schack Haimo, *BGB – Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Heidelberg, 2002.
- Schneider Benno, „Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsrecht im Grundstücksrecht“, *Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren* (Hrsg: Jürg Schmid),

- Schulthes Verlag, Zürich/Basel/Genf, 2007, стр. 119-145.
- Schwab Dieter, Löhning Martin, *Einführung in das Zivilrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2007.
- Vogel Hans-Heinrich, „Gutgläubenserwerb, Fälschung, Staatshaftung und Identitätsfeststellung im schwedischen Grundstücksrecht“, *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht* (Hrsg. Jürgen Basedow et. al.) Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, стр. 1065–1074.
- Von Caemmerer Ernst, „Die Vollmacht für schuldrechtliche Geschäfte im deutschen IPR“, *Gesammelte Schriften, Band I – Rechtsvergleichung und Schuldrecht* (Hrsg. Hans G. Leser), Mohr Siebeck, Tübingen, 1968, стр. 58–76.
- Von Thur Andreas, Siegwart Alfred, Peter Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979.
- Wagner Kurt, Knechtel Gerhard, *Notariatsordnung mit Kommentar*, Manz, Wien, 2000.
- Waldner Wolfram, *Beurkundungsrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2005.
- Wolf Christian, „§ 17 BeurkG, magna charta der notariellen Tätigkeit – § 278 ZPO, paupera charta der richterlichen Vergleichstätigkeit“, *Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag* (Hrsg: Ludwig Bittner et al), Springer, Wien/New York, 2005, стр. 719–731.
- Wolf Manfred, Neuner Jörg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck, München, 2012.
- Wolf Manfred (Hrsg.), *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2 – Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1999.

ПРОПИСИ И ПРАКСА

- Аустријски Закон о јавном бележништву (*Notariatsordnung*).
- Аустријски Општи грађански законик (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*).
- Грађански законик НР Мађарске из 1959. године.
- Грађански законик НР Пољске из 1964. године.
- Грађански законик ДР Немачке из 1975. године.
- Допис МП, бр. 011-00-457/2015-05 од 21.12.2015. године (извор: Архива МП).
- Допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-2, од 17.10.2014. године (извор: Архива МСП).
- Допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-30 од 05.11.2015. године (извор: Архива МСП).
- Допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-36, од 08.04.2016. године (извор: Архива МСП).
- Допис МСП, бр. 41-19338-КС 211/2014-4, од 12.11.2014. године (извор: Архива МСП).
- Закон о ванпарничном поступку – ЗВП, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15 и 106/15.
- Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07, 95/10 и 99/14.

- Закон о јавном бележничству – ЗЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14, 121/14, 6/15 и 106/15.
- Закон о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 44/14, 14/15, 54/15 и 96/15.
- Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/03 и 6/15.
- Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.
- Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа – ЗОПР, *Службени гласник РС*, бр. 93/14 и 22/15.
- Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 и 5/15.
- Закон о промету непокретности – ЗПН, *Службени гласник РС*, бр. 93/14.
- Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 42/98, 111/09.
- Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82, и *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.
- Закон о спољним пословима – ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 116/07, 126/07 и 41/09.
- Закон о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 15/2005, 60/15, 63/15 и 83/15.
- Италијански Грађански законик (*Codice civile*).
- Јавнобележничка тарифа, *Службени гласник РС*, 91/14, 103/14 и 138/14.
- Мишљење МП, бр. 011-00-164/2014-05, од 24.10.2014. године (извор: Архива МП).
- Мишљење МП, бр. 011-00-164/2014-05, од 25.11.2014. године (извор: Архива МП).
- Мишљење Стручног савета ЈКС од 20.10.2015. године, *Избор судске праксе*, бр. 3/2016, стр. 22.
- Немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*).
- Немачки Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*).
- Образложење Амандмана II који је Одбор за правосуђе, државну управу и локалну самоуправу Народне скупштине 21. јануара 2015. године поднео на Предлог закона о изменама и допунама Закона о јавном бележничству, бр. 01–011–77/15 (извор: Архива Народне скупштине).
- Одлука аустријског Врховног суда (*Oberster Gerichtshof*): *OGH 10b 569/94*, Internet, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19940714_OGH0002_00100B00569_9400000_000_30/11/2016.
- Одлука аустријског Врховног суда (*Oberster Gerichtshof*): *OGH 50b 569/10i*, Internet, https://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=525638_30/11/2016.
- Одлука Извршног одбора ЈКС, бр. I-1-377/2015, од 09.02.2015. (извор: Архива ЈКС).
- Одлука немачког Савезног врховног суда (*Bundesgerichtshof*), BGH – V ZR 63/93, 25.02.1994, *Neue Juristische Wochenschrift*, 20/1994.
- Одлука немачког Савезног врховног суда (*Bundesgerichtshof*), BGH, V ZR

