

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 2

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

Beograd, 2012

Lektor i korektor
Irena Popović

Tehnički urednik
Zoran Grac

Korice
Marija Vuksanović

Priprema i štampa
Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-416-5

Tiraž
500

Adresa redakcije
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 2 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2012 (Beograd : Dosije studio). – 350 str. ; 24 cm

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 500. – Str. 9–10: Predgovor / urednik = Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-416-5

1. Ств. насл. на упор. насл. стр.

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници
COBISS.SR-ID 195465740

НОТАРСКИ ТЕСТАМЕНТ У ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ ПОРЕЦИМА И У СРПСКОМ ПРАВУ

Апстракт

Аутор обрађује нотарски тестамент (јавнобележничко завештање), који ће након стицања на снагу Закона о јавном бележничком уредству представљати нову форму тестаментарног располагања. У раду је посебна пажња посвећена питањима која се тичу употреба за сачињавање тестаментних (ујврђивање идентитета завештаоца, спровођење рекогнозиције, употреба за завештаоцем који је неписмен или неспособан да чулно ојача, погодност тестаментарних сведока). Посебно је разматрана могућност да се пред јавним бележником сачини тестамент чија би садржина остала неизвесна како јавном бележнику, тако и другим учесницима у употребу састављања исправе.

Кључне речи: Нотар (јавни бележник). Нотарска (јавнобележничка) исправа. Нотарски (јавнобележнички) запис. Нотарски тестамент (јавнобележнички тестамент). Тестамент (завештање).

I. Постављање проблема

Закон о јавном бележничком уредству¹ у чл. 83. ст. 1. тач. 5. предвиђа да се тестамент може саставити у облику јавнобележничког записа. У чл. 83. ст. 1. тач. 6–9. наведена су разна тестаментарна располагања која се могу сачинити у форми јавнобележничког записа: изјава којом се нужни наследник искључује из наследства, изјава којом се нужни наследник лишава наследства, изјава да се поклон дат законском наследнику неће урачунати у његов наследни део и изјава да се дуг будућег наследника неће урачунати у његов законски наследни део.

Списак располагања *mortis causa*, садржан у чл. 83, ст. 1. тач. 6–9. Закона о јавном бележничком уредству, сувишан је. С једне стране, неспорно је да се поменути изјаве могу дати у форми јавнобележничког записа јер је реч о тестаментарним располагањима. Наследноправне нор-

* Др Дејан Бурђевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије (179059)*, који подржава Министарство науке Републике Србије.

¹ „Службени гласник РС”, бр. 31/2011.

ме предвиђају да искључење из права на нужни део, као и лишење из права на нужни део мора бити „учињено у облику потребном за завештање”.² Исто важи и за изјаву оставиоца да се поклон учињен законском наследнику неће урачунати у његов наследни део.³ Ако је јавнобележнички запис један од облика у којем се може саставити тестамент (завештање), онда се подразумева да изјава којом се нужни наследник искључује или лишава из права на нужни део, односно изјава којом се неки поклон изузима од урачунавања у законски наследни део, могу дати у форми нотарског записа. С друге стране, списак је непотпун. Законом о наслеђивању предвиђен је читав низ изјава путем којих оставилац може индиректно да креира наследноправне последице своје смрти, а које се дају у форми потребној за састављање тестамена: опрштај недостојности за наслеђивање,⁴ одређивање извршиоца тестамена⁵ или уређивање начина на који ће санаследници исплаћивати дугове заоставштине.⁶ Списак предвиђен у чл. 83. ст. 1. тач. 6–9. Закона о јавном бележничтву могао би да наведе на закључак да изостављена наследноправна располагања не би могла да буду дата у форми нотарског записа. Такав закључак би свакако био погрешан јер не постоји ваљан правнополитички аргумент помоћу којег би се могло подупрети становиште да се у форми нотарског записа може дати изјава о разбаштињењу нужног наследника, а да се у истој форми не може опростити недостојност за наслеђивање.

Питање које ће јавнобележничкој и судској пракси стварати много веће проблеме тиче се начина на који се сачињава нотарски тестамент. Закон о јавном бележничтву садржи непотпуна и противуречна правила за сачињавање јавнобележничког записа.⁷ Када је реч о нотарском тестаменту, законодавац предвиђа сходну примену наследноправних норми. У чл. 83. ст. 5. Закона о јавном бележничтву предвиђено је да се у поступку састављања нотарског тестамена „сходно примењују одредбе закона којима се уређује наслеђивање”. Постоје изгледи да се у будућности ствар још више закомпликује јер ће измене које предлаже Владина Комисија за израду Грађанског законика створити својеврстан номотехнички *renvoi* у материји састављања нотарског тестамена. Наиме, поменута Комисија предлаже да будући Грађански законик садржи следећу норму: „Завешталац може пред јавним бележником, у складу са посебним законом, сачинити завештање у облику јавнобележ-

2 Вид. чл. 62. ст. 1 и чл. 64. ст. 2 Закона о наслеђивању („Службени гласник РС”, бр. 45/95, 101/2003 – УС РС).

3 Вид. чл. 67. ст. 1. Закона о наслеђивању.

4 Вид. чл. 5. ст. 2. Закона о наслеђивању.

5 Вид. чл. 172. ст. 1. Закона о наслеђивању.

6 Вид. чл. 224. ст. 2. Закона о наслеђивању.

7 За критику вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2012, 161 и даље.

