

*Академик Јожеф Салма, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

НОТАРИЈАЛНО ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО*

– начела јавно-бележничког права, јавно-бележничка форма и одговорност јавних бележника према праву Републике Србије –

Сажетак: У раду су анализирана правила важеће јавно-бележничког права Републике Србије, у светлу уредног права. Размотрена су основна начела јавно-бележничке делатности, јавно-бележничка форма и правна природа одговорности јавних бележника за проузроковану штету. По ауторовом мишљењу она је или деликатна или контрактна у зависности од тога да ли је нотар повредио одредбе уномоћја странке на основу које постоји или императивни пропис, иј. начело савесности и поштености.

Кључне речи: начела нотаријалног облигационог права, јавно-бележничка форма, одговорност јавних бележника за штету

I

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Важећи закон Републике Србије који уређује јавно-бележничку делатност¹ припреман је помно, истина уз извесно (неоправдано) кашњење.² Он је у основи хармонизован са традиционалним националним и за-

* Рад је резултат истраживања на пројекту *Теоријски и практични проблеми у стварању и примени права (ЕУ и Србија)* Правног факултета у Новом Саду.

¹ Закон о јавном бележничтву Републике Србије (ЗЈБ РС), Службени гласник РС од 9. маја 2011. године бр. 31/2011. На основу чл. 182, закон ступа на снагу осмог дана по објављивању, а примењује се од 1. септембра 2012. године. Изузетак чине чл. 15. (јавно-бележничка места), 16. (службено седиште и табла), чл. 25. до 30. (услови именовања, конкурс, именовање, заклетва бележника) и чл. 143. до 148. (јавно-бележнички испит), који се примењују од осмог дана од дана ступања на снагу закона.

² В. Небојша Шаркић, Миланка Фурџула - Борђевић, Јавно бележничтво – допринос ефикаснијем раду судова, in: Избор судске праксе, год. 3, бр. 11/1995, стр. 5-6; Небојша

једничким европским нотаријалним правом. То потврђују и начела позитивног права, уз извесне могуће критичке примедбе, које су у овом раду истакнуте.

II НАЧЕЛА НОТАРИЈАЛНОГ ПРАВА

Начело јавној поверења. Закон одређује да је јавно бележништво служба од јавног поверења.³ То правило проистиче из тога што нотар (у важећем праву: јавни бележник) саставља правне послове, оверава исправе, издаје изводе и преписе исправа, констатује правне чињенице на основу иницијативе странке, у форми која је предвиђена законом. Та форма даје јавно-бележничким исправама потребну аутентичност, одређено доказно дејство. Правни послови за које је предвиђена обавезна форма, састављени пред нотаром, сагласно прописима о форми, имају значај, одн. дејство јавне исправе, те по закону уживају јавно поверење. Будући да нотар има задатак да поучи странке, он поступа у интересу странака, без страначке опредељености, те акт нотара, по природи ствари, има и поверење странака.

Шаркић, Миланка *Фурџула - Ђорђевић*, Јавно бележништво - да или не? in: Правни живот, год. 45. бр. 12/1996, стр. 427-441; Небојша *Шаркић*, Миланка *Фурџула - Ђорђевић*, Драган *Рашић*, Јавни бележник (нотар) у упоредном праву: Зашто не и код нас, in: Актуелна питања југословенског законодавства, Удружење правника Југославије, 1999, стр. 179-192; Небојша *Шаркић (редакција)*, Јавни бележник, in: Избор судске праксе, Београд, год. 7, бр. 2/1999, стр. 38; Небојша *Шаркић*, Увођење јавног бележника (нотара) у југословенски правни систем, in: Актуелна питања савременог законодавства, Удружење правника Југославије, Београд, 2001, стр.137-141; Небојша *Шаркић*, Докази у поступку пред јавним бележником, in: Докази и доказна снага, Зборник радова, Глосаријум, Београд, 2003, стр.101-109; Небојша *Шаркић*, Миланка *Фурџула - Ђорђевић*, О јавном бележнику – нотару, Глосаријум, Београд, 2004, стр. 5-21; Небојша *Шаркић*, Јавни бележник – нотар у извршном поступку, in: Правни живот, год. 53, бр. 12/2004, стр. 257-276; Небојша *Шаркић*, Јавни бележник – нотар, in: Новине у грађанским поступцима, Зборник радова, Глосаријум, Београд, 2005, стр. 255-277; Небојша *Шаркић*, Неопходност реформисања Закона о ванпарничном поступку и увођење јавног бележника – нотара, in: Надлежност и разграничење надлежности судова, Глосаријум, Београд, 2006, стр. 272-296; Небојша *Шаркић*, Младен *Николић*, Овлашћења јавног бележника-нотара у трговинским и извршним стварима, in: Стечај и приватизација, V међународно саветовање правосуђа, Вршац, 2008, стр. 245-274; Небојша *Шаркић*, Национални извештај о нотарској служби југоисточне Европе, Сарајево, ГТЗ, 2009, стр. 303-339; Небојша *Шаркић*, Правосудне професије, Семинар о нотаријату, Београд, 2010, стр. 1-37; Небојша *Шаркић*, Младен *Николић*, Признање и извршавање страних извршних јавнобележничких (нотарских) исправа, Правни информатор, Београд, год. 13. бр. 12/2010, стр. 13-23.

