

Дејан Б. Ђурђевић*

ПРИЗНАЊЕ НОТАРСКОГ ЗАПИСА

*Признање јавнобележничког записа (рекогниција) представља централни стадијум нотарског поступка, у коме нотар упознаје странку са садржином исправе коју је са њу сачинио, да би након тога странка одобрила исправу и потписала се. Закон о јавном бележничтву није у потпуности уредио овај стадијум, тј. није регулисао како се странка упознаје са садржином јавнобележничког записа и како га одобрава. Полазећи од значаја који рекогниција има за остварење превентивне функције јавног бележничтва, аутор разматра начине за попуњавање ове правне празнине. На основу сходне примене правила ванпарничног поступка и тумачења чл. 76 ЗЈБ, долази до закључка да се стадијум признања јавнобележничког записа у српском праву спроводи тако што нотар чита странци текст правног посла са изворника јавнобележничког записа, након чега она изјављује да је њена воља верно унета и потписује се на јавнобележничком запису. Све ове радње се просторно и временски надовезују чинећи јединствен акт коме морају непрекидно присуствовати и странка и јавни бележник (принцип *in ius actus*).*

Кључне речи: *Јавни бележник (нотар). Јавнобележнички (нотарски) запис. Јавнобележничка (нотарска) исправа. Нотарски поступак. Признање нотарског записа (рекогниција).*

1. УВОД

Нотарски запис (јавнобележнички запис) је исправа о правном послу коју саставља јавни бележник.¹ Он по својој природи представља форму у којој се предузимају правни послови.² Када јавни

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, djurdjevic.pfb@gmail.com.

¹ Вид. чл. 6 Закона о јавном бележничтву – ЗЈБ, *Службени гласник РС*, 31/10.

² О карактеристикама јавнобележничког записа, вид. Дејан Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, *Јавнобележничко право* (ур. Д. Хибер), Београд 2005, 108

бележници почну са радом 1. септембра 2012. године,³ неки уговори мораће да се закључују у форми јавнобележничког записа,⁴ док ће за остале правне послове он представљати конкурентну форму: странци је остављена могућност да се определи да ли ће своју изјаву воље дати у форми нотарског записа или у неком другом облику (на пример, у форми судски оверене исправе).⁵ Значај јавнобележничког записа огледа се у томе што он има доказну снагу диспозитивне јавне исправе,⁶ а самим тим и „највиши ниво веродостојности“.⁷ Да би нотарски запис био веродостојан неопходно је да јавни бележник поштује законом прописану процедуру за његово сачињавање (нотарски поступак).

Најзначајнија фаза⁸ у нотарском поступку јесте признање јавнобележничког записа. За овај стадијум употребљава се и термин: *рекогниција*.⁹ Он је намењен за предузимање следећих процесних

и даље. Упор. Весна Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 111, где стоји: „Садржина нотарског записа мора нужно да буде правни посао или правнословна изјава“.

³ Вид. чл. 182 ЗЈБ.

⁴ ЗЈБ у чл. 82 предвиђа да је јавнобележнички запис обавезна форма за следеће правне послове: уговори о имовинским односима између супружника, уговори о имовинским односима између ванбрачних партнера, споразуми о деоби заједничке имовине супружника или ванбрачних партнера, уговори о располагању непокретностима пословно неспособних лица, уговори о уступању и расподели имовине за живота, уговори о доживотном издржавању, обећање поклона и поклон за случај смрти. Остављена је могућност да се посебним законом одреде и други правни послови за које ће јавнобележнички запис представљати обавезну форму. Ови правни послови неће производити правна дејства уколико нису сачињени у форми јавнобележничког записа.

⁵ ЗЈБ у чл. 83 предвиђа да је јавнобележнички запис конкурентна форма код следећих правних послова: уговори о располагању покретним ставрима или правима, правни послови којима се оснивају задужбине, изјаве о поништају изгубљених, уништених или оштећених исправа, тестаментарна располагања, изјава о признању очинства, изјава о сагласности са признатим очинством и изјава о пристанку на поступак биомедицински потпомогнутог оплођења. Такође је остављена могућност да се посебним законом одреде правни послови који се могу предузети у форми јавнобележничког записа. Што се тиче уговора о располагању непокретностима пословно способних лица, законодавац је странкама оставио могућност да бирају да ли ће их склапати у форми судски оверене исправе или код нотара. Након 1. септембра 2014. године уговори о располагању непокретностима пословно способних лица мораће да се закључују пред нотаром и то у форми јавнобележничког записа или у форми солемнизиране исправе. Вид. чл. 181 ЗЈБ.

⁶ Вид. чл. 7, ст. 1 ЗЈБ.

⁷ Вид. В. Ријавец, 111. Упор. чл. 238 Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, 72/11.

⁸ О стадијумима у поступку састављања јавнобележничког записа, вид. Д. Ђурђевић (2005), 136 и даље.

⁹ Коришћење израза „рекогниција (*Rekognition*)“ за означавање стадијума нотарске процедуре у коме се учесник упознаје са садржином нотарске исправе,

радњи: а) упознавање странке са садржином исправе коју је за њу саставио јавни бележник, б) одобравање нотарског записа које се врши тако што странка даје изричиту изјаву да је њена воља у свему верно унета и в) потписивање нотарског записа. Уколико је све то учињено у складу са законом, странка у евентуалном судском поступку не може доказивати да је пречула неку клаузулу коју је нотар унео у исправу.¹⁰ Тада се узима да је оно што стоји у нотарској исправи и што је странка одобрила и потписала као своју изјаву идентично ономе што је она објективно изјавила.¹¹

Поступак признања јавнобележничког записа може бити редовни (општи) или ванредни (посебни). Редовни поступак рекогниције представља правило, док се ванредни поступак спроводи само у специфичним ситуацијама када странка није способна да чита, пише, чулно опажа или комуницира са нотаром (на пример, странка је неписмена, због телесне повреде није у стању да потпише исправу, gluva, слепа, не зна језик који је у службеној употреби).¹² Стадијум рекогниције има за циљ да омогући странци да се упозна са садржином нотарског записа и да изврши контролу његове тачности и потпуности.¹³ Рекогниција представља важан инструмент за остваривање превентивне функције јавног бележништва. Да би се предупредили евентуални спорови веома је важно да се странка на поуздан начин упозна са садржином нотарског акта, пре него што га призна за свој и потпише.

Састављање јавнобележничких исправа уређено је Законом о јавном бележништву, који је Народна скупштина донела 5. маја 2011. године. Процедура сачињавања јавнобележничке исправе уређена је чл. 72–81 ЗЈБ. У оквиру одељка који регулише јавнобележничку де-

одобрава је и потписује се на исправи, нарочито је распрострањено међу швајцарским правницима. Вид. Peter Ruf, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel Genf 2003², 243-244.

¹⁰ Вид. Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010¹⁷, 676.

¹¹ *Ibid.*

¹² У државама где нотаријат има дужу традицију, разлика између редовног и ванредног поступка рекогниције јасно је изражена чак и у законским текстовима. Као пример може да се наведе Јавнобележничка уредба швајцарског Кантона Берн (*Notariatsverordnung*) од 26. 4. 2006. Ова Уредба у чл. 46, који носи маргинални наслов „Редовни поступак (*Ordentliche Verfahren*)“, предвиђа да ће нотар странкама прочитати исправу, коју ће оне потом признати за свој правни посао и потписати. Чл. 47 Уредбе, изнад којег стоји маргинални наслов „Ванредни поступак (*Ausserordentliche Verfahren*)“ садржи норму о састављању јавнобележничког записа од стране лица са посебним потребама.

¹³ Diether Huhn, Hans Joachim von Schuckmann, *BeurkG und DONot Kom mentar*, Berlin 2003, 182.

латност ове одредбе издвојене су у посебан одсек који носи наслов „Поступак сачињавања јавнобележничке исправе.“ Прво што се приметити када се прочита овај одсек ЗЈБ-а јесте да законодавац није регулисао редован поступак рекогноције. Поменути одсек садржи правила о: странкама и учесницима¹⁴ у нотарском поступку (чл. 72 и 73 ЗЈБ), утврђивању идентитета (чл. 74 ЗЈБ), сведоцима (чл. 75 ЗЈБ), положају лица са посебним потребама (чл. 76 ЗЈБ), положају заступника (чл. 77–79 ЗЈБ), дужности поучавања странке (чл. 80 ЗЈБ), као и правила о потписивању исправе (чл. 81 ЗЈБ). У одсеку који уређује поступак састављања јавнобележничке исправе нема норми које би уредиле како се странка, која није лице са посебним потребама, упознаје са садржином те исправе и како је одобрава пре него што је потпише. Разјашњавање тих питања биће предмет овог рада.