ничкој записи. Јавнобележничко завештање је облик редовног и јавног завештања.”⁸

Општа правила за састављање јавнобележничког записа и правила наследног права за састављање судског тестаментa на која упућују чл. 83. ст. 3. и чл. 83. ст. 5. Закона о јавном бележничтву нису идентична. Нотар који завештаоцу треба да састави тестамент и судија који у оставинском или парничном поступку треба да оцени да ли је тај тестамент пуноважно сачињен биће пред великим изазовом. Пред њима ће се отворити читав низ спорних питања која се односе на: изузеће јавног бележника, начин писања нотарског тестаментa, утврђивање идентитета завештаоца, начин на који се врши признавање (рекогниција) нотарског тестаментa, потреба за присуством тестаментарних сведока, подобност тестаментарних сведока и поступање са завештаоцима који не могу да прочитају и потпишу исправу. Осим изнетих, у пракси се може отворити још један важан проблем, који се огледа у непостојању могућности да завештаоци у Србији сачине нотарски тестамент чија би садржина остала у тајности. Разматрање и превазилажење тих проблема биће предмет овог рада.

II. Опсег сходне примене правила о судском тестаменту

Закон о јавном бележничтву у чл. 83. ст. 3. и ст. 5. предвиђа да се у „поступку” за сачињавање нотарског тестаментa сходно примењују одредбе ванпарничног поступка и одредбе закона који уређује наслеђивање. Реч је о одредбама наследног права и ванпарничног поступка којима се уређује сачињавање судског тестаментa. Да би се разграничила питања на која нотари треба да траже одговор у Закону о јавном бележничтву од питања која се решавају применом Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку, неопходно је указати на сам појам јавнобележничког записа и његове битне елементе.

Јавнобележнички запис (нотарски запис) исправа је о правном послу коју за странку саставља нотар (јавни бележник).⁹ Два битна елемента која граде појам јавнобележничког записа јесу облик (форма) писања исправе и поступак (процедура) њеног сачињавања.¹⁰

Правила о облику јавнобележничког записа, најопштије посматрано, дају одговор на питање како он треба да изгледа. Тим правилима законодавац уређује: формат исправе, средства сачињавање исправе, начин на који се попуњавају празна места на исправи, начин на који се

8 Вид. Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, књига 4: Наслеђивање, Београд 2011, 66.

9 Вид. Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb 2004, 240.

10 Вид. Д. Ђурђевић, „Јавнобележнички акти”, *Јавнобележничко право* (ур. Д. Хибер), Београд 2005, 109 и даље.

исписују бројеви, исправљају грешке, допуњује текст, означавају и повезују странице, као и начин на који се исправа потписује.¹¹

Правила о поступку за сачињавање јавнобележничког записа уређују која лица могу бити субјекти приликом састављања нотарског записа и које радње они при том могу и треба да предузимају.¹² У процедурална питања код састављања нотарског записа убрајају се она која се односе на: појам и положај учесника у поступку, ток поступка, утврђивање идентитета субјеката у поступку, начин признавања нотарског записа (рекогниција), начин потписивања нотарског записа, потребу за учешћем тестаментарних сведока и услове које неко лице треба да испуни да би било тестаментарни сведок.

Примена правила Закона о ванпарничном поступку и Закона о наслеђивању долази у обзир само у погледу процедуралних питања.

III. Облик нотарског тестаamenta

Приликом састављања (писмене редакције) исправе о нотарском тестаменту, нотар је дужан да поштује норме Закона о јавном бележничтву и Јавнобележничког пословника, а не правила Закона о ванпарничном поступку.

Исправа о нотарском тестаменту саставља се на начин који је подобан да обезбеди трајност текста на исправи.¹³ Као подлога користи се пуна бела хартија А4 формата („Bankpost” или нека друга сличног квалитета), док се слова исписују помоћу штампача. Изузетно, када штампач није доступан, а разлози хитности налажу неодложно састављање нотарског тестаamenta, текст се може исписивати помоћу писаће машине, хемијске оловке, пенкала или налив-пера.¹⁴

Празна места у исправи о нотарском тестаменту попуњавају се цртама (потесима).¹⁵ Реч је о мери предострожности којој законодавац прибегава да би спречио уметање нових речи у текст.¹⁶ Бројеви се исписују комбиновано: цифрама и словима.¹⁷

Ако постоји потреба да се нешто у исправи о нотарском тестаменту обрише, измени или допуни, то се мора учинити на начин прописан

11 Ближе о томе, вид. Д. Ђурђевић (2005), 117 и даље.

12 Ближе о томе, вид. Д. Ђурђевић (2005), 122 и даље.

13 Вид. чл. 63. Закона о јавном бележничтву.

14 Вид. чл. 1. и 3. Модела јавнобележничког пословника. Објављен на сајту Министарства правде и државне управе: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-javnom-beleznistvu.html>.

15 Вид. чл. 64. ст. 1. Закона о јавном бележничтву.

16 Вид. Д. Ђурђевић (2005), 118.

17 Вид. чл. 64. ст. 2. Закона о јавном бележничтву. Изузетак је предвиђен за: бројеве који означавају земљишнокњижне улошке и катастарске парцеле, регистарске бројеве, бројеве којима су означени списи, бројеве службених гласила и бројеве исправа на основу којих се утврђује идентитет учесника у поступку. Ти бројеви исписују се само цифрама.

