

NADLEŽNOST NOTARA U BOSNI I HERCEGOVINI

Prof. dr. sc. Meliha Powlakić *

UDK: 347.961.1(497.6)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: srpanj 2012.

U radu je autorica analizirala normativno-certifikacijsku nadležnost notara, tj. nadležnost za sačinjavanje notarskih isprava o pravnim poslovima u BiH. Notaru su povjerene značajne nadležnosti dijelom identične kao i u drugim zemljama regiona, a dijelom u BiH znatno šire. Zbog specifičnog ustavnog uređenja u BiH je ova nadležnost različito regulirana u entitetima (Federaciji BiH i Republici Srpskoj) i Brčko Distriktu BiH. U pogledu nadležnosti notara Bosna i Hercegovina danas pruža veoma šaroliku sliku. Pri tome su u momentu donošenja tri zakona o notarima ovdje imala jedinstvena rješenja, ali su docniji razvoj i izmjene posebnih propisa doveli do velikih razlika u pogledu nadležnosti notara u pojedinim dijelovima BiH. Autorica je analizirala propise koji predviđaju nadležnost notara u obiteljskim stvarima, nasljednim stvarima i ostavinskom postupku, u oblasti statusa trgovačkih društava, prometu nekretninama i izvršnom postupku, te ih podvrgla kritičnoj analizi i poredila sa rješenjima u drugim zemljama regiona.

Izvršena analiza je pokazala da je propisivanje nadležnosti notara u pravnom prometu nekretninama i u izvršnom postupku već polučilo pozitivne efekte u praksi. Svojstvo notara kao preventivnog suda koji pruža podjednaku zaštitu objema strankama izmijenilo je promet nekretnina u BiH učinivši ga sigurnijim; reducirane su neke negativne prakse (vanknjižno sticanje, višestruko otuđenje nekretnine). U radu je posebno ukazano na revitalizaciju uloge predbilježbe kao stvarnopravnog osiguranja obligacionog zahtjeva na prijenos vlasništva. Nasuprot tome ukazano je na manjkava i neusaglašena rješenja vezana za nadležnost notara u trgovačkim društvima, koja mogu dovesti u pitanje ostvarenje zadataka koji se pred notara postavljaju u ovoj oblasti. Posebno je kritici bila izložena predimenzionirana nadležnost notara u oblasti statusa trgovačkih društava u Federaciji BiH. U pogledu nadležnosti notara u porodičnopravnim i nasljed-

* Dr. sc. Meliha Powlakić, profesorica Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, Obala Kulina Bana 7, Sarajevo

nopravnim stvarima je konstatirano da ima prostora za dodatno angažiranje notara u općem interesu.

Ključne riječi: nadležnost notara, notarski obrađena isprava, javnobilježnički akt, notarska potvrda, izvršna notarska isprava, notarska potvrda statuta, notar i promet nekretninama

UVOD

Notarijat nema dugu tradiciju na prostoru BiH. Kraljevina Jugoslavija je bila donijela Zakon o javnom bilježništvu 1930. godine¹ sa ciljem da unificira ovu službu na cijeloj teritoriji.² Socijalistička Jugoslavija međutim nije preuzela ovaj institut u svoj pravni poredak. Pri tome bivša SFRJ nije, za razliku od nekih drugih socijalističkih zemalja, poznavala ni instituciju državnog notarijata.³ Nakon disolucije bivše SFRJ sve novoformirane države su donijele propise o notarijatu/javnom bilježništvu⁴, ali se nalaze u različitim fazama implementacije ove službe.⁵ I u Bosni i Hercegovini je u sklopu reforme pravnog

¹ Više o javnom bilježništvu u skladu sa ovim Zakonom kod Trgovčević Prokić, M., *Zakon Kraljevine Jugoslavije o javnim beležnicima*, Pravna riječ 20 (2009.), str. 283 i dalje.

² U područjima koja su prije Prvog svjetskog rata pripadala Austro-ugarskoj monarhiji važili su propisi tih zemalja (npr. u Hrvatskoj se primjenjivao austrijski Notarski red iz 1855. godine). Van tih područja u ostalom dijelu Kraljevine Jugoslavije nije bilo javnih bilježnika. Na zahtjev Ministarstva pravosuđa Kraljevine Jugoslavije 1928. godine je od strane Ureda Saveznog kancelara Austrije bio stavljen na raspolaganje Nacrt novog austrijskog zakona o notarima, koji je trebao poslužiti kao model za izradu propisa o notarima u Kraljevini Jugoslaviji. Navedeno prema Neschwara, Ch., *Österreichisches Notariatsrecht in Mittel und Osteuropa*, Wien, 2000., str. 78.

³ Neke su bivše socijalističke zemlje, kao npr. DDR, Rumunija, poznavale institut tzv. državnog notarijata, ali ovaj institut nema ništa zajedničko sa savremenim zahtjevima koje mora ispuniti notarska služba. Uporediti Leonhardt, P., *Das neue Recht der öffentlichen Notare in Rumänien*, JBOR 40 (1999.), str. 13 i dalje.

⁴ U ovom radu će se primarno koristiti terminologija koju zakonodavac koristi u BiH, te će se pretežno govoriti o ustanovi notarijata, a ne javnog bilježništva. Ipak će na nizu mjesta u ovom radu, a naročito kada se radi o usporednopravnom prikazu, izrazi "javni bilježnik" i "notar" biti ravnopravno upotrebljavani.

⁵ Zakon o javnim bilježnicima Republike Hrvatske (Narodne novine 78/1993, 29/2004, 16/2007, 75/2009) – dalje: ZJB Hrvatske; Zakon o notarima Republike Slovenije (Uradni list 13/1994, 48/1994, 82/1994, 73/2004, 115/2006, 45/2008 – Prečišćen tekst) – dalje: ZNot Slovenije. Republika Makedonija je prvi Zakon o vršenju notarske službe [Zakon za vršenje na notarskite raboti] donijela već 1996., da bi taj zakon potom bio višekratno mijenjan i na kraju zamijenjen novim Zakonom o notarima [Zakon za notarijat] (Služben vesnik 55/2007, 86/2008, 139/2009)

sistema i pravosuđa uveden institut notarijata/javnog bilježništva.⁶ Uvođenje notarijata u pravni sistem jedne zemlje može se smatrati strateškom reformom u procesu tranzicije;⁷ ono je dio reforme pravosudnog sistema i pokušaj približavanja evropskim standardima pružanja pravnih usluga, naročito u oblasti građanskog i privrednog prava.⁸

Notarska služba može znatno doprinijeti pravnoj sigurnosti⁹ u onim pravnim oblastima koje su stavljene u nadležnost notara. Preduvjet za to je da propisi adekvatno reguliraju poziciju ove pravne službe (pristup službi, postupak izbora od čega zavisi stručnost i nepristrasnost vršitelja notarske službe, odgovornost notara, nadzor nad notarskom službom itd.), kao i način obavljanja službe notara. Od ovih propisa zavisi tko će biti notar i kako će notari obavljati svoju službu. Drugo važno pitanje je pravno-političke provenijencije i od njegovog rješenja zavise zadaci notarske službe u jednoj zemlji, odnosno nadležnost notara.¹⁰ Ova dva krucijalna pitanja (pristupa notarskoj službi i nadležnosti notara) su u zemljama nasljednicama bivše SFRJ riješena na različit način. Ovaj će se rad, shodno samom naslovu, baviti samo pitanjem nadležnosti notara i to u Bosni i Hercegovini, pri čemu će bosansko-hercegovačka rješenja biti upoređivana sa rješenjima u regiji.

– dalje: ZNot Makedonije. Zakon o notarima donijela je 2008. i Republika Crna Gora (Službeni list RCG 68/2005, 49/2008) – dalje: ZNot CG. Posljednja je Zakon o javnom bilježništvu donijela Republika Srbija (Službeni glasnik Republike Srbije 31/2011) – dalje: ZJB Srbije.

⁶ U BiH s obzirom na specifično ustavno uređenje postoje tri zakona o notarima: Zakon o notarima Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH 45/2002) – dalje: ZNot FBiH; Zakon o notarima Republike Srpske (Službeni glasnik RS 86/2004, 2/2005, 74/2005, 91/2006, 37/2007, 50/2010, 78/2011) – dalje: ZNot RS; i Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta 9/2003, 17/2006) – dalje: ZNot BD BiH.

⁷ Više o tome Schallast, Ch., *Neue juristische Institutionen in den Transformationsstaaten: Der Beruf des Notars*, WiRO 12 (2001.), str. 363.

⁸ U tom smislu, Siesler, H., Pešut, N., *Notariatswesen in der Republik Kroatien*, Deutsche Notar-Zeitschrift (1996.), str. 941.

⁹ Schallast, *op. cit.* u bilj. 7, str. 363; Dika, M., *Javno bilježništvo i zaštita vjerovnika*, Pravo u gospodarstvu 34 (1995.), str. 545; Rijavec, V., *Die Rolle des Notars bei Streitvermeidung und alternativer Streitbeteiligung*, u: Steppan, M. (ur.), *Zur Geschichte des Rechts, Festschrift für Gernot Kocher zum 65. Geburtstag*, Graz, 2006., str. 378 i dalje. O uticaju djelatnosti javnih bilježnika na pravnu sigurnost i kod Knežić Popović, D., *Društvena uloga javnog beležnika (notara)*, Pravna riječ 20 (2009.), str. 204 i dalje.

¹⁰ Za odlučnu važnost navedenih pitanja vidjeti kod Seger, Ch., *Lex est quod notamus – o uvođenju latinskog notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope*, Nova pravna revija 1-2 (2010.), str. 25.

Nadležnost notara je u BiH u principu propisana zakonima entiteta i Brčko Distrikta BiH koji reguliraju notarsku službu, a dijelom i zakonima koji reguliraju određene pravne oblasti. Propisi o notarima u sva tri dijela BiH su u velikoj mjeri harmonizirani¹¹, što znači da predviđaju i isti krug nadležnosti notara. Pri tome su zakoni o notarima postupovni propisi koji su primarno trebali propisati postupak sačinjavanja određenih vrsta isprava i općenito način poduzimanja određenih službenih radnji; odgovarajućim materijalnopравnim propisima trebalo je biti određeno koji pravni poslovi trebaju biti sačinjeni u formi notarski obrađene isprave¹² (npr. zakonima koji uređuju promet nekretnina, upis u određene registre, nasljedno pravo i sl.). U vremenu kada su bili pripremani zakoni o notarima u BiH nije bilo za očekivati da će istovremeno sa njihovim donošenjem biti izmijenjeni odgovarajući posebni zakoni i biti predviđena nadležnosti notara da sačinjava određene pravne poslove. Stoga su u zakone o notarima unesene materijalnopравne odredbe u pogledu poslova za koje se zahtjeva notarska obrada, a za koje je izričito propisano da imaju temporalni karakter, te da će biti derogirane u mjeri u kojoj pojedini posebni zakoni budu uređivali ovo pitanje.¹³

Određenje nadležnosti notara je pravno-političko pitanje i to kako u pogledu kruga pravnih poslova za koje je obavezna forma notarske obrade, tako i u pogledu kruga poslova koji će notarima biti povjereni, bilo da se time oni izuzimaju iz nadležnosti drugih državnih organa, ponajprije sudova, bilo da ostaje paralelna nadležnost notara i drugih organa.

U BiH su pripreme propisa o notarima kao i pripreme za uvođenje notarske službe (edukacioni seminari, provođenje ispita, praktična obuka u model uredima) trajale nekoliko godina, i nesumnjivo je da je u oba aspekta (izrada propisa, implementacija propisa) urađen ozbiljan posao. Sve do početka obavljanja notarske službe cjelokupna pravnička javnost se držala nezainteresirano, da bi nakon toga služba notara bila izložena kritici, veoma često potpuno neutemeljenoj.¹⁴ Naročito je bio kritiziran krug nadležnosti notara; odredbe koje

¹¹ Komisije koje su bile formirane od strane entitetskih ministarstava pravde uz podršku njemačke vladine organizacije Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ), sada Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ), radile su na izradi harmoniziranih tekstova zakona tako da su entitetski zakoni o notarima kao i Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH u velikoj mjeri usklađeni.

¹² U hrvatskom pravu je ekvivalent za notarski obrađenu ispravu javnobilježnički akt, u pravu Srbije i Crne Gore javnobilježnički odnosno notarski zapis.

¹³ Čl. 73. st. 5. ZNot FBiH, čl. 68. st. 5. ZNot RS, čl. 47. st. 5. ZNot BD BiH.

¹⁴ Manje je kritičkoj analizi bilo podvrgnuto obavljanje službe od strane konkretnih notara, a više je napadana pozicija cijele službe koja se doživjela prije svega kao

reguliraju nadležnost notara su bile predmetom i ustavnih tužbi.¹⁵ Obaveza notarske obrade je u BiH propisana u širem obimu nego u drugim zemljama nasljednicama bivše SFRJ, što je moguće bilo razlogom i za veliki stepen neprihvatanja i osporovanja, prvenstveno od drugih pravnih profesija (odvjetničke, sudijske), naročito iz razloga što ne postoji paralelna nadležnost notara i odvjetnika¹⁶, ali i od strane doktrine.¹⁷

Primarne nadležnosti notara sastoje se u poduzimanju notarske obrade isprava, izdavanju potvrda i vršenju ovjere potpisa, rukoznaka, prijepisa i sl. Sačinjavanje isprava doktrina naziva njegovom certifikacijskom funkcijom, a notarsku obradu izjava o pravnim poslovima normativno-certifikacijskom funkcijom.¹⁸ Pored ove osnovne nadležnosti, notari mogu obavljati i druge poslove dopuštene zakonom o notarima.¹⁹ Tako notar može preuzeti na čuvanje isprave, gotov novac, stvari od vrijednosti (u doktrini označeno kao depozitna funkcija notara).²⁰ Postoje i poslovi koji nisu primarno u nadležnosti notara, ali im mogu, uz njihovu saglasnost, biti povjereni od strane suda ili drugog državnog organa (npr. popis i pečačenje ostavinske i stečajne mase, određene radnje u postupku izvršenja).²¹ To je tzv. komesarijalna funkcija notara.²²

konkurencija odvjetničkoj službi. Često se nastupalo populističkim parolama o enormnim zaradama notara, a da nije vršena analiza troškova jednog notarskog ureda, kome zakonodavac nameće određene standarde obavljanja djelatnosti, niti je vršeno ozbiljno poređenje sa odvjetničkim tarifama.

¹⁵ Ustavni sud Republike Srpske je odbio inicijativu za ocjenu ustavnosti odredbe ZNot RS koja regulira nadležnost notara (U-18/05 od 31.05.2006.). Slična inicijativa je upućena Ustavnom sudu Federacije BiH koji u predmetu U-15/10 još nije donio odluku.

¹⁶ U Republici Hrvatskoj je bilo upravo suprotno, i sudstvo i odvjetništvo su prema notarskoj službi imali pozitivan stav. Tako Dika, M., *Izvanparnična i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika – de lege lata i de lege ferenda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 59/5 (2009.), str. 1156.

¹⁷ Mojović, N., *Od rimskog tabeliona do modernog notara*, Pravna riječ 1 (2004.), str. 151 – 154.

¹⁸ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 9, str. 547.