³ ЗБ РС, чл. 2. ст. 1.

Начело професионалности. Јавни бележник обавља делатност као искључиво и стално занимање док му не престане делатност, у складу са законом.⁴ Закон прописује професионалне услове за стицање својства нотара, као што су диплома правног факултета, пет година радног искуства, положени правосудни и нотарски испит, као и професионални углед (достојност јавног поверења).⁵ Нотар обавља своју делатност у самосталној нотарској канцеларији са потребном опремом и условима за чување поверених докумената.⁶

Начело независности у остваривању делатности. *Инкомпајибилности и компајибилности у погледу обављања других послова. Делатности.* Према Закону о јавним бележницима, нотар је *самосталан и независан*.⁷ Јавни бележник је стручњак из области права, именован од стране министра надлежног за правосуђе, који на основу јавног овлашћења прихвата од странака правно-пословне и друге изјаве воље и даје им потребну писану форму. Његова делатност је уређена законом. Тако, издаје исправе које имају карактер *јавних исправа*. Чува оригинале тих исправа и друге поверене документе, издаје *пречице* исправа, јавно потврђује чињенице, даје странкама *савеште* о питањима која су предмет његове делатности и предузима друге радње и врши друге послове одређене законом.⁸ Делатност јавног бележника је *неспојива* са обављањем адвокатуре, било ког другог плаћеног занимања, односно функције, као и послова који нису у складу са угледом, независношћу, самосталношћу и јавним поверењем јавног бележничтва.⁹ *Забрана се не односи* на обављање послова у својству *извршиоца тестамената* (завештања), *стапаратеља заоставшине*, старатеља *пословно неспособној* лица или неког другог правног посла заснованог на одлуци надлежног органа. Такође, нотар може повремено или допунски обављати *научне, наставне, уметничке* или сличне делатности. Нотар може обављати *функције и послове у јавнобележничкој комори и у међународним удружењима јавних бележника*. Јавни бележник, такође, може обављати послове *медијатора, арбитра* или *судској преводиоца*.¹⁰

Начело заштитне приватних и јавних интереса. Јавни бележник је стручњак који на основу јавног поверења, сагласно закону, прихвата прав-

⁴ ЗЈБ РС, чл. 2. ст. 2-4, чл. 5. ст. 1.

⁵ ЗЈБ РС, чл. 25-26. (општи и специјални услови); чл. 145. (нотаријални испит).

⁶ ЗЈБ РС, чл. 20. (просторије и опрема); чл. 61. и 62. (печат, штампил, дужност вођења евиденције); чл. 100-117. (чување списа и исправа, вођење књига, архива); чл. 165-175. (јавно-бележнички депозит).

⁷ ЗЈБ РС, чл. 2. ст. 3, чл. 5. ст. 1-2.

⁸ ЗЈБ РС, чл. 2. ст. 4.

⁹ ЗЈБ РС, чл. 5. ст. 1.

¹⁰ ЗЈБ РС, чл. 5. ст. 2. тач. 1-4.

но-пословне и чињеничне изјаве странака дајући потребну писану форму која има карактер јавне или приватне исправе.¹¹ Заштита јавног интереса, посебно ако је законом прописани циљ форме датог правног посла прописана због заштите јавног интереса (код битне или конститутивне форме), остварује се стриктним поштовањем императивне форме. Приватни интерес странке нотар штити када је сврха законом прописане обавезне форме установљена у циљу заштите приватног интереса. Приватни интерес се штити и онда ако форма није обавезна, тј. када је уговор закључен на подручју начела консенсуалности, тако што је након прости сагласности воља уговорних страна накнадно састављена нотаријална форма, и то ради повећања доказне вредности контракта.