законом. Сувишан текст не сме се брисати. Преко речи или дела текста који треба да се уклони нотар хемијском оловком, пенкалом или налив-пером превлачи танку линију водећи рачуна о томе да прецртани текст остане читљив.¹⁸ На крају исправе нотар ће назначити место у тексту и обим текста који је уклоњен. На сличан начин се поступа када се накнадно утврди да је у исправи нешто изостављено, односно да у исправи нешто треба да се измени. Није дозвољено да се такве корекције врше брисањем и дописивањем. Измене и допуне текста врше се на крају исправе тако што нотар назначава на који део текста се измене и допуне односе.¹⁹

Ако се тестамент састоји из више страница, свака од њих мора да буде означена редним бројем и бројем јавнобележничког списка.²⁰ Све странице се повезују јемствеником, чији се крајеви причвршћују на задњој страници налепницом или печатним воском.²¹ Сваку страницу морају да потпишу завешталац и јавни бележник.²²

Правила о облику нотарског тестаментa представљају тзв. несавршене нормe. Повреда тих првила нема за последицу ништавост тестаментa нити нотарском запису о тестаменту одузима доказну снагу јавне исправе.²³ Једино у случају да нотар пропусти да на исправу стави свој потпис и да отисне печат, таква исправа неће имати доказну снагу јавне исправе.²⁴

IV. Поступак за састављање нотарског тестаментa

Када је реч о поступку за састављање тестаментa, нотари ће пред собом имати две групе правних норми које конкуришу на то да буду примењене, а које се међусобно разликују. Једну групу чине правила нотарског права садржана у Закону о јавном бележништву, док у другој групи спадају правила наследног права садржана у Закону о наслеђивању и Закону о ванпарничном поступку. Разлике између поменутих норми нарочито долазе до изражаја код: утврђивања идентитета, спровођења поступка рекогниције, поступања са завештаоцем који није у стању да прочита и потпише исправу и положаја тестаментарних сведока.

18 Вид. чл. 66. Закона о јавном бележништву. Чл. 9. Модела јавнобележничког пословника прописује да за прецртавање треба користити мастило чија је боја различита од боје слова којима је исписан текст нотарског записа.

19 Вид. чл. 66. ст. 3. Закона о јавном бележништву.

20 Другачије је код судског тестаментa. Чл. 180. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку не захтева да сваки лист буде обележен редним бројем, већ само да се означи од колико се листова састоји тестамент.

21 Вид. чл. 67. Закона о јавном бележништву.

22 Вид. чл. 68. ст. 1. Закона о јавном бележништву.

23 Вид. 90. Модела јавнобележничког пословника.

24 Вид. чл. 69. Закона о јавном бележништву.

А. Утврђивање идентитета

Законом о ванпарничном поступку предвиђено је да судија у поступку сачињавања тестамена утврђује идентитет завештаоца на три начина: 1° тако што га познаје лично и по имену, 2° увидом у јавну исправу са фотографијом уз саслушање једног сведока идентитета или 3° саслушањем два сведока идентитета.²⁵ Закон о јавном бележничтву садржи другачија правила. Идентитет учесника у поступку састављања нотарске исправе нотар може да утврди на два начина: 1° увидом у службена документа или 2° саслушањем два сведока идентитета. У Закону о јавном бележничтву је предвиђено да се врсте докумената на основу којих се утврђује идентитет ближе уређују Јавнобележничким пословником.²⁶

Разлике између ових решења нису занемарљиве. Уколико би се нотари приликом сачињавања нотарског тестамена држали Закона о јавном бележничтву, не би могли да утврђују идентитет завештаоца на основу тога што га познају лично и по имену. С друге стране, за утврђивање идентитета било би довољно да нотар изврши увид у неки службени документ који је издао орган надлежан за издавање идентификационих исправа.²⁷ За разлику од решења садржаног у Закону о ванпарничном поступку,²⁸ Закон о јавном бележничтву не тражи да службени документ на основу којег се утврђује идентитет завештаоца буде важећи²⁹ нити је потребно да се уз увид у тај документ саслушава сведок идентитета.

С обзиром на то да је законодавац предвидео да се у поступку састављања нотарског тестамена сходно примењују норме ванпарничног поступка, поставља се питање по којим правилима јавни бележници треба да поступају. Да ли употреба термина „сходно примењују”

25 Вид. чл. 167. ст. 2. Закона о ванпарничном поступку.

26 Вид. чл. 74. Закона о јавном бележничтву.

27 Као пример службених исправа на основу којих се може утврдити идентитет учесника у поступку састављања јавнобележничког записа, у чл. 74. ст. 2 Закона о јавном бележничтву наводе се: лична карта, путна исправа, возачка дозвола и војна књижица. Чл. 11. Модела јавнобележничког пословника садржи шири списак службених докумената на основу којих јавни бележник може утврдити идентитет учесника у поступку: расељеничка легитимација коју издаје Комесаријат за избеглице, лична карта за странца, путна исправа за странца, путна исправа коју издаје страна држава, избегличка легитимација, лична карта за лице које тражи азил, лична карта за лице којем је одобрен азил или лична карта за лице којем је пружена привремена заштита.

28 У чл. 167. ст. 2. Закона о ванпарничном поступку прописано је да се идентитет завештаоца утврђује „јавном исправом са фотографијом”. С обзиром на то да је према чл. 238. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, 72/2011) јавна исправа она исправа коју је у прописаном облику издао надлежни државни орган у границама својих овлашћења, лична карта или пасош којима је истекла важност немају својство јавне већ приватне исправе.

29 Ближе о томе, вид. Дејан Ђурђевић, „Утврђивање идентитета у поступку састављања нотарског акта”, *Правни живот*, бр. 12/2011, 73.

значи да одредбе Закона о ванпарничном поступку треба да дерогирају одговарајуће одредбе Закона о јавном бележничтву?

Такав закључак би се могао бранити када би у Закону стајало да се на поступак састављања тестаментa примењују одредбе ванпарничног поступка. У том случају постојао би простор за примену принципа *lex specialis derogat lege generali*. Међутим, нормe Закона о ванпарничном поступку којима се уређује утврђивање идентитета не могу се квалификовати као *lex specialis*, и то из два разлога.