¹⁹ Čl. 69. st. 2. ZNot FBiH, čl. 64. st. 2. ZNot RS, čl. 43. st. 2. ZNot BD BiH. Odredba nije naj sretnije formulirana – ona upućuje na to da notar može obavljati samo one poslove koji su mu dopušteni samim zakonima o notarima. To ne bi mogla biti namjera zakonodavca koji bi time sam sebi nametnuo ograničenja u pogledu određivanja nadležnosti notara u drugim posebnim zakonima. Pri tome je odredba suprotna npr. odredbi zakona o notarima prema kojoj se izričito predviđa da obaveze notarske obrade isprava mogu biti predviđene i u drugim zakonima (čl. 73. st. 3. ZNot FBiH, čl. 68. st. 3. ZNot RS, čl. 47. st. 3. ZNot BD BiH).

²⁰ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 9, str. 547.

²¹ Čl. 72. ZNot FBiH, čl. 67. ZNot RS, čl. 46. ZNot BD BiH.

²² Dika, M., *op. cit.* u bilj. 9, str. 547.

U ovom radu će zbog njenog posebnog značaja u principu biti istražena i prikazana normativno-certifikacijska funkcija notara, odnosno nadležnost notara da sačinjava zapise o pravnim poslovima (izjavama volje stranaka). Ovaj rad će biti tako sistematiziran da će nakon općih razmatranja o normativno-certifikacijskoj nadležnosti notara, odnosno postupku notarske obrade (A), posebno poglavlje biti posvećeno pojedinim vrstama pravnih poslova za koje je predviđena notarska obrada (B), i to djelatnosti notara u porodičnopравnim stvarima (1.), djelatnosti notara kod zaključenja ugovora o poklonu (2.), u pravnim poslovima koji imaju za predmet sticanje i prenos stvarnih prava na nekretninama (3.), nasljednopравnim stvarima i ostavinskom postupku (4.), statusnim stvarima trgovačkih društava (5.) i izvršnom postupku (6.).

A) NORMATIVNO-CERTIFIKACIJSKA NADLEŽNOST NOTARA (PRAVNI POSLOVI KOJI SE SAČINJAVAJU U POSTUPKU NOTARSKE OBRADE)

Bez sumnje srž notarske funkcije predstavlja upravo sačinjavanje notarskih zapisa o pravnim poslovima (normativno-certifikacijska nadležnost)²³, odnosno sačinjavanje pravnih poslova u postupku notarske obrade. Ova služba ne može biti svedena samo na ovjere potpisa i prijepisa²⁴, već bi u cilju obezbjeđenja pravne sigurnosti u isključivoj nadležnosti notara moralo biti sačinjavanje pravnih poslova koji u svakoj nacionalnoj ekonomiji i pravnom saobraćaju igraju presudnu ulogu, kao što su pravni poslovi koji imaju za predmet nekretnine ili pravni poslovi iz oblasti statusa trgovačkih društava, kao i pravni poslovi u kojima su involvirane osobe kojima je nužno pružiti određenu zaštitu.²⁵

²³ Basedow, J., *Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 55 (1991.), str. 427.

²⁴ Notar ne može biti reduciran samo na onoga ko zamahuje pečatom. Tako Gresser, E., *Die vollstreckbare notarielle Urkunde*, *Notariatszeitschrift* 3 (1993.), str. 55.

²⁵ Za nesmetano funkcioniranje službe, pružanje adekvatnih usluga građanima i pravnim licima, kao i za osiguranu egzistenciju notara veoma je važno pravilno odrediti parametre za broj notara, ali i predvidjeti odgovarajuće nadležnosti notara. U BiH je predviđeno da se notar bira na svakih 20.000 stanovnika uzimajući u obzir i godišnji broj isprava koje se notarski obrade. Ovaj posljednji kriterij će djelovati tek za budućnost. Više o tome Softić, V., u: Povlakić, M.; Schalast, Ch.; Softić, V., *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009., str. 51 i dalje. Ali, to nije problem izražen samo u BiH. Tako je npr. u Kanadi, u državi Kvebek, zbog relativno uskog kruga nadležnosti, svojevremeno bila dovedena u pitanje egzistencija notara. Uporediti Jobin, P.-G., *L'Histoire mouvementée du notariat*, *Revue trimestrielle du droit civil* (1999.), str. 748.

U tranzicijskim zemljama bez duge tradicije notarijata često se djelatnost notara posmatra kao nedovoljno zahtjevna, pri čemu se pogrešno u vidu imaju prvenstveno poslovi ovjera i potvrda, a poslovi sačinjavanja ugovora, odnosno notarskih zapisa o pravnim poslovima (tzv. kautelarna jurisprudencija), se ne shvataju pravilno.²⁶ Za razumijevanje notarske službe je od presudnog značaja razlikovanje onih isprava koje sačini sam notar i za čiju sadržinu odgovara (notarski obrađena isprava, javnobilježnički akt, javnobilježnički zapis) od isprava na kojima ovjerava samo potpise. Razlika između ovih isprava je u Bosni i Hercegovini u njihovoj dokaznoj snazi²⁷, mogućnosti da budu izvršni naslov (samo notarski obrađene isprave mogu imati to svojstvo)²⁸, ali i u zahtjevima postupka. Veći se zahtjevi postavljaju pred postupak notarske obrade nego za sačinjavanje notarskih potvrda ili ovjera o činjenicama.²⁹ U pravu BiH nije predviđen postupak solemniziranja privatnih isprava, po čemu se ono razlikuje od drugih pravnih poredaka u regionu.³⁰ Ovdje je pravo u BiH stajalo pod utjecajem njemačkog prava; njemački propisi o notarima naime ne poznaju solemniziranu ispravu.³¹

U zemljama regiona je pitanje kruga poslova za koje je obavezna forma notarski obrađene isprave različito riješeno, ali ipak postoje određeni pravni po-

²⁶ U tom smislu Schalast, Ch., *op. cit.* u bilj. 7, str. 363.

²⁷ Tako propisi o notarima u BiH predviđaju da zapisi imaju punu dokaznu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom, a notarske ovjere i potvrde snagu javne isprave o činjenicama o kojima se u njima svjedoči. Više kod Schalast, Ch., u: Powlakić, M.; Schalast, Ch.; Softić, V., *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Dopuna komentara Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009., str. 25 i dalje.

²⁸ U tom smislu Powlakić, M., *Izvršnost javnobilježničkih akata*, Pravna misao 3-4 (2000.), str. 9 i dalje; Powlakić, M., *Izvršenje na osnovu notarske isprave*, Zbornik radova sa Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Vol. 5, Mostar, 2007., str. 332 i dalje.

²⁹ Huhn, D.; v. Schuckmann, H.-J., *Beurkundungsrecht in Deutschland*, Berlin – New York, 1991., § 37 Rn. 1.

³⁰ Čl. 59. ZJB Hrvatske, čl. 45. ZNot Makedonije, čl. 50a ZNot CG. Slovensko pravo takođe poznaje solemniziranu ispravu, ali je u odnosu na nju veoma restriktivno. U Sloveniji stranke u pravnom poslu mogu kod notara potvrditi privatnu ispravu, koja onda ima snagu notarskog zapisa, a koja je pod uvjetima propisanim za izvršnost zapisa i izvršna isprava (čl. 49. st. 1. ZNot Slovenije). Međutim, notar u Sloveniji smije solemnizirati privatnu ispravu koja je osnov za sticanje prava na nepokretnosti samo ako ju je sačinio drugi notar ili advokat (čl. 49. st. 2. ZNot Slovenije).

³¹ Rješenja o solemnizaciji mogu biti potencijalno opasna, jer se jednoj privatnoj ispravi, uz postupak koji je ponekad samo surogat postupka notarske obrade, daju u pravnom saobraćaju ista pravna dejstva koja ima notarski obrađena isprava.

slovi koji su gotovo u svim zemljama u ovoj kategoriji. Ovdje se prije svega misli na uređenje imovinskih odnosa u bračnoj i vanbračnoj zajednici.³² Takođe je standardno rješenje da se u formi zapisa moraju zaključiti ugovori lica koja su maloljetna ili im je oduzeta poslovna sposobnost i kojima ta lica raspolažu svojom imovinom ili nepokretnostima³³, te za obećanje poklona.³⁴ Rješenja u Bosni i Hercegovini slijede ovu matricu. Međutim time se lista pravnih poslova koji se obavezno zaključuju u formi notarski obrađene isprave ne iscrpljuje. Može se konstatirati da notari u BiH u ovom smislu imaju najširu nadležnost, jer se u njihovoj isključivoj nadležnosti nalazi sačinjavanje zapisa o pravnim poslovima koji imaju za predmet stjecanje i prijenos stvarnih prava na nepokretnostima i o pravnim poslovima iz oblasti statusa privrednih društava.^{35, 36}

Postupak notarski obrađene isprave je poseban postupak propisan zakonom³⁷ koji ima za cilj da u pravnom poslu dođe do izražaja prava volja stranaka, da pravni posao ne sadrži odredbe koje su protivne zakonu ili nisu pro-

³² Čl. 47. tač. 2. ZNot Slovenije, čl. 42. st. 1. lit. a) ZNot Makedonije, čl. 51. st. 1. tač. 1. ZNot CG, čl. 82. st. 1. tač. 1. – 3. ZJB Srbije. U Hrvatskoj je čl. 26. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o javnom bilježništvu Hrvatske iz 2007. brisana ova mogućnost (Narodne novine 16/2007).

³³ Čl. 47. tač. 1. ZNot Slovenije, čl. 42. st. 1. lit. b) ZNot Makedonije, čl. 51. st. 1. tač. 2. ZNot CG, čl. 53. st. 1. tač. 1. ZJB HR. ZJB Srbije ovdje sadržava specifično rješenje propisujući da je za ugovore poslovno nesposobnih lica, ako se radi o raspolaganju nepokretnostima, potrebna notarska obrada (čl. 82. st. 1. tač. 5.).

³⁴ Čl. 47. tač. 1. ZNot Slovenije, čl. 42. st. 1. lit. d) ZNot Makedonije, čl. 51. st. 1. tač. 5. ZNot CG, čl. 53. st. 1. tač. 2. ZJB HR, čl. 82. st. 1. tač. 8. ZJB Srbije.

³⁵ Čl. 73. st. 1. tač. 4. ZNot FBiH, čl. 68. st. 1. tač. 4. ZNot RS, čl. 47. st. 1. tač. 4. ZNot BD BiH. Samo je još u Crnoj Gori predviđena forma notarskog zapisa za pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnostima (čl. 51. st. 1. tač. 6. ZNot CG). ZJB Srbije nije predvidio da pravni poslovi koji imaju za predmet stvarna prava na nepokretnostima moraju biti zaključeni u formi notarski obrađene isprave (javnobilježničkog zapisa), ali je za razliku od drugih propisa u regionu pokazao namjeru po proteku prelaznog perioda od dvije godine od dana stupanja na snagu zakona prihvatiti takvo rješenje; pravni poslovi o nekretninama će se morati zaključivati u formi notarski obrađene isprave ili solemnizirane isprave (čl. 181. ZJB Srbije). Za nadležnost javnih bilježnika kod prijenosa vlasništva na nekretninama u Hrvatskoj vidjeti Benc, R., *Osvrt na notarijat u Republici Hrvatskoj početkom 2009. godine*, u: *Nacionalni izvještaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope (Country Reports on Notary Service in Southeast European Countries)*, Sarajevo, 2009., str. 199.

³⁶ Čl. 73. st. 1. tač. 5. ZNot FBiH, čl. 68. st. 1. tač. 5. ZNot RS, čl. 47. st. 1. tač. 5. ZNot BD BiH.

³⁷ Čl. 74. – 89. ZNot FBiH, čl. 69. – 84. ZNot RS, čl. 48. – 63. ZNot BD BiH.

vodive. U okviru postupka notarske obrade isprave, notar mora provjeriti da li su stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje određenog pravnog posla. Notar je dužan da ispita pravu volju stranaka, zatim da izjave volje stranaka jasno i nedvosmisleno pismeno sastavi u obliku notarskog izvornika. On je dužan da zaštiti neiskusne i nevjeste stranke, kao i uopće da pouči stranke o pravnim posljedicama poslova koje poduzimaju. Zapisnik o izjavama se mora pročitati strankama, kao i svi prilozi, osim ako stranke ne odustanu od čitanja priloga. Svaka radnja koju je notar poduzeo mora biti konstatirana u notarski obrađenoj ispravi, kao npr. da je zapisnik o izjavama strankama pročitao, da su odustale od čitanja priloga i sl.

Notar u ovom postupku nastupa kao nezavisno treće lice sa zadatkom da podjednako zaštiti interese obiju stranaka.³⁸ Budući da on obavlja javna ovlaštenja notarska isprava o pravnom poslu koju on sastavi ima karakter javne isprave, sa svim prednostima koje javna isprava ima u prometu (pretpostavka autentičnosti i istinitosti). U notarski obrađenoj ispravi se stranka koja duguje određeno novčano potraživanje (plaćanje cijene, eventualni povrat kapare i sl.) može podvrgnuti neposrednom prinudnom izvršenju na osnovu te isprave. Pod ispunjenjem određenih pretpostavki notar može izdati izvršni otporak notarski obrađene isprave koji predstavlja izvršni naslov. Činjenica da se radi o javnoj i izvršnoj ispravi olakšava položaj vjerovnika u eventualnom pcesu, a učesće notara u oblikovanju ugovornih odredaba bi trebalo dovesti i do smanjenja broja postupaka (npr. postupaka koji se vode povodom nekretnina i sl.).³⁹

Zakoni o notarima entiteteta i BD BiH formu notarski obrađene isprave propisali su za pravne poslove čije zaključenje izaziva važne pravne posljedice ili se radi o strankama koje posebno treba zaštititi. Ne samo ugovorne strane već i cijeli pravni poredak su zainteresirani da odredbe ovih pravnih poslova budu formulirane jasno i neprotivrečno, od strane osoba sposobnih i ovlaštenih na zaključenje takvih pravnih poslova, da prava i obaveza stranaka budu uravnoteženi i jasno definirani, kako ne bi došlo do pravnih sporova prilikom njihove realizacije ili kako bi oni mogli biti bez problema upisani u odgovarajuće javne registre.

³⁸ Ako onaj ko sačinjava i formulira ugovor nije od samog početka osoba od povjerenja obiju stranaka postavlja se pitanje kako postići ravnotežu između pojedinačnih interesa i pravičnosti ugovora. Tako Welser, R., *Die kautelarjuristische Tätigkeit im Zivilrecht*, Österreichische Notariatszeitung 12 (2009.), str. 357. Kautelarna jurisprudencija je domen notara. *Ibid.*, str. 359.

³⁹ Više o postupku notarske obrade vidjeti kod Softić, V., *op. cit.* u bilj. 25, str. 142 i dalje; Powlakić, M., *Osnovne značajke notarske službe u Federaciji BiH*, Pravni savjetnik 4 (2003.), str. 87.