Начело формалности и врсте (облици) делатности нотар. Јавнобележничке исправе о правним пословима који су састављени од стране јавних бележника у форми јавнобележничких *записа* имају карактер *јавних исправа*. За разлику од њих, *записници* о правним и фактичким радњама које су предузете пред нотарем, као и *појврде* о чињеницама које су посведочили јавни бележници, имају карактер *приватних исправа* које су посведочили јавни бележници. У овим случајевима јавни бележник *оверава појпис* или *исправу у целини*, односно, *оверава ауθενитичности преписа, превода* или *извода*, са дејством јавно-бележничке овере.¹² *Јавно-бележничке исправе су исправе о правним пословима* које су саставили јавни бележници. Јавно-бележнички *записи* су записници о правним радњама које су обавили или којима су присуствовали јавни бележници. Јавно-бележнички *записници* су потврде о чињеницама које су посведочили јавни бележници. Јавно-бележничке *појврде* су нејавне исправе код којих јавни бележник *оверава појпис* или *исправу у целини, ауθενитичности превода, преписа* или *извода*.¹³ Закон прописује *који правни послови (одн. уговори)* имају облик јавно-бележничког записа.¹⁴ То су уговори о имовинским односима између супружника као и уговори између ванбрачних партнера. Ту спадају и уговори о деоби имовине између супружника и ванбрачних партнера, споразуми о законском издржавању;¹⁵ уговори о располагању непокретностима лица која су пословно неспособна; уговори о уступању и расподели имовине за живота; уговори о доживотном издржавању; обећање поклона за случај смрти; други правни послови и изјаве за које закон одређује да морају бити закључени у облику јавно-бележничког записа, по за-

¹¹ ЗЈБ РС, чл. 2. ст. 4.

¹² ЗЈБ РС, чл. 6.

¹³ ЗЈБ РС, чл. 6, 10. и 63.

¹⁴ ЗЈБ РС, чл. 82.

¹⁵ Споразум може да уреди висину и облик накнаде, али не и основ обавезе, јер је он предвиђен императивним нормама.

конима и пописима који уређују њихово сачињавање.¹⁶ Нама се чини да је ту, већим делом, реч о конкурентској форми, тј. о подједнаком дејству нотаријалне и судске форме. Изузетак представља искључива нотаријална форма, ако је то посебним законом изричито прописано. Доказ за претежни конкурентски карактер нотаријалне форме представља одредба према којој јавно-бележнички записи имају исту доказну снагу исправе сачињене у суду или пред другим државним органом.¹⁷ Правило о конкурентском карактеру јавно-бележничке и судске форме односи се, на пример, на уговор о доживотном издржавању, као и на уговор о уступању и расподели имовине за живота оставиоца. То значи форме ових уговора могу бити (алтернативно) испуњене и пред јавним бележником и пред судом, са идентичним дејством. Поред алтернативне или конкурентске нотаријалне и судске форме Закон предвиђа и факултативне нотаријалне форме. Набраја правне послове који се *могу* закључити у облику јавно-бележничког записа. То су: уговори о располагању непокретностима, уговори о располагању покретним стварима или правима, изјаве и располагање имовином ради оснивања задужбине односно фондације за живота или за случај смрти оснивача задужбине одн. фондације; запис о поништењу изгубљених, уништених или оштећених исправа; завештање (тестамент); изјава којом се нужни наследник искључује из наследства; изјава којом се нужни наследник лишава наследства; изјава да се поклон дат законском наследнику неће урачунавати у његов наследни део; изјава да се дуг будућег наследника неће урачунати у његов наследни део; изјава о признању очинства као и изјава о сагласности са признатим очинством; изјава о пристанку на поступак био-медицински потпомогнутог оплођења; други правни послови и изјаве за које закон одређује да се могу закључити или дати у облику јавно-бележничког записа. Закон посебно одређује да уговори и тестаменти сачињени у облику јавно-бележничког записа имају исто доказно дејство као исправе сачињене у суду или пред органом управе, односно оверене од стране суда или органа управе.¹⁸ Нисмо сигурни да ли је закон јасно раздвојио искључиву нотаријалну од алтернативне (нотаријалне и судске) и факултативне (нотаријалне) форме. Свакако, у погледу нотаријалне форме из ст. 1 чл. 83. имају да се примене одредбе о *ванјарничном јосйууку*.¹⁹ Према одредбама позитивног права, јавно-бележнички запис је *извршна исправа*, ако је у њему утврђена одређена обавеза или чинидба.²⁰ Јавно-бележнички *зайисници* се састављају са *оснивачке скуйшиине* или друге

¹⁶ ЗЈБ РС, стр. 1. чл. 82.

¹⁷ ЗЈБ РС, чл. 82. ст. 2.

¹⁸ ЗЈБ РС, чл. 83. ст. 1. тач. 1-12.

¹⁹ ЗЈБ РС, чл. 83. ст. 3.

²⁰ ЗЈБ РС, чл. 85.

скупштине акционарског друштва које има више од 100 чланова. Такође, у овој форми се могу саставити и записници са седнице органа акционарског друштва.²¹

Начело законитости и начело савесности и пошћења. По одредбама позитивног права, јавни бележник је дужан да обавља своју делатност у складу са *прописима* и начелом *савесности и пошћења*. Јавни бележник *одбија*, односно *може да одбије* обављање послова у оквиру делатности одређених овим законом само из разлога који су одређени законом. Јавни бележник за свој рад одговара у складу са законом.²²

III ВРСТЕ НОТАРИЈАЛНЕ ФОРМЕ

Општа правила.²³ Форма уговора или других правних послова је (факултативан или обавезан) облик манифестације правно-пословне воље странака. Она је вођена у теорији правних послова начелом *консенсуализма*, као правилом, и начелом *формализма*, као изузетком. Прво начело значи да се правни посао ствара простом сагласношћу воља странака, код једностраних правних послова простом једностраном правно-пословном изјавом (*einseitige Willenserklärung*). Друго правило (начело) значи да уговор или правни посао не производи правно дејство без обавезне, законом прописане форме.