¹⁴ Посебну критику заслужује терминологија коју ЗЈБ користи за субјекте нотарског поступка. Лице које предузима правни посао у форми јавнобележничког записа ЗЈБ означава изразом „странка“, док за остале субјекте који се појављују у нотарском поступку (сведоци, тумачи и сл.) користи израз „учесници“. Вид. чл. 72 и 73 ЗЈБ. Оваква терминологија одудара од језичке праксе која је устаљена како у грађанском процесном законодавству, тако и у теорији грађанског судског поступка. Наиме, израз странка користи се као генусни термин за тужиоца и туженог у парничном поступку. Да би се терминолошки означила разлика између ванпарничног и парничног поступка, за лице које се обраћа ванпарничном суду ради састављања и потврђивања исправе користи се термин „учесник“. Упор. Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010, 576. Вид. чл. 166 Закона о ванпарничном поступку ЗВП, *Службени гласник СРС*, 25/82. Слично је и у упоредном праву. Немачки правници изразом странка (*Partei*) означавају тужиоца и туженог у парничном поступку. Вид. уместо свих: Walter Zeiss, Klaus Schreiber, *Zivilprozessrecht*, Tübingen 2003¹⁰, 45. Термином учесник (*Beteiligte*) означава се лице које покреће ванпарнични поступак, против којег је покренут ванпарнични поступак, као и лице на чија права и обавезе непосредно утиче одлука која се доноси у ванпарничном поступку. Вид. Jürgen Damrau, „Beteiligte in der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, *Lexikon des Zivilverfahrensrechts* (Hrsg. G. Lücke, H. Prütting), Neuwied Kriftel 1989, 34 и даље. Израз учесник употребљава се и за означавање лица које се обраћа нотару да би у форми нотарског акта предузело правни посао у своје или туђе име (§ 6, ст. 2 немачког Закона о потврђивању исправа *Beurkundungsgesetz*), док се за остале субјекте нотарске процедуре (сведоци, тумачи) користи термин: „позвани сарадници (*zugezogene Mitwirkende*)“. Вид. Heinrich Lange, Kurt Kuchinke, *Erbrecht*, München 2001, 354. И за српско право било би целисходније да је за лице које у форми јавнобележничког записа предузима правни посао, уместо израза „странка“, употребљен термин „учесник“. У прилог овој тврдњи могу се истаћи следећи аргументи. Прво, поступак за састављање јавнобележничког записа по својој природи спада у област ванпарничне процедуре (упор. Wolfgang Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Stuttgart München 2009⁴, 39), те је стога примереније да се за означавање субјеката нотарског поступка преузима терминологија ванпарничног, а не парничног поступка. Друго, ЗЈБ у чл. 83 предвиђа да се у поступцима за састављање јавнобележничких записа сходно примењују одредбе ванпарничног поступка. Та сходна примена била би олакшана ако би израз „учесник“ имао исто значење у нотарском и ванпарничном законодавству. Да би се предупредило забуне, у овом чланку ће се доследно користити терминологија ЗЈБ. Израз странка означаваће лице које предузима правни посао у форми нотарског записа.

2. РЕДОВНИ ПОСТУПАК ЗА ПРИЗНАЊЕ НОТАРСКОГ ЗАПИСА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Иностранци правни системи обезбеђују да странка, која није лице са посебним потребама, буде упозната са садржином јавнобележничког записа на три начина. Први је да нотар странци прочита исправу. У другом систему нотар даје странци исправу да је сама прочита. Трећи систем представља компромис између претходна два и огледа се у томе што правни поредак препушта странци да сама изабере како ће се упознати са садржином нотарског акта. Она може опирати за то да у присуству нотара сама прочита јавнобележничку исправу или да јој исправа буде прочитана.

Систему у коме се исправа чита странци приклонили су се аустријско и немачко право, као и мањи број швајцарских кантона. Аустријски Закон о јавном бележничтву¹⁵ у §52 предвиђа дужност нотара да приликом састављања јавнобележничке истражи, по могућности, пословну способност и овлашћење сваке странке да предузме правни посао, да поучи странке о његовом смислу и последицама, да утврди постојање њихове стварне и озбиљне воље, да њихову изјаву верно и јасно забележи на исправи, и да их након читања исправе лично испита како би се уверио да ли она одговара њиховој вољи.¹⁶

У аустријском праву се не инсистира на томе да странкама нотар лично прочита исправу. Неопходно је само да та радња буде предузета у његовом присуству.¹⁷ Појам присуства не тумачи се дословно, већ телеолошки. Приликом давања одговора на питање да ли је нотар био присутан када је странкама читана исправа, полази се од улоге коју он има у поступку рекогниције. Тако, с једне стране, није неопходно да се нотар налази у истој просторији са странкама и лицем које чита исправу. Довољно је да постоји такав просторни однос у коме ће „несметано моћи да се одвија њихово акустично и визуелно опажање“. На пример, узима се да је нотар присутан када из суседне просторије, кроз отворена врата може да прати и надгледа поступак рекогниције. С друге стране, за пуноважност јавнобележничке ис-

¹⁵ *Notariatsordnung* (у даљем тексту: *ÖNotO*). Закон је донет 25. јула 1875 (RGBl 75), а последња ревизија извршена је 1. јуна 1999 (BGBl I 1999/72).

¹⁶ Аустријско нотарско право извршило је снажан утицај на нотарско законодавство држава насталих на подручју бивше СФРЈ. Ближе о томе вид. Christian Neschwara, *Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa – Zur Geltung und Ausstrahlung des österreichischen Notariats*, Wien 2000, 97 даље. Услед тога, већина држава насталих на подручју бивше СФРЈ предвиђа дужност јавног бележника да странци прочита јавнобележнички запис. Вид. чл. 57 Закона о јавном бележничтву Хрватске; чл. 75 Закона о нотарима Републике Српске; чл. 80 Закона о нотарима Федерације БиХ; чл. 54 Закона о нотарима Брчко Дистрикта; Erika Braniselj, „Länderbericht Slowenien“, *Notarius International*, 3 4/2004, 155.

¹⁷ Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *Notariatsordnung*, Wien 2000⁵, 291.

праве није довољно да се нотар налази у просторији *pro forma*, већ се захтева да он овом стадијуму нотарског поступка посвети своју пуну пажњу.¹⁸ Странке не могу одбити читање исправе. Овај стадијум нотарске процедуре не може да се надомести тиме што је странка гласно диктирала јавном бележнику садржину исправе или што је сама прочитала састављену исправу.¹⁹

Пошто јој исправа буде прочитана у присуству јавног бележника странка треба да је одобри, тј. да изјави да је садржина исправе саобразна њеној стварној вољи. Одобравање исправе врши се тако што странка даје потврдан одговор на питање јавног бележника да ли исправа одговара њеној вољи. Одговор се не мора дати усмено. Довољно је да странка климне главом. За разлику од читања, код одобравања исправе захтева се активније учешће јавног бележника. Он мора лично да испита странке да ли исправа одговара њиховој правој вољи – није дозвољено да то уради неко други у његовом присуству.²⁰ У нотарској исправи се констатује да је прочитана странкама и да су је одобриле. Нотарска исправа која не садржи ове наводе не може имати својство јавне исправе,²¹ при чему је ирелевантно то што је у стварности акт прочитан странкама и што су оне изјавиле да је у складу са њиховом стварном вољом.²²

Немачко право детаљније уређује стадијум признања нотарског записа.²³ Као правило предвиђено је да исправа мора бити прочитана странкама у присуству јавног бележника, а након тога оне ће је одобрити и својеручно потписати.²⁴ Читање се дефинише као процес у коме једно лице гласно изговара текст исправе, како би странке могле да га чују.²⁵ Следствено томе, читање нотарског акта, као једна од обавезних радњи у нотарском поступку, не може бити супституисано репродуковањем предходно снимљеног текста исправе.²⁶ Ни немачко право не инсистира на томе да јавни бележник лично странкама чита исправу, већ му оставља могућност да то

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, 253.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Вид. § 68, ст. 1 (f) ÖNotO.

²² K. Wagner, G. Knechtel, 253.

²³ Вид. §§ 13, 13а и 14 Закона о потврђивању исправа (*Beurkundungsgesetz*), у даљем тексту: *BeurkG*. Закон је донет 28. августа 1969 (BGBl. I S. 1513), а последње измене извршене су 23. јула 2002 (BGBl. I S. 2850).

²⁴ Вид. § 13, ст. 1 (1) *BeurkG*.

²⁵ Paul Jansen, *FGG Kommentar*, Berlin 1971, III, 125; W. Litzemberger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg. H. G. Bamberger, H. Roth), München 2003, III, 1812.

²⁶ У том смислу види одлуку Врховног земаљског суда у Хаму: OLG Hamm 15 W 113/77, 19. 10. 1977, *Neue Juristische Wochenschrift* 51/1978, 2604 2605.