Forma notarske obrade je za niz poslova u pravu BiH propisana kao forma *ad solemnitatem* ili uvjet njihove valjanosti. Nesačinjavanje ovih pravnih poslova u toj formi bi imalo za posljedicu ništavost pravnog posla. Ako stranke pravni posao ne bi zaključile u formi notarski obrađene isprave, a nakon toga ga u cjelini ili u pretežnom dijelu izvršile, moglo bi se postaviti pitanje konvalidacije takvog posla. Odredba čl. 73. ZOO konvalidaciju u navedenoj situaciji dopušta samo ako se to ne bi protivilo cilju zbog kojeg je forma propisana. Cilj zakonodavca je pružanje kvalitetnije pravne usluge od strane trećeg nepristrasnog lica što bi za cilj imalo veću pravnu sigurnost i preveniranje sporova, što dovodi do zaključka da je forma notarski obrađene isprave propisana prvenstveno u javnom interesu i da konvalidacija ne bi bila moguća. Identičan stav se mora zauzeti i prema istovremenim usmenim pogodbama o sporednim tačkama ugovora ili prema istovremenim ili kasnijim usmenim pogodbama kojima se smanjuju ili olakšavaju obaveze stranaka. Pod zakonom propisanim uvjetima one su valjane, ali samo ako nisu protivne cilju zbog kojeg je forma propisana, odnosno ako je forma propisana samo u interesu ugovornih strana, što ovdje nije slučaj.⁴⁰

U BiH određeni krug poslova može biti zaključen samo u formi notarski obrađene isprave (npr. pravni poslovi koji imaju za predmet osnivanje i prijenos stvarnih prava, osnivački akti privrednih društava), a u određenim, rjeđim slučajevima, je notarski obrađena isprava predviđena alternativno (npr. sporazum bračnih drugova o visini izdržavanja u Federaciji BiH). U zemljama regiona su zastupljena rješenja koja notarsku obradu predviđaju samo kao jednu od mogućih formi, npr. pored sudske ovjere i solemnizacije.⁴¹ Pri ovakvim rješenjima nužno je da druge forme nude ekvivalentne garancije (npr. sklapanje pravnog posla uz učešće i aktivnu pouku suda). Kvalitetom i dostupnošću svojih usluga notari mogu učiniti da se tražioci usluga češće obrate njima nego drugom organu.⁴²

⁴⁰ Čl. 67. st. 4. i čl. 71. st. 2. i 3. ZOO.

⁴¹ U hrvatskom pravu je takav slučaj sa ugovorom o razdiobi imovine za života, odricanju od nasljedstva, doživotnom izdržavanju. Vidjeti kod Benc, R., *op. cit.* u bilj. 35, str. 172. Takođe je u ZJB Srbije predviđena mogućnost da se određeni poslovi mogu sačiniti u formi notarski obrađene isprave pri čemu se ne dira u odredbe drugih zakona koji propisuju drugi oblik za te poslove (poslovi koji imaju za predmet nekretnine, testament, osnivanje zaklade, priznanje očinstva i sl.; čl. 83. st. 1. ZJB Srbije).

⁴² To je upravo slučaj u Hrvatskoj gdje se i u oblastima gdje je izbor notarski obrađene isprave fakultativan stranke odlučuju za tu formu, jer su prepoznale kvalitet notarske usluge. Tako Benc, R., *op. cit.* u bilj. 35, str. 159.

Neovisno o krugu poslova za koje zakoni o notarima predviđaju obavezu notarske obrade, stranke mogu odlučiti da se i neki drugi pravni posao, npr. prodaja pokretnih stvari, ugovor o zakupu nekretnina, zaključi u formi notarski obrađene isprave. Iz zakonske formulacije da “stranke imaju pravo da zahtjevaju” slijedi da notar ne bi mogao odbiti notarsku obradu koju stranke traže, osim u slučaju da postoje razlozi za odbijanje službene radnje. Notarsku obradu će stranke željeti naročito u onim slučajevima kada se bude željelo podvrgavanje prinudnom izvršenju za potraživanja iz ugovora. U praksi se ova mogućnost ne koristi u većoj mjeri, ali bi to moglo biti rješenje za olakšanje položaja povjerioca u mnogim trgovačkim ugovorima.

Mogućnost da notarski obrađena isprava bude izvršni naslov bi mogla koristiti u mnogim situacijama gdje već postoji dužničko-vjerovnički odnos i gdje dužnik kasni sa plaćanjem ili uopće želi ponuditi veću sigurnost povjeriocu. Moguće bi bilo zaključiti ugovor o priznanju i dospelosti određenog duga u formi notarski obrađene isprave u kojem bi se dužnik podvrgnuo neposrednom izvršenju.

Takođe bi ova forma mogla donijeti određeno olakšanje u ugovorima o jemstvu. Iskustvo u BiH pokazuje da je veliki broj jemaca nepromišljeno jemčio za tuđi dug te da te dugove otplaćuju, što je u Bosni i Hercegovini u međuvremenu postalo ogroman socijalni problem. Notarska obrada ugovora o jemstvu bi mogla imati dva učinka: s jedne strane bi povjerioci (u pravilu banke) mogli imati izvršni naslov i prema jemcu, a ne samo prema glavnom dužniku, a s druge strane bi obaveza notara da pouči slabiju stranku mogla bitno doprinijeti zaštiti jemaca. Ovdje bi zadatak notara bio da mu objasni sve pravne posljedice koje iz jemstva kao i podvrgavanja izvršenju proizilaze. Ovo sve postaje još interesantnije u kontekstu zaštite potrošača. U Njemačkoj doktrini je već konstatirana potreba zaštite jemca koji se “mora računati u glavne adresate preventivne zaštite potrošača u oblasti kredita”.⁴³

B) NADLEŽNOST NOTARA U POJEDINIM PRAVNIM OBLASTIMA

I. Nadležnost notara u porodičnopravnim stvarima

Nadležnost notara u porodičnopravnim stvarima propisana je kako samim zakonima o notarima tako i propisima koji uređuju porodično pravo, i to: Po-

⁴³ Hofmeister, H., *Rechtssicherheit und Verbraucherschutz — Form im nationalen und europäischen Recht*, Deutsche Notarzeitschrift 13 (1993.), str. 38. Za obavezu notarske obrade ugovora o jemstvu, Wolfsteiner, H., *Rechtssicherheit und Verbraucherschutz — Form im nationalen und europäischen Recht*, Deutsche Notarzeitschrift 13 (1993.), str. 31.

rodičnim zakonom Federacije BiH (dalje: PZ FBiH)⁴⁴, Porodičnim zakonom Republike Srpske (dalje: PZ RS)⁴⁵ i Porodičnim zakonom BD BiH (dalje: PZ BD BiH).⁴⁶ Niti jedan od ovih zakona nije u potpunoj saglasnosti sa zakonom koji uređuje notarijat. PZ FBiH ipak predviđa najširu nadležnost notara u oblasti porodičnog prava. Prema sva tri zakona o notarima u BiH notarskoj obradi podliježu pravni poslovi koji za predmet imaju reguliranje imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici (1.1.)⁴⁷ te pravni poslovi raspolaganja imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica (1.2.)⁴⁸, što su standardna rješenja i u zemljama nasljednicama bivše SFRJ.⁴⁹ Sva tri zakona o porodičnom pravu predviđaju nadležnost notara za zaključenje ugovora o reguliranju imovinskih odnosa u bračnoj zajednici, ali to čine na različit način, kako će niže biti detaljnije izloženo. Pored navedenog, forma notarski obrađene isprave predviđena je i za neke druge sporazume i određene izjave volje iz oblasti porodičnog prava (npr. priznanje očinstva⁵⁰) – vidjeti *infra* 1.3.

1.1. Pravni poslovi reguliranja imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih drugova

Zakoni o notarima predviđaju isključivu nadležnost notara za pravne poslove o reguliranju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici.

U momentu donošenja ovih propisa u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH na snazi je bio Porodični zakon SR BiH iz 1979.⁵¹ Ovaj Zakon u principu nije dopuštao mogućnost odstupanja od zakonskog imovinskog režima koji je predviđao da je sve što je stečeno radom u toku trajanja bračne (i vanbračne) zajednice zajednička imovina supružnika. Bila je predviđena mogućnost spora-

⁴⁴ Službene novine FBiH 35/2005, 41/2005.

⁴⁵ Službeni glasnik RS 54/2002, 41/2008.

⁴⁶ Službeni glasnik BD BiH 23/2007.

⁴⁷ Čl. 73. st. 1. tač. 1. ZNot FBiH, čl. 68. st. 1. tač. 1. ZNot RS, čl. 47. st. 1. tač. 1. ZNot BD BiH.

⁴⁸ Čl. 73. st. 1. tač. 2. ZNot FBiH, čl. 68. st. 1. tač. 2. ZNot RS, čl. 47. st. 1. tač. 2. ZNot BD BiH.

⁴⁹ Vidjeti bilješke 32 i 33.

⁵⁰ Čl. 56. st. 1. PZ FBiH.

⁵¹ Službeni list SR BiH 21/1979, 44/1989 – dalje: PZ SRBiH.

zuma bračnih drugova u slučaju diobe zajedničke imovine⁵², gdje se udio pojedinog bračnog druga mogao odrediti sporazumom, a mimo kriterija propisanih zakonom. Inače je vladalo stanovište da se prinudni imovinski režim bračnih drugova nije mogao mijenjati ugovorom.⁵³ Sve do donošenja novih porodičnih zakona u ova dva dijela BiH odredba zakona o notarima o zaključenju bračnih ugovora, odnosno ugovora o reguliranju imovinskih odnosa u vanbračnoj zajednici, nije mogla imati veći praktični značaj. U Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH se situacija izmijenila donošenjem novih porodičnih zakona koji su stajali pod vidnim uticajem hrvatskog porodičnog zakonodavstva.

PZ FBiH i PZ BD BiH se od Porodičnog zakona RS razlikuju i po tome što su, po ugledu na hrvatsko pravo, usvojili novi pravni režim imovine stečene u braku. Bračnu stečevinu čini imovina koju bračni drugovi steknu radom u toku trajanja bračne zajednice kao i prihodi od te imovine. Ona se smatra suvlasništvom, a neoboriva je zakonska pretpostavka da su bračni drugovi suvlasnici sa jednom polovinom.⁵⁴ Ova se zakonska pretpostavka može otkloniti samo zaključenjem bračnog ili predbračnog ugovora kojim bračni drugovi kao i budući bračni drugovi svoje odnose vezane za bračnu stečevinu mogu drugačije urediti. U Federaciji BiH uvjet valjanosti ovog ugovora je da bude zaključen u formi notarski obrađene isprave, a u Brčko Distriktu je dovoljna i ovjera potpisa.^{55, 56}

Na žalost, odredbe porodičnih zakona i zakona o notarima u FBiH i BD BiH se razlikuju u pogledu mogućnosti zaključenja ugovora kojima se reguliraju imovinski odnosi bračnih i vanbračnih drugova. ZNot FBiH i ZNot BD BiH predviđaju mogućnost da ugovor o uređenju imovinskih odnosa zakluče kako bračni drugovi tako i lica koja žive u vanbračnoj zajednici. PZ FBiH međutim predviđa mogućnost zaključenja bračnog ugovora u toku trajanja braka

⁵² Čl. 266. PZ SRBiH.

⁵³ Traljić, N.; Bubić, S., *Porodično pravo*, 2. izdanje, Sarajevo, 2001., str. 292; Traljić, N.; Bubić, S., *Bračno pravo*, Sarajevo, 2007., str. 85; Mladenović, M., *Porodično pravo Jugoslavije*, Beograd, 1991., str. 209.

⁵⁴ Čl. 252. st. 1. PZ FBiH, čl. 229. PZ BD BiH. Iscrpno o novom uređenju bračne stečevine kao i kritiku rješenja koje predviđa neoborivu zakonsku pretpostavku o jednakim suvlasničkim udjelima vidjeti kod Softić, D., *Bračna stečevina prema Porodičnom zakonu Federacije BiH*, Godišnjak pravnog fakulteta u Sarajevu L (2007.), str. 496 i dalje.

⁵⁵ Čl. 258. PZ FBiH.

⁵⁶ O značaju i prednostima forme notarske obrade kod bračnih ugovora vidjeti kod Softić, D., *op. cit.* u bilj. 54, str. 512.

i prilikom zaključenja braka.⁵⁷ Iz navedene formulacije bi slijedilo da porodični zakoni u ovim dijelovima BiH imaju u vidu samo bračni i predbračni ugovor, te da ovaj posljednji svoje dejstvo ispoljava samo ako dođe do zaključenja braka, a da nije predviđena mogućnost zaključenja sličnog ugovora u vanbračnoj zajednici. Takav zaključak se ne može zagovarati. Odredbe čl. 263. PZ FBiH odnosno čl. 240. PZ BD BiH određuju da se imovina koju su vanbračni partneri stekli radom u vanbračnoj zajednici smatra njihovom izvanbračnom tečevinom na koju se primjenjuju odredbe zakona o bračnoj tečevini. Nisu propisana ograničenja u pogledu primjene odredaba o bračnoj tečevini, što znači da se sve odredbe koje reguliraju bračnu stečevinu primjenjuju i na vanbračnu stečevinu, te tako i odredba o mogućnosti da bračni partneri svoje imovinske odnose urede i na drugi način. Ipak bi bilo bolje da je ovo pitanje izričito uređeno zakonom.

Ipak, time nisu iscrpljena sva pitanja. Iz porodičnih zakona u Federaciji i Brčko Distriktu BiH ne proizilazi direktno kakav bi pravni režim imovine bio u slučaju da su prije zaključenja braka lica zasnovala zajednicu života koja ne ispunjava zakonom propisane kriterije za postojanje vanbračne zajednice (tri godine zajednice života, ili jedna godina u slučaju postojanja zajedničkog djeteta), da su zaključili predbračni ugovor a nakon izvjesnog vremena zasnovali brak. Da li bi ugovorni pravni režim važio tek od zaključenja braka, što je nelogično rješenje i ne bi nužno moralo odgovarati interesima partnera, ili bi imao retroaktivno dejstvo? Moraju li vanbračni drugovi čekati sa zaključenjem navedenog ugovora da prođe vrijeme propisano zakonom ili mogu zaključiti odmah ovaj ugovor; da li on proizvodi dejstva odmah od zaključenja, bez obzira da li zajednica ispunjava zakonom propisane uvjete za postojanje vanbračne zajednice, da li proizvodi dejstva tek nakon ispunjenja zakonskih uslova ili dobiva retroaktivno dejstvo nakon što su se ispunili zakonski uslovi za tretiranje jedne zajednice vanbračnom zajednicom? Bilo bi nužno ove dileme riješiti dopunama PZ FBiH i PZ BD BiH, jer one imaju značajne praktične konsekvence.