Постоје опште прихваћена правила о *врстама форме* облигационих уговора. Према *начину испољавања* оне могу бити консенсуалне, формалне и реалне. Општи је принцип да се уговори на основу слободе уговарања закључују *просном сагласношћу* воља, без посредовања било какве форме, осим када је закон за дати уговор прописао да правни посао не производи дејство ако није испоштвана обавезна форма. *Формалан уговор* је онај који производи дејство само ако су изјаве странака „обучене“ у обавезну форму. *Реална форма* је она код које сагласност по себи не ствара уговор, већ је неопходна и предаја обећане ствари. Код њих предаја није акт извршења, као код дру-

²¹ ЗЈБ РС, чл. 86.

²² ЗЈБ РС, чл 9. ст. 1-3. *Грађанско-правну одговорност* за штету прописује чл. 58. ст. 1-5, а *дисциплинску* одговорност пред органима коморе чл. 149-153. и чл. 127. Закон изричито одређује да одговорност за кривично дело или прекршај не искључују дисциплинску одговорност (чл. 149. ст. 3.). Дисциплинске повреде су прописане чл. 150. ст. 1-3, тач. 1-15, а санкције у чл. 151-153.

²³ В. нпр. Јожеф Салма, *Облигационо право*, шесто издање, Издавачки центар Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2009, стр. 303-324. и наведену литературу, посебно Слободан *Перовић*, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964.

гих уговора, већ саставни део аката закључења. Обавезна форма се назива и *битном, консенсуалном* формом, тј. формом која ствара уговор, код којег проста сагласност не ствара уговор. На подручју важења начела консенсуалности, према којем се уговор ствара простом сагласношћу, странке *о њој* могу *накнадно саставити исмену или неку другу форму*. Тада форма није са становишта настанка уговора конститутивна, већ само од релативног *доказног* значаја. Битна форма је *ајсољитни доказ о битним елементима* уговора, али у погледу *небитних елемената* само релативни (обориви) доказ. То је зато, што је закон одредио, да код битне форме, *споредне елементе, странке могу да измене неформалним споразумом*, тј. простом сагласношћу воља. *Битни елементи уговора* су они који су као такви одређени у посебном делу ЗОО (у одредбама о појединим облигационим уговорима, за сваки уговор понаосб), тј. без којих уговор не производи правно дејство. Нпр., код купопродаје предмет и цена, код закупа закупљена непокретност и закупнина, и др. *Споредни елементи* су они, који утичу на извршење уговора, али нису услови настанка. Типични споредни елементи уговора су место, време и начин извршења. Али, нарочитим одредбама закона (обично садржаним у посебном делу уговорног права), типични споредни елементи могу постати битни услови настанка уговора, као што је нпр. случај са роком извршења код тзв. *фиксних* уговора. Код тих уговора, ако не дође до извршења о року, уговор се раскида по сили закона. *Овера* уговора, на *консенсуалном* подручју, било нотаријална, било судска, у суштини није доказ о садржини, већ представља само доказ о идентитету странака и о томе да је уговор закључен. Али, ако је по среди *битна форма*, тј. ако је реч о формалном уговору, онда та форма, било да је предузета пред јавним бележником, било пред судом, представља необорив доказ и о садржини, бар у погледу битних елемената уговора, а у погледу споредних елемената, релативни (оборив) доказ. *Адхезиони* уговори су они код којих једна уговорна страна унапред одређује елементе уговора, без могућности да друга страна утиче на садржај. *Формуларни уговори* су они код којих форму и елементе одређује треће лице. Писани састав адхезионих и формуларних уговора могу имати особину битне форме, ако је за дати уговор предвиђена битна форма, уз услов да се од стране састављача испуне услови прописани за битну форму. Иначе, ако се уговори закључују на подручју важења консенсуалног начела, они имају значај релативног доказа о садржају. Ако једна страна има *оштре услове њословања* (тарифе ЖТП, електро-дистрибутивних предузећа, као и других јавних предузећа, нпр. јавних комуналних предузећа, водопривредних предузећа, али и приватних осигуравајућих друштава и др.), тј. једнострано формулисане услове, према којима се нуди закључење уговора, - ти услови су по сили закона саставни део уговора који се закључују са странком, под условом да су