Први разлог је у томе што из чл. 83. ст. 3. Закона о јавном бележничтву несумњиво проистиче да се одредбе Закона о ванпарничном поступку примењују у свим поступцима за састављање јавнобележничких записа. Другим речима, те одредбе се не примењују само на састављање нотарског тестаментa, већ и на закључење уговора у форми нотарског записа и предузимање једностраних изјава воље у форми нотарског записа. Таква ширина не дозвољава да се одредбе о утврђивању идентитета садржане у чл. 167. ст. 2. Закона о ванпарничном поступку квалификују као *lex specialis*. Домен примене специјалне нормe мора бити ужи од поља примене генералне нормe. Ако би се одредбе Закона о ванпарничном поступку о утврђивању идентитета третирали као *lex specialis*, онда ни у једном случају не би дошло до примене чл. 74. Закона о јавном бележничтву, што свакако не представља намеру законодавца јер се не може узети да би законодавац прописао норму коју не треба примењивати.

У прилог схватању да одредбе Закона о ванпарничном поступку не представљају *lex specialis* може се истаћи још један аргумент, који се заснива на језичком тумачењу чл. 83. ст. 3. Закона о јавном бележничтву. Поменутом одредбом предвиђено је да се на поступак сачињавања јавнобележничког записа нормe ванпарничног поступка „сходно примењују”. Употреба речи „сходно” указује на то да намеру законодавца да правила Закона о ванпарничном поступку треба применити само на она питања нотарске процедуре која нису уређена Законом о јавном бележничтву и то само ако су у складу са циљем и особеностима јавнобележничког поступка.

Следствено изложеном, идентитет учесника у поступку састављања нотарског тестаментa утврђује се на основу чл. 74. Закона о јавном бележничтву, а не на основу чл. 167. ст. 2. Закона о ванпарничном поступку.

Б. Сировођење рекогниције

Рекогниција (признање) нотарског записа представља стадијум у поступку састављања јавнобележничке исправе у којем нотар упознаје учесника са садржином исправе, да би након тога учесник одобрио исправу и потписао је.³⁰

30 Ближе о томе вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултетној у Београду*, 1/2012, 160 и даље.

Закон о јавном бележништву није на јасан начин уредио како се учесник у поступку састављања нотарског записа упознаје са садржином исправе и како је одобрава. Тумачењем чл. 76. Закона о јавном бележништву 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.³¹

Норме Закона о наслеђивању сасвим другачије уређују стадијум рекогниције код састављања судског тестаментa. Пошто судија састави тестамент по казивању завештаоца, завешталац ће тај тестамент прочита, признати за свој правни посао и својеручно га потписати.³² Тек ако завешталац из неког разлога није у стању да прочита и потпише исправу, рекогниција се спроводи тако што судија у присуству завештаоца и два тестаментарна сведока гласно чита садржину тестаментa, након чега завешталац изјављује да је то његов тестамент и својеручно се потписује, односно ставља свој рукознак.³³

У члану 83. ст. 5. Закона о јавном бележништву прописује се да се у поступку за сачињавање тестаментa сходно примењују одредбе закона којим се уређује наслеђивање. С обзиром на то да примена наследноправних норми није предвиђена у свим поступцима за сачињавање јавнобележничких записа, већ само код поступка за састављање нотарског тестаментa, може се отворити простор за расправу о томе да ли су правила Закона о наслеђивању *lex specialis* у односу на норме Закона о јавном бележништву. Ако би се прихватило такво тумачење чл. 83. ст. 5. Закона о јавном бележништву, поступак рекогниције у српском нотарском праву спроводио би се на два начина. Општи поступак рекогниције спроводи се тако што нотар чита учеснику текст правног посла са изворника исправе, након чега учесник изјављује да је његова воља у свему верно унета и потписује се.³⁴ Од овог општег поступка одступило би се приликом сачињавања нотарског тестаментa. Исправу о нотарском тестаменту јавни бележник би дао завештаоцу да прочита, а потом би завешталац ту исправу признао за своју последњу вољу и потписао.³⁵

Приступ, који се одликује тиме што се за састављање нотарског тестаментa прописују посебна правила јавнобележничке процедуре није неуобичајен у опоредном праву. У појединим швајцарским кантонима (Луцерн,³⁶

31 Вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2012, 171 и даље.

32 Вид. чл. 87. ст. 2. Закона о наслеђивању.

33 Вид. чл. 88 Закона о наслеђивању.

34 Вид. Дејан Ђурђевић, „Признање нотарског записа”, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2012, 171 и даље.

35 Вид. чл. 87. ст. 2. Закона о наслеђивању.

36 Вид. § 37 кантоналног Закона о јавном потврђивању исправа (*Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen*) од 18. септембра 1973.

Берн,³⁷ Нидвалден³⁸ и Ури³⁹) општи поступак рекогниције врши се тако што нотар странкама чита исправу, а након тога оне изјављују да је исправа саобразна њиховој стварној вољи и својеручно се потписују. Међутим, за састављање јавног тестаментa (који по казивању сачињава нотар или други службеник који је на основу кантоналних прописа овлашћен за састављање располагања *mortis causa*) швајцарски Грађански законик предвиђа посебна правила.⁴⁰ Приликом састављања нотарског тестаментa поступак рекогниције спроводи се тако што нотар даје завештаоцу да прочита исправу о тестаменту. Није потребно да завешталац гласно чита исправу о тестаменту, али се инсистира на томе да јавни бележник предузме одређене мере како би се уверио да је завешталац ту исправу заиста прочитао.⁴¹ За случај да завешталац не прочита исправу, тестамент ће бити ништав.⁴²

