

Slavica ČURIĆ

Notarski obrađena isprava u parničnom postupku

Sudska praksa i rasterećenje sudova

1. Uvod

Decentralizovana struktura državnog sistema BiH je u direktnoj vezi i sa načinom ostvarenja zaštite prava njenih građana. Ona otežava donošenje pojedinih propisa i njihovu primjenu na sve građane pod jednakim uslovima. Posljedice državne organizacije BiH se na direktan način odražavaju i na stanje u oblasti notarske profesije koja je prvi put uvedena Zakonom o javnim bilježnicima¹. Kako je navedeni Zakon usvojen samo na području Federacije BiH (FBiH) nije ni započeta njegova primjena i od njega se odustalo. Uz podršku međunarodne zajednice, kao jedan od uvjeta u postupku pridruživanja Države Evropskoj uniji, usvojen je Zakon o notarima² u FBiH 2002. godine, a odmah nakon toga je u istovjetnom sadržaju usvojen Zakon o notarima BD 2003. godine, dok je u Republici Srpskoj (RS) usvojen 2004. godine.

Nakon višegodišnjih priprema, 2007. godine počeli su sa radom notari kao služba na području FBiH i BD, a godinu dana kasnije i u RS. Ovaj relativno kratak period implementacije zakona kojim se uvodi notarijat kao potpuno nova služba, nije dovoljan za neku ozbiljnu studiju o efektima njenog rada, ali bez sumnje predstavlja izazov za analiziranje dosadašnjih iskustava i problema koji se ovdje naziru.

U ovom radu će se ukazati na značaj notarske službe, na različita rješenja u zakonima o notarima koja mogu utjecati na različita tuma-

¹ *Sl. nov. FBiH* 49/99.

² Zakon o notarima, *Sl. nov. FBiH* 45/02; Zakon o notarima Republike Srbije, *Sl. gl. RS* 86/04, 2/05, 74/05, 91/06 i Zakon o notarima Brčko Distrikta, *Sl. gl. BD* 9/03 i 17/06.

čenja, a posebno u odnosu na notarski obrađene isprave kao dokaz u sudskom postupku, na njihovu primjenu na ugovore, kao i na sukob zakona u vezi sa zakonskom formom nekih ugovora. Posebno je zanimljiva praksa sudova u vezi sukoba zakona kojim se određuje forma ugovora o doživotnom izdržavanju u FBiH. Budući da nakon implementacije Zakona o notarima u ovom entitetu i BD nije uslijedila izmjena zakona o nasljeđivanju to bi se moglo pripisati nedovoljnoj aktivnosti javne vlasti u praćenju implementacije predmetnog zakona. Kako su sudovi opterećeni velikim brojem predmeta, obradit će se ideja o izmještanju ostavinskog postupka sa sudova kao i postupka registracije privrednih subjekata na notarsku službu, sve zbog rasterećenja sudova od nekih jednostavnijih postupaka.

2. Notarska služba kao javna služba

Iako su u BiH usvojena tri zakona o notarima (dva u entitetima i jedan u BD) u istovjetnom tekstu, naknadno je došlo do određenih izmjena u zakonu o notarima RS i BD. Takođe se razlikuju drugi pozitivni propisi iz oblasti materijalnog prava u kojima je notarima data isključiva nadležnost (oblast stvarnih prava, privrednih društava, nasljeđivanja), tako da u ovom trenutku zakonodavna regulativa koja uređuje oblast djelovanja notarske profesije, nije jednaka na području cijele države. Zbog toga se u praksi može pojaviti problem nejednakih prava građana pred ovom službom.

Zakonima o notarima³ koji se primjenjuju na području FBiH, RS i BD uređuju se sljedeća pitanja: organizacija, nadležnost, način rada, notarski ispit i druga pitanja od značaja za rad notara na teritorijima na koje se odnose. Tim zakonima je propisano da je notarska služba javna služba koju obavljaju notari kao samostalni i nezavisni nosioci službe. Zakonsko određivanje takvog statusa notarske službe potvrđuje značaj i položaj notara kao nosioca profesije. Između ostalog, propisana je nadležnost notara da poduzima notarsku obradu isprava, izdaje potvrde, kao i da ovjerava potpise, rukoznake i prepise.

³ Vidi bilj. 2.

2.1. Šta su javne službe

Javne službe u savremenim pravnim sistemima su djelatnosti koje zajednica smatra toliko važnim da ih podvrgava posebnom pravnom uređenju. “Pri kreiranju instituta javnih službi zakonodavac je pošao od činjenice, da su u pitanju općekorisne djelatnosti koje se vrše preko za to posebno organiziranih samostalnih organizacija i koje su prihvaćene, podržavane i kontrolisane od strane društvene zajednice”⁴.

Ustav SRFJ kao i republički ustavi od 1963. godine su odstranili dotadašnje javne službe i uveli institut društvenih službi. Tek nakon Ustava BiH⁵ iz 1995. godine ponovo se uvode javne službe. Istina Ustav BiH koristi pojam javne funkcije, ali “u svakom slučaju, ovaj pojam obuhvata javne službe zakonodavne, egzekutivne i sudske vlasti”⁶. Javne službe se uvede u oblastima od posebnog društvenog interesa kao što su obrazovanje, nauka, kultura, zdravstvo, socijalna zaštita i dr. djelatnosti. Na tom mjestu su se našle u BiH sada i notarske službe čime je određen njihov značaj i poziciju u društvu.

Međutim, ponekad se mogu čuti pritužbe da u državi notari nemaju podršku društva u oblastima koje su nužne za njihov rad, a naročito u pogledu normativne uređenosti ove materije. To je, vjerovatno, razlog da notari prevazilaze novonastale situacije samostalno u okviru notarskih komora. To s jedne strane stvara veliki pritisak na notarsku službu, a s druge strane proizvodi negativne reakcije.

Kako javna služba nije isto što i državna služba, to status notara nije obuhvaćen entitetskim zakonom o državnoj službi⁷ već je status i položaj notara uređen zakonom o notarima. Notar, kao osoba koja je

⁴ *Pravna enciklopedija*, Beograd 1979, s. 485.

⁵ “Tekst Ustava BiH najvećim dijelom je nastao u toku različitih mirovnih pregovora o Bosni Hercegovini, a njegova konačna verzija rezultat je zatvorenih pregovora u američkoj vazduhoplovnoj bazi Dejton/Ohajo”, C. Steiner/N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine — komentar*, Sarajevo 2010, s. 25.

⁶ C. Steiner/N. Ademović (bilj. 5), s. 892.

⁷ Zakon o državnoj službi u FBiH, *Sl. nov. FBiH 2/03*, Zakon o državnim službenicima, *Sl. gl. RS 118/08*, Zakon o državnoj službi, *Sl. gl. BD 28/06*.

zaposlena u notarskoj službi i koja obavlja tu profesiju za vrijeme dok je imenovana, po zakonima u FBiH i BD⁸ može raditi do 70. godine života, a u RS⁹ do 65. godine života, osim ako nastupe razlozi za prijevremeni prestanak službe ili razrješenje, kako je propisano tim zakonima. Zakoni propisuju i uvjete za obavljanje službe notara, a razlike su i u ovom dijelu, između ostalog jer je u FBiH i BD osim ostalih kumulativnih uvjeta predviđen i uvjet da notar nije član političke partije, dok ovaj uvjet nije propisan u RS. U sva tri zakona predviđen je izbor notara konkursom koji se javno oglašava u dnevnim novinama.

Iako to zakoni u BiH eksplicitno ne navode, notari svoju poziciju nazivaju povjerenikom stranaka. Istina, notari prilikom postupka notarske obrade isprava, imaju obavezu da ispituju pravu volju stranka, da im objasne situaciju, da ih pouče o pravnom dometu posla, da paze da se isključe zabune i sumnje kao i da neiskusne i nevješte stranke ne budu oštećene. Ova zakonima određena obaveza stavlja notarima u zadatak da ispituju stvarnu volju stranaka. To je opravdano imajući u vidu odgovornost koju notar ima u vezi sa sačinjavanjem notarski obrađenih isprava. O tome će biti više riječi u nastavku teksta.

2.2. Notar kao zastupnik stranke

Zakonom o notarima RS¹⁰ propisano je ovlaštenje notara da, ukoliko su ga stranke ovlastile ugovorom ili drugom notarskom ispravom, u ime njih izvršiti određene radnje. Tipične su sačinjavanje i podnošenje zahtjeva za upis prava vlasništva i drugih stvarnih prava i slično, bez izdavanja posebne punomoći. U FBiH i BD, s obzirom da u zakonima koji su usvojeni u istovjetnom tekstu, nije predviđena takva norma, ali je u Pravilniku o radu notara u FBiH¹¹ dato ovlaštenje notaru da sastavlja i podnosi prijedloge (zahtjeve) za upis prava vlasništva ili drugih

⁸ Čl. 3 st. 2 Zakona o notarima u FBiH, čl. 3 st. 2 Zakona o notarima BD.

⁹ Čl. 3 st. 2 Zakona o notarima RS.

¹⁰ Vidi čl. 68a st. 1 Zakona o notarima RS.

¹¹ Čl. 8 Pravilnika o radu notara, *Sl. nov. FBiH* 61/02 i 36/07.

stvarnih prava i drugih zemljišno-knjižnih zahtjeva javnim registrima nekretnina, sastavlja i podnosi prijave za upis u registar društava ili drugi nadležni registar.

Zbog propisanih ovlaštenja notara postavlja se pitanje položaja notara kao zastupnika stranke, a naročito zastupnika stranke u sudskom postupku. “*Zastupnik je lice koje preduzima pravnu radnju u tuđe ime i za tuđi račun*”¹². Prema navedenom ovlaštenju koje je u jednom slučaju određeno Zakonom, a u drugom slučaju podzakonskim aktom, iz kojih proizilazi pravo stranke da notara ovlasti na zastupanje u njegovu ime i za njegov račun, što je notar u takvom slučaju dužan izvršiti, proizilazi da je notar zastupnik stranke, ali samo za radnje koje su propisane. “*Ako zastupanje zavisi od volje zastupanog lica tada govorimo o ugovornom zastupanju. Nasuprot tome, ako se zastupanje ne zasniva na volji zastupanog, tada govorimo o zakonskom ili vanugovornom zastupanju*”¹³. Zakon u RS¹⁴ propisuje ovlaštenja notara za zastupanje stranke u odnosu na podnošenje zahtjeva za upis vlasništva, ali samo ako su ga stranke na to ovlastile. Iz toga proizilazi da zastupanje zavisi od volje stranke, pa su notari ugovorni zastupnici stranaka i to samo za obavljanje propisanih radnji, kao i u FBiH i BD.