U Republici Srpskoj je Porodični zakon bio donesen već 2002. U pogledu imovinsko-pravnog režima bračnih i vanbračnih drugova ovaj je Zakon u odnosu na raniji PZ SRBiH donio novinu: zakonodavac je zadržao režim zajedničkog vlasništva, ali je propisao oborivu pretpostavku o jednakim udje-

⁵⁷ Čl. 258. PZ FBiH, čl. 235. PZ BD BiH. Za mogućnost zaključenja u braku i samo neposredno pred zaključenje braka Traljić, N.; Bubić, S., *Bračno pravo, op. cit.* u bilj. 53, str. 86.

lima bračnih drugova.⁵⁸ Bračni drugovi mogu svojim sporazumom odrediti drugačije, a ako se o tome ne mogu sporazumjeti, mogu zahtijevati od suda da to učini.⁵⁹ Ovaj Zakon je izvorno predviđao da se sporazum bračnih drugova zaključuje u pismenoj formi uz ovjeru potpisa od strane notara.⁶⁰ Odredba je naravno derogirana kasnijom odredbom ZNot RS koja je predvidjela formu notarski obrađene isprave. Bez obzira na ovu prećutnu derogaciju zakonodavac je u Republici Srpskoj, nakon što je započela primjena ZNot RS, izmijenio Porodični zakon i uskladio ga sa ovim potonjim propisavši da bračni ugovor, kao i svi pravni poslovi regulisanja imovinskih odnosa u bračnoj i vanbračnoj zajednici, moraju biti sačinjeni u formi notarski obrađene isprave.⁶¹ Propisana je i obaveza matičara da prilikom sklapanja braka buduće supružnike upozori na mogućnost uređenja imovinskih odnosa bračnim ugovorom.⁶²

Propust je sva tri zakonodavca u BiH što nisu uvodeći ovaj novi pravni institut u pravni poredak entiteta ipak detaljnije regulirali sadržaj bračnog ugovora.⁶³ Nije upitno da on regulira imovinsko-pravne odnose (budućih) supružnika, sa primarnim ciljem odstupanja od zakonskog imovinskog režima. Upitno je, međutim, da li njime mogu biti regulirana pitanja ličnog karaktera.⁶⁴ U slučaju da su takva pitanja regulirana imperativnim normama, npr. u cilju zaštite djece, onda je time postavljena granica slobodi ugovaranja. Tako se npr. supružnici ne bi mogli dogovoriti oko vršenja roditeljskog staranja ni u slučaju razvoda; propisano je da o tome odlučuje sud uz učešće organa starateljstva. Pri tome je na drugom mjestu u PZ FBiH, gdje je regulirano posredovanje u porodičnom pravu, dopušteno da se bračni drugovi mogu sporazumjeti o izvršavanju roditeljskog staranja, izdržavanja djeteta, održavanja kontakata sa djecom i izdržavanja (bivšeg) bračnog druga.⁶⁵ Nije jasno u čemu je razlika između mogućnosti sporazumnog uređenja odnosa bračnih drugova u postupku posredovanja i pred notarom u postupku notarske obrade. Poželjno bi bilo

⁵⁸ Čl. 272. st. 1. PZ RS. Očigledno je i prema drugim zakonskim odredbama da je zakonodavac slijedio hrvatska rješenja, ali veoma nedosljedno.

⁵⁹ Čl. 272. st. 2. i čl. 273. st. 1. PZ RS.

⁶⁰ Čl. 271. st. 5. PZ RS.

⁶¹ Čl. 271. st. 5. i čl. 288. PZ RS.

⁶² Čl. 20. st. 2. PZ RS.

⁶³ U tom smislu Softić, D., *op. cit.* u bilj. 54, str. 515.

⁶⁴ PZ BD BiH izričito određuje da se ovim ugovorom uređuju imovinski odnosi (čl. 235.). U tom smislu i Traljić, N.; Bubić, S., *Bračno pravo, op. cit.* u bilj. 53, str. 86.

⁶⁵ Ova je pitanja PZ FBiH predvidio kao pitanja o kojima se bračni drugovi mogu sporazumjeti u postupku posredovanja (čl. 44. PZ FBiH).

de lege ferenda predvidjeti da se u (pred)bračnom ugovoru, a time i u postupku notarske obrade, bračni drugovi mogu sporazumjeti o svemu što može biti predmetom posredovanja.

Takođe se bračni drugovi ne mogu sporazumjeti o međusobnom nasljeđivanju, ne mogu se odreći od budućih nasljednih prava ili sporazumjeti o sastavu zaostavštine. Takođe je sporno da li bi se bračni drugovi u Federaciji BiH mogli dogovoriti o pitanjima izdržavanja, budući da su zakonske odrebe protivrječne. S jedne strane je propisano da odricanje od prava i obaveze izdržavanja nema pravnih učinaka⁶⁶, a sa druge strane da se sporazum o izdržavanju i njegovoj visini zaključuje u formi notarski obrađene isprave.⁶⁷ U ovom kontekstu se treba zalagati za tumačenje da se bračni drugovi mogu sporazumjevati o izdržavanju, ali tako da to ne znači potpuno odricanje od prava ili oslobađanje od obaveze.

Zakonske odredbe koje reguliraju bračni ugovor su zbog ograničenja u vezi sa njegovim sadržajem ipak dijelom propuštena šansa.

1.2. Raspolaganja imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica

Maloljetnici kao i lica kojima je iz zakonom propisanih razloga u vanparničnom postupku oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost su pod posebnom zaštitom. Iz tog razloga zakoni o notarima u BiH u cilju ostvarivanja zaštite ovih lica propisuju notarsku obradu pravnih poslova kojima se raspolaže njihovom imovinom. Zaštita ovih lica se do uvođenja notarijata u pravni poredak BiH ostvarivala potrebom odobrenja organa starateljstva, a nakon toga i pojačanim zahtjevima u pogledu forme.

Odredba otvara nekoliko pitanja. Prvo je pitanje na koja se lica ova odredba odnosi? Iz njenog teksta ne slijedi nedvosmisleno da li su njome obuhvaćeni svi maloljetnici ili samo potpuno poslovno nesposobni maloljetnici.⁶⁸ Upotre-

⁶⁶ Čl. 213. st. 3. PZ FBiH.

⁶⁷ Čl. 245. PZ FBiH.

⁶⁸ U F BiH maloljetnici sa navršениh 14 godina postaju djelimično poslovno sposobni (čl. 157. st. 5. PZ FBiH), a u RS sa navršениh 15 godina života (čl. 211. PZ RS), dok je ova granica u propisima BD BiH protivrječno određena. Odredba čl. 120. PZ BD BiH propisuje da djeca sa navršениh 16 godina mogu samostalno zaključivati pravne poslove koji im donose prava a sve druge pravne poslove uz saglasnost zakonskog zastupnika, što je tipičan opis statusa ograničeno poslovno sposobnog maloljetnika. Nasuprot tome čl. 134. st. 5. PZ BD BiH izričito određuje da se ograničena poslovna sposobnost stiče sa 14 godina.

bljeni izraz “maloljetnici” upućuje na to se odredba odnosi na sve maloljetnike, pa i one koji uz odobrenje zakonskog zastupnika mogu sami davati izjavu volje (ograničeno poslovno sposobni maloljetnici). Izraz “maloljetnici” dalje nije dovoljno precizan jer nije odlučujući uzrast već stepen poslovne sposobnosti. Tako maloljetnici koji su brakom stekli poslovnu sposobnost ili su je stekli na osnovu odluke suda donesene u vanparničnom postupku iz razloga što su postali roditelji⁶⁹ nisu obuhvaćeni ovom odredbom jer su potpuno poslovno sposobni.

Dalje se postavlja pitanje da li je zakon ovom odredbom želio obuhvatiti samo punoljetna lica kojima je potpuno oduzeta poslovna sposobnost ili i ona lica kojima je samo ograničena poslovna sposobnost. *Ratio* zaštite jednih i drugih (maloljetnih i punoljetnih lica koja su potpuno poslovno nesposobna ili ograničeno poslovno sposobna) je isti, tako da i odgovor mora biti isti. Odredba se ima tumačiti tako da obuhvata sva punoljetna lica kojima je ograničena ili potpuno oduzeta poslovna sposobnost, kao i sve maloljetnike koji nemaju punu poslovnu sposobnost.

Druga nedoumica se odnosi na predmet raspolaganja. U Federaciji BiH i Republici Srpskoj ova obaveza postoji uvijek kada je u pitanju raspolaganje imovinom maloljetnih lica, a u Brčko Distriktu BiH samo ako se radi o raspolaganjima značajnijim dijelovima imovine ovih lica. Problematične su obje formulacije. U Brčko Distriktu BiH se primjenjivač prava konfrontira sa pitanjem koja raspolaganja treba kvalificirati kao raspolaganja značajnijim dijelovima imovine takvih lica. Kako je imovinsko stanje pojedinih maloljetnijih i poslovno nesposobnih lica različito, ova će granica od slučaja do slučaja biti različita što će u primjeni izazvati teškoće. U određenom slučaju notar može smatrati da notarska obrada nije potrebna jer se ne radi o znatnijim dijelovima imovine, a stranka može biti drugačijeg mišljenja i smatrati da je notar neopravdano odbio službenu radnju ili se kasnije može postaviti pitanje punovažnosti ovih ugovora. Ovdje je ključno pitanje ko bi trebao procijeniti da li se radi o znatnijoj imovini maloljetnika ili poslovno nesposobnog lica. Najlogičniji odgovor bi bio da bi tu procjenu trebao prilikom odobravanja određenog ugovora izvršiti organ starateljstva. U svakom slučaju ako se radi o otuđenju nekretnina ili isplati novca radi stjecanja nekretnina može se poći od toga da se radi o značajnijoj imovini, ali takvi ugovori bez sumnje moraju biti notarski obrađeni jer za predmet imaju nekretnine.

⁶⁹ Ovaj posljednji način stjecanja poslovne sposobnosti moguć je u F BiH (čl. 157. st. 3. PZ FBiH) i BD BiH (čl. 139. st. 3. PZ BD BiH), ali ne i u RS.

U oba entiteta problem se ispoljava drugačije, jer će notarskoj obradi podlijegati svi poslovi koji znače raspolaganje imovinom ovih lica. Raspolaganje imovinom je i kupovina npr. odjeće i obuće ako se isplata vrši iz maloljetnikovih sredstava, kao što je i prodaja njegovog polovnog bicikla. Zakonodavac sigurno nije imao u vidu takve pravne poslove, već samo značajnije pravne poslove, tj. one pravne poslove koji mogu uticati i na njegov dalji život, ali to se na žalost iz ove zakonske odredbe ne vidi. U toku zakonodavne procedure se i u Federaciji BiH odredba odnosila samo na raspolaganja znatnijim dijelom imovine, što je u konačnom tekstu brisano. Istorijskim tumačenjem se može doći do zaključka da zakonodavac prvobitno nije imao u vidu sve pravne poslove poslovno nesposobnih lica kojima se raspolaze njihovom imovinom; stanovište koje je docnije napustio (osim ako je u pitanju tehnička greška).

1.3. Ostale nadležnosti notara u porodičnopравnim stvarima

Na nizu mjesta PZ FBiH, kao u manjoj mjeri i PZ RS i PZ BD BiH predviđaju nadležnost notara i obaveznu formu notarski obrađene isprave. Tako se u Federaciji BiH i Republici Srpskoj u formi notarski obrađene isprave mogu dati izjave o priznanju očinstva i materinstva⁷⁰ i izjava majke kojom pristaje na priznanje očinstva.⁷¹ Ovdje međutim nije predviđena isključiva nadležnost notara – izjave se mogu dati takođe pred matičarom, organom starateljstva i sudom.

Određena nadležnost data je notarar u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH u oblasti izdržavanja, ali je ona ograničenog obima. Nije se moguće oteti utisku da je kod određivanja izdržavanja PZ FBiH ispoljio ipak određenu rezervisanost – izdržavanje, bez obzira o kojem se zakonskom izdržavanju radi, primarno određuje sud.⁷² Ukoliko se radi o izdržavanju djeteta od strane roditelja, i ako se potrebe djeteta povećaju ili izmjene prilike roditelja, organ starateljstva će nastojati, vodeći računa o dobrobiti djeteta, da se roditelji sporazumiju o visini, odnosno o povišenju doprinosa za izdržavanje djeteta.⁷³ Ovaj sporazum roditelji mogu zaključiti i pred notarom u formi notarski obrađene isprave. Iz formulacije slijedi da je forma notarski obrađene isprave samo jedna od mogućnosti, ali se iz nje ne vidi u kojem bi još obliku ovaj sporazum mogao

⁷⁰ Čl. 56. st. 1. PZ FBiH, čl. 112. st. 1. PZ RS.

⁷¹ Čl. 62. st. 3. PZ FBiH, čl. 117. st. 1. PZ RS.

⁷² Čl. 235. PZ FBiH, čl. 215. PZ BD BiH.

⁷³ Čl. 238. st. 1. PZ FBiH, čl. 218. PZ BD BiH.

biti zaključen. Veoma je dobro rješenje da ovaj sporazum ima snagu izvršne isprave.⁷⁴ U principu bi se roditeljima trebalo omogućiti da zakluče ovaj sporazum uvijek i u svakoj situaciji, naravno pod uvjetom da je izdržavanje djeteta osigurano. Nema nikakve potrebe za uplitanjem javne vlasti za slučaj da samo jedan roditelj preuzima izdržavanje ili to čini u većoj mjeri od drugoga. Osim toga bi ovakvo rješenje dodatno moglo rasteretiti sudove.⁷⁵

Ukoliko se radi o drugim vrstama izdržavanja onda PZ FBiH ne predviđa direktno da se izdržavana osoba i obveznik izdržavanja mogu sporazumjeti o visini izdržavanja. Međutim to posredno slijedi iz odredbe prema kojoj izdržavana osoba kao i obveznik izdržavanja mogu tražiti da sud povisi, snizi ili ukine izdržavanje ranije dosuđeno pravomoćnom presudom, ili sporazumom postignutim pred organom starateljstva, ili u formi notarski obrađene isprave, ukoliko su se izmijenile okolnosti na osnovu kojih je donesena ranija presuda, odnosno sporazum.⁷⁶

Dalje PZ FBiH predviđa da dužnik izdržavanja može pred sudom, notarom, organom starateljstva ili poslodavcem, odnosno drugim isplatiocem, dati pristanak da se iznosi određeni za izdržavanje isplaćuju iz plaće ili drugih stalnih novčanih primanja izravno osobi koja je u odluci suda označena kao primalac izdržavanja, bez provođenja izvršnog postupka.⁷⁷ Ovom se odredbom olakšava realizacija prava na izdržavanje, ali i rasterećuju sudovi.

Slobodi ugovaranja porodični zakoni u PZ FBiH i BD BiH daju prostora i kod diobe bračne stečevine koja se primarno vrši sporazumom o diobi bračne stečevine.⁷⁸ Zakoni nisu propisali formu ovog sporazuma, ali iz prethodno navedenih odredaba zakona o formi bračnog ugovora ili sporazuma o izdržavanju slijedi da bi to ipak mogla biti samo forma notarski obrađene isprave. Budući da porodično pravo u BiH poznaje institut sporazumnog razvoda braka, trebalo je predvidjeti da se pred notarom može sporazumjeti ne samo o diobi bračne stečevine, već uopće o svim pitanjima vezanim za razvod braka.⁷⁹

⁷⁴ Čl. 238. st. 3. PZ FBiH, čl. 218. st. 3. PZ BD BiH.

⁷⁵ Za povjeravanje alimentacijskih stvari između punoljetnih, poslovno sposobnih osoba notar Dika, M., *op. cit.* u bilj. 16, str. 1159.

⁷⁶ Čl. 245. st. 1. PZ FBiH, čl. 222. st. 1. PZ BD BiH.

⁷⁷ Čl. 371. st. 1. PZ FBiH.

⁷⁸ Čl. 255. st. 1. PZ FBiH, čl. 232. PZ BD BiH.

⁷⁹ Za sporazumni razvod pred javnim bilježnikom za hrvatsko pravo Dika, M., *op. cit.* u bilj. 16, str. 1158.