препусти неком другом (на пример, свом приправнику). У литератури је спорно да ли јавни бележник може читање исправе да повери некој од странака (на пример, једном од уговорника који склапа уговор у форми јавнобележничке исправе). Према једном схватању, правила нотарске процедуре неће бити повређена ако је исправу читала странка у присуству јавног бележника.²⁷ Заступници супротног становишта сматрају да тако нешто није дозвољено, јер противречи како законском тексту, тако и циљевима и значају који има стадијум рекогниције код састављања нотарског акта.²⁸ Да би нотарска исправа била пуноважна неопходно је да јавни бележник буде непрекидно²⁹ присутан док траје читање исправе.³⁰ Одсуство нотара има за последицу ништавост јавнобележничке исправе, при чему је ирелевантно што *in concreto* не постоје неки други недостаци.³¹ Нотар се сматра присутним када између њега и странака постоји такво звучно и оптичко опажање које му омогућује да прати поступак и да у сваком моменту реагује.³² Овај услов је испуњен и онда када нотар из суседне просторије кроз отворена врата прати шта се дешава у поступку састављања исправе.³³ Другим речима, за појам присуства нужно је да јавни бележник непосредно чулом вида и слуха *de facto* обраћа пажњу на дешавања у поступку.³⁴ Постојање могућности да нотар контролише ток поступка рекогниције само по себи није довољно за пуноважно спровођење јавнобележничке процедуре.³⁵

Читање исправе је битан стадијум јавнобележничког поступка чији изостанак има за последицу ништавост нотарског акта.³⁶ Странке нису овлашћене да јавног бележника ослободе од дужности читања исправе.³⁷ Такође, стадијум читања исправе не може бити

²⁷ У том смислу: Christian Armbrüster, Nicola Preuß, Thomas Renner, *BeurkG Kommentar*, Berlin 2009⁵, 191; P. Jansen, 126.

²⁸ Helmut Kurtze, *Beurkundung im Jugendamt*, Köln Berlin 1971, 87; W. Litzener, 1812.

²⁹ Одлука немачког Савезног врховног суда: BGH 1 StR 313/1974, 19. XII 1974, *Neue Juristische Wochenschrift*, 20/1975, 940.

³⁰ Вид. прву реченицу § 13 BeurkG, где се не захтева да нотар чита исправу, већ да исправа буде прочитана странкама у његовом присуству: „*Die Niederschrift muß in Gegenwart des Notar den Beteiligten vorgelesen, ...*“.

³¹ P. Jansen, 132; Günther Rohs, Diethard Heinemann, *Die Geschäftsführung der Notare*, Heidelberg 2002¹¹, 62.

³² C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 213; W. Litzener, 1813.

³³ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 213; P. Jansen, 132.

³⁴ У том смислу вид. одлуку немачког Савезног врховног суда: BGH 1 StR 313/1974, 19. XII 1974, *Neue Juristische Wochenschrift*, 20/1975, 940.

³⁵ P. Jansen, 132.

³⁶ W. Litzener, 1813; G. Rohs, D. Heinemann, 62.

³⁷ G. Rohs, D. Heinemann, 62. BeurkG у § 13, ст. 1 (4) предвиђа дужност нотара да учесницима на њихов захтев да исправу да је прочитају пре него што је

надомешћен тиме што је странка њену садржину диктирала јавном бележнику, јер је неопходно проверити да ли је написан текст подударан са ониме што је издиктирано.³⁸

Немачки законодавац је детаљно нормирао ситуације када странке у уговору, који склапају у форми јавнобележничке исправе, неке своје односе регулишу указивањем на други уговор, на пример, у уговору о преузимању дуга који закључују зајмопримац и преузималац стоји да ће преузималац исплатити зајмодавца према плану отплате који је утврђен уговором о зајму. У таквим ситуацијама примењује се правило о „ограниченој дужности читања (*Eingeschränkte Vorlesungspflicht*).“ Према том правилу, чија је сврха да убрза и олакша нотаријални поступак, јавни бележник не мора да чита странкама исправу на коју упућују, уколико су испуњени следећи услови: 1) да је реч о упућивању на нотарску исправу,³⁹ 2) да су странке изјавиле да им је познат њен садржај и 3) да се странке одрекну од читања исправе.⁴⁰ Нотар је дужан да у јавнобележничком акту констатује да су примењена правила о ограниченој дужности читања.⁴¹ За примену правила о ограниченој дужности читања не тражи се истовестност странака, тако да је могуће да уговорници уреде своје односе указивањем на уговор који су склопила трећа лица.⁴² Дозвољено је и тзв. „ланчано упућивање (*Kettenverweisung*)“, где нотарска исправа на коју странке упућују и сама указује на неки трећи јавнобележнички акт.⁴³ Правило о ограниченој дужности читања не односи се само на јавнобележничке акте, већ се примењује и онда када странке упућују на исправе које је у иностранству саставио немачки конзуларни службеник.⁴⁴ Странке морају да буду упознате са садржином исправе на коју упућују, при чему се од нотара не тражи

одобре и потпишу. Међутим, то што је учесник лично прочитао исправу не може искључити стадијум читања исправе. Читање исправе се сматра елементом форме који се увек мора испоштовати, чак и онда када се учесник на неки други начин упознао са садржином исправе. У том смислу Р. Jansen, 125.

³⁸ Р. Jansen, 125.

³⁹ За примену правила о ограниченој дужности читања потребно је да исправа на коју странке упућују буде формално пуноважна, тј. да буде састављена у складу са правилима нотарске процедуре и то од стране немачког нотара. Дозвољено је да странке упуте на исправу која није пуноважна са становишта материјалног права. Ближе о томе вид. Peter Lichtenberger, „Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften“, *Neue Juristische Wochenschrift* 16/1980, 867.

⁴⁰ Вид. § 13 а, ст. 1 (1) BeurkG.

⁴¹ Вид. § 13 а, ст. 1 (2) BeurkG.

⁴² Р. Lichtenberger, 867; G. Rohs, D. Heinemann, 75.

⁴³ С. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 222; W. Litzenburger, 1816.

⁴⁴ Ово правило проистиче из § 10, ст. 2 Закона о конзуларним службеницима, њиховим обавезама и овлашћењима (*Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse*, скр. *KonsularG*) из 1974. године, који предвиђа да су исправе

да то проверава.⁴⁵ Али, ако јавни бележник сазна да учесницима није познат садржај исправе на коју указују, он је дужан да и њу прочита странкама.⁴⁶ Исправа на коју су странке упутиле, или њен оверен препис, мора бити поднета на увид јавном бележнику, што странке не могу одбити.⁴⁷ Такође, законодавац тражи да се та исправа или њен оверени препис приложи јавнобележничком акту.⁴⁸ Међутим ова одредба спада у тзв. „несавршене норме (*Sollvorschriften*)“ јер њихову примену странке могу да одбију, што ће нотар писмено констатовати.⁴⁹

У правном промету се дешава да странке уређују своје односе тако што упућују на карте, цртеже или слике, на пример пројекат и друга техничка документација код закључења уговора о грађењу или план преграђивања стана код склапања уговора о физичкој деоби. Такви прилози, по природи ствари, не могу бити прочитани странкама. Нотар ће карте, цртеже и слике дати странкама на преглед⁵⁰ и приложити нотарској исправу.⁵¹ Странке могу да одбију прегледање карата, цртежа или слика, при чему се *mutatis mutandis* примењују правила о ограниченој дужности читања јавнобележничког акта.⁵² Правила о ограниченој дужности читања нотарске исправе сходно се примењују и онда када странке упућују на карте и цртеже које су сачиниле јавне власти у оквиру своје надлежности, односно лице које врши послове од јавног поверења у границама својих службених овлашћења. На пример, када уговорници приликом закључења уговора о грађењу упућују на грађевинске цртеже који су садржани у дозволи за градњу. Неопходно је да на тим картама, односно цртежима стоје потпис и печат издаваоца.⁵³

Непосредно по завршетку читања исправе и евентуално разгледања прилога, учесници ће у присуству нотара одобрити јавнобележничку исправу. За одобравање није предвиђена никаква посебна форма. Оно се може вршити изговореном речју, климањем главом и сл.⁵⁴ Нотарски запис се не може одобрити па-

сачињене од стране конзуларних службеника изједначене са исправама које у земљи сачине немачки нотари.

⁴⁵ W. Litzenger, 1816.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ W. Litzenger, 1816; G. Rohs, D. Heinemann, 76.

⁴⁸ Вид. § 13 а, ст. 1 (3) и ст. 2 BeurkG.

⁴⁹ Вид. § 13 а, ст. 2 BeurkG.

⁵⁰ Вид. § 13, ст. 1 (1) BeurkG.

⁵¹ Вид. § 9, ст. 1 BeurkG.

⁵² Вид. § 13 а, ст. 1 (4) BeurkG.

⁵³ Вид. § 13 а, ст. 4 BeurkG.

⁵⁴ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 197; W. Litzenger, 1813.