U praksi FBiH pojavio se slučaj da je notar podnio žalbu na odluku suda kojom je odbijen zahtjev za upis na osnovu ugovora koji je taj notar sačinio i notarski obradio. Kantonalni sud¹⁵ je odbacio žalbu notara kao nedopuštenu, uz obrazloženje da iz odredbe 69 do 72 Zakona o notarima u FBiH ne proizilazi pravo notara da samostalno izjavljuje žalbu. Ovakav stav suda je provjeren u apelacionom postupku pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine¹⁶ s obzirom na moguću povredu prava na pravično suđenje iz člana II/e) Ustava BiH i člana 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,

¹² S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kragujevac 1980, ss. 317 i dalje.

¹³ A. Bikić, *Obligaciono pravo-Opći dio*, Sarajevo 2004, s. 121.

¹⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o notarima RS, *Sl. gl. RS* 74/05.

¹⁵ Rješenje Kantonalnog suda u Bihaću br. 01 o Dn 0020904 10 Gž od 20. 09. 2010.

¹⁶ Odluka Ustavnog suda BiH br. AP. 4414/10 od 08. 12. 2010.

prava na pristup sudu kao osnovnog elementa tog prava, kao i prava na djelotvorni pravni lijek iz člana 13 Evropske konvencije i prava na zabranu zloupotrebe prava iz člana 17 Evropske konvencije.

Notar se u apelaciji pozvao i na pravo žalbe kao zainteresirano lice iz člana 76 Zakona o zemljišnim knjigama FBiH¹⁷ i člana 18 Zakona o vanparničnom postupku FBiH¹⁸ u vezi sa članom 83 Zakona o zemljišnim knjigama. Ustavni sud BiH je odbacio apelaciju notara kao nedopuštenu, uz obrazloženje da apelant nije bio učesnik u odlučivanju o njegovim građanskim pravima i obavezama, nego u postupku po zahtjevu treće osobe za polaganje isprava u cilju sticanja prava na nekretninama. Pri tome Ustavni sud BiH konstatuje da notar u nije povrijeđeno pravo na pristup suda, niti ostala ustavna prava na koja se kao apelant pozvao u svojoj apelaciji.

Dakle, iako je data mogućnost notar u da poduzima radnje za lica kojima vrši sačinjavanje prijedloga za upis vlasništva ili drugih stvarnih prava, a u FBiH i prijava za upis društava ili drugih nadležnih registara, te da ih podnese nadležnim službama, ali nije ovlašten da zastupa stranku na sudu, podnosi pravne lijekove na odluku u parničnom ili vanparničnom postupku u ime stranke.

Po odredbi člana 369 Zakona o parničnom postupku u FBiH i RS¹⁹ (u daljem tekstu ZPP), a u BD-u po članu 146 ZPP²⁰, propisana je mogućnost da osoba, koja ima pravni interes, u parnici koja teče među drugim osobama, a jedna od strana uspije, može se pridružiti toj stranci (kao umješać). Stoga je otvoreno pitanje da li notar može učestvovati u parničnom postupku kao treća osoba-umješać i kada bi postojao pravni interes za to učestvovanje?

Notar sastavlja i obrađuje isprave, ovjerava prepise, izvode iz trgovačkih knjiga, potpise, izdaje potvrde o vremenu predočavanja pismena, o životu nekog lica, o ovlaštenju za zastupanje, o činjenicama iz registra, o zaključcima organa pravnog lica i dr.

¹⁷ *Sl. nov. FBiH* 58/02.

¹⁸ *Sl. nov. FBiH* 2/98.

¹⁹ Zakon o parničnom postupku u FBiH, *Sl. nov. FBiH* 73/05, 19/06, Zakon o parničnom postupku u RS, *Sl. gl. RS* 58/03.

²⁰ Zakon o parničnom postupku u BD, *Sl. gl. BD* 5/00, 1/01, 6/02.

Sve navedene isprave mogu biti korištene kao dokaz u sudskom postupku, pa bi pravni interes notara za učešće u ovakvom postupku mogao da se ogleda u činjenici da je on sačinio i obradio takvu ispravu, a da stranka u postupku dokazuje netačnost izjave koja je notarski obrađena ili da su činjenice iz notarske isprave netačno posvjedočene.

Pri tome nije bez značaja i velika odgovornost notara. Zakonima koji uređuju prava i obaveze ove profesije predviđeno je da stranka može tražiti naknadu štete²¹, disciplinsku odgovornost²², ili podnijeti pritužbu nadležnom organu uprave²³, u slučajevima kada notar povrijedi službenu dužnost, a jedna od njih je i nepridržavanje zakonskih odredbi.

Najbolje rješenje je da se pitanje učešće notara u sudskom postupku jasno uredi pozitivnim zakonima, a do tada će sudska praksa morati zauzeti stav ukoliko se pojavi slučaj da notar u nekom postupku izrazi svoj pravni interes za učešće u postupku kao umještač.

3. Isprava kao dokazno sredstvo

*“Isprave u parničnom postupku su ne samo isprave u uobičajenom smislu nego i svaki drugi tjelesni predmet na kome je pisanim znacima izražena ljudska misao. Isprave predstavljaju najpouzdanije dokazno sredstvo bez obzira da li su sačinjene u svrhu dokazivanja i da li su potpisane”*²⁴. Ali sud se može upustiti u ocjenu dokazne snage isprave, samo ako je ona istinita (autentična), što znači ako potječe od onoga ko je na njoj označen kao izdavalac.

U parničnom postupku kao dokazi se mogu koristiti privatne i javne isprave. Privatne isprave su sve one isprave koje nisu javne. One mogu biti korištene kao dokaz i kada nisu potpisane, ali stranka koja

²¹ Čl. 58 Zakona o notarima u FBiH; čl. 58 Zakona o notarima RS; čl. 37 Zakona o notarima BD.

²² Čl. 119 Zakona o notarima u FBiH; čl. 115 Zakona o notarima RS; čl. 93 Zakona o notarima BD.

²³ Čl. 130 st. 1 Zakona o notarima u FBiH; čl. 126 st. 1 Zakona o notarima RS i čl. 104 st. 1 Zakona o notarima BD.

²⁴ Pravna enciklopedija (bilj. 4), s. 441.

koristi ispravu kao dokaz, u slučaju osporavanja takvog dokaza, mora preuzet teret dokazivanja da je ona istinita ili autentična. Dakle teret dokaza kada je osporena privatna isprava je na strani osobe koja tvrdi postojanje činjenice iz takve isprave.

Javna isprava kao dokaz prema odredbama ZPP (sva tri) je isprava koju je u propisanom obliku izdao organ vlasti u granicama svojih ovlaštenja koje joj je povjereno zakonom ili propisom zasnovanim na zakonu, kojom se dokazuje istinitost onoga što se u njoj potvrđuje ili određuje²⁵.

To znači da za javne isprave važi pretpostavka istinitosti, pa u slučaju osporavanja javne isprave kao dokaza, teret dokazanosti je na strani koja to tvrdi. *“Sadržaj javne isprave mora se odnositi na poslove organa koji je izdao, odnosno na poslove organa o kojima on vodi službenu evidenciju. Javnim ispravama dokazuje se ono što se u njima potvrđuje ili određuje. Slučaj potvrđivanja postoji u uvjerenjima organa uprave o činjenicama o kojima vodi službenu evidenciju npr: u uvjerenju o državljanstvu, izvod iz matične knjige rođenih i dr. Slučaj određivanja postoji u rješenjima u upravnom postupku, zatim u presudama i rješenjima redovnih sudova, donijetim u materiji upravnog, krivičnog i građanskog prava itd.”*²⁶.

Pitanje šta javna isprava dokazuje u postupku značajno je kod definisanja položaja notarske isprave kao javne isprave u dokaznom postupku pred sudom, tj. da li ona potvrđuje činjenice ili nešto određuje. U odnosu na dokaznu snagu notarske isprave kojom se vrši ovjera i potvrda, jasno proizilazi da se potvrđuju činjenice iz tih isprava. Ali šta dokazuje notarski obrađena isprava, a naročito ako je ta isprava ugovor kao pravni posao, predstavlja dilemu na koju će se morati ponuditi odgovori. Jer, to je pitanje značajno za sudski postupak i ocjenu dokazne snage takve isprave.

²⁵ Čl. 132 st. 2 Zakona o parničnom postupku u FBiH; čl. 132 st. 2 Zakona o parničnom postupku u RS; čl. 167 st. 1 Zakona o parničnom postupku u BD.

²⁶ M. Janković/Ž. Janković, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd 1997, s. 305.

Pitanja da li je javna vlast imala namjeru da formu ugovora kojim se prenosi vlasništvo na nekretninama promjeni u formu notarski obrađen isprave, te da na taj način ugovor u cijelosti dobije dokaznu snagu javne isprave, za koji važi pretpostavka istinitosti za činjenice koje sadrži ili se takvim ugovorom nešto određuje, analizirat ću u narednom dijelu teksta.

3.1. Notarska isprava kao dokaz

Odredbe kojima se definiše status notarske isprave kao javne isprave, u zakonima o notarima BiH nisu identične. Tako je u FBiH propisano da je notarska isprava javna isprava, dok u RS da notarske isprave vrijede kao javne isprave, a u BD da imaju snagu javne isprave²⁷.

Ove razlike nemaju značaj u dokaznom postupku, jer zakoni o parničnom postupku propisuju da istu dokaznu snagu (kao i onu koju imaju javne isprave koje je izdao organ vlasti i dr.) imaju i isprave koje su posebnim propisima u pogledu dokazne snage izjednačene sa javnim ispravama²⁸.

Notarske isprave mogu biti: notarski obrađene isprave, notarske ovjere i notarske potvrde. Ovom prilikom će se posebna pažnja posvetiti samo notarski obrađenim ispravama kao *obaveznoj formi*²⁹ koja se odnosi na sljedeće pravne poslove:

1. regulisanja imovinskih odnosa između bračnih drugova i lica koja žive u vanbračnoj zajednici,
2. raspolaganja imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica, obećanje činidbe kao poklona,
3. čiji je predmet prijenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama,
4. osnivački akti privrednih društava (utvrđivanje statuta i promjene statuta i dr.).

²⁷ Čl. 4 st. 3 Zakona o notarima u FBiH, Zakona o notarima RS, Zakona o notarima BD.