2. Obećanje poklona

Ugovor o poklonu, pa time ni obećanje poklona, nisu regulirani u pravu BiH. U Federaciji BiH Zakon o obligacionim odnosima upućuje na primjenu odredaba OGZ-a⁸⁰, koji je izvorno za obećanje poklona predviđao pismenu formu, ali i konvalidaciju ugovora koji nije zaključen u toj formi ako je poklonodavac svoju obavezu izvršio, tj. predmet poklona predao poklonoprimcu.⁸¹ Odredba je u austrijskom pravu derogirana zakonom koji regulira postupak notarske obrade na taj način da je obećanje poklona nužno učiniti u formi notarski obrađene isprave.⁸² Cilj ove forme je sprječavanje ishitrenih obećanja poklona, ali i osiguranje dokaza. Ovakvo je rješenje u austrijskoj doktrini kritizirano kao nepraktično i predlaže se povratak pismenoj formi jer je forma notarski obrađene isprave komplicirana. Takođe je prihvaćeno da se obaveza notarske obrade odnosi samo na izjavu kojom se obećava poklon, tj. na jednostrani pravni posao obećanja poklona, a ne i na izjavu kojom se poklon prihvata.⁸³

Ipak, između rješenja u BiH i Austriji postoje ovdje značajne razlike – na osnovu obećanja poklona koje nije zaključeno u formi notarski obrađene isprave u Austriji nastaje valjana, ali naturalna obligacija.⁸⁴ U BiH ne bi nastala nikakva obaveza jer bi takvo obećanje poklona bilo ništavo. Nije za svaki ugovor o poklonu potrebna forma notarski obrađene isprave. Ako se zaključuje ugovor o poklonu koji se istovremeno i realizira onda taj ugovor može biti i usmen, ako odmah dolazi do realizacije ugovora o poklonu. U slučaju da poklonodavac daje jednostranu izjavu volje kojom obećava poklon bez obzira o kakvoj se stvari radi nužna je notarska obrada. Ukoliko je predmet izjave o obećanju poklona ili ugovora o poklonu nekretnina, onda je forma notarski obrađene isprave nužna i ne može biti nadomještena izvršenjem obaveze od strane poklonodavca. Izvršenje obaveze poklonodavca znači prijenos vlasništva na poklonoprimca, što neće u zemljišnoj knjizi biti provodivo ako ugovor koji ima za predmet prenos vlasništva na nekretnini nije notarski obrađen. Ako se pak stranke, iako nisu obavezne, odluče za notarsku obradu ugovora

⁸⁰ Čl. 28. Uredbe sa zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima (Službeni list RBiH 2/1992, 13/1994).

⁸¹ § 943 OGZ.

⁸² § 1 st. 1. lit. d) Zakona o notarskim ispravama (*Notariatsaktgesetz*).

⁸³ Vidjeti Binder, M., u: Schwimann, M., *ABGB Praxiskommentar*, Wien, 2006., § 942 Rn. 1 i 2.

⁸⁴ *Ibid.*, § 942 Rn. 3.

o poklonu, to im omogućava da uz savjet notara detaljno urede sve elemente svog odnosa (postojanje naloga, opozivanje zbog nezahvalnosti, zadržanje prava na predmetu poklona, uračunavanje ili neuračunavanje poklona u budući nasljedni dio i sl.), što je naročito bitno budući da sam ugovor nije reguliran pozitivnim propisima.

3. Pravni poslovi koji imaju za predmet stjecanje i prijenos stvarnih prava na nekretninama

3.1. Općenito

U formi notarski obrađene isprave moraju biti zaključeni pravni poslovi koji imaju za predmet prijenos ili stjecanje vlasništva, ali i drugih stvarnih prava na nekretninama (hipoteka, stvarne i lične služnosti, stvarni tereti, pravo građenja).⁸⁵ Pravni poslovi koji nemaju za cilj osnivanje ili prijenos stvarnih prava na nekretninama, kao što je npr. ugovor o zakupu nekretnina, pravu preče kupovine, ne moraju biti zaključeni u formi notarski obrađene isprave, čak ni onda kada se želi njihov upis u zemljišne knjige; upis u zemljišne knjige je moguć na osnovu ovjere potpisa.⁸⁶ Potpis u ovom slučaju može ovjeriti notar, ali i sud jer odredbe zakona o notarima koje reguliraju potvrde i ovjere ne diraju u propise kojima se uređuje nadležnost i postupak sudova za poduzimanje radnji na koje se te odredbe odnose.⁸⁷

Intencija zakonodavaca bila je da se obavezom obuhvate svi pravni poslovi koji se odnose na sticanje i prenos stvarnih prava na nekretninama. U Federaciji BiH se problem pokazao u vezi sa notarskom obradom specifičnih ugovora o prodaji nekretnina u kojima su involvirani određeni organi (pravobranitelj, Agencija za privatizaciju).⁸⁸ U Republici Srpskoj je 2005. godine ZNot RS

⁸⁵ U Federaciji BiH još uvijek nije reformirano stvarno pravo, pa niti uvedeno pravo građenja. U ovom će entitetu *de lege ferenda* pored prava građenja kao stvarno pravo biti priznat još zemljišni dug (čl. 186. – 197. Nacrta Zakona o stvarnim pravima, novembar 2011.).

⁸⁶ Čl. 41. st. 2. ZZK FBiH, čl. 41. st. 2. ZZK RS.

⁸⁷ Čl. 102. st. 1. ZNot FBiH, čl. 97. st. 1. ZNot RS, čl. 76. st. 1. ZNot BD BiH.

⁸⁸ Iako se zakonska odredba odnosi na sve pravne poslove u pogledu nekretnina, u prvim danima nakon početka rada notara u praksi se pojavio problem sa ugovorima o otkupu stanova i ugovorima o kupovini nekretnina u privatizaciji. Radi se o ugovorima koji se zaključuju u posebnoj, zakonom propisanoj proceduri, koji imaju obavezne, propisane elemente, koji su kontrolirani i ovjereni od nadležnih organa. Notarska obrada ovih ugovora bila bi suvišna i predstavljala bi dodatno opterećenje za stranke. U praksi je ovdje bilo različitih postupanja. Određeni su sudovi ukinuli

izmijenjen i obaveza notarske obrade je isključena za pravne poslove koje međusobno zaključče Republika Srpska i jedinice lokalne samouprave, a koji za predmet imaju sticanje ili prijenos stvarnih prava na nepokretnostima.⁸⁹

Neovisno od navedenih izuzetaka, može se reći da je propisivanje najstrože forme za zaključenje ugovora koji za predmet imaju stvarna prava na nekretninama zbog njihovog značaja, vrijednosti i učestalosti u pravnom prometu najmarkatnija novina koju su u pravnom sistemu BiH donijeli zakoni o notarima. Ovim se rješenjem BiH značajno razlikuje od većine drugih zemalja bivše SFRJ.⁹⁰

U prometu nepokretnosti najviše dolazi do izražaja uloga notara kao preventivnog suca⁹¹ koji sa ciljem da se izbjegnu budući sporovi na podjednak način savjetuje i štiti interese obje strane, koncipirajući ugovorne odredbe tako da bude sigurno da će prodavac dobiti kupoprodajnu cijenu, a kupac biti upisan u zemljišne knjige kao vlasnik. U tom cilju (naravno ukoliko to po njegovom savjetu stranke žele) notar postupa samo prema aktuelnom zemljišnoknjižnom stanju, upozorava stranke da su potrebna određena odobrenja ili da postoji pravo preče kupovine, te izvršenje obaveza iz ugovora, a prije svega isplatu kupoprodajne cijene, veže za postizanje tih odobrenja i izjašnjenje titulara preče kupnje da neće vršiti svoje pravo. Zadatak da u istoj mjeri štiti prodavca i kupca notar prije svega ispunjava reguliranjem dospelosti kupoprodajne cijene, odnosno izvršavanja međusobnih obaveza stranaka prema principu "potez za potez". Postoje različiti mehanizmi zaštite kupca glede plaćanja cijene s obzirom na mogućnost prodavca, koji je još uvijek upisan u zemljišne knjige kao vlasnik, da nekretninom višestruko raspolaže. Notar tako može savjetovati strankama da cijena dospije nakon što kupac bude upisan kao vlasnik u zemljišnu knjigu. U tom je slučaju nužno da kupac cijenu uplati na notarev povjerenički račun za druge osobe, a notar kao osoba od obostranog povjerenja isplaćuje cijenu prodavcu nakon što je izvršen upis prava vlasništva u korist kupca. Tada ugovor o prodaji može sadržavati bezuvjetnu *clausulu intabulandi* za prijenos vlasništva, ali se notar obavezuje da otpравak koji sadrži takvu klauzulu neće izdavati ni strankama ni zemljišnoknjižnom uredu. Praktično,

mogućnost ovjere potpisa od strane suda, tako da ugovore o otkupu stana koji su od stranaka potpisani i ovjereni od pravobranitelja notari dodatno obrađuju; na području drugih sudova se i dalje vrši ovjera potpisa na takvim ugovorima u sudu te stranke ne pristupaju dodatno pred notara.

⁸⁹ Čl. 68. st. 2. ZNot RS.

⁹⁰ Vidjeti bilješku 35.

⁹¹ Tako ulogu notara karakterizira doktrina, vidjeti Dika, M., *op. cit.* u bilj. 9, str. 546; Knežić Popović, D., *op. cit.* u bilj. 9, str. 206.

on kao osoba od povjerenja čuva potpuni ugovor, do isplate cijene, nakon čega podnosi zahtjev za upis. Bitno je da cijena ne bude isplaćena prodavcu dok ne bude izvjesno da za upis kupca nema prepreka u zemljišnoj knjizi (nema ranije podnesenih zahtjeva).

Za postizanje navedenog cilja ipak je najsigurnije sredstvo predbilježba. U tom kontekstu je došlo do promjene tradicionalno beznačajne uloge predbilježbe. Prije uvođenja notarijata je predbilježba shvatana tek kao zamjena za uknjižbu u slučaju kada uknjižba nije bila moguća, a u praksi notara se pokazala kao efikasno sredstvo zaštite obligacionopravnog zahtjeva kupca na prijenos vlasništva (*infra* 3.2.).

Na ovaj način djelatnost notara smanjuje rizik od višestrukog otuđenja. Ono je i dalje moguće, ali niti jedan kupac koji slijedi savjet notara neće platiti cijenu dok njegovo stjecanje nije osigurano. U tom slučaju se neispunjenje ugovora od strane prodavca koji je višekratno otuđio istu nekretninu rješava na razini obligacionopravnog zahtjeva za naknadu štete zbog neispunjenja ugovora, ako je takve štete bilo.

Pri tome osim notarske obrade samog ugovora, stranke notaru mogu povjeriti sve radnje staranja oko realizacije ugovora (provjera zemljišnoknjižnog stanja, pribavljanje potrebnih saglasnosti, pribavljanje izjašnjenja nosilaca prava preče kupnje, kontroliranje ispunjenja pretpostavki za dospelost cijene, preuzimanje isplate na povjerenički račun za druge osobe i sl.), uključujući i ovlaštenje na podnošenje i povlačenje zemljišnoknjižnih zahtjeva (podnošenje zahtjeva za upis predbilježbe, za brisanje predbilježbe uz istovremeni upis prava vlasništva i sl.).

U vezi sa podnošenjem zemljišnoknjižnih zahtjeva su se u praksi pojavila pitanja da li je dopušteno da notar podnese zahtjev zemljišnoknjižnom uredu za upis nekog stvarnog prava u korist stranke u notarski obrađenom pravnom poslu, budući da notar ne može zastupati stranke. Problem se u prvo vrijeme rada notara u praksi uspješno zaobilazio time što odgovarajuća notarska isprava sadrži ovlaštenje dano notaru od obiju stranaka. Kako su postupci upisa u odgovarajuće registre vanparnični postupci u kojima se supsidijarno primjenjuju i pravila parničnog postupka, ovakvom tumačenju bi se mogle staviti i zamjerke. U ovom je pravcu u Republici Srpskoj učinjena dopuna ZNot RS 2005. godine koja predviđa da je notar koji je sačinio notarsku ispravu ovlašten podnijeti zemljišnoknjižne zahtjeve bez posebne punomoći ako je u samoj ispravi na to ovlašten.⁹² U Federaciji je 2009. godine donesen novi Pravilnik

⁹² Čl. 68a ZNot RS.

o radu notara⁹³ koji sadrži slično rješenje.⁹⁴ Takođe je na sličan način uređena adhezijско-prokuratосka funkcija javnih bilježnika u hrvatskom pravu.⁹⁵

Neke prakse koje su prije uvođenja notarijata dovodile do pravne nesigurnosti su efikasno suzbijene ili ukinute, npr. kupovina i dalja prodaja bez upisa u zemljišnu knjigu i čekanje da isteknu rokovi za dosjelost, nakon čega je bilo nužno tužbom izdeјstvovati upis u zemljišnu knjigu. Dalje su kupci kroz savjetovanja notara postali oprezniji kod kupovina nekretnina koje nisu upisane u zemljišnu knjigu ili nisu upisane na ime aktuelnog prodavca. To se isto desilo i sa povjeriocima (prvenstveno bankama) u pogledu osiguranja kredita založnim pravom na neuknjiženoј nekretnini.⁹⁶ Najznačajnije je bilo napuštanje prakse isplate cijele kupoprodajne cijene prilikom zaključenja ugovora, a bez ikakvog osiguranja sticanja u zemljišnoj knjizi, što je često dovodilo do višestrukog otuđenja iste nekretnine itd.

3.2. Notari i predbilježba

Predbilježba, kao vrsta upisa u zemljišnu knjigu i to kao uvjetni upis prava koji se mora naknadno opravdati, nije do sada imala praktični značaj u pravu BiH. Djelovanjem notara i njihovom ulogom u pravnom prometu nekretninama ova vrsta upisa dobiva na praktičnom značaju, ali se praksa u entitetima suočava sa nedovoljnom regulativom entitetskih Zakona o zemljišnim knjigama. Pozitivno entitetsko zemljišnoknjižno pravo osim definicije predbilježbe kao uvjetnog upisa koji se mora naknadno opravdati i odredbe da se predbilježba upisuje na ono mjesto gdje treba izvršiti konačni upis predbilježenog prava⁹⁷ ne sadrži nikakve dodatne odredbe o ovoj vrsti upisa. Potpuno su izostale odredbe o tome iz kojih razloga se može poduzeti predbilježba, kako se predbilježba opravdava i da li postoje rokovi u kojima se mora opravdati.

Detaljna rješenja o opravdanju predbilježbe u uvjetima da je upis tražen na osnovu javne ili privatne isprave, o brisanju, ali i mogućnostima raspolaganja

⁹³ Službene novine FBiH 13/2009.

⁹⁴ Čl. 8. st. 7. Pravilnika o radu notara FBiH.

⁹⁵ Vidjeti kod Ernst, H.; Josipović, T., *Javni bilježnici i javni registri*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 59/6 (2009.), str. 1125.

⁹⁶ Napuštanju ove prakse koja je vodila nesigurnosti i povjerioca i pravnog prometa doprinijele su i odredbe entitetskih zakona o izvršnom postupku koje su bitno otežavale provođenje izvršenja na takvim nekretninama (čl. 113. ZIP FBiH, čl. 113. ZIP RS).