Међутим, за разлику од швајцарског права, српски законодавац није на експлицитан начин предвидео да се приликом састављања нотарског тестаментa одступа од општих правила јавнобележничке процедуре. Подсетио бих да чл. 83. ст. 5 Закона о јавном бележничтву прописује да се у поступку за сачињавање тестаментa „сходно примењују” одредбе закона којим се уређује наслеђивање. Употреба термина „сходно примењују” указује на став законодавца да приликом примене правила Закона о наслеђивању на поступак сачињавања јавнобележничког записа о тестаменту мора да постоји одређена доза „еластичности”.⁴³ Та еластичност подразумева да правила наследног права не могу да дерогирају одредбе Закона о јавном бележничтву. Шта више, ако у одредбама Закона о јавном бележничтву постоји правна празнина, она се може попуњавати наследноправним нормама само онда када те норме не противурече циљу, принципима и особеностима јавнобележничког поступка. Следствено изложеном, приликом састављања нотарског тестаментa поступак рекогниције се спроводи у складу са нормама Закона о јавном бележничтву, тако што нотар чита исправу у присуству завештаоца, а не на начин који је Законом о наслеђивању предвиђен за састављање судског тестаментa.

37 Вид. чл. 46. кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 26. априла 2006. године.

38 Вид. § 27 кантоналне Уредбе за спровођење Закона о јавном потврђивању исправа (*Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung*) од 9. новембра 1974. године.

39 Вид. чл. 26. кантоналне Уредбе о јавном бележничтву (*Verordnung über das Notariat*) од 1. јануара 2007. године.

40 О састављању нотарског тестаментa у швајцарском праву, вид. чл. 499–501. швајцарског Грађанског законика (*Zivilgesetzbuch*).

41 Вид. P. Ruf, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch II* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel-Genf 2003, 243. Вид. и чл. 47. ст. 2. Јавнобележничке уредбе Кантона Берн.

42 Вид. A Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Hrsg. E. Beck et al.), Bd. III: Erbrecht, Zürich 1959, 375.

43 О разликовању између термина „сходно примењују” и „супсидијерно примењују”, вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2009, 730–731.

В. Посиуиање са завештаоцем који не може чулно да ојажа

Да би се спровела општа правила рекогниције приликом сачињавања нотарског записа неопходно је да странка буде писмена, да зна језик на којем се саставља исправа и да може чулно да опажа. Уколико странка има неки недостатак (неписмена је, не види, не чује и сл.), правни поредак прописује посебна правила која омогућују таквој странци⁴⁴ да изврши контролу тачности и потпуности исправе коју је за њу сачинио јавни бележник.

С обзиром на то да се приликом сачињавања нотарског тестаментa редован поступак рекогниције спроводи према правилима Закона о јавном бележништву, посебан поступак рекогниције, који је намењен за ситуације у којима се као завешталац појављује неписмено лице или лице са недостатком способности да чулно опажа, такође треба спроводити према правилима Закона о јавном бележништву. Такав приступ налаже потреба за успостављањем хармоније процесних правила. Таква хармонија не би могла да постоји ако би се у нотарском поступку примењивало једно правило и изузеци изграђени према сасвим другачијем правилу.

Српски законодавац није на целовит и кохерентан начин уредио посебна правила рекогниције. Проблеми до којих може доћи у пракси мораће се правазилазити циљним и системским тумачењем одредби Закона о јавном бележништву.

Када утврди да завешталац не може да чује оно што му се чита (услед трајне глувоће или привременог оштећења слуха), поступак рекогниције ће се спровести на начин прописан у чл. 76. ст. 1–5 Закона о јавном бележништву. Нотар ће дати завештаоцу исправу о тестаменту да је сам прочита у присуству једног сведока који ће на самом тестаменту својим потписом потврдити да је завештаоцу писмено предочена садржина његовог располагања за случај смрти.

Законодавац инсистира на томе да се на исти начин поступа и онда када је тестатор немо лице.⁴⁵

Спорно је како нотар треба да поступи када је завешталац слепо, слабовидо или неписмено лице. Правила Закона о јавном бележништву која уређују овај проблем су контрадикторна. У чл. 76, ст. 8 Закона о јавном бележништву предвиђено је да ће се на слепо и слабовиде странке сходно применити правила по којима нотар поступа када саставља јавнобележничку исправу странци која не може да чује. Правила о поступању јавног бележника са завештаоцем који не може да чује неприменљива су на завештаоца који не може да види. Наиме, завештаоцу који

44 За такву странку Закон о јавном бележништву користи назив: „лице са посебним потребама”. Вид. маргинални наслов изнад чл. 76. Закона о јавном бележништву.

45 Вид. чл. 76. ст. 1–5 Закона о јавном бележништву. Овакав приступ српског законодавца нема ваљано правно-политичко оправдање. Неспособност говора, сама по себи, не представља препреку да се завешталац упозна са садржином нотарског тестаментa тако што ће му бити прочитан у присуству нотара. Због тога није било потребе да се нема лица код састављања тестаментa уподобљавају са глувим лицима.

не може да чује нотар даје да прочита исправу о тестаменту. Ако би се та правила применила на завештаоце који не могу да виде, поставља се питање како ће слеп завешталац да прочита исправу.

Закон о наслеђивању предвиђа боље решење. У чл. 88 Закона о наслеђивању прописује се да ако завешталац није у стању да прочита исправу о тестаменту, судија ће прочитати завештаоцу тестамент у присуству два сведока, након чега ће завешталац признати исправу за свој тестамент и својеручно је потписати.⁴⁶ Ово правило се примењује не само онда када је завешталац неписмен, већ и онда када је слеп или слабовид.⁴⁷

Приликом давања одговора на питање како нотар треба да поступа са слепим или слабовидим завештаоцем, не сме се изгубити из вида чл. 68, ст. 6 Закона о јавном бележничтву. Овом одредбом се предвиђа да ако странка не зна да чита или пише, у поступку састављања нотарског записа морају присуствовати два сведока. Слабовидост се може уподобити са неписменошћу јер се и један и други недостатак на исти начин манифестују на поступак састављања нотарског записа: онемогућују странку да сама прочита исправу коју је за њу сачинио јавни бележник.