²⁸ Čl. 132 ZPP.

²⁹ Čl. 73 st. 1 tč. 4 Zakona o notarima u FBiH; čl. 68 st. 1 tč. 4 Zakona o notarima RS; čl. 47 st. 1 tč. 4 Zakona o notarima BD.

Zakoni još propisuje da su ništavi pravni poslovi za koje je propisana obavezna notarska obrada, ako nisu sačinjeni u toj formi³⁰. Pored pobrojanih pravnih poslova notar, ukoliko to stranka želi i zahtijeva, može sačiniti u formi notarski obrađene isprave i svaki drugi pravni posao. To je *ugovorena forma* notarske obrade isprava, kojom stranka nekom pravnom poslu osigurava karakter javne isprave i pune dokazne snage u sudskom postupku.

Po mom mišljenju, bilo bi potrebno razmotriti mogućnost ograničenja ugovorene notarske obrade isprava, kako notari ne bi bili dovedeni u poziciju da po nalogu stranke notarski obrađuju ispravu koja je nekim drugim zakonom zabranjena (kao što sud prema zakonima o parničnom postupku po službenoj dužnosti pazi na nedopuštena raspolaganja).

Kada su ugovori predmet notarske obrade, notari primjenjuju odredbu iz tačke 4 navedene norme (vidi bilj. 29) koja se odnosi na pravne poslove čiji je predmet prijenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama. Primjena ove norme na ugovore je osporavana, jer kao norma ima opće značenje i nije dovoljna da bi se primijenila na ugovore kao pravni posao koji je uređen posebnim zakonima, pa će se u narednom dijelu rada razmatrati dileme i pravne neusklađenosti kao posljedica te primjene, sa posebnim osvrtom na ugovor o prenosu prava svojine na nekretninama i ugovora o doživotnom izdržavanju.

Kod tumačenja pojma pravnog posla već u pravnoj enciklopediji je definisano da je to pojam koji određuje izjavu volje koja proizvodi određeno građanskopravno dejstvo. Izjava volje mora biti ozbiljna i slobodna, a može biti jednostrana i dvostrana, teretna i dobročina, kauzalna i apstraktna, formalna i neformalna, pravni poslovi među živima i pravni poslovi nakon smrti³¹. Ugovori bez sumnje jesu pravni poslovi kojima se izjavljuje volja o nekom ugovorenom odnosu, pa tako ugovarači mogu ugovarati razne izjave volje, ali su to uvijek dvo-

³⁰ Čl. 73 st. 2 Zakona o notarima u FBiH; čl. 68 st. 2 Zakona o notarima RS; čl. 47 st. 2 Zakona o notarima BD.

³¹ Pravna enciklopedija (bilj. 4), ss. 1048 i dalje.

strani pravni poslovi od posebnog značaja za slobodan promet roba i vršenja usluga značajnih za ostvarenje i razvoj društva, pa je zakonima, uređena materija ugovora na poseban način, što će se vidjeti iz narednog teksta.

Poseban problem je odredba o ništavosti pravnog posla ako nije notarski obrađen. Problem nastaje kada se navedena norma primjeni na ugovor kao pravni posao, budući da je i u odredbama drugih zakona predviđena ništavost ako se ugovor ne sačini u propisanoj formi iz tih zakona, iz čega proizlazi sukob zakona u pogledu najteže pravne posljedice koja može nastati povredom odredaba o zakonskoj formi. Prevazilaženje ovog pravnog problema je moguće samo intervencijom javne vlasti, dopunom zakona o notarima klauzulom: “ukoliko to zakonom nije drugačije uređeno ili propisano” i izmjenama drugih zakona.

Dakle, nezavisno od toga da li se radi o obaveznoj ili ugovorenoj notarskoj obradi, u dijelu u kojem notar obrađuje, ovjerava ili potvrđuje neku ispravu, takva isprava predstavlja javnu ispravu, prema kojoj važi pretpostavka istinitosti koja je značajna za postupak dokazivanja, sa svim nejasnoćama, naprijed navedenim (usp. *supra*, s. 39). To proizlazi iz odredbi sva tri zakona o notarima³², kojima je propisano da notarski obrađene isprave, koje je notar sačinio u granicama svojih službenih ovlaštenja u propisanoj formi, imaju punu dokaznu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom.

Ova odredba upućuje da se dokazna snaga notarski obrađene isprave odnosi samo na izjave, a ako je ugovor predmet obrade, onda je dilema na šta se odnosi izjava? Da li su to svi bitni sastojci ugovora, ili je to samo izjava volje za sačinjavanje ugovora i sl. Npr. kod ugovora o prodaji obavezni sastojci tog ugovora su predmet prodaje i ugovorena cijena. Ali, osim ovih ugovarači mogu izjaviti i druge tzv. sporedne sastojke. Dakle, sve što ugovorna strana izjavi u ugovoru koji je notarski obrađen pred notarom bi moglo biti njegova izjava i za nju važi pretpostavka istinitosti, po naprijed navedenoj normi.

³² Čl. 4 st. 4 Zakona o notarima u FBiH i RS; čl. 4 st. 5 Zakona o notarima BD.

Značaj postupka uzimanja izjave je utoliko veći.

Prije svega notar je obavezan da prethodno provjeri da li su stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje i zaključenje pravnog posla. Kod uzimanja izjave notar mora ispitati pravu volju stranaka, objasniti situaciju, stranke poučiti o pravnom dometu posla, a zatim njihove izjave jasno i nedvosmisleno pismeno sastaviti u obliku notarskog izvornika. Zatim je obavezan da izvornik i priloge, strankama pročita i uvjeri se da je volja stranaka u sadržaju izvornika, nakon čega stranke odobravaju i potpisuju izvornik³³. Notar je obavezan da upozori stranku u slučajevima nejasnih i dr. izjava, te da ih pouči u vezi s tim. Izvornik isprave mora sadržavati osim podataka o notaru i strankama i tekst pravnog posla sa naznakom eventualne punomoći i priloga.

Iako se nemam namjeru baviti svim nejasnoćama Zakona, prema sadašnjoj praksi notara ustanovljenu iz ličnog iskustva, izvornik ugovora notar zadržavaju kod sebe, a strankama predaju otpравak (koji ne sadrži potpise ugovarača već samo notarsku ovjeru), iako je takva procedura po Zakonu propisana samo u odnosu na notarske potvrde i ovjere. Na taj način stranka dobija otpравak ugovora koji je notarski obrađen, ali bez potpisa stranaka. Čini se da, kada su ugovori kao isprave predmetom notarske obrade, ovu praksu treba ispitati ili Zakone dopuniti, jer je potpis na ugovoru potvrda volje za zaključenje takvog ugovora, a ovjera potpisa od strane javne vlasti (u ovom slučaju notara) je potvrda da su potpisi autentični. U postojećoj situaciji, stranka na otpравku ugovora ne vidi ni jedan autentični potpis osim potpisa notara.

Dakle, zakonsko određenje, da je kod notarski obrađenih isprava dopušteno dokazivati da je izjava netačno notarski obrađena na primjeru ugovora kao takvih isprava, značilo bi da lica koja su navedena u ugovoru nisu izjavila ono što je u predmetnom ugovoru uneseno. Mogućnost dokazivanja da izjave nisu autentične i da su činjenice netačne, na primjeru ugovora možda bi i mogla da pobija jedna od ugovornih strana, ali se postavlja pitanje kako bi to uopće bilo moguće trećoj osobi?

³³ Čl. 80 Zakona o notarima u FBiH; čl. 75 Zakona o notarima RS; čl. 54 Zakona o notarima BD.

Navedena dilema se odnosi na mogućnost da notarski obrađena isprava kao javna isprava potvrđuju neke činjenice, ali je sljedeće pitanje da li postoji mogućnost da ako je ugovor javna isprava, nešto određuje? Naime, notari često pominju da ugovor koji je notarski obrađen, zbog aktivnosti notara da ispita stvarnu volju stranaka, kao i odredbe zakona prema kojoj je takav ugovor izvršna isprava u određenim slučajevima, je isprava najbliža sudskom poravnanju. Ova razmišljanja djelimično imaju osnova, ali bi trebalo u zakonima to jasno odrediti, jer bi u takvoj situaciji pravna zaštita ugovarača bila riješena kao za sudska poravnanja (prema ZPP-u FBiH i RS tužbom koja se podnosi u roku od 3 mjeseca od saznanja, a najkasnije 5 godina od zaključenja, samo iz razloga zablude, prinude, ili prevare)³⁴. Sve dileme, koje su naprijed navedene (usp. *supra* uz bilj. 29, ss. 39-40), zbog pravne prirode notarski obrađenih ugovora kao isprava, koje su izjednačene sa javnim ispravama, otvaraju i pitanje u kojem postupku se može ostvariti pravna zaštita po zahtjevu stranaka ali i trećih lica, koje žele pobijati ugovor koji je notarski obrađen.

Odredba ZPP-a propisuje da je dopušteno dokazivati da su u javnoj ispravi neistinito utvrđene činjenice ili da je isprava nepravilno sastavljena³⁵. U skladu s tim je i odredba koja propisuje da se tužbom za utvrđenje može tražiti utvrđenje da je istinita ili neistinita neka isprava, ali ako je to posebnim propisom dozvoljeno (što se može primijeniti u slučaju notarski obrađenih isprava) i to samo prije dospelosti zahtjeva za činidbu iz tog odnosa³⁶.

I zakoni o notarima propisuju da je dopušteno dokazivati da je izjava netačno notarski obrađena, odnosno da su posvjedočene činjenice netačne³⁷, ali ne propisuju u kojem postupku i pod kojim uslovima, jer kada javna vlast garantira za tačnost javnih isprava, onda je pravna zaštita uglavnom ograničena. S druge strane, kako se radi o ugovoru kao pravnom poslu za koji su propisana posebna pravila o nevažnosti

³⁴ Čl. 92 ZPP u FBiH; čl. 92 ZPP u RS.

³⁵ Čl. 132 st. 3 ZPP u FBiH; čl. 132 st. 3 ZPP u RS; čl. 167 st. 2 ZPP BD.

³⁶ Čl. 54 st. 2 ZPP u FBiH; čl. 54 st. 2 ZPP u RS; čl. 128 st. 2 ZPP BD.