⁹⁷ Čl. 2. st. 3. i čl. 52. ZZK FBiH/ZZK RS.

sa predbilježenim pravom od strane lica u čiju korist je upisana predbilježba, kao i o mogućnostima raspolaganja od strane lica čije je pravo opterećeno predbilježbom bila su sadržana u pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava⁹⁸, koja su se u entitetima BiH primjenjivala do donošenja Zakona o zemljišnim knjigama 2002. godine⁹⁹, odnosno u Brčko Distriktu BiH do donošenja Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu 2001. godine.¹⁰⁰ Za razliku od entitetskih propisa rješenja Zakona o registru zemljišta i pravima na zemljištu BD BiH velikim dijelom su slijedila rješenja sadržana u pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava.¹⁰¹

U pravu Brčko Distrikta BiH predbilježba je definirana kao uvjetan upis koji se mora opravdati.¹⁰² Propisane su situacije u kojima je moguća predbilježba, ali i kako se ona opravdava. U principu se predbilježba vrši kada su ispunjeni uvjeti za zemljišnoknjižni upis, ali ne i svi uvjeti za uknjižbu. Predbilježba djeluje sve dok se ne izbriše ili ne opravda¹⁰³, a opravdati se može ukoliko je podnesena isprava podobna za uknjižbu i u kojoj su otklonjeni nedostaci zbog kojih uknjižba nije bila moguća. U nizu odredaba je propisano kada je predbilježba moguća na temelju privatne, a kada na temelju javne isprave. To su situacije u kojima nije moguća uknjižba zbog nekih nedostataka koje ima javna ili privatna isprava. Na temelju javne isprave je predbilježba moguća ukoliko je sudska odluka na temelju koje se traži upis postala pravosnažna ali ne i izvršna, na osnovu sudske odluke ili odluke drugog nadležnog organa kojom se predbilježba određuje kao mjera osiguranja, te na osnovu druge javne isprave

⁹⁸ Pravna pravila iz §§ 42 – 58 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije iz 1930. To su ustvari bila dobrim dijelom preuzeta rješenja austrijskog prava koja u Austriji važe još uvijek (§§ 35 – 51 *Grundbuchgesetz*; Zemljišnoknjižni zakon Republike Austrije). O predbilježbi Koziol, H.; Welser, R., *Bürgerliches Recht*, Bd. I, 13. Auflage, Wien, 2006., str. 321. Takav je slučaj i sa zemljišnoknjižnim propisima Republike Hrvatske (Zakon o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske, Narodne novine 91/1996, 68/1998, 137/1999, 114/2001, 100/2004 i 107/2007 – dalje: ZZK RH). Više o predbilježbi, uvjetima i opravdanju predbilježbe u hrvatskom pravu kod Josipović, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001., str. 196 – 206 (rbr. 306 – 325).

⁹⁹ Odredbom čl. 87. ZZK FBiH/ZZK RS je isključena dalja mogućnost primjene pravnih pravila.

¹⁰⁰ Službeni glasnik BD BiH 11/2001, 1/2003, 14/2003, 19/2007, 2/2008.

¹⁰¹ Čl. 55. – 67. Zakona o registru zemljišta i pravima na zemljištu BD BiH.

¹⁰² Čl. 30. st. 3. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištima BD BiH.

¹⁰³ Čl. 58. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištima BD BiH.

kada je to određeno zakonom.¹⁰⁴ Predbilježba je moguća i na temelju privatne isprave koja ispunjava opće uvjete za upis ali ne i posebne uvjete za uknjižbu (npr. nije ovjeren potpis osobe čije se pravo opterećuje, prenosi, mijenja ili prestaje, ili potpis punomoćnika, nije navedena tačna oznaka zemljišta ili prava povodom kojeg se zahtjeva upis, nije dana bezuvjetna *clausula intabulandi* i sl.).¹⁰⁵

Osnovna ideja ovdje ukratko iznesenih rješenja Brčko Distrikta BiH¹⁰⁶ jeste da je predbilježba upis koji se vrši kada uknjižba nije moguća. Da je predbilježba upis “nižeg ranga” vidljivo je i iz zakonske odredbe prema kojoj prijedlog za uknjižbu prešutno sadrži i prijedlog za predbilježbu, osim ako je podnositelj prijedloga za upis nije izričito isključio.¹⁰⁷ Određene odredbe o predbilježbi u Brčko Distriktu BiH ne mogu uopće više biti primjenjene nakon implementacije Zakona o notarima BD BiH. Tako je npr. prema odredbama Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištima predbilježba moguća na osnovu privatne isprave ukoliko potpisi na ugovoru nisu ovjereni, što je uvjet za uknjižbu. U slučaju da se radi o prijenosu stvarnih prava na nekretninama primjena navedene odredbe nije moguća, jer je za valjanost pravnog posla nužna forma notarski obrađene isprave.

Rješenja koja slijede logiku pravnih pravila i polaze od određenog koncepta predbilježbe ne čine predbilježbu pogodnom da obavi onu funkciju, koju ona sada obavlja u entitetima u praksi notara. Nedostatak detaljne zakonske regulative i bilo kakvih zakonskih ograničenja u pogledu predbilježbe se trenutno u entitetima može vidjeti kao prednost koja joj omogućava da u praksi odigra značajnu ulogu, ulogu koja je paralelna ulozi predbilježbe u njemačkom pravu gdje ovaj institut ima veliki praktični značaj. U njemačkom pravu je predbilježba regulirana u BGB-u a ne u propisima o zemljišnim knjigama;¹⁰⁸ regulirana je uz stjecanje prava vlasništva i to je mjesto gdje ona vrši svoju ulogu osiguranja obligacionopravnog zahtjeva na prijenos vlasništva. Na osnovu samog ugovora kupac ne stiče vlasništvo, već obligacionopravni zahtjev da mu se pravo vla-

¹⁰⁴ Čl. 57. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištima BD BiH. Pravno pravilo sadržano u § 45 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije iz 1930. bilo je nešto drugačije formulirano.

¹⁰⁵ Čl. 55. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištima BD BiH.

¹⁰⁶ Takođe i hrvatsko i austrijsko zemljišnoknjižno pravo. Za austrijsko pravo Koziol, H.; Welser, R., *op. cit.* u bilj. 98, str. 321.

¹⁰⁷ Čl. 99. st. 2. Zakona o registru zemljišta i prava na zemljištu BD BiH. Takođe čl. 100. st. 2. ZZK RH.

¹⁰⁸ §§ 883 – 888 BGB-a.

sništva prenese uz ispunjenje pretpostavki utvrđenih zakonom ili ugovorom, a navedeni zahtjev se osigurava upisom predbilježbe u zemljišnu knjigu.¹⁰⁹ Nakon upisa predbilježbe u zemljišnu knjigu obligacionopravni odnos biva publiciran te nije moguće savjesno stjecanje predbilježenog prava.¹¹⁰ Od implementacije propisa o notarijatu u BiH notari veoma često predlažu strankama da se neposredno nakon zaključenja ugovora upiše predbilježba, koja ostaje upisana sve do upisa uknjižbe sa čijim se upisom briše. Upisom predbilježbe nakon notarske obrade pravnog posla transakcija biva vidljiva svim trećim licima. Opasnosti višestrukog otuđenja nekretnine su time minimizirane.

ZSP RS i Nacrt ZSP FBiH iz novembra 2011. upravo naglašavaju ulogu predbilježbe u slučaju nedostatka *clausule intabulandi*. Kao i u njemačkom pravu, predbilježba se, zbog njene uloge u stjecanju prava vlasništva, regulira stvarnim a ne zemljišnoknjižnim pravom. ZSP RS i Nacrt ZSP FBiH predviđaju predbilježbu u situacijama u kojoj nisu ispunjene sve pretpostavke za stjecanje prava vlasništva, a koje su potrebne prema pravilima zemljišnoknjižnog prava. U slučaju da zahtjev za uknjižbu nije potpun ili nisu ispunjene sve pretpostavke za stjecanje, predbilježba se opravdava podnošenjem potpunog zahtjeva ili dokazom ispunjenja propisanih pretpostavki u određenom roku.¹¹¹ Citirana rješenja su paralelna sa rješenjima prava Brčko Distrikta BiH i hrvatskog prava i danak su pravnoj tradiciji. Ovaj dio regulative o predbilježbi vjerovatno ni dalje neće igrati nikakvu praktičnu ulogu. Razlika u odnosu na pravna pravila zemljišnoknjižnog prava postoji u eksplicitnom uređenju situacije kada je upis neprovodiv zbog nedostatka *clausule intabulandi*, što je ispravno rješenje. Ovakva situacija se ne može izjednačavati sa situacijom u kojoj su zahtjev za uknjižbu ili isprava na kome se on zasniva nepotpuni. Ne radi se o grešci, propustu koji su rezultirali neurednim zahtjevom, već je cijela transakcija tako uređena da se *clausula intabulandi* za prijenos vlasništva ne izjavljuje do ispunjenja određenih pretpostavki, a stjecatelj se štiti što se u njegovu korist u zemljišnu knjigu upisuje predbilježba. Uknjižba se ne vrši jer se time osigurava prodavac da neće izgubiti vlasništvo prije nego mu kupac plati cijenu. Notar koji vrši notarsku obradu će savjetovati upis predbilježbe kako bi zaštitio kupca od naknadnih prodavčevih raspolaganja. U tom se slučaju predbilježba smatra opravdanom podnošenjem zemljišnoknjižnom sudu isprave sa *clau-*

¹⁰⁹ Više o predbilježbi u njemačkom pravu Baur, F.; Baur, J. F.; Stürner, R., *Sachenrecht*, 18. Auflage, München, 2009., § 20 I Rn. 1 i dalje.

¹¹⁰ Tako i Josipović, T., *op. cit.* u bilj. 98, str. 198 (rbr. 309).

¹¹¹ Čl. 54. st. 3. Prednacrta ZSP/Prijedloga ZSP.

sulom intabulandi za prenos vlasništva. Tek podnošenjem zemljišnoknjižnom uredu isprave koja sadrži *clausulu intabulandi* (u pravilu nakon isplate cijene) predbilježba se smatra opravdanom, a učinci, tj. stjecanje vlasništva, nastupaju sa podnošenjem zahtjeva za upis predbilježbe. Na ovaj su način optimalno zaštićeni prodavac (zadržava pravo vlasništva do pune uplate cijene), kupac (može slobodno platiti cijenu, jer nema opasnosti da nakon upisa predbilježbe neko treće lice savjesno stekne nekretninu), treća lica (jer se neće upuštati u nesigurnu transakciju, budući da je iz zemljišne knjige vidljivo da je predmetna nekretnina već prodana i da prvi kupac uživa prvenstvo).

Ova uloga notara već u praksi pokazuje pozitivne rezultate. Predbilježba nije više samo "izlaz za nuždu" jer zemljišnoknjižni sud nije mogao provesti uknjižbu, te je na osnovu zakonom pretpostavljene prećutne saglasnosti proveo predbilježbu, već je to namjeravani i željeni upis. U tabularnoj ispravi postoji poseban zemljišnoknjižni zahtjev upravljen na upis predbilježbe. Bez saglasnosti lica upisanog u zemljišnu knjigu ne bi mogla biti izvršena ni predbilježba. U notarskoj praksi se njena uloga promijenila i predbilježba je postala stvarnopravno obezbjeđenje obligacionopravnog zahtjeva na prijenos vlasništva. U novom stvarnom pravu Republike Srpske i *de lege ferenda* u stvarnom pravu Federacije BiH je izričito tako regulirana.^{112, 113}

Zemljišnoknjižni zahtjev za upis uknjižbe se može dati u odvojenoj ispravi, ali i u istoj ispravi. Naknadna isprava koja sadrži *clausulu intabulandi* morala bi biti u istoj formi kao i osnovni pravni posao, dakle, u formi notarski obrađene isprave. Dvostruka notarska obrada bi mogla izazvati i dvostruke troškove i na to notar mora upozoriti stranke. Budući da je notar osoba od povjerenja koja istovremeno štiti obje stranke u istoj je ispravi moguće dati i dozvolu za upis predbilježbe i dozvolu za upis uknjižbe pri čemu se notar ovlašćuje da zahtjev za upis uknjižbe zemljišnoknjižnom uredu podnese tek nakon isplate cijene.

¹¹² Čl. 54. ZSP RS, čl. 54 Nacrta ZSP FBiH.

¹¹³ Nužna pretpostavka za takvu ulogu predbilježbe je funkcionirajuća zemljišna knjiga. U međuvremenu je u Bosni i Hercegovini u ovom pravcu dosta urađeno, tako da je u nekim sudovima trajanje postupka predbilježbe svedeno na dva do tri dana. Ako se prema savjetu notara stranke odluče za osiguranje kupca upisom predbilježbe, onda u pravilu notar neposredno nakon notarske obrade isprave podnosi zahtjev za upis predbilježbe, nakon čega, ako su ispunjeni i drugi uvjeti, signalizira kupcu da može isplatiti kupoprodajnu cijenu, a nakon potvrde prodavca da je cijena plaćena može podnijeti zahtjev za prenos vlasništva na kupca.

3.3. Nadležnost notara u prometu nekretninama prema zakonima koji uređuju jedinstvenu evidenciju nekretnina u Republici Srpskoj

Prethodno opisana uloga notara u pravnom prometu nekretninama je u Republici Srpskoj nakon usvajanja Zakona o katastru u Republici Srpskoj¹¹⁴ 2011. godine jedno vrijeme bila dovedena u pitanje, a postojala je bojazan da navedeni pozitivni efekti postignuti do tada u pravnom prometu nekretninama budu ugroženi. Nakon što je proteklo skoro deset godina od principijelne odluke, koju je nametnuo Visoki predstavnik za BiH, da se nekretnine ne evidentiraju u jedinstvenom registru nekretnina nego u klasičnoj zemljišnoj knjizi¹¹⁵, i nakon što je u obnovu, modernizaciju, digitalizaciju zemljišne knjige, njenu uspostavu, tamo gdje zemljišna knjiga nije postojala, te obuku zemljišnoknjižnih referenata dosta investirano, Republika Srpska se odlučila na promjenu kursa i izmjenu koncepta registara nekretnina. Novi Zakon o katastru Republike Srpske polazi od jedinstvenog registra nekretnina koji objedinjava katastar i zemljišnu knjigu i kojega vodi organ uprave.

Zakon o katastru sadržavao je odredbe koje su bile suprotne odredbama ZNot RS. Dok je Zakon o notarima predvidio notarsku obradu isprave o prometu nepokretnosti kao pretpostavku njene valjanosti, Zakon o katastru je omogućavao uknjižbu već na osnovu privatne isprave, na kojoj čak nije bilo nužno ni ovjeriti potpise. Među javnim ispravama koje mogu poslužiti kao osnova za upis u zemljišnu knjigu notarske isprave nisu bile navedene. Ovom je odredbom u Republici Srpskoj bila ukinuta nadležnost notara za sačinjavanje isprava koje imaju za predmet osnivanje i prenos stvarnih prava na nekretninama.

¹¹⁴ Službeni glasnik RS 60/2011.