- 171/77, 23.02.1979, *Neue Juristische Wochenschrift*, 45/1979.
- Одлука немачког Савезног врховног суда (*Bundesgerichtshof*), BGH, V ZR 80/52, 11.07.1952, *Neue Juristische Wochenschrift*, 31/1952.
- Одлука швајцарског Савезног суда (*Bundesgericht*), *BGE 112 II 330*, Internet, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&highlight_docid=atf://112-II-330:de, 30/11/2016.
- Одлука швајцарског Савезног суда (*Bundesgericht*), *BGE 99 II 159*, Internet, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&highlight_docid=atf://99-II-159:de, 30/11/2016.
- Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 и 6/15.
- Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж.ЈБ 1/2016, од 26.07.2016. (извор: Архива ЈКС).
- Решење Другог основног суда у Београду, Р-јб 1/16, од 21.03.2016. (извор: Архива ЈКС).
- Решење јавног бележника Д. Дивац (Београд – Вождовац), ОПУ 281/2016, од 10.03.2016. (извор: Архива ЈКС).
- Решење јавног бележника Н. Антића (Крушевац), ОПУ 138/2015, од 18.05.2015. (извор: Архива ЈКС).
- Решење јавног бележника С. Сора (Нови Сад), ОПУ 802/2016, од 01. 6. 2016. (извор: Архива ЈКС);
- Решење Основног суда у Крушевцу, Р-јб 1/15, од 29.05.2015. (извор: Архива ЈКС).
- Решење Основног суда у Новом Саду, РЈБ 5/16, од 03.06.2016. (извор: Архива ЈКС).
- Уредба о јавном бележничтву (*Notariatsverordnung*) Кантона Цирих.
- Уредба о ратификацији Бечке конвенције о конзуларним односима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 5/66.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.
- Швајцарски Законик о облигацијама (*Bundesgesetz über das Obligationenrecht – OR*).

Dejan B. Djurdjevic

FORMALITIES OF POWER OF ATTORNEY *DE LEGE LATA* AND *DE LEGE FERENDA*

Resume

With the introduction of notaries into the law of the Republic of Serbia, the questions have arisen whether the newly prescribed formal requirements concerning formation of contracts for the transfer of real estate (that is, solemnization and formal notarial recording act) extend to the corresponding statements of powers of attorney, and also, to

what extent and in which manner diplomatic and consular missions of the Republic of Serbia may perform notary functions vis-à-vis Serbian nationals residing abroad.

After a thorough and meticulous comparative analysis, and examination of the provisions of national law, the author concludes as follows: 1° The diplomatic missions and consular posts may, for the needs and purposes of Serbian nationals residing abroad, perform all notary functions that are known to the Serbian legislator, that is, all the functions otherwise normally performed by the notaries, including solemnization and recording of a formal notarial act. 2° A power of attorney for the transfer of real estate must be issued in observance of all of the formalities that are prescribed for the transfer at hand. This means that the mere legalization of signature of the represented party does not suffice.

In addition, the author offers a critical examination of the principle of parallelism of forms (Art. 90 of the Code of Obligations), and concludes that keeping to this principle is justified solely when it comes to the forms and formalities that are less strict in their nature (written form; legalization of signatures). Therefore, the author proposes a change in Serbian legislation, in order to allow for a power of attorney for the transfer of real estate to be granted in writing, with legalized signature of the represented party (the grantor), that is, to dismiss the requirement for parallelism of forms of the power of attorney, when the corresponding legal transaction must be concluded in the most strict forms, such as solemnization and recording of a formal notarial act.

Keywords: agency; notary public; consular functions; parallelism of forms; power of attorney; formalities of legal transactions (contracts)

* Овај рад је примљен 01.11.2016. године, а прихваћен за штампу на састанку Редакције 30.11.2016. године.