³⁷ Čl. 4 st. 6 Zakona o notarima u FBiH, RS i BD.

ugovora u Zakonu o obligacionim odnosima³⁸ (ZOO), imajući u vidu da su ugovori vrsta obligaciono-pravnih odnosa, kao i dosadašnja dugogodišnja sudska praksa u vezi sa sporovima o ugovorima, takvo pozicioniranje ugovora kao javne isprave, sigurno može dovesti do različite sudske prakse i pravne nesigurnosti.

Razlozi mana u pogledu volje ugovornih strana za zaključivanje ugovora, prema ZOO su osnov za rušljivost ugovora, pa stranka može tražiti zaštitu tužbom za poništavanje ugovora u propisanom jednogodišnjem roku³⁹. Iстина, ZOO predviđa mogućnost poništavanja iz razloga rušljivosti i kada je to posebnim propisom predviđeno, a kako zakoni o notarima nemaju takvu odredbu, sporna je njena primjena na ugovore koji su notarski obrađeni. Nadalje, pitanja o primjeni ZOO na ugovore koji su notarski obrađeni i u odnosu na ostale odredbe (utvrđivanje ništavosti ili raskid ugovora) su također u ovom momentu nejasna i zahtijevaju brzu intervenciju, kako se ne bi vodili beskonačno dugi postupci u sudovima.

3.2. Ugovori kao privatne ili javne isprave

Ugovor kao pravni posao je osnov za ostvarivanje prava. ZOO kao opći propis reguliše opća pravila svih obligacija pa i koja se odnose na ugovore (opći dio). U Posebnom dijelu su propisana pravila koja se odnose na neke ugovore. *“Ugovor je zaključen kada su se ugovorne strane sporazumjele o bitnim sastojcima ugovora (essentialia negotii). Međutim, Zakonom nije definirano šta je to bitan sastojak ugovora. Nesporno je da bitni sastojci zavise od tipa ugovora. Tako nije nevažno da li se radi o prodaji ili zajmu, poklonu ili posluži itd. Najkraće (i najjednostavnije) rečeno, bitni sastojci ugovora su oni minimalni sastojci neophodni za postojanje ugovora”*⁴⁰. Npr. u Posebnom dijelu ZOO: propisana su pravila

³⁸ Čl. 103-153 Zakona o obligacionim odnosima, Sl. l. SFRJ 29/78, 39/85, koji je bio Savezni zakon u bivšoj državi SFRJ, a nakon sticanja nezavisnosti RBiH preuzet Zakonom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, Sl. l. RBiH 2/92 i 13/93 i Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima, Sl. gl. RS 17/93.

³⁹ Čl. 111-117 Zakona o obligacionim odnosima SFRJ.

⁴⁰ A. Bikić, *Modul 6-Gradanska oblast-Ugovori*, Sarajevo 2006, s. 11.

ugovora o prodaji⁴¹, koja između ostalih propisuje sastojke ugovora o prodaji (stvar i cijena), obaveze prodavaca i kupca, odgovornost za materijalne i pravne nedostatke, garanciju za ispravno funkcionisanje, slučajevne prodaj sa naročitim pogodbom i sl.

Osnovno pravilo ugovornih odnosa je da se ugovori mogu zaključiti bez pridržavanja ikakve forme. Forma je u pravnoj teoriji određena kao način izražavanja volje za zaključenje sadržine ugovora. "*Ugovarači svoju volju mogu izraziti na onaj način kako to njima najbolje odgovara: usmeno, pismeno, konkludentnom radnjom, a u izvjesnim slučajevima i šutnjom. Znači, obligacioni ugovori su, u pravilu, neformalni ugovori*"⁴². Slobodno izražavanje volje je propisano odredbom čl. 28 ZOO, a pravilo o neformalnosti ugovora odredbom čl. 67 ZOO⁴³, koja glasi: "*Zaključenje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drukčije određeno*". Dakle, opći propis je utvrdio princip neformalnih ugovora, sa mogućnostima da se posebnim zakonima odredi drugačije. ZOO ne propisuje ni pravila sačinjavanja ugovora, iz čega proizilazi da ugovarači mogli sami sačiniti ugovor.

Ali ako kao uslov zakon propiše formu, odnosno da se ugovor ima zaključiti u određenoj formi, tada je forma uslov punovažnosti. U zakonskoj formi ugovor osim pismene forme zahtjeva i intervenciju određenog organa javne vlasti, a organ javne vlasti može imati ulogu da se ugovor pred njim zaključi ili da se vrši samo ovjera potpisa čime se samo potvrđuje da su stranke potpisale ugovor. Postoje tri oblika forme i to: pismena forma, forma javne isprave i realna forma, a kod nekih ugovora je moguća kombinacija više formi. "*Zakonski propisana forma služi, prije svega, jasnoći pravnog odnosa u određenim ugovorima. Forma doprinosi lakšem obezbjeđenju dokaza o zaključenom ugovoru. Forma može imati i zaštitnu funkciju i na taj način što ugovornu stranu štiti od prebrzog prihvatanja određenog ugovora iz kojeg za nju proizilaze materijalne obaveze bez primanja protučinidbe (np. kod ugovora o poklonu)*"⁴⁴.

⁴¹ Čl. 454-551 Zakona o Obligacionim odnosima SFRJ.

⁴² Bikić (bilj. 13), s. 100.

⁴³ Vidi bilj. 38.

⁴⁴ Bikić (bilj. 13) s. 102.

Dakle, u dijelu kojem intervenira organ javne vlasti, ugovor dobija svojstvo javne isprave, pa ako je intervencija na cijelom ugovoru, na način da se ugovor zaključi pred organom vlasti, onda takav ugovor u cijelosti ima snagu javne isprave. Npr. takav je bio ugovor o doživotnom izdržavanju po ZON (više naknadno). Ako je intervencija javne vlasti samo u jednom dijelu (npr. ovjera potpisa) onda takav ugovor ima dokaznu snagu javne isprave samo u odnosu na taj dio, a u ostalom dijelu ugovor ima dokaznu snagu privatne isprave. Npr. takav je ugovor o prodaji nekretnina, ili ugovor o darovanju nekretnina i dr., po Zakonu o prometu nepokretnostima (više naknadno). Ako nema intervencije javne vlasti u pogledu forme, tada je ugovor privatna isprava, a takav ugovor može biti i u pismenoj i u usmenoj formi. Npr. takav je ugovor o prodaji pokretnih stvari, darovanju pokretnih stvari, ugovor o djelu i dr. Iz navedenog proizilazi da se formom ugovora određuje dokazna snaga ugovora kao isprave, zbog čega u zakonu forma uvijek mora biti jasno definisana.

Zakoni o notarima⁴⁵ propisuju formu notarski obrađenih isprava, a to je pismena forma isprave koju *u cijelosti sačinjava* notar, u skladu sa odredbama čl. 74-89 tog Zakona. Navedene odredbe sadrže pravila o sadržaju izvornika, provedbene propise, način pisanja izvornika, potpis i pečat, izmjene i dopune, precrtavanje riječi, postupak notarske obrade isprave, obaveza upozoravanja stranke, utvrđivanje identiteta, pozivanje svjedoka, uvjeti i ličnost svjedoka, lica koja ne mogu biti svjedoci, prisustvo svjedoka, gluha, nijema ili gluhonijema stranka koja je pismena i ona koja je nepismena i tumač. Ova propisana forma znači da je dovoljno da ugovor kao pravni posao sačini notar u pismenoj formi, pa da se zadovolji zakonska forma. Ostale odredbe su pravila procedure koju notar provodi. Navedena odredba nije sporna za gotovo sve notarske isprave, ali se dovodi u pitanje kada su predmet sačinjavanja ugovori, zbog činjenice što je forma, ali i pravna valjanost ili ništavost, nekih ugovora propisana drugim zakonima.

Na taj način su Zakoni o notarima došli u sukob za drugim zakonima, jer taj Zakon u prelaznim i završnim odredbama nije riješio su-

⁴⁵ Čl. 70 Zakona o notarima u FBiH; čl. 65 Zakona o notarima RS; čl. 44 Zakon o notarima BD.

kobe zakona u vezi nadležnosti, što je uzrokovalo različita tumačenja, primjene, ali i pravnu nesigurnost. Analizirajući sukob zakona u dijelu kojim je propisano obavezno sačinjavanje isprave od strane notara, u odnosu na ugovore kao pravni posao, ustanovila sam da taj sukob postoji sa Zakonima o advokaturi, ali i drugim zakonima. Pitanje sačinjavanja ugovora je važno zbog dokazne snage ugovora, jer ako ga sačinjava advokat, takav ugovor je privatna isprava, pa u nekim slučajevima, kada to Zakon propisuje (o tome više naknadno), samo ovjera potpisa ima snagu javne isprave.

Zakoni o advokaturi⁴⁶ i u FBiH i RS sadrže odredbu o pravu advokata da, između ostalog, sastavljaju razne isprave (ugovore, testamente i dr.). Ovi Zakoni nisu izmijenjeni nakon implementacije Zakona o notarima, koji u završnim i prelaznim odredbama ne rješavaju ovaj sukob. Izmjenama zakona o notarima⁴⁷ u RS i BD pokušao se riješiti sukob tog zakona sa Zakonom o advokaturi, na način da je data mogućnost da i advokati mogu vršiti pripremu akata za notarsku obradu i ovjeru isprava, kao i da mogu zastupati stranke pred notarima. S druge strane u FBiH Zakon o notarima nema takvu odredbu.

Pitanje je šta znači priprema akata od strane advokata za notarsku obradu, odnosno da li pripremljeni ugovor, kojeg sačini advokat, može mijenjati notar ili je to akt koji ostaje u sadržini onakav kakav je pripremljen od advokata, a kojeg notar samo "prihvata", daje mu svoje oznake i "pretvara" ga u notarski obrađenu ispravu koju pred njim ugovorne strane potpisuju i koja na taj način postaje javna isprava? S druge strane, ako ugovor sačinjava notar kao predstavnik javne vlasti, onda je takav ugovor u cijelosti javna isprava. Iz naprijed navedenog primjera o advokaturi, pored odredbi o mogućnostima da advokat pripremi akt za notarsku obradu, formulacija Zakona o notarima je takva da upućuje da notar ne mora prihvatiti tekst i sadržaj pripremljenog npr. ugovora, da ga može izmijeniti, jer je po zakonu o notarima samo notar ovlašten da u cijelosti sačini ispravu.

⁴⁶ Čl. 3 st. 1 tč. 3 Zakona o advokaturi FBiH, *Sl. nov. FBiH* 40/02, 18/05; Zakon o advokaturi RS, *Sl. gl. RS* 30/07.