јавно објављени. Али, ако су ти услови израз економске надмоћи или злоупотребе (законског или фактичког, картелизованог) монополског положаја, могу се, према важећим одредбама Закона о облигационим односима побијати пред судом. По *начину исцрпљивања*, форма може бити писмена или реална. Код *реалне* форме обична сагласност има само предуговорни карактер.²⁴ Изостанак предаје код реалних уговора значи да уговор није настао. Ако до предаје није дошло, настаје само тзв. *предуговорна одговорност*, одговорност за штету насталу поводом преговора. Пуко обећање код реалних уговора се не може успешно принудно извршити осудом на чинидбу. Због изостанка предаје може се тражити само накнада штете по правилима о предуговорној одговорности. Наиме реални уговори дефинитивно настају након обећања, тек предузимањем другог акта, актом предаје ствари. Класични примери су зајам, залога и остава. Но, у нашем праву класични реални уговори су консенсуализовани, те је обећање зајма, залог и оставе утуживо. После такве консенсуализације, као једини реални уговор у нашем праву, остао је уговор о капари.²⁵ Код двострано обавезних уговора предаја чини акт извршења, а код реалних уговора извршење представља саставни део акта закључења уговора. *Санација недостатака у бићној форми*²⁶ значи конвалидацију уговора актом узајамног целовитог или претежног извршења, уколико то није у противности са циљем законом установљене форме. Обично се узима да је *циљ (сврха) форме* јавноправни или приватноправни. Ако је циљ форме *заштита приватног интереса*, онда узајамно извршење санира недостатак у форми, тј. доводи до конвалидације уговора. Али, ако је циљ форме *заштита јавног интереса*, по нашем мишљењу, недостатак у форми се не може отклонити простим узајамним извршењем.

Затим, форма може бити само *проси доказ о постојању* уговора. Наравно, ако је по среди битна форма, њено непоштовање доводи до ништа-

²⁴ ЗОО РС, чл. 30.

²⁵ ЗОО РС, чл. 79.

²⁶ ЗОО РС, чл. 73. У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, друга књига, Облигациони односи (Влада РС - Комисија за израду Грађанског законика), Београд, 2009, стр. 32, чл. 72. (чл. 73.), задржава постојеће решење, што и аутор овог рада подржава, тј. да се извршењем санира недостатак у форми, осим ако се то противи циљу ради којег је форма установљена. Алтернативу, нарочито ст. 2, не подржавамо. Додатни чл. 73. Преднацрта садржи одредбу о одговорности за штету због недостатка у форми. Према тој одредби „ко наведе свог саговорника да се при закључењу уговора не придржава прописане форме, па после одбије да изврши своју обавезу позивајући се на ништавост уговора због одсуства форме, *дужан је накнадишти му штећу* коју овај не би претрпео да није било овог уговора“. Такође је у истом члану прописано да „исто вреди и за случај одбијања уговорника да приступи обављању уговорене форме кад је то услов за закључење уговора“. Ове додатне одредбе подржавамо.

ности уговора. По *доказном дејствију*, форма може бити *ајсолућни* или *релативни доказ* о елементима, одн. странкама уговора. Може да представља само *јросиј доказ о јосиојању уговора*. Некада саставни део битне форме у савременом праву чине и обавезне „речи“, као што је то случај у нашем праву *ујозорење* суда (или сада и нотара), код уговора о доживотном издржавању, да се закључењем тог уговора нужни наследници по сили закона искључују из наслеђа. (*Ceteri exherede sunt*). У зависности од тога предким се, односно ко саставља уговор, разликује се *сјраначка*, *судска* и *ношаријална* форма.

Врсте нотаријалне форме. Сама нотаријална форма у ужем смислу, може бити искључива, или конкурентска (алтернативна). Кад закон прописује да се неки уговор или правни посао може предузети само у форми пред нотаром, а не и пред судом или пред неким другим органом јавне власти, по среди је *искључива нотаријална форма*. Ако је закон прописао да се формални уговор може закључити и пред судом и пред нотаром, са једнаким дејством, под условом да је предузета законом прописана обавезна форма, ради се о *конкурентској* или *алијернативној* форми. У нашем важећем праву се углавном фаворизује конкурентска форма, тј. да оно што се може закључити пред судом, може се закључити и пред нотаром.

Извршност нотаријалне исправе. Нотаријална формална исправа, ако је састављена сагласно императивним или факултативним прописима о форми, те садржи сагласност странака, учесника у нотаријалном поступку, која се односи на сагласно признање или једнострану изјаву дужника облигационе бавезе која гласи на чинидбу, представља, по позитивном праву РС, извршну исправу.²⁷ Отуда она чини извршну исправу по правилима ЗИП-а.