¹¹⁵ U SR BiH je 1984. godine bio donesen Zakon o premjeru i katastru nekretnina (Službeni list SR BiH 22/1984, 12/1987, 26/1990, 36/1990) koji je umjesto zemljišne knjige predvidio jedinstvenu evidenciju nekretnina, odnosno katastar i zemljišnu knjigu objedinjene u jednoj evidenciji, a koju vodi općinski upravni organ. Navedeni zakon je bio implementiran na neznatnom dijelu BiH, tako da su u većini općinskih sudova i dalje bile vođene zemljišne knjige prema pravnim pravilima zemljišnoknjižnog prava. Više o tome Powlakić, M., *Reforma zemljišnoknjižnog prava kao dio ukupne reforme građanskog prava*, Zbornik radova sa Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Vol. 1, Mostar, 2003., str. 231 – 232. Ipak nakon rata se vodila duga i iscrpljujuća diskusija kojim pravcem treba ići reforma zemljišnoknjižnog prava u BiH. U entitetima su 2002. godine nakon višegodišnjih diskusija od strane Visokog predstavnika za BiH nametnuti zakoni o zemljišnim knjigama (Zakon o zemljišnim knjigama FBiH, Službene novine FBiH 58/2002, i Zakon o zemljišnim knjigama RS, Službeni glasnik RS 74/2002).

Zakon o katastru je dalje propisivao obavezne elemente privatne isprave;¹¹⁶ za slučaj da ta privatna isprava ne sadrži *clausulu intabulandi* Zakon o katastru je predviđao da ona može biti data u posebnoj ispravi koja mora biti ili notarski obrađena ili ovjerena. Ono što je bilo nekonzistentno u ovim rješenjima jest da je pravni posao kojim se prenose ili osnivaju stvarna prava na nekretninama mogao biti i neformalan, a da se forma tražila samo u slučaju da se *clausula intabulandi* daje u posebnoj ispravi, pri čemu forma notarski obrađene isprave nije bila jedina moguća forma. Nakon što je sudjelovanje notara promet nekretnina učinilo sigurnijim, ove su se odredbe, koje su omogućavale upis/uknjižbu na osnovu privatne isprave, koja opet nije bila podvrgnuta nikakvoj kontroli (nije izričito predviđena ovjera potpisa pa tako ni provjera identiteta), mogle smatrati korakom nazad.

Takođe su odredbe Zakona o katastru o predbilježbi bile suprotne onima iz ZSP RS. Djelimično su se te odredbe bazirale na zemljišnoknjižnim pravnim pravilima. Predbilježba se tretirala kao rezervno rješenje ili rješenje u nuždi, kada isprava ne ispunjava neophodne pretpostavke za upis/uknjižbu. Ipak, u ovom Zakonu nije bilo preuzeto rješenje iz pravnih pravila prema kojem se pretpostavlja da je u slučaju neispunjenja pretpostavki za upis data saglasnost za upis predbilježbe. Ova presumpcija bi onda bila odlučujuća za funkciju predbilježbe kao izlaza za slučaj nužde. Dalje, prema Zakonu o katastru RS predbilježba je važila 90 dana od dana upisa, a nakon toga se gasila. Radilo se o nepotrebnom ograničenju zbog kojeg je predbilježba mogla izgubiti svoj značaj kao obezbjeđenje zahtjeva na prijenos vlasništva; time bi u notarskoj praksi bio zapriječen jedan efikasan put zaštite stjecatelja i sigurnosti pravnog prometa.

Ovaj Zakon je imao vrlo interesantnu sudbinu. Prvo je Ustavnom sudu Republike Srpske u postupku donošenja zakona bio podnesen zahtjev za ocjenu da li su ugroženi vitalni nacionalni interesi Bošnjaka. Odlukom Ustavnog suda Republike Srpske UV-2/11 od 22. februara 2011. je to zanijekano. Po donošenju ovog zakona Ustavnom sudu BiH je bio podnesen zahtjev za privremenom mjerom. Ustavni sud BiH je odredio privremenu obustavu primjene ovog zakona te je njegova primjena bila odgođena.¹¹⁷ U oktobru 2011. donesen je novi Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske. Bilo je predviđeno da se prethodni Zakon o katastru stavi van snage.¹¹⁸ Međutim, i prilikom donošenja

¹¹⁶ Čl. 81. Zakona o katastru RS.

¹¹⁷ Odluka Ustavnog suda BiH U 12/11 od 28.12.2011.

¹¹⁸ Čl. 200. Zakona o premjeru i katastru RS.

ovog zakona bila je pokretnuta procedura za ocjenu da li on ugrožava vitalne interese bošnjačkog naroda, na šta je, u svojoj odluci UV-11/11 od 28. decembra 2011., Ustavni sud Republike Srpske negativno odgovorio. Nakon toga je Zakon o premjeru i katastru objavljen i stupio na snagu početkom februara 2012.¹¹⁹

U pogledu uloge notara u pravnom prometu nekretnina novi Zakon o premjeru i katastru donosi određene korekcije i u principu se usklađuje sa rješenjem ZNot RS. Notarska isprava je predviđena kao jedna od mogućih tabularnih isprava¹²⁰, pri čemu je precizirano da je za upis stvarnih prava na nekretninama obavezna forma notarski obrađene isprave.¹²¹ U pogledu odredbi o predbilježbi Zakon o premjeru i katastru nekretnina i dalje ostaje suprotan Zakonu o stvarnim pravima RS¹²², pa ostaje primjedba da će njena dosadašnja uloga u notarskoj praksi u Republici Srpskoj biti dovedena u pitanje.

Zakon o katastru, kao i njegov sljednik, Zakon o premjeru i katastru, su iz niza razloga bili sporni, pri čemu su često i politički momenti stavljeni u prvi plan. Ovdje data kritika je međutim bila koncentrirana samo na pravna rješenja vezana za ulogu notara, pretpostavke za upis i pojedine vrste upisa. U tom smislu novi Zakon o premjeru i katastru zaslužuje sigurno bolju ocjenu. Međutim, ovakve kratkoročne, a radikalne zakonske izmjene nikako ne mogu doprinijeti pravnoj sigurnosti. Prvim je zakonom obavljanje notarske funkcije u jednoj važnoj oblasti bilo dovedeno u pitanje, što je pri tome bilo u potpunoj nesaglasnosti sa ZNot RS. Ta je greška sada ispravljena, ali se postavlja pitanje kakva je sudbina ugovora zaključenih od stupanja na snagu Zakona o katastru do donošenja privremene mjere Ustavnog suda BiH o obustavljanju njegove primjene? Princip neretroaktivnog dejstva zakona bi zahtijevao da ugovori koji imaju za predmet zasnivanje ili prenos stvarnih prava na nekretninama i koji su zaključeni u vremenu dok se taj Zakon primjenjivao budu valjani. O tome nema ni riječi u novom Zakonu o premjeri i katastru. Moguća je situacija u kojoj stranke nakon njegovog stupanja na snagu zahtijevaju upis na osnovu privatne isprave sa tvrdnjom da je zaključen za vrijeme važenja starog zakona. U pomanjkanju bilo kakve javne ovjere nedostaje tzv. *data certa*, što otvara mogućnost i zloupotrebama i sporovima. Ovakva situacija neće doprinijeti većoj pravnoj sigurnosti u prometu nekretnina u Republici Srpskoj.

¹¹⁹ Službeni glasnik RS 6/2012.

¹²⁰ Čl. 105. Zakona o premjeru i katastru RS.

¹²¹ Čl. 104. Zakona o premjeru i katastru RS.

¹²² Čl. 95. Zakona o premjeru i katastru RS.

4. Nadležnost notara u nasljednopravnim stvarima i ostavinskom postupku

4.1. Općenito

Zakoni o notarima u Bosni i Hercegovini ne reguliraju uopće nadležnost notara u oblasti nasljednog prava. U vremenu kada su u BiH donošeni zakoni o notarima na snazi je u oba entiteta kao i u Brčko Distriktu BiH bio Zakon o nasljeđivanju SR BiH (dalje: ZN SRBiH) koji izvorno datira od 1973.¹²³ Svim je logično da taj zakon nije imao odredbe o eventualnoj nadležnosti notara u oblasti nasljednog prava. Za sada je samo Republika Srpska donijela novi Zakon o nasljeđivanju (dalje: ZN RS)¹²⁴ koji je u određenoj mjeri predvidio nadležnost notara u nasljednopravnim stvarima. Za razliku od zakona o notarima koji su prilikom donošenja bili gotovo potpuno međusobno harmonizirani, zakoni o nasljeđivanju nisu bili obuhvaćeni postupkom harmonizacije, tako da je moguće da u ovoj oblasti dođe do različitih rješenja u tri dijela BiH. Osim toga je moguće da prilikom donošenja novih zakona o nasljeđivanju zakonodavci ne usklade te propise sa propisima koji reguliraju notarsku službu, što je već bio slučaj npr. kod propisa koji reguliraju porodično pravo. Neusklađenost odredaba zakona koje reguliraju notarijat sa odredbama zakona koji reguliraju nasljednopravne odnose u Federaciji BiH je već dovela i do određenih problema u praksi (*infra* 4.2. i 4.3.).

4.2. Nasljednopravni ugovori

Novi Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske je, kada su u pitanju nasljednopravni ugovori, ostao na pozicijama ranijeg Zakona o nasljeđivanju SR BiH; nasljednopravni ugovori nisu dopušteni¹²⁵, osim kada su u pitanju ugovori o doživotnom izdržavanju i ugovori o ustupanju i raspodjeli zaostavštine za života ostavioca, koji i nisu pravi nasljednopravni ugovori već obligacioni ugovori sa nasljednim posljedicama. ZN SRBiH je za ove ugovore predviđao formu sudskog zapisa; ovaj se ugovor (kao uostalom i ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života ostavioca te izjava o odricanju od nasljeđa u sporazumu sa pretkom) zaključivao u pismenoj formi pred sudom uz ovjeru od

¹²³ Službeni list SR BiH 22/1973, 22/1975, 7/1980, 15/1980.

¹²⁴ Službeni glasnik RS 1/2009.

¹²⁵ Čl. 125. ZN RS.

strane suda i poučavanja stranke o pravnim posljedicama.¹²⁶ To je bila ujedno i najstroža forma koja je postojala u pravnom poretku BiH. ZN RS izričito propisuje formu notarske obrade za ugovore o doživotnom izdržavanju¹²⁷ i ugovore o ustupanju i raspodjeli imovine za života ostavioca.¹²⁸ *De lege ferenda* će na isti način biti određena forma dva navedena ugovora i u Federaciji BiH.¹²⁹ Osim toga će u Federaciji BiH biti ispravljen propust učinjen u ZN RS koji nije predvidio da će se u formi notarski obrađene isprave moći zaključiti i sporazum o odricanju od nasljeđa koje nije otvoreno.¹³⁰

U praksi nekih sudova u Federaciji BiH¹³¹ nastao je problem vezan za formu ugovora o doživotnom izdržavanju. Iako ZNot FBiH ne regulira formu ugovora o doživotnom izdržavanju, nema sumnje da u slučaju kada ovaj ugovor ima za predmet prijenos prava vlasništva na nekretninama (u pravilu to jeste slučaj) on mora biti zaključen u formi notarski obrađene isprave.

U praksi se javila dilema da li je nužno da, nakon što notar izvrši notarsku obradu (uvjet valjanosti pravnog posla koji ima za predmet nekretnine), ugovor bude ovjeren od strane sudije uz pouku o pravnim posljedicama (uvjet valjanosti ugovora o doživotnom izdržavanju prema ZN SRBiH). Određeni zemljišnoknjižni uredi insistiraju na dvostrukoj formi. Tako je Općinski sud u Sarajevu odbio knjiženje prijenosa vlasništva na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju koji je sačinjen od strane advokata izrazivši stav da sudu na ovjeru mora biti dostavljen ugovor u formi notarski obrađene isprave;¹³² pored toga sud je bio stanovišta da su odredbe o formi ugovora o doživotnom izdržavanju propisane Zakonom o nasljeđivanju i dalje na snazi jer donošenjem Zakona o notarima nisu izričito derogirane. Kantonalni sud u Sarajevu je prvostepeno rješenje potvrdio.¹³³

¹²⁶ Čl. 110. st. 2. i 3., čl. 120. st. 2. i 3., čl. 138. st. 3. i 4. ZN SRBiH.

¹²⁷ Čl. 139. st. 2. ZN RS.

¹²⁸ Čl. 129. st. 2. ZN RS.

¹²⁹ Čl. 129. st. 2. i čl. 140. Radnog Nacrta Zakona o nasljeđivanju FBiH.

¹³⁰ Čl. 158. Radnog nacrta ZN FBiH. U tom smislu Softić Kadenić, D., *Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda*, Nova pravna revija 2 (2011.), str. 42.

¹³¹ Radi se o sudovima u Kantonu Sarajevo i Unsko-sanskom kantonu. Više o tome Softić, V., *Ugovor o doživotnom izdržavanju – problem dvostruke forme*, Nova pravna revija 1-2 (2010.), str. 30.

¹³² Odluka Općinskog suda u Sarajevu 065-0-V-07-000862 od 21.08.2007.

¹³³ Odluka Kantonalnog suda u Sarajevu 009-0-Gž-07-002210 od 14.11.2007 kojom je potvrđena navedena prvostepena odluka. U jednom drugom slučaju je ovaj sud

Takva tumačenja ne vode računa o pravilu kojim se rješava odnos između dva zakonska propisa pri čemu je jedan *lex prior* a drugi *lex posterior*, o mogućnosti prećutnog derogiranja ranijeg zakona, ali su na žalost, osim u praksi, zastupljena i u literaturi.¹³⁴ Takva tumačenja nisu dosljedna jer bi u njihovom duhu bilo i da zemljišnoknjižni ured odbije uknjižbu ugovora o prodaji nekretnine zbog nepoštovanja čl. 9. Zakona o prometu nepokretnosti, budući da ni ovaj propis nije izričito derogiran. Notarska obrada kojoj kao dodatak treba sudska ovjera potpisa ili uopće učestće i savjetodavna uloga suda je rješenje kakvo ne postoji u uporednom pravu. Notarska obrada jača je forma od proste ovjere potpisa, a dvostruko savjetovanje strankama ne treba. Osim što znači gubitak vremena i novca, takvi zahtjevi mogu izazvati nepoželjne posljedice u praksi. U vremenu između notarske obrade i sudske ovjere ugovora odnosno ovjere potpisa jedna od stranaka može npr. umrijeti, zaključiti i ovjeriti ugovor sa drugim licem, postati nesposobna za rasuđivanje, te cijela namjeravana transakcija može izgubiti svoj cilj, dovesti do nesigurnosti, povećanja troškova i sl.¹³⁵

Budući da je u Federaciji BiH došlo do neujednačene primjene federalnog propisa o ovom se pitanju izjasnio i Vrhovni sud Federacije BiH. Prvo je Građansko odjeljenje Vrhovnog suda FBiH zauzelo stajalište da nije potrebna dvostruka forma ugovora o doživotnom izdržavanju¹³⁶, a zatim se o tome izjašnjavala Opća sjednica Vrhovnog suda Federacije BiH u cilju zauzimanja načelnog stava po ovom pitanju, na kojoj navedeno stajalište, na žalost, nije dobilo propisanu većinu glasova¹³⁷, tako da ova dilema još uvijek nije riješena u Federaciji BiH.