Непримењивост чл. 76. ст. 1–5. Закона о јавном бележничтву на поступак сачињавања нотарског записа када је странка слепо лице, као и његова неусклађеност са чл. 66. ст. 6. Закона о јавном бележничтву, отварају простор за то да се на поступак за сачињавање нотарског тестаментa примене чл. 88. Закона о наслеђивању и чл. 179. ст. 1. Закона о ванпарничном поступку. Правила о поступању са слепим и слабовидим завештаоцем која су предвиђена у Закону о наслеђивању и у Закону о ванпарничном поступку, не само да су боље решење него су и више усклађена са смислом и циљевима нотарске процедуре од решења које је садржано у чл. 76. ст. 8. Закона о јавном бележничтву. Имајући у виду изложено, приликом сачињавања нотарског тестаментa слепом, слабовидом или неписменом завештаоцу, јавни бележници треба да поступају у складу са правилима наследног права и ванпарничног поступка.

Г. Подобносії шестіаменітарних сведока

Приликом састављања нотарског тестаментa, по правилу, није потребно присуство тестаментарних сведока. Изузеци су предвиђени у ситуацијама када се у својству завештаоца појављује лице са посебним потребама. Уколико завешталац не може да чује или да говори, у поступку сачињавања нотарског тестаментa потребно је присуство једног тестаментарног сведока. За случај да завешталац не може да види, неписмен је или из неког другог разлога није у стању да прочита и потпише исправу у поступку сачињавања нотарског тестаментa морају да учествују два тестаментарна сведока.

46 Упор. идентично решење у чл. 179. ст. 1. Закона о ванпарничном поступку.

47 Вид. Дејан Ђурђевић, *Инстийиуције наследноі йрава*, Београд 2012, 139.

Да би неко лице могло да учествује у поступку састављања теста-мента као тестаментарни сведок оно мора да испуњава одређене услове. Ти услови нису идентично уређени у Закону о јавном бележничтву и у Закону о наслеђивању.

Закон о јавном бележничтву у чл. 75. ст. 1 предвиђа да позвани сведок у поступку сачињавања нотарског записа може бити свако пунолетно, пословно способно и писмено лице које влада језиком на којем се саставља исправа. Својство сведока не може имати лице: 1° које ради код јавног бележника, 2° које је крвни сродник странке у правој линији, 3° које је побочни сродник странке закључно са четвртим степеном сродства, 4° које је тазбински сродник странке закључно са другим степеном сродства, 5° које је супружник или бивши супружник странке, 6° које је ванбрачни партнер странке,⁴⁸ 7° које је заступник, односно одговорно лице у правном лицу које стиче право или корист на основу јавнобележничке исправе и 8° које из јавнобележничког записа стиче неко право или корист.

Закон о јавном бележничтву предвиђа да сведок у поступку сачињавања нотарске исправе не може да буде ни оно лице које би у поступку пред судом: „могло да ускрати сведочење или одговор на одређена питања, у складу са законом којим се уређује парнични поступак.”⁴⁹ Прописивањем ове одредбе законодавац је упутио на правила Закона о парничном поступку о ускраћивању сведочења и давања одговора на поједина питања, што сматрам потпуно непримереним. Наиме, улога сведока у парничном поступку састоји се у томе да суду да исказ о чињеницама из прошлости које је чулно регистровао.⁵⁰ Ради што потпунијег остварења начела материјалне истине, законодавац је установио дужност сведочења у парничном поступку.⁵¹ Вршење те дужности могло би да угрози неке друге интересе, како јавне, тако и приватне. Због тога законодавац прописује изузетке од дужности сведочења путем правила о: забрани саслушања, праву на ускраћивање сведочења и праву на ускраћивање одговора на поједино питање.⁵² Ова правила су неспојива са функцијом сведока у поступку састављања јавнобележничког записа. Сведок у поступку састављања нотарског записа није извор сазнања, не даје исказ о догађајима из прошлости које је чулно регистровао, тако да није могуће да позвани сведок у јавнобележничком поступку повреди

48 Непрецизна формулација чл. 75. ст. 1, тач 2 Закона о јавном бележничтву отвара дилему око тога да ли бивши ванбрачни партнер може бити сведок у поступку сачињавања јавнобележничког записа. Сматрам да на ово питање треба дати позитиван одговор јер и у погледу бившег ванбрачног партнера важе сви правно-политички разлози којима се руководи законодавац када је бившег супружника странке уврстио у ред лица неподобних да буду сведоци у поступку сачињавања нотарског записа.

49 Вид. чл. 75. ст. 1, тач. 4 Закона о јавном бележничтву.

50 Вид. Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд 2009, 621.

51 Вид. Б. Познић (2009), 623 и даље.

52 Вид. чл. 247–249 Закона о парничном поступку.

дужност чувања службене тајне, да открије оно што му је поверено као верском исповеднику и сл.