²⁷ Према чл. 7. ст. 1. ЗЈБ РС јавно-бележничка исправа сачињена и издата по Закону о јавном бележничству има снагу *јавне исправе*, ако су при њеном сачињавању и издавању испуњени *бићни услови форме* и *законийосији* прописани ЗЈБ-ом. По ст. 2. овог члана, јавно-бележничка исправа је *извршна* или *веродостојна* исправа у случајевима предвиђеним овим законом. По чл. 8. ст. 1-4. ЗЈБ РС *сјране* јавно-бележничке исправе под условом *узајамности*, имају *истио јравно дејство* као и јавно-бележничке исправе сачињене по овом закону, тј. ако су извршне по страном праву, извршне су и према домаћем праву (чл. 8. ст. 4. ЗЈБ РС). По чл. 85. ст. 1. ЗЈБ РС јавно-бележничка исправа је извршна ако је у њој утврђена обавеза на *чинидбу* о којој се *сјранке моћу сјоразумейи* и ако садржи изричиту *изјаву обавезаној* лица да се на основу те исправе може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење. По ст. 2. истог члана, на основу јавно-бележничког записа, који садржи обавезу *заснивања, јренос, ојраничења или укидања некој јрава* које се уписује у *рејисјтре нејокрејносији* може се *нејосредно сјровесјти* упис у регистар, ако је лице које се обавезује у том запису изричито на то пристао (*clausula intabulandi*). Ако је на основу јавно-бележничког записа заснована *хјпојшека* на непокретности дужника ради обезбеђења потраживања повериоца, може се непосредно тражити извршење на тој непокретности, по доспелости рока за извршење обезбеђеног дуга. (чл. 85. ст. 3. ЗЈБ РС). Извршност јавно-бележничког записа може се *јобијати* по правили-

Распоређење суда. Основна идеја нотаријалног права је да у састављању приватних исправа нотар поступа уместо суда. Суд, додуше, није лишен алтернативе да састави форму, ако му се странка обратила. На основу јавног поверења, правни посао, узимање изјаве, издавање потврде о аутентичности потписа, и др., по захтеву странака или странке, може учинити и нотар, са истим дејством као да је то обавио суд.

Инкомпајибилност адвокатуре и нотаријалне делатности. У већини европских земаља, нотар не може обављати истовремено и адвокатску делатност. Тако је и у нашем праву.²⁸ Од овог правила има рестриктивних изузетака у немачком праву за поједине округе у којима је по посебним правилима, допуштена паралелна нотаријална и адвокатска делатност, тј. нотар може да буде и адвокат. У неким правима, као у аустријском праву, нотар, на основу пуномоћја, ако за дату правну ствар није предвиђено искључиво заступање преко адвоката, може заступати странку и пред паричним, ванпарничним, извршним и кривичним судом, пред управним органима, посебно ако је спор везан за нотаријалну форму.

Инкомпајибилност (и делимична компатибилност) са правосудном делатношћу. Нотар није суд, не решава конфликт између странака. Но његова независна делатност у састављању исправа и изјава странака може значајно допринети превенцији судских (парничних) поступака. У неким правима, па и у нашем, нотар може обављати и извесне законом поверене тзв. „судске“ функције, пре свега, према правилима ванпарничног поступка. (Нпр. у Мађарској, поступак отварања тестаментa, расправљање заоставштине). Такође, нотар може, ради спречавања спора, да обави (на основу поверења и пуномоћи странака, у складу са одредбама ЗОО) вансудско поравнање, са признатим дејством и пред судом.

IV

НОТАРИЈАЛНА ОДШТЕТНОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ

У *немачком праву*, иако закон (Notariatsordnung) не сматра да је нотар државни орган, нотар за штету проузроковану странци, по судској пракси, одговара аналогно правилима о одговорности за штету коју је *орган управе* у управном поступку проузроковао странци својим незаконитим радњама. Услов је, као код управноправне одштетне одговорности, да

ма извршног поступка (чл. 85. ст. 7. ЗЈБ РС). Ако обавеза зависи од наступања *услова* или истека рока који није календарски одређен, за извршност јавно-бележничког записа, ако се странке у том запису друкчије не договоре, потребно је да се јавном исправом или исправом на којој је оверен потпис повериоца, а ако то није могуће, правноснажном парничном пресудом, утврди да је услов наступио, односно да је рок истекао. (чл. 85. ст. 5. ЗЈБ РС).

²⁸ ЗЈБ РС, чл. 5.