сивним понашањем. Пракса стоји на становишту да се не сматра одобравањем то што је учесник слушајући текст исправе одавао утисак да је задовољан његовом садржином.⁵⁵

Посебна правила за одобравање нотарске исправе важила су код састављања нотарског тестаментa. Раније је Немачки грађански законик тражио да завешталац приликом састављања нотарског тестаментa усмено одобри нотарску исправу,⁵⁶ али је након одлуке Савезног уставног суда из 1999. године такво решење напуштено.⁵⁷ Одсуство формализма код одобравања нотарске исправе наилази на критике међу појединим ауторима. Тако, Мушелер сматра да неинсистирање на усменом одобравању нотарске исправе има за последицу повећање тзв. „граничних случајева“ код којих је спорно да ли одређена радња учесника представља свесну активност намењену изјављивању воље.⁵⁸

Једном дато одобрење нотарског акта учесник може повући све док јавни бележник не доврши стављање свог потписа на исправу.⁵⁹ Уколико учесник није одобрио нотарску исправу она неће бити пуноважна.⁶⁰ Потпис учесника на исправу ствара претпоставку да му је нотарски акт прочитан и да га је одобрио.⁶¹

Нотарску делатност у Швајцарској карактерише правни партикуларизам. Завршно поглавље Швајцарског грађанског законика (*Schlusstitel*)⁶² у чл. 55 предвиђа да кантони одређују како ће се на

⁵⁵ У том смислу, вид. одлуку Баварског врховног земаљског суда: BayObLG V. Reg 1 b Z 45/65, 31. 8. 1965, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1 2/1966, 56 57.

⁵⁶ Како је то некада изгледало сликовито описује Reiner Frank, *Erbrecht*, München 2003², 72 73, који каже да је за састављање нотарског тестаментa било довољно да завешталац на питање нотара одговори са једва издахнутим „да“, али не и да потврдно климне главом.

⁵⁷ Више о томе, са упућивањима на релевантну литературу и праксу, вид. Дејан Б. Ђурђевић, „Нотарски тестамент у немачком праву“, *Увод у право Немачке* (ур. М. Васиљевић, В. Чоловић), Београд 2011, 432 436.

⁵⁸ Karlheinz Muscheler, *Erbrecht*, Tübingen 2010, I, 886. Као пример граничног случаја овај аутор наводи климање главом на смрт оболелог завештаоца, које би могло да значи саглашавање са нотарским тестаментом или да настане несвесно, као последица слабог здравља. Због тога Мушелер сматра целисходним за јавнобележничку праксу да нотари теже ка томе да странка усмено одобри нотарску исправу. Али ако странка не може или неће усмено да изјављује вољу, нотари би морали да се задовоље са невербалним радњама одобравања.

⁵⁹ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 198; W. Litzemberger, 1813.

⁶⁰ W. Litzemberger, 1813.

⁶¹ § 13, ст. 1 (3) BeurkG.

⁶² Завршно поглавље представља саставни део Швајцарског грађанског законика за који је карактеристично то што има сопствену нумерацију чланова. Одредбе Завршног поглавља уређују однос између Швајцарског грађанског законика и правног поретка који му је претходио и начин на који ће се Законик увести у

њиховој територији сачињавати јавнобележничке исправе. Следствено томе, регулисање нотарске процедуре остало је у нормативној надлежности кантона.

Кантонални прописи не уређују истоветно поступак рекогниције. Преовлађује решење по коме је странкама дата могућност да бирају како ће се упознати са садржином исправе. Оне могу одабрати да у присуству нотара или саме прочитају исправу или да им исправа буде прочитана. Када странке провере садржину исправе, на један од ова два начина, нотар ће их замолити да се изричито изјасне да ли је јавнобележнички акт тачно састављен и да ли он у свим деловима одговара њиховој стварној вољи. Пошто на ово питање дају потврдан одговор, странке се својеручно потписују на исправи. За овакав приступ определили су се кантони: Цирих,⁶³ Апенцел Инероден,⁶⁴ Базел-провинција,⁶⁵ Вале,⁶⁶ Гларус,⁶⁷ Граубинден,⁶⁸ Золотурн,⁶⁹ Обвалден,⁷⁰ Сент Гален,⁷¹ Тичино,⁷² Тургау,⁷³ Фрибур⁷⁴ и Швиц.⁷⁵ У мањем броју кантона поступак рекогниције уређен је на исти начин као и у Аустрији и Немачкој. Нотар мора странкама да прочита исправу,

правни живот. Ближе о томе вид. Peter Tour, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Rumo Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich Basel 2009¹³, 21.

⁶³ Вид. §§ 25 и 26 кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 23.11.1960.

⁶⁴ Вид. чл. 7 кантоналне Уредбе о јавном потврђивању исправа (*Verordnung über die öffentliche Beurkundung*) од 1.6.1951.

⁶⁵ Вид. § 31 кантоналног Закона о увођењу Грађанског законика (*Gesetz über Einführung des Zivilgesetzbuches*) од 16.11.2006.

⁶⁶ Вид. чл. 90. кантоналног Јавнобележничког закона (*Notariatsgesetz*) од 15.12.2004.

⁶⁷ Вид. чл. 14 кантоналног Закона о јавном потврђивању и овери исправа (*Gesetz über die Beurkundung und Beglaubigung*) од 6.5.2007.

⁶⁸ Вид. чл. 33 кантоналног Јавнобележничког закона (*Notariatsgesetz*) од 18.10.2004.

⁶⁹ Вид. § 30 кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 21.8.1959.

⁷⁰ Вид. чл. 20 кантоналног Закона о јавном потврђивању исправа (*Gesetz über die öffentliche Beurkundung*) од 30.11.1980.

⁷¹ Вид. чл. 20 кантоналног Уводног закона за Швајцарски грађански законик (*Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*) од 22.6.1942.

⁷² Вид. чл. 38 кантоналног Закона о јавном бележничтву (*Legge sul notariato*) од 23.2.1983.

⁷³ Вид. § 26 кантоналног Уводног закона за Швајцарски грађански законик (*Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*) од 3.7.1991.

⁷⁴ Вид. чл. 60 кантоналног Закона о јавном бележничтву (*Gesetz über das Notariat*) од 20.9.1967.

⁷⁵ Вид. § 11 кантоналне Уредбе о јавном потврђивању и овери исправа (*Verordnung über die Beurkundung und Beglaubigung*) од 24.5.2000.

а након тога оне изјављују да је исправа саобразна њиховој стварној вољи и својеручно се потписују. Јавни бележник на самом нотарском акту констатује да су ове радње учињене и својеручно се потписује. Овакво решење сусреће се у кантонима: Луцерн,⁷⁶ Берн,⁷⁷ Нидвалден⁷⁸ и Ури.⁷⁹ У Кантону Аргау поступак рекогниције уређен је тако што странка сама чита исправу, а затим у присуству нотара изјављује да је прочитала исправу и да је сагласна са њеном садржином. На крају се својеручно потписује на јавнобележничком акту.⁸⁰

Шароликости нотарске процедуре у Швајцарској доприноси и то што савезно законодавство предвиђа специјална правила за предузимање појединих правних послова у форми јавнобележничког записа. Швајцарски грађански законик прописао је посебну процедуру за састављање јавног тестаментa.⁸¹ Јавни тестамент се сачињава тако што завешталац саопштава своју последњу вољу нотару (или другом службенику који је на основу кантоналних прописа овлашћен да саставља располагања за случај смрти). Јавни бележник сачињава нотарску исправу коју даје завештаоцу да је прочита и потпише. Није неопходно да завешталац гласно чита исправу. Међутим, швајцарски Савезни суд (*Bundesgericht*) инсистира на томе да се јавни бележник увери, у мери у којој је то могуће, да је завешталац заиста читао исправу.⁸² Уколико завешталац не прочита исправу, тестамент ће бити ништав.⁸³ Након читања и потписивања исправе

⁷⁶ Вид. § 37 кантоналног Закона о јавном потврђивању исправа (*Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen*) од 18.9.1973.

⁷⁷ Вид. чл. 46 кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 26.4.2006.

⁷⁸ Вид. § 27 кантоналне Уредбе за спровођење Закона о јавном потврђивању исправа (*Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung*) од 9.11.1974.

⁷⁹ Вид. чл. 26 кантоналне Уредбе о јавном бележничтву (*Verordnung über das Notariat*) од 1.1.2007.

⁸⁰ Вид. § 6 кантоналног Уводног закона за Швајцарски грађански законик и Закон о регистрованим животним заједницама (*Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Partnerschaftsgesetz*) од 24.5.2011.

⁸¹ Вид. чл. 499 501 Швајцарског грађанског законика (*Zivilgesetzbuch*), у даљем тексту: *ZGB*.

⁸² Вид. *Bundesgericht*, Urteil der II Zivilabteilung vom 26. 10. 1939 (*Locher gegen Trüssel*), BGE 65 II 214 218, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2065214.pdf. У поменутој одлуци заузето је становиште да је неопходно да завешталац у присуству јавног бележника држи исправу „тачно испред очију.“

⁸³ Вид. *Bundesgericht*, Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. 5. 1940 (*Bucella gegen Cortabatti*), BGE 66 II 89 91, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2066089.pdf. Заинтересована лица не би могла одбити захтев за поништење тестаментa тако што би доказивала да је садржина нотарске исправе саобразна завештаоцевој стварној вољи. Вид. Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Hrsg. E. Beck et al.), Bd. III: Erbrecht, Zürich 1959³, 375.