⁴⁷ Čl. 68 st. 6 Zakona o notarima RS; čl. 47 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o notarima BD, *Sl. gl. BD* 17/06.

Dakle, nužno je razjašnjenje forme sačinjavanja notarski obrađene isprave kada su ugovori predmet obrade, kako se ne bi strankama nametao teret dvostruke obaveze ispunjavanja forme, što je već uočeno u nekim slučajevima, ali kako bi i notari, advokati i drugi profesionalci bili sigurni u pravilnost svog rada. Pitanje uređivanje ove oblasti u bližem regionu, riješeno je na različiti način. Tako u Republici Hrvatskoj prema Zakonu o javnom bilježništvu⁴⁸ javni bilježnici imaju ovlaštenje sačinjavanja javnobilježničke isprave, a u odnosu na privatne isprave-ugovore samo na ovjeru potpisa (legalizaciju, solemnizaciju), osim u nekim slučajevima koje je taj zakon odredio, a ostavljena je mogućnost da i sud ima nadležnosti sačinjavanja i ovjere isprava ako je to drugim zakonom određeno.

U Republici Srbiji javni beležnici imaju nadležnosti i da sačinjavaju ugovor, ali u obliku javnobeležničkog zapisa, pri čemu je u Zakonu o javnom beležništvu⁴⁹ taksativno navedeno koji su to pravni poslovi, pa su izdvojeni ugovori o raspolaganju nepokretnostima, ugovori o doživotnom izdržavanju, ugovori o ustupanju ili raspolaganju za života i dr. U narednom dijelu ćemo analizirati konkretne primjere ugovora, zanimljivih zbog sukoba zakona o formi tih ugovora i zakona o notarima.

4. Ugovor o prenosu vlasništva na nekretninama

Kada se vrši prenos prava vlasništva na nekretninama onda se može poduzeti više pravnih poslova u realizaciji volje koju imaju stranke u vezi sa nekretninama. Tako se mogu zaključiti razni ugovori kao što su ugovor o prodaji, zamjeni, poklonu nekretnina i sl. Na primjeru ugovora kojim se prodaje nekretnina možemo analizirati sadržinu te vrste ugovora. Ugovor je pravni osnov prenosa prava vlasništva, sticanjem ili prestankom tog prava i kao takav mora sadržavati izraženu volju upravljenu na prenos prava svojine (klauzula intabulandi) sa prodavca na kupca.

⁴⁸ *Nar. nov. RH*, 78/93, 29/94, 16/07.

⁴⁹ *Sl. gl. RS* 31/11, 85/12, 19/13.

Ovaj ugovor osim izražene volje na prenos prava vlasništva, ima objektivno bitne sastojke, a to su nekretnina kao predmet i ugovorenu cijenu, ali može sadržavati i druge sastojke, naprijed navedene (usp. *supra* uz bilj. 41, s. 45). U ovakvim slučajevima, radi potrebe obezbjeđenja jasnoća pravnog odnosa, kao i upisa u javnim knjigama kao isprave na temelju koje se stiče pravo vlasništva, zakonodavac je propisao formu koja je obavezan element pravne valjanosti ove vrste ugovora. Tako je u Zakonu o prometu nepokretnostima⁵⁰ koji je još u primjeni na području cijele BiH, uredio uslove i postupak pod kojim se vrši promet nepokretnostima na slijedeći način: *“Ugovor na osnovu kojeg se prenosi pravo svojine na nepokretnostima mora biti sačinjen u pismenom obliku, a potpisi ugovarača ovjereni u nadležnom sudu BiH”*⁵¹. Tako je za pravnu valjanost ugovora o prometu nepokretnostima (ili nekretninama), kao ispravi kojom se prenosi pravo vlasništva, prema navedenom Zakonu propisana kombinacija pismene forme i ovjere potpisa ugovarača pred sudom.

Pri tome, zbog intervencije javne vlasti samo u odnosu na obavezu ovjere potpisa pred sudom, ovi ugovori imaju snagu javne isprave samo u tom dijelu, a u ostalom dijelu, koji se odnosi na lica koja su ovlaštena da sačinjavaju ugovor kao i sadržaj istog, ima snagu privatne isprave. *“Ako je forma predviđena kao bitan uslov zaključenja ugovora, tada se radi o tzv. formi ad solemnitatem. Ugovor koji nije zaključen u predviđenoj formi, a forma se javlja kao uslov punovažnosti ugovora, ne proizvodi pravna dejstva. Takav ugovor je ništav i ugovarači nisu dužni ispuniti svoju obavezu iz tog ugovora”*⁵². I Zakonom o prometu nepokretnostima je u odredbi čl. 9 st. 2 propisano: *“Ugovor koji je zaključen protivno odredbi stav 1. ovog člana na proizvodi pravno dejstvo”*⁵³.

Ova odredba znači da su ugovori o prometu nepokretnosti ništavi ako nisu sastavljeni u zakonom utvrđenoj formi (pismena forma i ovjera pred sudom), iako je sve do 1994. sudska praksa⁵⁴ dopuštala kon-

⁵⁰ Zakona o prometu nepokretnostima u FBiH, *Sl. l. SR BiH* 38/8, 4/89, 29/90, 22/91, *Sl. l. RBiH* 21/92, 3/93, 18/94, te *Sl. gl. RS* 42/98 i 111/09.

⁵¹ Čl. 9 st. 1 Zakona o prometu nepokretnostima, vidi bilj. 50.

⁵² Bikić (bilj. 13), s. 104.

⁵³ Čl. 9 st. 2 Zakona o prometu nepokretnostima, vidi bilj. 50.

⁵⁴ Bilten sudske prakse Vrhovnog suda FBiH 2/97, sentenca 28.

validaciju ugovora i kada nisu bili potpisi ugovarača ovjereni u sudu, ako je ugovor bio u pismenoj formi i u cijelosti ispunjen. Međutim, stupanjem na snagu izmjena Zakona o prometu nepokretnosti iz 1994. godine, u FBiH konvalidacija ugovora o prometu nepokretnostima nije više bila dozvoljena, ugovori koji nisu bili ovjereni od suda, nisu proizvodili pravno dejstvo, pa su proglašavani ništavim.

U RS je 1998. godine stupio na snagu novi Zakon o prometu nepokretnostima koji je također propisao formu pismenog ugovora, ovjerenu u sudu. Ovaj primjer je zanimljiv jer je, javna vlast u ovom entitetu, 2009. godine usvojila izmjene tog Zakona i u dijelu kojim je propisana forma ugovora o prenosu vlasništva na nekretninama, što se vremenski događa nakon implementacije zakona o notarima, ali nije uvažila notarsku formu ugovora kao obaveznu formu. Međutim, ovaj zakon je dopuštao konvalidaciju ugovora, ako je ugovor u pismenoj formi i u cijelosti ili pretežnom dijelu ispunjen, te ako nije povrijeđeno pravo preče kupnje i prinudni propis.

Zakonom o stvarnim pravima⁵⁵ u RS je stavljen van snage između ostalih i Zakon o prometu nepokretnostima, ali je primjena tog zakona bila odlagana (zadnja do 1. januara 2010. godine). Osim tog ovim zakonom se upis prava vlasništva pravnim poslom propisuje u formi propisanoj posebnim zakonom, a pri tome nije navedeno kojim.

Sukob zakona je nastao u propisanoj formi ugovora iz zakona o prometu nepokretnostima implementacijom zakona o notarima kada su notari primjenom odredbe o formi notarski obrađenih isprava (u nastavku teksta notarskoj formi ugovora), koja je obavezna za pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama⁵⁶, preuzeli ovlaštenje sačinjavanja i notarske obrade i ugovora o prometu nepokretnostima, tumačeći da je forma ugovora o prenosu prava vlasništva na nepokretnostima određena tim Zakonom, jer su i ugovori o prenosu svojine na nepokretnostima, pravni posao.

⁵⁵ *Sl. gl. RS* 124/08, 58/09.

⁵⁶ Čl. 73 st. 1 tč. 4 Zakona o notarima u FBiH; čl. 68 st. 1 tč. 4 Zakona o notarima RS; čl. 47 st. 1 tč. 4 Zakona o notarima BD.

Posljedica takvog tumačenja je promjena forme ugovora o prenosu svojine na nekretninama, koja je predstavljala kombinaciju pismene forme i ovjere potpisa u sudu, u formu notarske obrade. To pretvaranje je izmijenilo karakter ugovora koji je bio privatna isprava po licima koja su ga mogla sačiniti i sadržine ugovora, a javne isprave u dijelu koji se odnosi na potpise ugovarača (tj. ugovora koji je imao kombinovanu formu), u ugovor koji je u cijelosti javna isprava i po licima koja ga sačinjavaju, sadržini i potpisima. Na taj način mijenja se i dokazna snaga ugovora o prenosu svojine na nepokretnostima koji su obrađeni u notarskoj formi, na način da važi pretpostavka istinitosti na izjave iz ugovora koje se odnose na sve sastojke ugovora, te da je teret dokazivanja uvijek na strani koja tvrdi da ugovor nije istinit, kako je naprijed navedeno (usp. *supra* uz bilj. 25, s. 38).

Osim toga, takav ugovor bi se mogao pobijati sami iz razloga da je izjava netačno notarski obrađena, odnosno da su posvjedočene činjenice netačne (usp. *supra* uz bilj. 35, s. 43). Pod uslovom da je i dopušteno poništavanje takvih ugovora zbog razloga rušljivosti, iako to Zakon o notarima ne propisuje, posljedica je i dilema da li stranka može traži ništavost ili raskid takvog ugovora, budući da se ne može utvrđivati ništavost javne isprave, niti se može raskinuti javna isprava, osim ako je to izričito zakonom propisano.

Propisano je da su ništavi svi pravni poslovi koji su navedeni a nisu u skladu sa obaveznom notarskom obradom, ali nije propisano da i notarski obrađeni ugovori mogu biti ništavi. Naročito je zanimljivo da zbog nemogućnosti da raskine ugovor, a prodavac ima mogućnost da prinudno u izvršnom postupku naplati cijenu, kupac ne može ostvariti zaštitu svojih prava na jednak način (o čemu više naknadno). Prilikom rješavanja, nastalog sukoba zakona, značajno je ukazati da se zakonom o notarima propisuju pravila o organizaciji i ovlaštenjima te službe (usp. *supra* pod 2, s. 32), dok Zakon o prometu nepokretnostima⁵⁷ i određuje sud kao organ vlasti koji vrši ovjeru tih ugovora. Zakon o sudovima FBiH⁵⁸ propisuje stvarnu nadležnost općinskih sudova za

⁵⁷ Zakon o prometu nepokretnostima u FBiH.