Правила о погодности тестаментарних сведока која предвиђа Закон о наслеђивању су нешто другачија. Тестаментарни сведок мора бити пунолетан и пунолетно способан, мора бити писмен, мора знати језик на којем се саставља тестамент и мора бити у стању да се споразумева са завештаоцем. У улози сведока не могу се наћи: преци и поштомци завештаоца, његови побочни сродници закључно са четвртим степеном сродства, сујужници свих ових лица, као и завештаочев сујужник. Према становишту које се искристалисало у судској пракси⁵³ и у доктрини, постојање односа из које је проистиче непогодности тестаментарног сведока процењује се према моменту сачињавања тестаментa. Закон о наслеђивању није на експлицитан начин предвидео да својство сведока не може имати лице које стиче неко право или корист из тестаментa. Међутим, не сме се изгубити из вида чл. 160, ст. 1. и 2. Закона о наслеђивању којим се предвиђа да су нишавне одредбе јавног тестаментa којима се нешто оставља лицу овлашћеном за сачињавање тестаментa, тестаментарном сведоку, сујужницима, прецима, поштомцима, браћи и сестрама тих лица.

Поступак за састављање нотарског тестаментa јавни бележник треба да спроводи по правилима Закона о јавном бележништву. Следствено томе, питање погодности тестаментарних сведока, као једно од питања процедуре сачињавања тестаментa, треба решавати применом одредаба Закона о јавном бележништву. Те одредбе су у главном подударне са наследноправним прописима о неподобности тестаментарних сведока. Сходно томе, неспорно је да тестаментарни сведок у поступку сачињавања нотарског тестаментa мора бити пунолетан, потпуно пословно способан, да мора знати језик на којем се сачињава исправа и да мора бити у стању да се споразумева са завештаоцем. Такав закључак проистиче како из одредби Закона о наслеђивању, тако и из норми Закона о јавном бележништву. Такође, није спорно ни то да се у улози тестаментарних сведока не могу наћи: завештаочев супружник, његови крвни сродници у правој линији, као и његови побочни крвни сродници закључно са четвртим степеном сродства, јер такво решење налази упориште и у Закону о наслеђивању и у Закону о јавном бележништву. Оба наведена закона предвиђају да одређени тазбински сродници завештаоца такође не могу бити тестаментарни сведоци. У питању су: завештаочев зет (супруг завештаочеве ћерке, унуке или сестре), завештаочева снаха (супруга завештаоцевог сина, унука или брата), завештаочев очух, односно маћеха, као и очух, односно маћеха завештаочевих родитеља.

53 Вид. одлуку Врховног суда Војводине, Гзз 49/1975, од 19. јануара 1976. године, објављена код: Јадранко Црнић, Закон о наслеђивању с напоменама, објашњењима и судском праксом, Загреб 1987, 154.

У одређеним ситуацијама правила о неподобности тестаментарних сведока која предвиђа Закон о јавном бележништву строжа су него правила Закона о наслеђивању. Тако, својство тестаментарног сведока не може имати завештаочев бивши супружник, завештаочев ванбрачни партнер, одређени завештаочеви тазбински сродници (на пример, свекар, свекрва, девер, заова, таст, ташта, шурак, свастика), као ни лице које би из тестаamenta могло имати какву посредну или непосредну корист. У неким другим ситуација захтеви које Закон о наслеђивању поставља за тестаментарне сведоке строжи су у односу на правила јавнобележничког права. Према Закону о наслеђивању, својство тестаментарних сведока не би могли да имају оставиочева стрина, ујна, оставиочев теча, као ни супружници оставиочеве браће и сестара од стричева, ујака и тетки.

На нотарску процедуру, па самим тим и на питање подобности сведока код састављања нотарског тестаamenta, примењују се правила јавнобележничког права. Одредбе Закона о наслеђивању могу се сходно примењивати. Примена одредби Закона о наслеђивању којима се поштравају услови за подобност тестаментарних сведока у поступку састављања нотарског тестаamenta не би била у супротности са циљевима и принципима јавнобележничке процедуре. Штавише, искључивање одређених тазбинских сродника из круга сведока у поступку састављања нотарског тестаamenta могло би да нађе своје покриће у чл. 75. ст. 1. тач. 3 Закона о јавном бележништву, јер би састављање тестаamenta могло, макар посредно, да утиче на правну позицију ових тазбинских сродника.

V. Нотарски тестамент са скривеном садржином

Постоје животне ситуације у којима завешталац има интерес да садржину тестаamenta држи у тајности. Потенцијални завештаоци понекад се плаше да би сачињавање тестаamenta могло да их доведе у сукобе са члановима породице и због тога одустају од намере да располажу имовином за случај смрти. Ради потпуног остваривања слободе тестирања, веома је важно да завешталац има могућност да сачини тестамент чија ће садржина остати непозната све до његове смрти.

Српско право потенцијалним завештаоцима нуди такву могућност. Завешталац није дужан никоме да обелодањује садржину свог ологографског (својеручног) тестаamenta⁵⁴ или алогографског тестаamenta (писмено завештање пред сведоцима).⁵⁵ Ово решење не може да задовољи

54 У том смислу вид. уместо свих: Дејан Ђурђевић, *Институције наследној ѿрава*, Београд 2012, 133.

55 Сведоци код алогографског тестаamenta не морају бити упознати са његовом садржином. У том смислу вид. одлуку Врховног суда Југославије, Гзз 57/1970, од 29. октобра 1970. године, наведено према: Момчило Курдулија, *Приручник за наследно ѿраво*, Београд 1976, 193. Овакво решење образлаже се тиме што сведоци код

у потпуности јер се поменути тестамента могу служити само они завештаоци који су у стању да читају и пишу.⁵⁶ Неписменим завештаоцима, односно завештаоцима који из било ког разлога нису у стању да читају и пишу, на располагању су усмени тестамент и јавни тестаменти. Међутим, са усменим тестаментом и јавним тестаментима ствар стоји другачије у погледу дискреције. Садржину усменог тестаamenta завешталац по природи ствари не може да држи у тајности.⁵⁷ Исто важи и за судски, конзуларни, војни и бродски тестамент.⁵⁸ Једино је међународни тестамент форма која неписменим и са њима уподобљеним тестаторима омогућује да сачине располагање за случај смрти чију ће садржину држати у тајности.⁵⁹

Садржина нотарског тестаamenta, по природи ствари, мора бити позната јавном бележнику јер га он саставља по казивању завештаоца.⁶⁰ Ако у поступку сачињавања нотарског тестаamenta учествују сведоци, правила нотарске процедуре налажу да и они буду упознати са садржином тестаamenta. Додуше, српски законодавац је предвидео дужност чувања јавнобележничке тајне,⁶¹ али то правило омогућује само ограничenu, али не и потпуну дискрецију код сачињавања тестамена, за којом завешталац некада има потребу.