завешталац одобрава тестамент тако што у присуству нотара и два сведока изјављује да је прочитао исправу и да она одговара његовој последњој вољи.⁸⁴ Изјава мора бити дата изричито.⁸⁵ Изричитим се сматрају не само оне изјаве које су изговорене усмено, већ и изјаве дате климањем главом или предузимањем гестова који се према уобичајеним схватањима у правном промету сматрају сигурним начином за изражавање стварне воље.⁸⁶ Оно што поступак састављања јавног тестаmenta у Швајцарској чини посебним у односу на друге нотаријалне поступке јесте обавезно присуство сведока. Тестаментарни сведоци су увек потребни, при чему је ирелевантно то што завешталац нема никакве недостатке који му отежавају чулно опажање, комуникацију и потписивање исправе. Правила о састављању јавног тестаmenta примењују се и на закључење уговора о наслеђивању.⁸⁷

3. РЕДОВНИ ПОСТУПАК ЗА ПРИЗНАЊЕ НОТАРСКОГ ЗАПИСА У СРПСКОМ ПРАВУ

Закон о јавном бележничтву не посвећује довољно пажње поступку за састављање јавнобележничког записа. За разлику од наведених прописа који важе у Аустрији, Немачкој и Швајцарској, српски законодавац није поставио целовит систем јавнобележничке процедуре, већ је фрагментарно нормирао поједина питања. Одатле у српском јавнобележничком законодавству постоји правна празнина која није безазлена, а огледа се у одсуству општег правила за признање нотарског записа. Додуше, законодавац је регулисао на који начин странка потписује јавнобележнички запис,⁸⁸ али нигде нема одредбе која би уредила како се странка пре потписивања упознаје са његовом садржином и како га одобрава.

Одсуство регулативе не би смело да наведе на закључак да у Србији није неопходно да се странке пре потписивања упознају са

⁸⁴ Изјава завештаоца мора да садржи оба ова елемента: да је прочитао исправу и да она одговара његовој вољи. За пуноважност тестаmenta не би било довољно да завешталац изјави да исправа одговара његовој последњој вољи. У том смислу, вид. *Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. 6. 1916 (Sieber gegen Bachtler und Genossen)*, BGE 42 II 203-206, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2042203.pdf. Швајцарско право инсистира на овако строгом формализу у нотарском поступку да би подстакло завештаоца да приликом састављања јавног тестаmenta буде у потпуности прибран и одговоран. Вид. А. Escher, 379.

⁸⁵ Вид. *Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. 6. 1934 (S. Schwarz gegen Wwe Schwarz Blocherer und Genossen)*, BGE 60 II 269, 275, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2060269.pdf.

⁸⁶ Вид. А. Escher, 379; Р. Ruf, 246.

⁸⁷ Вид. чл. 512 ZGB.

⁸⁸ Вид. чл. 68 и 81 ЗЈБ.

садржином јавнобележничког записа и одобре га. Ако се пође од тога да правна празнина представља „непланску непотпуност постојећих правних прописа“, тј. случај у коме „недостаје пропис који би се могао применити на конкретни случај, а који би постојао да је законодавац доследно следио свој план правног уобличавања“, ⁸⁹ онда се одсуство општег правила рекогниције у српском јавнобележничком законодавству може узети као школски пример за правну празнину. Тешко се може бранити теза о постојању свесне намере законодавца да изостави стадијум признања јавнобележничког записа, тј. да га смести у правно слободни простор. ⁹⁰ Иако је нотаријат новина у послератном српском праву, за правну категорију „јавнобележнички запис“ могуће је с пуним правом рећи да представља тзв. „предзаконски појам“ који је био присутан у правној науци и пре доношења ЗЈБ-а и који има своја битна обележја. ⁹¹ Тиме што је предвидео постојање јавнобележничког записа, законодавац га је увео у српски правни поредак са свим његовим битним обележјима, а рекогниција је, као што је то показао и претходни компаративни приказ, управо једно од њих. ⁹²

На овом месту је неопходно истаћи да активности нотара којима се обезбеђује да странке пре стављања потписа стекну потпун увид у оно што потписују, представљају најважнију демаркациону линију између нотарског записа и јавно оверене исправе. Наиме, код јавно оверених исправа делатност нотара се исцрпљује само у томе да потврди да је одређено лице пред њим потписало писмену изјаву. Овером потписа се не потврђује да је потписник упознат са

⁸⁹ Вид. Franz Bydliniski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien 2005, 60.

⁹⁰ Правно слободни простор (*rechtsfreier Raum*) чине они сегменти људског и социјалног живота на које се право не простире, тј. који не треба да буду предмет правног регулисања. Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд 1959, 146 за правно слободан простор користи термин „правна адиафора“. Као пример за правнослободни простор наводе се понашања која проистичу из учитивости (захвалити се неком за леп гест или поздравити познаника). Вид. F. Bydliniski, 57.

⁹¹ Упор. Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb 2004⁷, 240, који дефинишу јавнобележнички запис као: „исправу коју о правним пословима и изјавама странака за њих сачињава јавни биљежник, у посебној форми, с посебним садржајем и уз поштовање посебних правила поступања, која захваљујући томе стјече својство јавне исправе.“ Јавнобележнички запис има следећа битна обележја: 1) представља форму у којој се предузимају правни послови, 2) има доказну снагу диспозитивне јавне исправе, 3) има обавезну садржину, 4) мора да буде сачињен у законом прописаној форми и 5) приликом његовог сачињавања јавни бележник је дужан да поштује правила нотарске процедуре, у оквиру које признање записа представља најважнији стадијум. О обележјима јавнобележничког записа, вид. Д. Ђурђевић (2005), 109 и даље.

⁹² Упор. D. Huhn, H. J. v. Schuckmann, 82, који кажу да стадијум рекогниције представља: „језгро и најбитнији елемент нотарске процедуре.“

садржином исправе коју је потписао. За разлику од овере потписа, јавнобележнички запис представља строжу форму, код које је нотару додељена значајнија улога. Приликом састављања јавнобележничког записа нотар треба да потврди, не само то да је одређена странка потписала исправу, већ и да је потписник дао ону изјаву која је садржана у исправу.⁹³ Ова разлика има велики практични значај, нарочито у судским поступцима. Код јавно оверених исправа доказну снагу јавне исправе има само клаузула о овери, тј. писмена изјава јавног бележника о идентитету потписника исправе.⁹⁴ Насупрот томе, целокупна садржина нотарског записа има доказну снагу јавне исправе. Нотарски запис представља потпун доказ аутентичности, тачности и потпуности изјаве која је у њему садржана.⁹⁵ Због тога је рекогниција једно од суштинских обележја нотарског записа. Без поступка за признање, јавнобележнички запис би се свео на пуко оверавање потписа.

У прилог потреби да и у српској јавнобележничкој процедури постоји стадијум рекогниције говоре и важни правнополитички разлози. Нотаријат у Србији установљен је, између осталог, ради растерећења судова и пружања превентивне правне заштите.⁹⁶ Ови циљеви неће бити остварени уколико се устали пракса да јавни бележник сачињен јавнобележнички запис да странкама на потпис а да се претходно не увери да ли оне имају тачну представу о ономе што потписују.⁹⁷ Такви јавнобележнички записи неће предупредити спорове о пуноважности и ништавости правних послова. Зато је веома важно да нотари приликом сачињавања јавнобележничког записа спрече ситуације у којима странке предузимају одређени правни посао, а да не знају у шта су се упустиле и какве ће правне консеквенце производити њихова трансакција.

Следствено изложеном, неопходно је да се у српском правном поретку попуни правна празнина која се односи на непостојање експлицитних законских правила о томе: а) како се странка у поступку састављања јавнобележничког записа упознаје са садржином

⁹³ О разлици између јавно оверених исправа (*öffentliche Beglaubigung*) и нотарских записа (*notarielle Beurkundung*), вид. уместо свих: Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen 2006², 402-403.

⁹⁴ Упор. Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München 1991²¹, 215, који истиче да код јавне овере потписа текст правног посла има својство приватне исправе.

⁹⁵ Вид. Heinz Hüber, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin New York 1996², 370-371.

⁹⁶ Упор. Драгор Хибер, „Са нотарима у Европу“, *Фокус*, јул 2010, 17-18.

⁹⁷ Упор. Срећко Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије II (Вантврнични поступци)*, Београд 1938, 799: „Јавни бележник мора на концу прочитати странкама садржину акта, да би се поново уверио да ли акт одговара вољи странака.“

исправе и б) како одобрава исправу. За попуњавање ових правних празнина могућа су два пута. Један се састоји у тумачењу чл. 76 ЗЈБ, а други у сходној примени ЗВП.