⁵⁸ Zakon o sudovima u FBiH, *Sl. nov. FBiH* 38/05.

poslove određene zakonom, a u konkretnom slučaju to se odnosi i na Zakon o prometu nepokretnostima.

Notari kada obrađuju ovu vrstu ugovora ipak su morali primijeniti Zakon o prometu nepokretnostima (jer sadrži druge obavezujuće odredbe koje se odnose na ovaj pravni posao), kao i ZOO (sadržaj ugovora i sl. iz općeg i posebnog dijela) kao i druge zakone, pa primjenjivanje jednih normi nekog zakona, a ne primjenjivanje drugih normi istog zakona, bez zakonskog uređivanja takve primjene, ukazuje na problem. Da bi se prevazišao ovaj problem, nužna je intervencija vlasti dopunom zakona o notarima dodatnim odredbama, ali i izmjenama zakona o prometu nepokretnostima u dijelu koji se odnosi na obaveznu formu ovjere za ugovore kojima se prenosi vlasništvo na nepokretnostima, kao i u drugim zakonima.

Pitanje na koje još nije dat konačan odgovor da li je ništav ugovor o prenosu svojine koji je ovjeren od suda ili onaj koji je notarski obrađen, bez ikakve sumnje zahtjeva brz odgovor, imajući u vidu težinu svih posljedica koje mogu nastati ovim sukobom zaklona.

U sudskom postupku, ova pitanja zbog različitih tumačenja, mogu dodatno stvoriti različitu sudsku praksu, iako se mora priznati da je u proteklom periodu uočeno značajno smanjenje broja sudskih postupaka u kojim se traži utvrđenje ništavosti, rušljivosti ili raskida ugovora, što može biti pokazatelj kako riješiti ovo pitanje. Iako u manjem broju nego ranije, ipak je zabilježeno pokretanje manjeg broje postupaka u kojim se pobijaju notarski obrađeni ugovori kojima je preneseno pravo vlasništva, a također u nekim zemljišno-knjižnim uredima se raspravlja o pitanjima ništavosti ugovora koji su notarski obrađeni, a podnijeti kao isprava za upis.

U toku pripreme ovog rada u Federaciji BiH je stupio na snagu Zakon o stvarnim pravima⁵⁹ koji je propisao prestanak primjene više zakona, a među njima i Zakona o prometu nepokretnosti. Međutim, primjena ovog Zakona je odložena za šest mjeseci nakon njegovog stupanja na snagu (tj. do 5. marta 2014. godine). Značaj ovog zakona

⁵⁹ *Sl. nov. FBiH* 66/13, objavljen 28. 08. 2013, a stupio na snagu 05. 09. 2013.

je veliki, jer uređuje oblast stvarnog prava na jasniji i razrađen način, koji obuhvata mnoge reformirane oblasti stvarnog prava. Između ostalog, u dijelu kojim se reguliše sticanje prava vlasništva na nekretninama pravnim poslom, propisuje da se pravni posao, zaključuje u obliku notarski obrađene isprave⁶⁰. Ali i pored ove novine postoji potreba da se u Zakonu o notarima u FBiH pojasne sve dilema koje se odnose na ugovore o prenosu vlasništva (sačinjavanje, privatna ili javna isprava, način pobijanja i dr.).

Osim toga u Završnim odredbama Zakona o stvarnim pravima u FBiH⁶¹ propisano je da će se započeti postupci o sticanju, zaštiti i prestanku prava vlasništva i drugih stvarnih prava koji su započeti na osnovu propisa koji su bili na snazi do dana stupanja na snagu tog zakona, završiti po tim propisima, pa sve dileme koje se odnose na pravnu valjanost ugovora zbog forme sačinjenih u ranijem periodu i dalje u sudskom postupku mogu stvarati različitu praksu.

U RS je od 2008. godine na snazi Zakon o stvarnim pravima, koji propisuje da se pravni posao za prenos vlasništva na nekretnini sačinjava u obliku propisanom posebnim zakonom⁶². Ovakva formulacija zakona, osim što konkretno ne navodi notarski obrađenu ispravu kao formu, potvrđuje sve naprijed navedene dileme i potrebu da se dopuniti taj zakon ili Zakon o notarima u RS konkretnim odredbama koje se odnose na ugovore o prenosu vlasništva.

4.1. Ugovor kao izvršna notarska isprava po Zakonu o izvršnom postupku FBiH

U izvršnom postupku, do promjene u formi ugovora o prometu nepokretnostima koja je nastala implementacijom Zakona o notarima, ugovori o prenosu prava vlasništva na nepokretnostima nisu bili izvršna isprava na temelju koje se moglo provesti prinudno izvršenje, već je stranka morala obezbjediti pravosnažnu presudu kao izvršni naslov da

⁶⁰ Čl. 53 st. 2 Zakona o stvarnim pravima u FBiH.

⁶¹ Čl. 372 Zakona o stvarnim pravima u FBiH.

⁶² Čl. 344 st. 2 Zakona o stvarnim pravima u RS.

bi se takav postupak proveo. Stupanjem na snagu Zakona o izvršnom postupku⁶³ (dalje u tekstu ZIP) propisano je da je i izvršna notarska isprava izvršna isprava. Ova odredba s jedne strane propisuje postupak sudskog izvršenja, a s druge strane se može stvoriti dilema kada je notarska isprava izvršna i da li se to odnosi i na ugovore kao notarski obrađene isprave tj. na sve notarske isprave kako je naprijed navedeno (usp. *supra* pod 3, s. 39).

Zakon o notarima propisuje da je notarska isprava izvršna, ukoliko je sačinjena u propisanoj formi i ako je sastavljena o nekom pravu potraživanja, koje ima za predmet plaćanje neke određene sume novca ili davanje određene količine drugih zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira, a dužnik je u ispravi pristao na izvršenje bez odlaganja⁶⁴. Iz ove odredbe proizilaze kumulativno određeni uslovi za izvršnost notarske isprave, što znači da notarska isprava mora imati sve elemente koji podrazumijevaju: propisanu formu, potraživanje i pristanak dužnika na izvršenje.

Nedostatak jednog od navedenih uslova otvara mogućnost prigovaranja da ugovor kao isprava nije stekao izvršnost. Ako bi se prihvatilo da je notarska isprava ugovor o prometu nepokretnostima koji je notarski obrađen, onda se postavlja pitanje izvršnosti takvog ugovora u odnosu na bitne elemente ugovora kao što su prenos nekretnine sa prodavca na kupca i isplata kupoprodajne cijene od strane kupca prodavcu.

U slučaju da je u ugovoru već naveden pristanak na upis (klauzula intabulandi), onda u odnosu na izvršenje takvog ugovora nije ni potreban izvršni postupak. Ali ako kupac nije dao puni iznos kupoprodajne cijene, zbog čega prodavac nije dao izjavu o pristanku na upis u javne knjige, tumačenjem da je ugovor o prodaju nepokretnosti notarski obrađena isprava, uvodi se mogućnost da prodavac prinudnim izvršenjem u sudskom postupku naplati preostalu kupoprodajnu cijenu, ali kupac to pravo nema.

⁶³ Čl. 23 st. 1 tč. 1 i 3 Zakona o izvršnom postupku u FBiH, *Sl. nov. FBiH* 32/03.

⁶⁴ Čl. 90 st. 1 Zakona o notarima u FBiH; čl. 85 st. 1 Zakona o notarima RS i čl. 64 st. 1 Zakona o notarima BD.

To iz razloga što je izvršna notarska isprava izvršna isprava samo u odnosu na potraživanje, iz toga proizilazi da je moguće izvršenje takvog ugovora (uz zadovoljenje ostalih uslova) samo na isplati ugovorene cijene koja predstavlja potraživanje iz ugovora. Jedini izuzetak kada ZIP dopušta upis u javne knjige odnosi se na izvršenje notarske isprave u svrhu plaćanja obezbjeđenog potraživanja, ako je u zemljišnoj knjizi upisana hipoteka ili zemljišni dug i to neposredno na toj nekretnini, nakon dospelosti potraživanja⁶⁵. Pitanja koja se pojavljuju odnose se na: šta je sa predajom nekretnine kada prodavac povrijedi ugovorenu obavezu i znači li to da za kupca ugovor koji je notarski obrađen nema snagu izvršne isprave? Da li je nejednakost u pravima zaštite dokaz da odredba člana 23 ZIP-a nije imala za cilj ugovore (dvostrano-obavezujući pravni posao) kao izvršnu notarsku ispravu? Dakle, kako notarska isprava može biti izvršna samo u zakonom određenim slučajevima, a izvršna isprava se u izvršnom postupku može pobijati ulaganjem prigovora na rješenje o izvršenju, prigovor da isprava nije stekla izvršnost⁶⁶ je prigovor koji se može isticati kada nije zadovoljena zakonom propisana forma. Ali, sporno je koji zakon propisuje tu formu?

4.2. Ugovor kao notarska isprava po Zakonu o zemljišnoj knjizi u FBiH

U Zakonu o zemljišnim knjigama FBiH⁶⁷, isprava je propisana dokumentacija koju stranka podnosi uz zahtjev za uknjižbu prava vlasništava. Kako je i notarski obrađena isprava takva dokumentacija, pod uvjetima da nema spora o ispunjavanju uslova zakonske forme, ugovor koji je notarski obrađen može biti dopušten za upis. Ali, problem može nastati kada se ospori forma ugovora zbog ovjere kod notara, a ne suda.

Samo u odredbama kojima se regulišu prava zainteresiranih lica pomijnu se notarski ovjerene saglasnosti za prenošenje, mijenjanje, ogra-

⁶⁵ Čl. 90 st. 2 Zakona o notarima u FBiH, čl. 85 st. 2 Zakona o notarima RS i čl. 64 st. 2 Zakona o notarima BD.

⁶⁶ Čl. 59 st. 1 Zakona o izvršnom postupku u FBiH.

⁶⁷ Čl. 3 st. 2 Zakona o zemljišnim knjigama FBiH, *Sl. nov. FBiH* 58/02.

ničavanje ili brisanje prava vlasništava. Saglasnost daje osoba koja je u vrijeme podnošenja zahtjeva za upis bila upisana kao nosilac prava vlasništva. U odnosu na ta prava, zakon propisuje da notarski ovjerena saglasnosti nije obavezna kada se prenos prava zahtjeva na temelju ugovora za koji je obavezna notarska obrada⁶⁸.