је странка поднела безуспешан правни лек против поступка нотара, који се овде схвата широко, у смислу било какве примедбе на поступак нотара, засноване на закону. Наиме, пар. 839. немачког Грађанског законика (BGB-Bürgerliches Gesetzbuch), који говори о одговорности за штету органа управе, према судској пракси, аналогно се примењује и на одговорност нотара.²⁹ У материји административне одштетно-правне одговорности у БГБ-у се прописују следећа правила: (1). Ако службеник намерно или из нехата повреди службену обавезу тако да је из тога настала штета према трећем лицу, обавезан је да је накнади. Ако је службеник поступио из нехата, може се тужити само ако се штета не може надокнадити на други начин. (2). Ако је службеник код доношења одлуке (Urteil) поводом правне ствари (Rechtssache) повредио службену обавезу, за штету која је из тога настала, одговара само ако се повреда службене обавезе састоји у кривичном делу (Straftat). Овај пропис се не примењује у случају када се ради о противправном одбијању или о неблагоприятном обављању вршења службе (3). Нема обавезе накнаде штете ако је оштећени намерно или из нехата пропустио да тражи накнаду штете путем правног лека.³⁰ Примери из праксе: одговорност за противправну експропријацију; противправна повреда телесног интегритета; одузимање живота или повреда здравља; повреда имовине, одговорност за штету насталу услед измене привредних планова.³¹ Према Притинговом (Prütting) коментару, овде се ради о *деликтивној одговорности државе* поводом захтева грађана за накнаду штете поводом повреде службене обавезе. Овај захтев се, међутим, не може успешно остварити ако у управном поступку није коришћен правни лек.³²

Према *пракси суда европских заједница* (Gemeinschaftsrecht – Rechtssprechung des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften), одговорност због штете настале повредом службене обавезе постоји само *када се ради о судским одлукама*. Та одговорност постоји када је *суд њовредио заједничка (евројска) њравила*. Али, у националним границама, потребно је да је штета настала поводом вршења државне власти (hoheitliche Handlung).³³ У погледу услова одговорности потребно је да је уложен правни лек против административне одлуке којом је штета проузрокована. Приринг, коментатор Законика, код нотаријалног поступка сматра да је довољ-

²⁹ *Bundesgerichtshof* (Савезни Врховни суд), *Neue Juristische Wochenschrift* (часопис за судску праксу и теорију), 60, 1719.

³⁰ Ове одредбе BGB-а су остале неизмењене након ревизије Немачког грађанског законика из 2002. године (сагласно заједничким европским нормама- *gemeines Recht, aquis communautaire*). В. *Prütting, Wegen, Weinreich*, BGB, Luchterhand, 2007, стр. 1621.

³¹ *Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Volkammer*, BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), 8. Auflage, С.Н. Beck, München, 1997, стр. 925-926.

³² *Prütting, Wegen, Weinreich*, BGB, op. cit. стр. 1622.

³³ *Ibidem*.

но да странка укаже нотару да треба да предузме законом прописану (одговарајућу) форму (*noch ausstehende Beurkundung vorzunehmen*), или њена примедба да исправи недостатак у форми, разуме се, ако је основана.³⁴

У *нашем праву* тешкоћа је у томе, што се правила облигационог права (ЗОО) односе *само на одговорности судских органа* за штету насталу поводом неосноване кривичне пресуде. То значи да се прописима директно не одређује одштетноправа одговорност органа управе. У европском праву (тј. у националним правима појединих европских земаља), постоји и *одштитнојравна одговорности администрације (ујравних органа)*, за незаконите поступке, или поступке злоупотребе власти, уколико је тиме проузрокована штета странци или трећем лицу у управном поступку. Закон о јавном бележничтву оправдано прекида са овом „праксом“ и сматра да је јавни бележник одговоран за свој рад, будући да обавља функцију од јавног поверења, у интересу странака, и поступа у складу са законом, ако је обављајући своју делатност противно закону, некеме (странкама или трећим лицима) проузроковао штету.³⁵

У нашем праву, сагласно упоредним решењима, постоји одредба о *осигурању од одговорности* за штету коју нотар проузрокује у вршењу службене дужности.³⁶ Према Закону о јавном бележничтву, нотар је дужан да пре почетка делатности закључи уговор о осигурању за штету коју би могао проузроковати обављањем делатности. Директно осигурање, према тексту позитивног права обухвата и осигурање од одговорности за радње јавно-бележничких заменика, помоћника, приправника и других лица која раде код јавних бележника. Најнижи износ одређује Комора, уз сагласност Министарства за правосуђе. Јавни бележници се могу осигурати од одговорности и индиректно, преко Коморе.³⁷ Било би добро, да је Закон о јавном бележничтву утврдио корелацију према важећим правилима о обаве-

³⁴ Neue Juristische Wochenschrift, 2002, 1655.

³⁵ По чл. 9. ст. 3. ЗЈБ РС, јавни бележник одговара за свој рад у складу са законом. Ова одредба је општа и чини се да обухвата и дисциплинску и одштетноправну одговорност. По нама, прва би требало да се односи само на (дисциплинску) одговорност пред нотаријалном комором, док друга на одговорност пред парничним судом, уколико је нотар несавесним и незаконитим радом проузроковао штету странци или трећем лицу. Одштетноправну одговорност, потврђује чл. 58. ЗЈБ РС, према коме је (1) *јавни бележник дужан да накнади шитету коју је проузроковао у обављању делатности*. Затим (2) *јавни бележник одговара и за сваку штету коју су проузроковали јавно-бележнички приправник и јавно-бележнички помоћник, као и административно особље које ради у јавно-бележничкој канцеларији, независно од тога да ли они према општим правилима и самостално одговарају*.