3.1. Тумачење члана 76 Закона о јавном бележничтву

Члан 76 ЗЈБ уређује посебан случај рекогниције када се као странка у нотарском поступку појављује „лице са посебним потребама“. У чл. 76, ст. 1 ЗЈБ стоји:

„Ако је странка глуво или немо писмено лице или има потешкоћа у говору које битно отежавају разумевање, а које влада језиком на коме се води поступак састављања јавнобележничке исправе, јавни бележник ће саопштити садржину исправе и поучити странку о садржини и последицама правног посла, изјаве или утврђивања одређених чињеница које представљају садржину јавнобележничке исправе, тако што ће предлог садржине исправе, као и поуку изградити писмено и тражити од странке да их прочита.“

Овом одредбом законодавац уређује поступање нотара када је странка глува или глувонема. За такав случај предвиђено је да се она са садржином исправе упознаје тако што ће је сама прочитати. Из начина на који је ова норма формулисана недвосмислено проистиче да она представља изузетак,⁹⁸ који се, сходно принципу *Exceptionis sunt strictissimae interpretationis*, примењује само на оне животне догађаје који су обухваћени њеном диспозицијом. Норме које представљају изузетке, чак и у односу на неко прећутно правно правило, не могу се *per analogiam* примењивати на сличне случајеве.⁹⁹ То значи да јавни бележник неће „тражити од странке“ која има очувано чуло слуха да сама прочита исправу. Из овога се не би смео извести закључак да ће у пракси бити дозвољено да странке са очуваним чулом слуха потпишу јавнобележнички запис а да нотар претходно не предузме ниједну радњу усмерену на то да их упозна са садржином акта на који стављају своје потписе. У претходним излагањима показано је да је једна од суштинских карактеристика нотарске процедуре то што правни поредак треба да обезбеди одређене процесне гаранције да странка пре потписивања јавнобележничког записа буде упозната

⁹⁸ Да је реч о изузетку, може показати и упоредноправни преглед. Закон о јавном потврђивању исправа швајцарског Кантона Луцерн у одељку који носи наслов „Ванредни поступак (*Ausserordentliche Verfahren*)“ прописује да странка која је глува или глувонема сама чита нотарски акт и да на њему писмено потврђује да он одговара њеној вољи (§ 48). У оквиру одељка који је насловљен као „Редовни поступак (*Ordentliche Verfahren*)“ стоји да ће нотар странкама прочитати исправу, коју оне потом признају за свој правни посао и потписују (§ 37).

⁹⁹ Упор. Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право II*, Београд 1996, 212.

са његовом садржином. Сходно томе, јавни бележник је у обавези да и странке које имају очувано чуло слуха упозна са садржином јавнобележничког записа. Ако ту своју обавезу не врши тако што од странке тражи да сама прочита исправу, једини начин који му стоји на располагању јесте да он сам странци прочита јавнобележнички запис.

Из тумачења чл. 76 ЗЈБ проистиче да се у српском праву редовни поступак признања јавнобележничког записа спроводи тако што нотар чита странкама исправу. Такво тумачење, с једне стране обезбеђује да странка у моменту потписивања јавнобележничког записа има тачну представу о томе у какве правне односе ступа. С друге стране, овакво формулисано опште правило рекогниције даје смисао члану 76 ЗЈБ. Уколико би се за српско право прихватио систем рекогниције по коме се странка упознаје са садржином јавнобележничког записа тако што га сама чита (који важи у швајцарском Кантону Аргау) онда би чл. 76 ЗЈБ био сувишан.¹⁰⁰

Овако постављено опште правило за признање јавнобележничког записа не треба разумети у смислу да странка нема право да сама прочита исправу. Уколико странка пре потписивања жели да лично прочита нотарски запис, свакако да ће нотар бити дужан да јој то омогући.

Читање исправе од стране нотара оправдано је и са правно-политичког становишта. Тако организован поступак рекогниције, за разлику од оног где странка сама чита исправу, има „двоструку контролну функцију“. С једне стране, подстиче странке да пре потписивања пажљиво провере садржину јавнобележничког записа, а с друге стране захтева од нотара да текст исправе прочита „реч по реч“ и тако му даје шансу да уочи и исправи евентуалне недостатке, који се могу кретати од ситних словних грешака до озбиљних правних неправилности.¹⁰¹

Резултат тумачења чл. 76 ЗЈБ није у потпуности решио постављен проблем. Ако се пође од тога да ће нотар странци прочитати исправу, остаје отворено питање да ли након читања исправе странка

¹⁰⁰ То се може видети управо на примеру швајцарског Кантона Аргау, где у § 6 Уводног закона за Швајцарски грађански законик и Закон о регистрованим животним заједницама стоји да странка сама чита јавнобележнички запис, а након тога изјављује да је он у складу са њеном вољом. Овај Закон садржи и специјално правило по којем се поступа када странка није у стању да прочита или потпише исправу (§ 8), које предвиђа да ће јој исправа бити прочитана у присуству нотара и два сведока. У поменутом закону нема правила којим се уређује поступање нотара када је странка глува. За таквим правилом нема ни потребе, јер у нотарском поступку Кантона Аргау недостатак чула слуха не представља препреку за спровођење редовног поступка рекогниције.

¹⁰¹ У том смислу, вид. Reiner Kanzleiter, „Das Vorlesen der Niederschrift“, *Deutsche Notar Zeitschrift*, 4/1997, 262.

одмах потписује јавнобележнички запис, или мора да га претходно одобри. Потребно је да се размотри да ли је до потпуног решења овог проблема могуће доћи сходном применом ЗВП-а.

3.2. Сходна примена Закона о ванпарничном поступку

Сходна примена ЗВП-а на поступак за састављање јавнобележничког записа наилази на две тешкоће. Прва се састоји у томе што законодавац ту примену није консеквентно нормирао. Недоследност законодавца уочава се када се упореде чл. 82 и чл. 83 ЗЈБ. У чл. 83, ст. 1 ЗЈБ набројани су прави послови који се могу предузимати у форми јавнобележничког записа (нотарски запис као конкурентна форма за предузимање правних послова). У чл. 83, ст. 3 ЗЈБ стоји да се у поступцима за сачињавање јавнобележничких записа о тим правним пословима: „сходно примењују одредбе ванпарничног поступка“. С друге стране у чл. 82 ЗЈБ набројани су правни послови за које је јавнобележнички запис обавезна форма, али нигде није предвиђена сходна примена ЗВП-а. Да ли то значи да се правила ванпарничног поступка не примењују на све јавнобележничке записе, већ само на неке од њих?

Одговор на ово питање свакако мора бити негативан. Поменута недоследност законодавца лако се може превазићи применом аналогije. Нотарски записи из чл. 82 ЗЈБ разликују се од оних из чл. 83 ЗЈБ по својој обавезности а не по форми и процедури сачињавања. Због тога, правила ванпарничне процедуре треба сходно примењивати и на јавнобележничке записе из чл. 82 ЗЈБ, јер је тако нешто у складу са циљевима и интересима које је законодавац хтео да оствари прописујући сходну примену правила ЗВП-а на сачињавање нотарских записа из чл. 83 ЗЈБ.

Други проблем проистиче из начина на који је ЗВП регулисао поступак за састављање исправа. Правила ЗВП-а о састављању исправе налазе се у два одсека. У оквиру дванаесте главе ЗВП-а, одсек бр. 2 садржи општа правила за састављање исправе,¹⁰² док је у одсеку бр. 3 нормирано сачињавање судског тестаментa.¹⁰³ Док је поступак за сачињавање судског тестаментa детаљно регулисан, када је реч о општим правилима за састављање исправе не може се ни за редакторе ЗВП-а рећи да су успели да створе један целовит и заокружен систем. У време доношења ЗВП-а за тиме није ни постојала потреба, јер је судски тестамент био једини правни посао који се предузимао у форми јавно састављене исправе.¹⁰⁴ Услед таквог приступа у одсе-

¹⁰² Вид. чл. 166 174 ЗВП.

¹⁰³ Вид. чл. 175 182 ЗВП.

¹⁰⁴ Упор. Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1995¹⁴, 437, који каже: „ЗВП прописује да суд саставља исправу кад је за пуноважност правног

ку који садржи општа правила за састављање исправе није уређен стадијум признања исправе. Нигде није прописано како се странка упознаје са садржином исправе коју за њу саставља судија, како је одобрава и како је потписује. Ако би правну празнину у ЗЈБ-а, која се односи на недостатак редовног поступка рекогниције, требало попуњавати сходном применом општих правила за састављање исправе из ЗВП-а, онда би то био „јалов посао“. Не може се правна празнина у једном закону попуњавати применом другог закона који садржи исту такву правну празнину.