Prema ovoj odredbi Zakona o zemljišnim knjigama FBiH predviđena je mogućnost sačinjavanja i notarske obrade ugovora, ali da bi se primijenila ta mogućnost, mislim da je potrebno, u propisima kojim se uređuje zakonska forma ugovora (konkretnih, određenih) propisati formu notarske obrade. Zemljišno knjižni uredi moraju poznavati propise kojima je određena forma za pojedine ugovore, a naročito za ugovore kojim se prenosi pravo vlasništva na nekretninama. Stoga se dileme oko sukoba zakona o prometu nepokretnostima i zakona o notarima u FBiH u vezi sa ugovorima kojim se prenosi pravo svojine na nekretninama, odnose i na postupak upisa.

5. Ugovor o doživotnom izdržavanju kao notarski obrađena isprava

Identičan problem se pojavio i sa ugovorima o doživotnom izdržavanju ali samo na području FBiH i BD. Do implementacije odredbi zakona o notarima na području FBiH i BD, na ugovore o doživotnom izdržavanju se primjenjivala forma propisana Zakonom o nasljeđivanju⁶⁹ (dalje u tekstu ZON). Zakonska forma je određivala da se ugovor o doživotnom izdržavanju sastavlja po prijedlogu stranke u pismenoj formi i pred sudijom. Postupak koji sudija provodi po takvim prijedlozima stranke je po pravilima ZON-a i Zakona o vanparničnom postupku⁷⁰. Dakle propisana forma je određivala da javna vlast u cijelosti sačinjava i ovjerava ovu vrstu ugovora, zbog čega je vrijedila pretpostavka istinitosti svega navedenog u takvom ugovoru. ZON je uredio i postupak pobijanja ugovora o doživotnom izdržavanju na način da je

⁶⁸ Čl. 41 st. 1 tč. 2 Zakona o zemljišnim knjigama FBiH.

⁶⁹ Čl. 120-125 Zakona o nasljeđivanju, *Sl. l. SR BiH* 7/80, 15/80.

⁷⁰ Zakon o vanparničnom postupku, *Sl. nov. FBiH* 2/98.

dozvolio raskid ugovora, a u slučaju promijenjenih okolnosti propisana je mogućnost da sud urediti odnose iznova ili raskinuti ugovor.

Implementacijom zakona o notarima, notari su preuzeli ovlaštenje da sačinjavaju i ovjeravaju i ugovore o doživotnom izdržavanju, primjenom iste odredbe o obaveznosti notarske obrade kako je naprijed navedeno za ugovore o prenosu vlasništva na nekretninama (usp. *supra* pod 4. zajedno sa bilj. 54, ss. 48-50). Obrazloženje za ovakvu praksu notari nalaze u činjenici da su i ugovori o doživotnom izdržavanju ugovori o otuđenju nekretnine, kojim se prenosi vlasništvo nakon smrti primaoca izdržavanja, zbog čega je obavezna notarska obrada takvih ugovora kao pravnog posla. I u ovom slučaju postoji sukob zakona u pogledu forme ugovora o doživotnom izdržavanju, sa istim problemom tumačenja, primjene, ali i pravne zaštite lica koja su sačinili ugovor koji je obrađen u notarskoj formi, suprotno pravilima propisanim ZON. Pitanje koje je predmetom tumačenja i stručnih rasprava je da li je javna vlast imala namjeru promijeniti formu sačinjavanja ugovora o doživotnom izdržavanju na način da funkciju vršenja javne vlasti u odnosu na sačinjavanje i ovjeru ugovora o doživotnom izdržavanju, sa suda kao organa prenese na notarsku službu? Pred sudovima u FBiH pokrenuto je više parničnih postupaka u kojima se traži utvrđivanje ništavosti ugovora o doživotnom izdržavanju koji su sastavljeni i notarski obrađeni, zbog nedostataka forme, jer nisu sastavljeni i ovjereni pred sudijom, o čemu će naknadno biti više riječi.

Osim tih postupaka, odbijani su i zahtjevi za polaganje ugovora o doživotnom izdržavanju koji su notarski obrađeni u zemljišnu knjigu, od strane Zemljišno-knjižnih ureda nekih općinskih sudova, iz istih razloga. Ovaj problem nije evidentiran u RS, jer je na tom području 2009. godine stupio na snagu novi Zakon o nasljeđivanju⁷¹ koji je propisao da ugovor o doživotnom izdržavanju mora biti notarski obrađen, a nije mi poznato da li je prije stupanja na snagu tog izmijenjenog zakona bilo sličnih sudskih postupaka kao što je to bio slučaj u FBiH.

⁷¹ Čl. 139 st. 2 ZON u FBiH.

5.1. Forma ugovora o doživotnom izdržavanju po Zakonu o nasljeđivanju u FBiH

Ugovori o doživotnom izdržavanju su posebna vrsta ugovora kojima je javna vlast dala poseban značaj time što ih je izdvojila iz oblasti obligacionog prava, koja su uređena ZOO⁷² i normativno ih ugradila u odredbe ZON-a⁷³, jer predaja stvari, koje su predmetom ovih ugovora, nastaje tek smrću primatelja izdržavanja.

Iako je smješten u zakon kojim se uređuje nasljedno pravo, ugovori o doživotnom izdržavanju su pravni poslovi među živima, i pripadaju grupi ugovora o ustupanju i raspodjeli za života ostavitelja, pa spadaju u ugovore građanskog prava, a ne ugovore nasljednog prava⁷⁴. I ZON⁷⁵ propisuje da je ugovor o doživotnom izdržavanju ugovor o otuđivanju uz naknadu cijele ili dijela imovine koja pripada primaocu izdržavanja u vrijeme sklapanja ugovora, čija je predaja davaocu izdržavanja odložena do smrti primaoca izdržavanja. ZON je propisao formu na sljedeći način: “Ugovor o doživotnom izdržavanju mora biti sastavljen u pismenom obliku i ovjeren od sudije”⁷⁶.

Osim toga, član 121 ZON-a data je mogućnost davaocu izdržavanja da izvrši upis ugovora o doživotnom izdržavanju u javnu knjigu. Pravila procedure koje su primjenjuju u slučajevima sastavljanja ugovora o doživotnom izdržavanju su uređena Zakonom o vanparničnom postupku⁷⁷. Lice koje želi da se sačini ugovor o doživotnom izdržavanju podnosi sudu prijedlog na osnovu kojeg sudija koji je dobio predmet u rad (u vanparničnom postupku u prvom stepenu odlučuje sudija pojedinač)⁷⁸ zakazuje ročište na kojem poziva stranke i u njihovom prisustvu sačinjava ugovor o doživotnom izdržavanju.

⁷² Vidi bilj. 38.

⁷³ Čl. 120-125 ZON u FBiH i BD.

⁷⁴ R. Petaković, *Komentar Zakon o obligacionim odnosima sa sudskom praksom*, Beograd 1990, s. 38.

⁷⁵ Čl. 120 st. 1 ZON u FBiH i BD.

⁷⁶ Čl. 120 st. 2 ZON u FBiH i BD.

⁷⁷ Čl. 3 st. 1 Zakona o vanparničnom postupku u FBiH.

⁷⁸ Čl. 16 st. 1 Zakona o vanparničnom postupku u FBiH.

Iz navedenog se vidljiva stroga forma koja je bila propisana ZON za ugovore o doživotnom izdržavanju. ZON koji je donijet još 1980. godine nije mijenjan u FBiH i BD do danas, pa je problem utoliko značajniji, a pitanje sukoba zakona je dobilo i sudski epilog.

5.2. Sudska praksa u oblasti ugovora o doživotnom izdržavanju

Sudovi u Federaciji BiH, rješavajući pitanje sukoba zakona kojima je određena o forma za ugovor o doživotnom izdržavanju, zauzeli su različite stavove. Tako su Kantonalni sudovi u Zenici, Tuzli, Odžaku i Goraždu zauzeli stav da je notarska obrada ugovora o doživotnom izdržavanju zakonita, dok su suprotan stav zauzeli Kantonalni sudovi u Livnu, Širokom Brijegu i Novom Travniku. O tom pravnom pitanju se nisu izjasnili Kantonalni sudovi u Bihaću, Mostaru i Sarajevu⁷⁹.

Vrhovni sud Federacije BiH je više puta razmatrao ova pitanja povodom konkretnih predmeta, pa su u nekim slučajevima donijete i različite odluke. Međutim, na sjednici Građanskog Odjeljenja koja je održana dana 20. septembra 2010. godine odlučujući o pravnom pitanju važnosti ugovora o doživotnom izdržavanju koji su notarski obrađeni, zauzet je sljedeći pravni stav:

“Ugovori o doživotnom izdržavanju koji za predmet imaju prijenos prava na nepokretnostima, a koji su zaključeni nakon početka primjene Zakona o notarima pravno su valjani ukoliko su zaključeni u formi notarski obrađene isprave u smislu čl. 73 u vezi čl. 80 Zakona o notarima, tako da za njihovu pravnu valjanost nije potrebna i dodatna ovjera od strane sudije u smislu čl. 120 st. 2 i st. 3. Zakona o nasljeđivanju”.

Vrhovni sud FBiH je dopisom⁸⁰ obavijestio sve Predsjednike kantonalnih sudova i Predsjednike Građanskih odjeljenja o zauzetom stavu, uz njihovu obavezu da o stavu obavijeste općinske sudove. Dana 24. novembra 2010. godine održana je i Proširena Opća sjednica Vrhovnog suda FBiH na kojoj se razmatralo ponovo pitanje o pravilnosti zauzetog stava Građanskog odjeljenja Vrhovnog suda FBiH, kojom prilikom

⁷⁹ Zapisnik sa sjednice Građanskog odjeljenja VS FBiH od 04. 02. 2013.

⁸⁰ Dopis VS FBiH br. 070-0-Su-10-001109 od 11. 10. 2010.

navedeni stav nije dobio podršku većine prisutnih predstavnika Kantonalnih sudova i sudija Vrhovnog suda. Dana 4. februara 2013. godine Građansko Odjeljenje Vrhovnog suda FBiH je ponovno razmatralo pitanje pravne važnosti notarski obrađenih ugovora o doživotnom izdržavanju i tom prilikom je većinom glasova potvrđen raniji stav. Kao što se vidi iz izloženog i dalje ne postoji jedinstven stav o ovom pravnom pitanju, pa dok jedni sudovi primjenom principa *lex posterior derogat legi priori* prihvataju zakonitim notarski obrađenu formu ugovora o doživotnom izdržavanju, drugi sudovi nalaze da notarski obrađeni ugovori o doživotnom izdržavanju nisu u skladu sa propisanom formom iz ZON, te ih utvrđuju ništavim.