³⁶ ЗЈБ РС, чл. 59. ст. 1-6. Јавни бележник је дужан да пре почетка рада закључи уговор о осигурању за штету коју би могао проузроковати обављањем делатности (ст. 1.). Најнижи износ осигурања одређује Комора уз сагласност Министарства правосуђа (ст. 3.). Бележници се могу осигурати и преко Коморе (ст. 5.).

³⁷ ЗЈБ РС, чл. 59. ст. 1-6.

зном осигурању, тј. да је законодавац непосредно изменио Закон о обавезном осигурању од одговорности или преко Закона о јавном бележничтву.

Када би се одређивала *јравна јприрода* одштетноправне *одјговорности нотишара* према странци или према трећим лицима, она би се по нашем мишљењу могла одредити алтернативно, тј. било као деликтна, било као уговорна, у зависности од тога да ли је нотар повредио правило пуномоћја за састављање исправе или императивни пропис. Ако је по среди повреда императивних правила о форми уговора или другог правног посла која нотара обавезују, односно повреда начела савесности и поштења, ради се о деликтној одговорности, јер се она заснива на повреди императивне норме, односно опште законске забране проузроковања штете другом. Али, ако је нотар повредио уговор који је закључио са странком, на основу којег је предузео нотаријалну правну радњу, по нашем мишљењу, ради се о контрактуалној одговорности. То свакако одређује и обим одговорности, јер за деликтну штету у принципу важи правило о потпуној накнади, док за уговорну правило о могућности редукције одговорности. Будући да важећи нотаријални закон предвиђа обавезу осигурања нотара од одговорности, ради се и о обавезном контрактуалном преносу (дела) одговорности.

ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

У раду су анализирана правила важећег јавнобележничког права РС, у светлу упоредног права. Размотрена су основна начела, јавнобележничка форма и правна природа одговорности јавног бележника за проузроковану штету. Истичу се начела јавног поверења, законитости, професионалности, формалности и независности. Из тога проистиче и одговорност за штету коју нотар проузрокује странци или трећим лицима. Иако је нотар независтан, те му није субординиран ни судски орган, ни орган управе, он у недостатку специјалних прописа, по искуствима из упоредног права, одговара аналогно правилима о одштетноправној одговорности органа управе, при чему се услов подношења правног лека схвата широко, тј. и као основана примедба странке дата нотару, сагласно закону. У нашем праву ЗОО не уређује на општи начин одговорност за штету органа управе, већ само правосудних. Отуда не би ни било места аналогји. Нотаријални закон РС донекле попуњава празнину прописујући одговорност нотара за штету проузроковану странкама, као и његово обавезно осигурање од одговорности. Поред општих правила о форми (битна форма, факултативна форма), анализирана су правила о искључивој и алтернативној (конкурентској) нотаријалној форми. Важеће право нотаријалну форму уговора и других правно-пословних изјава предвиђа претежно као конкурентску, тј. оно што саставља нотар, може се саставити и пред судом.

*József Szalma, Academician, DSC, Dr. Hc., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Contract and Tort Law Aspects of the Performance of Duties of Notaries Public

– Principles of the law pertaining to notaries public, notarial deed and liability
of notaries public according to the Serbian law –

Abstract

In this paper the author analyzes the effective Serbian rules of law on notaries public, in comparative perspective. The principles of law pertaining to notaries, the notarial deed and the legal nature of the notaries' liability for damages are discussed. Special emphasis is given to the principles of public confidence, legality, professionalism, formalism and independence, from which the notaries' liability for damages caused to clients and third parties derives. Although the notaries public are independent, hence they are not subordinate to any judicial or administrative organ, their liability for damages is analogous to the liability of administrative organs, whereby the condition of filing a legal remedy is construed in a fairly broad sense, that is any remark of the client disclosed to the notary is considered as filing a legal remedy. The author's standpoint is that the legal nature of notary's liability is either contractual or delictual, depending on whether the notary infringed a clause of the mandate of the client, which serves as the legal ground of his/her actions, or mandatory rules, that is the statutory requirement of acting in good faith. Besides general rules on the requirements of form of juridical acts (essential form, facultative form), the subject of analysis are also the rules on exclusive and alternative (competing) forms of notarial deeds. The effective Serbian law on notaries public envisages the form of notarial deeds and private instruments predominantly as alternative forms, that is a specific kind of deed has the same legal effect, regardless whether it is drafted by a notary or concluded in court.

Key words: principles of the contract and tort law aspects of performing of the duties of notaries public, notarial deed, notary's liability for damages