ЗВП нормира редовни поступак рекогниције у трећем одсеку који је посвећен састављању судског тестаментa. Чл. 178 ЗВП предвиђа следеће:

„Пошто завешталац сам прочита записник о судском тестаменту и изјави да је његова последња воља у свему верно унета, судија ће ово потврдити на тестаменту.“

Поменута одредба садржи три правила. Првим правилом предвиђено је да се странка са садржином исправе упознаје тако што је сама чита. Другим правилом прописано је обавезно одобравање исправе које се врши тако што странка у присуству судије изјављује да је њена воља потпуно и тачно забележена на исправи. Треће правило предвиђа обавезу судије да све ове радње протоколише, тј. да на самој исправи писмено констатује да су оне учињене. Поставља се питање да да ли је могућа сходна примена ових правила на поступак састављања јавнобележничког записа.

Приликом давања одговора на ово питање, треба имати у виду да термин „сходна примена“ подразумева одређену еластичност у поступању.¹⁰⁵ Примену ЗВП-а у поступку састављања нотарских исправа не треба разумети у смислу да је ЗВП *lex generalis*, а ЗЈБ *lex specialis*, те да се одредбе ванпарничног поступка морају применити увек када ЗЈБ није на изричит начин предвидео нешто друго. Када законодавац предвиди сходну примену, то значи да је примена правила ванпарничног поступка на поступак састављања нотарске исправе могућа само онда када је тако нешто у складу са циљем, принципима и особеностима нотарске процедуре. Имајући у виду изложено, сматрам да чл. 178 ЗВП није у потпуности примењив на поступак састављања јавнобележничког записа.

посла потребно да он буде закључен (изјављен) у форми јавне исправе. Осим судског тестаментa тешко је наћи неки други пример у коме је таква форма неопходна да би, по закону, једнострану или двострану правну посао био пуноважан. У ЗВП у су, поред одредаба о састављању судског тестаментa, ипак унесене и опште одредбе о састављању исправа од стране суда.“

¹⁰⁵ О разликовању између појмова „сходна“ и „супсидијерна“ примена закона у материји грађанског судског поступка, вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2009³, 730-731.

Прво правило садржано у чл. 178 ЗВП по коме се странка упознаје са садржином исправе тако што је сама чита није применљиво на поступак сачињавања јавнобележничког записа. Уколико би се ово правило применило на нотарску процедуру онда би чл. 76 ЗЈБ изгубио сваки смисао и постао би сувишан. Остало би нејасно зашто би законодавац у чл. 76 ЗЈБ посебно инсистирао на томе да глува странка прочита исправу, ако би се она иначе упознала са садржином исправе тако што би је лично читала. С обзиром на то да је немогуће прво правило из чл. 178 ЗВП довести у склад са чл. 76 ЗЈБ, оно се не може применити на поступак састављања јавнобележничког записа.

Што се тиче другог и трећег правила из чл. 178 ЗВП, она не противурече принципима и особеностима нотарске процедуре, тако да су примењива на поступак састављања јавнобележничког записа.

Након ове анализе стиче се могућност за давање потпуног одговора на питање као изгледа редовни поступак за признање нотарског записа у српском праву: пошто јој јавни бележник прочита нотарски запис (аргумент из чл. 76 ЗЈБ) странка ће изјавити да је њена воља у свему верно унета, да би на крају јавни бележник све то потврдио на самој исправу (аргумент из сходне примене чл. 178 ЗВП).

Изјава којом странка одобрава јавнобележнички запис мора бити дата изричито. Строг формализам на коме се инсистира у стадијуму рекогниције не дозвољава да се јавнобележнички запис одобрава конклюдентним радњама (на пример, потписивање записа без стављања примедби). Међутим, инсистирање на изричитој изјави не значи да странка мора вербално одобрити јавнобележнички запис. Изричита изјава се може дати и гестовима који су подобни да на несумљив начин испоље намеру странке да одобри јавнобележничку исправу (на пример, да странка на питање нотара да ли је њена изјава у свему верно унета одговори климањем главом).

Прописујући да странка треба да изјави да је њена воља: „у свему верно унета“, чл. 178 ЗВП захтева да изјава о одобравању садржи два елемента: 1) потврђивање тачности (да у нотарском запису не стоји ништа што је различито од стварне воље странке) и 2) потврђивање потпуности јавнобележничког записа (да ништа није изостављено противно стварној вољи странке). За пуноважност јавнобележничког записа потребно је само да изјава о одобравању садржи ова два елемента. Није неопходно да странка изговори текст онако како је он предвиђен у чл. 178 ЗВП.

3.3. Потписивање исправе

Док су прва два елемента рекогниције у ЗЈБ-у остала ненормирана, за трећи елемент који се тиче потписивања јавнобележничког

записа, може се рећи да је „пренормиран“. Законодавац уређује потписивање јавнобележничког записа на два места. У чл. 68 ЗЈБ предвиђено је да се потписи не смеју стављати преко текста исправе, да ако се исправа састоји од више страница странка треба да потпише сваку од њих, да ако странка не зна да чита и пише она на исправу ставља рукознак у присуству два писмена и пунолетна сведока који се потом и сами потписују на исправи. У чл. 81, ст. 1 ЗЈБ стоји да странка потписује исправу у присуству јавног бележника, док је у чл. 81, ст. 2 ЗЈБ предвиђено да ако је исправа потписана без присуства јавног бележника, странка ће пред јавним бележником признати потпис за свој.

Оваквом регулативом створено је још једно спорно питање. Да ли је у поступку састављања јавнобележничког записа дозвољено да странка раније стављен потпис призна за свој, како то стоји у чл. 81, ст. 2 ЗЈБ? На ово питање мора се дати негативан одговор. Другачије поступање било би у супротности са природом јавнобележничког записа. Једно од битних обележја јавнобележничког записа састоји се у томе што га саставља јавни бележник по казивању странке.¹⁰⁶ Јавнобележнички запис се не може саставити тако што би странка донела унапред припремељену исправу коју би пред јавним бележником признала за свој правни посао, а да након тога јавни бележник то све потврди на исправи. Таква радња квалификује се као солемнизација приватне исправе.¹⁰⁷ Код јавнобележничког записа странка, по природи ствари, не може потписати исправу пре него што приступи јавном бележнику, јер ће та исправа бити састављена управо од стране јавног бележника.

Приликом тумачења чл. 81, ст. 2 ЗЈБ неопходно је имати у виду да законодавац не говори о „потписивању јавнобележничког записа“, већ о „потписивању јавнобележничке исправе“. Јавнобележничка исправа је генусни појам, који не обухвата само јавнобележничке записе већ и јавнобележничке записнике, јавнобележничке овере и потврде. Код неких јавнобележничких исправа је могуће да странка пред јавним бележником призна раније стављен потпис за свој (на пример код овере потписа). Због тога, приликом примене чл. 81, ст.

¹⁰⁶ Вид. чл. 6 ЗЈБ, где стоји да су јавнобележнички записи „исправе о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници.“ У грчком праву експлицитно је прописано да нотар мора сам да састави нотарски запис. Уколико му странка или њен адвокат донесу писмено које је написано у складу са правилима форме нотарског записа, грчки нотар мора поново да га напише. Вид. Sofia Mouratidou, „Länderbericht Griechenland“, *Notarius International*, 2/2001, 95. О јавном бележничтву у Грчкој, вид. Georgios N. Diamantopoulos, „Notary Public as the Public Auction Clerk in Greek Law – Notary Related Nullities in Public Auctions of Immovable Property“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2009, 183 и даље.

¹⁰⁷ Вид. чл. 93 ЗЈБ.

2 ЗЈБ неопходна је телеолошка редуција. Другим речима, чл. 81, ст. 2 ЗЈБ не треба примењивати на оне исправе код којих је његова примена немогућа, а јавнобележнички записи су такве исправе.

4. НАЧЕЛА РЕКОГНИЦИЈЕ

Стадијум признања јавнобележничког записа заснива се на два начела. То су начело непосредности и начело јединства поступања. Ова начела углавном нису нормирана у законима, већ су се искристалисала у нотарској и судској пракси као резултат телеолошког тумачења законских норми о рекогницији.

4.1. Начело непосредности

Начело непосредности долази до изражаја како у оном делу стадијума рекогниције који је намењен упознавању странке са садржином јавнобележничког записа, тако и приликом одобравања исправе.

Када је реч о упознавању странке са садржином јавнобележничког записа начело непосредности се огледа у томе што јавни бележник мора странци да прочита текст правног посла са изворника нотарског записа.¹⁰⁸ Овај вид начела непосредности гарантује потпуну и несумњиву подударност између онога што је странка признала за своју изјаву воље и онога што ће у правном промету фигурирати као њен правни посао. Објект са којег нотар чита странци текст правног посла не може бити припремна скица јавнобележничког записа.