Такав приступ је у одређеној мери умањио улогу јавног бележника у тестаментарном праву. Страни правни пореци су водили рачуна о потреби завештаоца да садржину свог нотарског тестаamenta држи у тајности и томе су прилагодили своја законска решења. На пример, у немачком праву завешталац може сачинити нотарски тестамент на три начина: 1° да садржину своје последње воље изјави пред нотаром, 2° да нотару преда отворену исправу и да том приликом изјави да та исправа садржи његову последњу вољу или 3° да нотару преда затворену исправу и да том приликом изјави да та исправа садржи његову последњу вољу.⁶² Овај трећи начин за састављање нотарског тестаamenta омогућа-

алографског тестаamenta не сведоче о садржини (*Inhaltszeugen*) већ о аутентичности (*Echtheitszeugen*) тестаamenta. Вид. Armin Ehrenzweig, Wienfried Kralik, *Erbrecht*, Wien 1983, 134.

56 Вид. Д. Ђурђевић (2012), 136.

57 Вид. чл. 110 Закона о наслеђивању који прописује да завешталац сачињава усмени тестамент тако што своју последњу вољу усмено казује пред три истовремено присутна сведока.

58 То проистиче из чл. 87. ст. 1. Закона о наслеђивању којим се предвиђа да судски тестамент сачињава судија по казивању завештаоца. Правила судског тестаamenta примењују се на конзуларни, бродски и војни тестамент. Вид. чл. 91, 108 и 109 Закона о наслеђивању.

59 Вид. чл. 96. ст. 2. Закона о наслеђивању.

60 Вид. чл. 6. Закона о јавном бележничтву који дефинише нотарски запис као исправу о правном послу коју је саставио јавни бележник.

61 Вид. чл. 57. Закона о јавном бележничтву.

62 Вид. § 2232 немачког Грађанског законика (BGB). О састављању нотарског тестаamenta у немачком праву, вид. Дејан Ђурђевић, *Нотарски тестаменти у немачком*

ва завештаоцу да садржину свог располагања за случај смрти сачува у тајности. Нотар не сме да отвори тестамент уколико му завешталац то изричито не дозволи.⁶³ Италијанско право такође познаје тајни тестамент (*testamento segreto*) који завешталац може сачинити тако што јавном бележнику у затвореном омоту предаје исправу на којој је исписана садржина располагања за случај смрти.⁶⁴

Афирмација јавног бележника у сфери тестаментарног права захтева постојање могућности да завешталац пред јавним бележником сачини тестамент чија садржина не би била позната ни нотару, ни другим учесницима у поступку. Најједноставнији начин да се таква могућност створи јесте да јавни бележник буде уврштен у круг лица која су овлашћена да сачињавају међународни тестамент.

Закључак

Јавнобележничко завештање (нотарски тестамент) представља нову форму тестаamenta у српском праву. Приликом његовог сачињавања нотар је дужан да поштује правила о облику јавнобележничког записа (формат исправе, средства сачињавање исправе, начин на који се попуњавају празна места на исправи, начин на који се исписују бројеви, исправљају грешке, допуњује текст, означавају и повезују странице, као и начин на који се исправа потписује), као и правила о поступку састављања јавнобележничког записа која се тичу утврђивања идентитета, спровођења рекогниције, поступања за завештаоцем који не може да чује и говори или који има вишеструке недостатке. У погледу поступања са завештаоцем који не може да види или из неког другог разлога не може да прочита и потпише исправу, нотар ће поступати у складу са наследноправним прописима који уређују судски тестамент.

Српско право не познаје могућност да се пред јавним бележником сачини тестамент чија би садржина остала непозната како јавном бележнику, тако и другим учесницима у поступку састављања тестаamenta. Најједноставнији начин за правазилажење овог проблема јесте да се јавни бележници овласте за сачињавање међународног тестаamenta.

праву, Увод у право Немачке (ур. М. Васиљевић, В. Чоловић), Београд 2011, 427 и даље.

63 Вид. Wolfgang Baumann, у: J. B. Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 14. Auflage, Buch 5, Abs. 3 (Testament 2), § 2332 Rn 42.

64 Вид. Bernhard Eccher, Francesco A. Schurr, Gregor Christandl, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien 2009, 649.

*Doc. dr Dejan B. Đurđević**

NOTARIAL WILL IN THE EUROPEAN LAWS AND IN SERBIAN LAW

Summary

Once the new Act on Notary Public (2011) enters into force, it shall introduce notarial will as a new form of last will and testament in Serbian law. The main topic of this article is the procedure for execution of a notarial testament (determination of the testator's identity, his acknowledgment (Rekognition) of the will before the notary public, dealing with an illiterate testator or the one with communication challenges, the question of persons competent to be witnesses). The author examines the possibility of hiding the contents of a notarial will from the notary public and from other participants in the notarial proceedings.

Key words: Notary public. Notarial act (Notariatsakt). Notarial document (Notariatsurkunde). Notarial will. Last will and testament.

* Dejan B. Đurđević, PhD. Associate professor Faculty of Law University of Belgrade. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.