Treći, da bi se izbjegle štetne posljedice nepravilnog tumačenja, u svojim stavovima smatraju da i notarski obrađeni ugovori moraju imati ovjeru u skladu sa odredbama ZON. Jasno je da suprotan stav od prethodno navedenog, za davatelja izdržavanja kao ugovornu stranu, ali i za notara predstavlja veliki problem, jer gubitkom prava iz ugovora o doživotnom izdržavanju nakon smrti primatelja izdržavanja, davalac izdržavanja gubi pravo na nekretninu koja je predmetom ugovora, a notar dolazi u mogućnost da ta stranka ostvari pravo na naknadu štete koja joj je nanijeta nezakonitim sačinjavanjem i ovjerom u njegovom uredu. Sličan problem se može pojaviti i za druge pravne poslove koje notari u ovom momentu obrađuju kao notarske isprave, kao što je testament, za koji u FBiH i BD prema ZON nije propisana mogućnost sastavljanja i obrade pred notarom, za razliku od ZON u RS koji tu mogućnost predviđa⁸¹.

Međutim, sačinjavanjem testamenta pred svjedocima u skladu sa članom 67 ZON, notari mogu u ovim slučajevima, prevazići zakonsku neusklađenost forme, jer za taj oblik testamenta nije propisan posebna forma, osim da ostavilac zna da čita i piše, da mu neko drugi sastavi ispravu i da testament svojeručno potpiše u prisustvu dva svjedoka. Svi navedeni primjeri ukazuju na opravdanosti dopune normativne regulative u navedenim oblastima, što je značajno ne samo zbog građana, koji trebaju imati ista prava na području cijele Države, već i zbog

⁸¹ Čl. 72 ZON u FBiH i BD.

notara koji bi takvom regulativom stekli veće povjerenje građana, a za sudove je to značajno zbog jedinstvene primjene prava koja daje pravnu sigurnost.

Postojeća situacija u FBiH i BD, u oblasti ugovora o doživotnom izdržavanju, bez sumnje uvodi veliku pravnu nesigurnost, ali i mogućnost pojave nezadovoljstva građana zbog posljedica utvrđenja nezakonitosti prilikom sastavljanja i ovjere ovih pravnih poslova, budući da neispunjavanjem zakonske forme, ugovor ne proizvodi pravo dejstvo, što znači da je ništav.

6. Moguća rasterećenja sudova

Da bi se nastavila reforma u oblasti pravosuđa, ali i drugih oblasti u BiH, nužno je razmatrati mogućnosti daljnjeg unapređenja notarske službe kao javne službe, uz kvalitetniju normativnu usklađenost sa svim propisima, naročito izmještanjem, svih ili samo nekih, postupaka koji se vode po pravilima vanparničnog postupka iz nadležnosti sudova u nadležnost notarske službe. Jedna od mogućnosti koja bi trebala biti razmatrana u tom procesu, odnosi se na oblast nasljednog prava. Osim izmještanja iz suda postupka sačinjavanja i ovjere ugovore o doživotnom izdržavanju, testamenta i dr. isprava, bilo bi potrebno i korisno razmotriti izmještanje cijelog postupka raspravljanja ostavštine (tzv. ostavinski postupak).

Notari su, sa propisanim kompetencijama (diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim i notarskim ispitom, s tim što je obavezan da nakon pravosudnog ispita radi najmanje pet godina na pravnim poslovima, a za notarske pomoćnike taj rok je tri godine) i iskustvom u radu uglavnom kao sudije, advokata, tužioci i dr. stručnjaci, osposobljeni za vođenje ostavinskog postupka.

Ostavinski postupak je postupak raspravljanja svih pitanja koja se odnose na ostavštinu, a naročito prava na nasljeđe, veličini nasljednog dijela, prava na legat i sl. To je postupak u kojem u pravilu nema spora, a kada se ospore činjenice od kojih zavisi neko pravo sudionika u postupku⁸² po važećim zakonima, sud prekida raspravljanje ostavštine i

⁸² Čl. 128 Zakona o vanparničnom postupku u FBiH.

sudionike upućuje da pokrenu parnicu pred sudom ili postupak pred organom uprave. Ova odredba Zakona, kao i ostale, bi trebala biti prilagođena prenosu nadležnosti u ovom postupku na notarsku službu. Potreba i opravdanje za ovakvom reformom i izmještanjem ostavinskog postupka iz nadležnosti sudova, bi sasvim sigurno doprinijelo rastećenju sudova od ovih postupaka, a kako je takva reforma pokazala dobre rezultate u susjednoj Republici Hrvatskoj, prenošenjem njihovih iskustava uspjeh može biti na zadovoljstvo svih.

Analizirajući stanje po broju predmeta prema podacima iz Izvještaja VSTV-a za 2012. godinu na kraju godine, bez komunalnih predmeta, u cijeloj BiH je ostalo neriješeno ukupno 448.294 predmeta, od čega je 34616 ostavinskih predmeta, što u procentima iznosi 7,72 % od ukupnog broja. U FBiH ukupan broja neriješenih predmeta na kraju izvještajnog perioda iznosi 259.608, a od toga 18986 ostavinskih predmeta, što je 7,31 % od ukupnog broja. U RS ukupan broj neriješenih predmeta na kraju izvještajnog perioda iznosi 113.709, od toga 14556 ostavinskih predmeta, što je 12,80 % od ukupnog broja predmeta.

U BD je registrovano ukupno 9090 neriješenih predmeta, od toga 1084 ostavinskih predmeta, što je 12 % od ukupnog broja. Ove brojke ukazuju ne samo opterećenost sudova brojem predmeta u ostavinskim postupcima, već i na resurse koji su angažirani u radu na ovakvim predmetima. Izmještanjem iz suda ovih postupaka, sudije, stručni saradnici i administracija koji su angažirani na ovim poslovima bi mogli biti raspoređeni na druge poslove, a notari bi dalje unapređivali svoju djelatnost.

Pri tome treba navesti da na ovim predmetima u FBiH uglavnom rade stručni saradnici, koji po Zakonu o sudovima u FBiH⁸³ imaju to ovlaštenje, dok je u RS ova praksa promijenjena, iako je ranije bilo isto zakonsko rješenje, Ustavni sud RS je utvrdio neustavnost zakonske odredbe o pravu stručnih saradnika da po ovlaštenju predsjednika suda vode zakonom određene postupke, pa od tada ostavinske postupke u ovom entitetu vode samo sudije. Rasterećenje sudova bi moglo biti realizirano i izmještanjem postupaka registracije poslovnih subjekata. U

⁸³ Čl. 43 Zakona o sudovima u FBiH.

FBiH i BD ove postupke vode općinski/osnovni sudovi koji imaju privredna odjeljenja, a u Republici Srpskoj okružni privredni sudovi.

Prema podacima iz naprijed pomenutog izvještaja VSTV-a za 2012. godinu, u pet okružnih privrednih sudova u RS upisano je ukupno 15485 predmeta registracije poslovnih subjekata, a na kraju godine je ostalo neriješeno 766 predmeta.

U devet općinskih sudova u FBiH upisano je ukupno 9898 predmeta registracije poslovnih subjekata, a na kraju godine je ostalo nezavršenih 730 predmeta.

Osim normativne uređenosti u smislu prenošenja nadležnosti, potrebno je predhodno provesti analizu kadrovske, prostorne, finansijske i dr. opravdanosti za takvu reformu, obzirom na složenost i odgovornost koja se podrazumijeva za pomenute nadležnosti.

7. Zaključak

Iz navedenog se može uočiti da postoji jasna potreba za razvijanjem notarske službe kao javne službe i da je takav razvoj opravdan. Međutim, javne vlasti su, provodeći standarde Evropske unije u oblasti reformi, donijele Zakone o notarima, ali nisu pratile sve probleme u primjeni ovih zakona.

Ukoliko je namjera zakonodavaca bila da nadležnost notarske službe proširi na neke nadležnosti koje su imali sudovi, a naročito u oblasti sačinjavanja i ovjere ugovora kao pravnih poslova na temelju kojih se prenosi pravo vlasništva na nekretninama, kao i ugovora o doživotnom izdržavanju, notarskog testamenta i dr., bilo je potrebno zakone o notarima dopuniti odredbama o tim nadležnostima, kao i karakteru takvih isprava (privatne ili javne, u cjelini ili djelimično, pravna zaštita i sl.). Kako to nije urađeno, pa je u primjeni zakona došlo do različitih tumačenja, zbog čega su nastali sukobi zakona, nužno je dopuniti zakone o notarima konkretnim odredbama u odnosu na ugovore.

Od izuzetne je važnosti usklađivanje zakona o notarima sa drugim materijalnim i procesnim propisima kojima se uređuju oblastima koje daju notarima ovlaštenja ili nadležnosti, a u ovom momentu, u pogledu ugovora, to je urađeno Zakonom o stvarnim pravima u FBiH koji se

ne može primjeniti na već započete postupke. U RS bi bilo poželjno dopuniti i Zakon o stvarnim pravima ali i izmjeniti i dopuniti Zakon o notarima. Nadalje, potrebno je Zakon o notarima uskladiti sa Zakonom o obligacionim odnosima u dijelu kojim se daje mogućnost pobijanja ugovora. U FBiH i BD je nužno izmjeniti i zakone o nasljeđivanju ili donijeti nove.

Zbog postojanje različite zakonske regulative za iste oblasti na području jedne države, otvara mogućnosti povrede prava na jednakost pred zakonom. Harmoniziranje propisa iz oblasti koje su u nadležnosti notarske službe zbog toga na cijelom području BiH ima posebnu važnost.

Konačno, ne bi bilo u skladu sa profesionalnom etikom da različitim zakonskim rješenjima notarske službe jednog entiteta ugrožavaju aktivnosti notarskih službi u drugom. Sve to znači da reformu notarijata treba intenzivirati i hitno nastaviti. Kako bi se sudovi rasteretili, ali i ostali organi u vanparničnim postupcima, treba napraviti ozbiljnu analizu potreba za izmještanjem nekih postupaka, a posebno postupka raspravljanja ostavštine i postupka registracije poslovnih subjekata, kao i analizu mogućnosti notarske službe da preuzme navedene nadležnosti.