Питање непосредности код упознавања странке са садржином нотарског записа добило је на актуелности са омасовљавањем компјутера. Јавнобележнички записи најчешће се сачињавају употребом рачунара и штампача.¹⁰⁹ Такав поступак омогућује да текст правног посла, пре него што се одштампа на хартији, буде прочитан са монитора. У једном случају из немачке праксе¹¹⁰ јавни бележник је прочитао странци текст нотарског записа са монитора. Пошто је странка одобрила нотарски запис, јавни бележник је одштампао исправу коју је странка потписала. Овај случај није прошао без контроверзи, али је преовладало схватање да овако састављен јавнобележнички запис

¹⁰⁸ Упор. Р. Jansen, 125 126; К. Wagner, G. Knechtel, 252; W. Litzemberger, 1812.

¹⁰⁹ Вид. чл. 63 ЗЈБ који предвиђа да се нотарске исправе пишу електронским уређајем, а само изузетно могу се сачињавати руком или механичким уређајем.

¹¹⁰ Вид. одлуку Земаљског суда у Штралсунду: LG Stralsund 7 O 185/96, 05. VI 1996, *Neue Juristische Wochenschrift* 47/1997, 3178.

није пуноважан.¹¹¹ Правна дејства у правном промету производи она изјава воље која је одштампана на изворнику јавнобележничког записа. Странка својим потписом одобрава текст који је написан на исправи, а не текст који се налази на монитору рачунара. Следствено томе, неопходно је да се странка пре потписивања и одобравања упозна са оним текстом који стоји на изворнику нотарског записа. Редовно ће текст на монитору бити подударан са текстом на јавнобележничком запису, али технички дефекти, грешке у софтверу и сличне појаве не могу се никада у потпуности искључити. Због тога је потребно да нотар прво одштампа исправу, а потом да странци прочита текст правног посла са те исправе. Такође, када у поступку учествују глуве странке, оне не читају текст правног посла са монитора, већ са изворника исправе.

Принцип непосредности код одобравања јавнобележничког записа састоји се у томе што странка мора лично да приступи пред јавног бележника ради давања изричите изјаве којом потврђује да је њена воља потпуно и тачно унета.¹¹² Овај вид начела непосредности, уз правила о утврђивању идентитета странке, треба да обезбеди аутентичност јавнобележничког записа, тј. потпуну и несумњиву подударност између лица које је на нотарском запису означено као предузималац правног посла и оног лица које је тај нотарски запис *de facto* признало за свој правни посао. Странка не може да одобри јавнобележнички запис употребом техничких направа за саопштавање и репродукцију изјаве (на пример, у телефонском разговору). Ово правило важило би и онда када би се комуникација између нотара и странке обављала путем уређаја који преноси звук и слику, јер такав начин комуникације не омогућује јавном бележнику да поуздано утврди аутентичност изјаве о одобравању.¹¹³ Употреба уређаја за комуникацију дозвољена је у стадијуму припремања јавнобележничког записа,¹¹⁴ где принцип непосредности не важи.

¹¹¹ Ближе о томе вид. Katja Mihm, „Pflicht zur Verlesung notarieller Urkunden bei EDV Einsatz Zur Unwirksamkeit der Verlesung vom Bildschirm und zum Umfang der Verlesung von geänderten, neu ausgedruckten Seiten“, *Neue Juristische Wochenschrift* 47/1997 3121 и даље.

¹¹² Вид. Wolfgang Baumann, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (red. G. Otte), Berlin 2003¹⁴, Buch 5 Erbrecht, §§ 2197-2264 (Testament 2), 411.

¹¹³ У том смислу, вид. Eva Inés Obergfell, „Testament“, *Handbuch des Erbrechts* (Hrsg. R. Hausmann, G. Hohloch), Berlin 2010², 428.

¹¹⁴ Вид. W. Baumann, 410-411. Стадијум припремања јавнобележничког записа није уређен у српском праву, али се помиње у чл. 36, ст. 2, тач. 1 ЗЈБ, где стоји да: „јавнобележнички приправник, под надзором јавног бележника, а уместо јавног бележника у чијој канцеларији ради може да обавља непосредну припрему за састављање исправа.“

Стадијум припремања исправе претходи рекогницији, а има за циљ да се јавни бележник упозна са садржином правног посла који странка жели да предузме и да њену изјаву пренесе на хартију. У фази припремања исправе дозвољено је да странка телефоном или електронском поштом саопшти нотару садржину правног посла. Након тога нотар, или његов помоћник, могу и у одсуству странке да припреме јавнобележнички запис. Али у стадијуму рекогниције, када нотар чита странци исправу и када је странка одобрава, неопходно је њихово присуство и директна комуникација. Начело непосредности неће бити повређено када странка даје изјаву о одобравању јавнобележничког записа помоћу апарата за говор.¹¹⁵ Такође, дозвољено је да странка која се налази у затвору или у болничком карантину одобри јавнобележнички запис посредством техничког уређаја, али само уколико нотар на основу свог непосредног визуелног опажања може да буде сигуран да та изјава потиче од странке¹¹⁶ (на пример, када комуницирају помоћу микрофона и слушалица док седе један наспрам другог, а између њих се налази стаклени зид).

4.2. Јединство рекогниције

Јединство рекогниције (принцип *unitas actus*) значи да се све радње у стадијуму рекогниције (упознавање странке са садржином исправе, одобравање записа и потписивање) просторно и временски надовезују чинећи јединствен акт.¹¹⁷ Од тренутка када нотар почне да чита исправу странци, па све док се странка не потпише на исправи, процесне радње се морају одвијати без прекида, и то у присуству јавног бележника, странке и евентуално сведока.¹¹⁸

5. ЗАКЉУЧАК

Признање јавнобележничког записа (рекогниција) представља централни стадијум нотарског поступка. У том стадијуму нотар упознаје странку са садржином исправе коју је за њу сачинио, а након тога странка одобрава исправу и потписује се. Рекогниција је важна за остварење функције превентивне заштите, која представља

¹¹⁵ Е. I. Oberfell, 428; W. Baumann, 412.

¹¹⁶ У том смислу вид. Н. Lange, К. Kuchinke, 362-363; Е. I. Oberfell, 428; W. Baumann, 412. На таквом становишту стоји и судска пракса. Вид. одлуку Врховног земаљског суда у Франкфурту: OLG Frankfurt 13 W 163/72, 11. I 1973, *Neue Juristische Wochenschrift* 25/1973, 1131.

¹¹⁷ Упор. К. Wagner, G. Knechtel, 253-254.

¹¹⁸ Вид. Hans Marti, *Notariatsprozess Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz*, Bern 1989, 78.

један од најважнијих циљева јавног бележништва. Активности које нотар предузима у стадијуму рекогниције треба да подстакну странку да се пре потписивања упозна са садржином нотарског записа и да пажљиво изврши контролу његове тачности и потпуности. На тај начин се доприноси предупређивању спорова о пуноважности и тумачењу правног посла који је предузет у форми нотарског записа. Поступак признања јавнобележничког записа може бити редовни и ванредни. Ванредни поступак рекогниције спроводи се онда када странка није у стању да чита, пише, чулно опажа или комуницира са јавним бележником.

За разлику од страних правних поредака где је стадијум рекогниције прецизно уређен, српски Закон о јавном бележништву није регулисао како се странка упознаје са садржином јавнобележничког записа и како га одобрава. Овај рад се стога бавио начином на који се може поунити ова правна празнина. Сходном применом правила ванпарничног поступка и тумачењем чл. 76 ЗЈБ долази се до закључка да се стадијум признања јавнобележничког записа у српском праву спроводи тако што нотар чита странци текст правног посла са изворника јавнобележничког записа, након чега она изјављује да њена воља у свему верно унета и потписује се. Све ове радње се просторно и временски надовезују чинећи јединствен акт (принцип *unitas actus*).

Dr. Dejan B. Đurđević

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ACKNOWLEDGEMENT BEFORE THE NOTARY PUBLIC

Summary

In the course of performing a notarial act (*Notariatsakt*), notary public should inform a party of the contents of the document he has drawn up for them, so that the party may approve of the document and sign it. This phase of the notarial proceedings, which includes presentation of the document to the party, her acceptance and signing thereof, may be described as the acknowledgment (*Rekognition*) of the notarial writing by the party before the notary public. Regrettably, the new Serbian Law on Notary Public (2011) does not regulate the aforesaid acknowledgment comprehensively, as it lacks specific provisions relating to the manner in which the party could get acquainted with the contents of the document

prepared by the notary, and in which she may approve of it. The author recognizes this deficit as a legal gap or lacuna, sees it as an impediment to the preventive function of the notaries public, and considers the ways of filling it. On the basis of Article 76 of the Law on Notary Public, and the *mutatis mutandis* application of the existing rules of non-contentious proceedings, the author concludes that the stage of acknowledgement of the document prepared by the notary public occurs at a single time and place (*unitas actus*), in a manner that the notary reads the content of the deed to the party from the original document, the party affirms that her will was truthfully presented, and puts her signature to the notarial act.

Key words: *Notarial act (Notariatsakt)*. – *Notarial document (Notariatsurkunde)*. – *Notary public*. – *Notarial proceedings*. – *Acknowledgement*.