Za razliku od novog nasljednog prava Republike Srpske Radni nacrt ZN FBiH je dopustio ugovor o nasljeđivanju.¹³⁸ Ovaj se ugovor može zaključiti

potvrdio prvostepenu odluku kojom je odbijena uknjižba na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju zaključenom u formi notarski obrađene isprave, a bez dodatne ovjere od strane suda. Odluka Kantonalnog suda u Sarajevu 009-0-Gž-09-000439 od 14.04.2010.

¹³⁴ Mutapčić, Dž., *Ugovor o doživotnom izdržavanju u praksi prvih notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik radova sa Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Vol. 6, Mostar, 2008., str. 612.

¹³⁵ O problemima koji su s tim u vezi nastali u praksi vidjeti kod Softić, V., *op. cit.* u bilj. 131, str. 31.

¹³⁶ Vidjeti *ibid.*, str. 31 – 32.

¹³⁷ Čl. 35. st. 4. Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine, Službene novine FBiH 38/2005.

¹³⁸ Čl. 126. – 132. Radnog nacrta ZN FBiH.

samo između bračnih i vanbračnih partnera i to isključivo u formi notarski obrađene isprave. Time se Federacija BiH priklonila onim sistemima koji pripadaju germanskom pravnom krugu i koji dopuštaju ovakve ugovore i slijedila trend u nasljednom pravu ka upotrebi određenih supstituta testamenta.¹³⁹ U zemljama nasljednicama bivše SFRJ se diskutira i zagovara uvođenje ugovora o nasljeđivanju.¹⁴⁰

4.3. Sačinjavanje testamenta od strane notara

Slijedeće pitanje u oblasti nasljednog prava jeste pitanje nadležnosti notara u BiH da sačini testament. Radi se klasičnoj nadležnosti notara.¹⁴¹ Kako zakoni o notarima nisu predviđali formu notarskog testamenta, a ni ZN SR-BiH, bilo je logično da notari, kao i odvjetnici, mogu sačiniti samo alografski testament, odnosno privatni testament po kazivanju zavještaoca uz učešće dva svjedoka.¹⁴²

U vezi sa mogućnošću notara da sačini testament u Federaciji BiH su nastali određeni problemi. U praksi notara su sačinjavani alografski, ali i notarski obrađeni testamenti. Upravo u jednom takvom slučaju su u ostavinskom postupku zakonski nasljednici osporili valjanost testamenta sačinjenog pred notarom i ostavinski sud ih je ispravno uputio na parnicu.¹⁴³ Odluka u parničnom postupku nije još donesena. Neprejudicirajući tu odluku moglo bi se argumentirati u prilog valjanosti alografskog testamenta.¹⁴⁴ Notar može sačiniti alografski testament, ne mijenjajući njegovu suštinu privatnog testamenta. Ipak prema Pravilniku o radu notara on testament mora označiti, numerirati radi upisa u Imenik raspolaganja za slučaj smrti, te radi evidentiranja naplaćene tarife potpisati. Sve dok je notar u svemu ostalom postupio prema

¹³⁹ Vidjeti kod Softić Kadenić, D., *op. cit.* u bilj. 130, str. 41.

¹⁴⁰ Vidjeti kod Josipović, T., *Das neue kroatische Erbrecht*, WGO 2 (2004.), str. 91. U Srbiji se doktrina zalaže za njegovo uvođenje. Vidjeti Đurđević, D., *Uvođenje ugovora o nasljeđivanju u srpsko pravo*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu LVII/2 (2009.), str. 210; za Sloveniju Rijavec, V., *Die Grundzüge des Erbrechts in Slowenien*, u: Welser, R. (ur.), *Erbrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, Wien, 2009., str. 105.

¹⁴¹ Za mogućnost sastavljanja testamenta pred notarom Jotanović, R., *Sadržina djelatnosti notara u Bosni i Hercegovini*, Pravni savjetnik 1 (2005.), str. 38.

¹⁴² *Loc. cit.*

¹⁴³ Rješenje Općinskog suda u Sarajevu 650 O 13136110 O od 31.10.2011.

¹⁴⁴ Više o tome Povlakić, M., *Dileme oko notarskog testamenta – povodom Rješenja Općinskog suda u Sarajevu 650 O 13136110 O od 31.10.2011*, Nova pravna revija 2 (2011.), str. 51 – 52.

odredbama ZN SRBiH koje reguliraju alografski testament, nije promijenio karakter tog testamenta (npr. svjedoci kod alografskog testamenta ne moraju biti prisutni sve vrijeme i poznavati sadržinu testamenta, kao što je to slučaj kod notarske obrade, njihovo svjedočenje je druge sadržine nego da se radilo o postupku notarske obrade, pismeno/izvornik je predato testatoru, notar nije sačinjavao otpравke izvornika; eventualno je testament mogao biti predat notar na čuvanje, ali se tu ne radi o obavezi čuvanja izvornika u arhivi notara) i ovaj testament je valjan.

Međutim ni da je izvršena notarska obrada testamenta ne bi takav testament trebalo ostaviti bez dejstva. Nije sporno da bi takav testament bio sačinjen u formi koju zakon ne poznaje, međutim ukoliko bi takav testament sadržavao sve elemente propisane Zakonom o nasljeđivanju imao bi sve što zakon traži i nešto preko toga. Taj "višak" po svojoj prirodi nije takav da može negativno uticati na valjanost elemenata alografskog testamenta. U principu on bi čak doprinio njegovoj valjanosti, a sve što bi notar učinio u postupku notarske obrade samo doprinosi sigurnosti ovog pravnog posla, ali je irelevantno.

Ovdje bi bez sumnje mogla biti primjenjena odredba čl. 106. ZOO koja regulira konverziju ništavih ugovora i njihovo pretvaranje u drugi ugovor. Ako jedan ugovor ispunjava uslove valjanosti nekog drugog ugovora, onda će među ugovoračima važiti taj drugi ugovor, ako bi to bilo u saglasnosti sa ciljem koji su ugovarači imali u vidu kad su ugovor zaključili i ako se može uzeti da bi oni zaključili taj drugi ugovor da su znali za ništavost prvog ugovora. Ova zakonska odredba reguliše situaciju ugovora, ali se prema čl. 25. st. 3. ZOO odredbe koje važe za ugovore shodno primjenjuju i na druge pravne poslove, pa prema tome i na testament. Ostavilac koji sačinjava testament izjavljuje svoju poslednju volju sa ciljem da zaostavštinu ostavi testamentarnim nasljednicima i odstupi od zakonskog nasljednog reda. Moguće je po onom što obično biva predvidjeti da bi ostavilac učinio sve da njegov testament bude valjan i da zna da nisu ispunjeni svi zahtjevi forme sigurno bi poduzeo mjere da se eventualne greške uklone, odnosno da bi održanje testamenta u formi nekog drugog testamenta odgovalo njegovim ciljevima. U navedenom spornom slučaju je testator svoju namjeru da sačini valjan testament, da bude potpuno siguran da će njegova volja biti pravilno zapisana i izjave biti u skladu sa zakonom izrazio tako što je potražio notara. Time su ispunjene relevantne činjenice za primjenu odredbe čl. 106. ZOO za konverziju notarski obrađenog testamenta u alografski testament.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Da bi se izbjegle sve dileme u pogledu osjetljivog pitanja valjanosti testamenta i nasljednopravnih ugovora Radni nacrt ZN FBiH iz 2010. je u prelaznoj odredbi

Ovo pitanje je u međuvremenu donošenjem novog Zakona o nasljeđivanju u Republici Srpskoj riješeno tako što je predviđeno da notar može sačiniti testament po pravilima za sačinjavanje sudskog testameta, ako Zakonom o notarima RS nije drugačije predviđeno.¹⁴⁶ Ovom je odredbom omogućeno da notar shodno primjeni pravila Zakona o nasljeđivanju RS o sačinjavanju sudskog testameta. Međutim ovo rješenje nije neproblematično;¹⁴⁷ u slučaju da odredbe Zakona o notarima RS koje reguliraju postupak notarske obrade predviđaju nešto drugo nego odredbe Zakona o nasljeđivanju, notari bi paralelno morali primjenjivati dva proceduralna zakona. Jednostavnije bi bilo da je zakonodavac odredio da notar sačinjava testament u postupku notarske obrade, naročito s obzirom na to da ovaj postupak pruža sve garancije da se utvrdi identitet i prava volja zavještaoca.¹⁴⁸

U Federaciji BiH će *de lege ferenda* postojati mogućnost da notar može sačiniti zavještaocu testament u formi notarski obrađene isprave.¹⁴⁹ Ovo je rješenje u usporedbi sa rješenjem u Republici Srpskoj povoljnije, jer se koncentrira na jedan postupak (postupak notarske obrade)¹⁵⁰, ali ostavlja nejasnim o kojoj se vrsti testameta radi. Sigurno je to javni testament, jer notar u postupku notarske obrade sačinjava javne isprave, ali nije sasvim jasno da li je potrebno prisustvo svjedoka. Svi javni testamenti se sačinjavaju po pravilima za sačinjavanje sudskog testameta; propisane su situacije kada je pri sačinjavanju sudskog testameta potrebno prisustvo svjedoka. U principu je i za postupak notarske isprave prisustvo svjedoka potrebno samo u izuzetnim, zakonom predviđenim situacijama (nepoznavanje jezika, gluha ili slijepa lica i sl.), što bi značilo da svjedoci kod ovog javnog testameta nisu uvijek potrebni, odnosno da situacije u kojima je potrebno prisustvo svjedoka kod svih javnih testameta i kod notarskog testameta kao posebne forme javnog testameta nisu identične. Niti ova rješenja nisu optimalna. Ovdje su entitetska rješenja u BiH

predvidio da su punovažni ugovori o doživotnom izdržavanju, ugovori o ustupanju i raspodjeli imovine za života ostavioca, sporazumi o odricanju od nasljeđa za života ostavioca predviđeni odredbom čl. 138. Zakona o nasljeđivanju SRBiH, zaključeni nakon stupanja na snagu Zakona o notarima u postupku notarske obrade isprave, bez obzira da li su nakon toga bili ovjereni od strane suda, kao i pismeni testamenti pred svjedocima iz čl. 67. Zakona o nasljeđivanju SRBiH sačinjeni pred notarom u formi notarski obrađene isprave do dana početka primjene ovog Zakona.

¹⁴⁶ Čl. 72. ZN RS.

¹⁴⁷ U tom smislu Softić Kadenić, D., *op. cit.* u bilj. 130, str. 43.

¹⁴⁸ Tako i Softić Kadenić, D., *loc. cit.*

¹⁴⁹ Čl. 70. Radnog nacrta Zakona o nasljeđivanju FBiH.

¹⁵⁰ U tom smislu Softić Kadenić, D., *op. cit.* u bilj. 130, str. 43.

trebala slijediti rješenja Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske (dalje: ZN RH)¹⁵¹, koja predviđaju jedinstvenu formu javne oporuke bez obzira da li je sastavlja sudac, sudski savjetnik u općinskom sudu ili javni bilježnik.¹⁵²

U Republici Srpskoj je i kod međunarodnog testameta predviđena uloga notara; on je jedno od ovlaštenih lica za sastavljanje međunarodnog testameta.¹⁵³ Isto rješenje je predviđeno *de lege ferenda* u Federaciji BiH.¹⁵⁴

4.4. Uloga notara u ostavinskom postupku

4.4.1. Općenito

U Federaciji BiH Zakonom o vanparničnom postupku koji datira iz 1998. godine (dalje: ZVP FBiH)¹⁵⁵ po prirodi stvari nije mogla biti predviđena nikakva nadležnost notara u ostavinskom postupku. Ovakva je situacija i u BD BiH.¹⁵⁶ Nasuprot tome Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske (dalje: ZVP RS)¹⁵⁷ predviđa mogućnost vođenja ostavinskog postupka alternativno pred sudom ili notarom. Prije donošenja ZVP RS su u oba entiteta i Brčko Distriktu BiH u ovom pogledu postojala identična rješenja – sud je mogao notar povjeriti vršenje određenih poslova, a naročito poslove popisa i pečaćenja zaostavštine.¹⁵⁸ Nije postojala prepreka da se notarima povjere i drugi poslovi u ostavinskom postupku; zakoni o notarima su samo *exempli causa* pomenuli određene poslove koji mogu notar biti povjereni.¹⁵⁹ U dosadašnjoj praksi u Federaciji BiH nije uopće bilo slučajeva povjeravanja određenih radnji u ostavinskom postupku notarima, kao ni u Republici Srpskoj¹⁶⁰ iako tu postoji mogućnost povjeravanja cijelog ostavinskog postupka, što bi značajno moglo rasteretiti sudove.

¹⁵¹ Narodne novine 48/2003, 163/2003.

¹⁵² Čl. 23. ZN RH.

¹⁵³ Čl. 96. ZN RS.

¹⁵⁴ Čl. 96. i 267. Radnog nacrtu ZN FBiH.

¹⁵⁵ Službene novine FBiH 2/1998.

¹⁵⁶ Zakon o vanparničnom postupku BD BiH, Službeni glasnik BD BiH 5/2001 - dalje: ZVP BD BiH.

¹⁵⁷ Službeni glasnik RS 36/2009.

¹⁵⁸ Čl. 72. st. 1. ZNot FBiH, čl. 67. st. 1. ZNot RS.

¹⁵⁹ Više o tome Povlakić, M., u: Povlakić, M.; Schalast, Ch.; Softić, V., *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009., str. 130.

¹⁶⁰ Podaci dobiveni od predsjednika Notarske komore Federacije BiH i Notarske komore Republike Srpske.

Postavlja se pitanje da li se u Republici Srpskoj notaru može povjeriti samo vođenje ostavinskog postupka ili i drugih vanparničnih postupaka. Razmišljanje je važno i za buduće reforme vanparničnog postupka u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH. ZVP RS sadrži i odredbe iz kojih bi se mogao izvući zaključak da djelovanje notara u vanparničnom postupku nije ograničeno samo na ostavinski postupak ili da notar ne mora provesti sve radnje u jednom ostavinskom postupku.

U općim odredbama ZVP RS je propisano da vanparnični postupak u prvom stepenu provodi sud ili notar kao povjerenik suda.¹⁶¹ Kako citirana odredba ne sadrži nikakva ograničenja slijedilo bi da sud može povjeriti notaru vođenje bilo kojeg vanparničnog postupka. Međutim, takav zaključak nije podržan drugim zakonskim odredbama. Prvo, gotovo sva mjesta na kojima je notar u ovom Zakonu pomenut se odnose na ostavinski postupak, i to bilo na pojedinačne radnje ostavinskog postupka koje se mogu povjeriti notaru, bilo na povjeravanje cijelog postupka. Drugo, u okviru dijela Zakona koji regulira imovinske vanparnične postupke odista postoji jedno posebno poglavlje pod naslovom postupanje notara kao sudskih povjerenika¹⁶², što bi upućivalo na to da su data opća pravila za postupanje notara kad mu sud povjeri neki vanparnični postupak kojim se uređuju imovinski odnosi. Navedene odredbe međutim ne predstavljaju uspješna zakonska rješenja i otvaraju pitanje da li su generalnog karaktera ili se odnose samo na reguliranje specifičnosti djelovanja notara u ostavinskom postupku.

Kakav je domašaj ovih odredaba treba pokušati prvo utvrditi sistemskim tumačenjem. ZVP RS regulira u IV. dijelu posebne vanparnične postupke kojima se reguliraju imovinski odnosi. Poglavlje prvo je posvećeno ostavinskom postupku, drugo poglavlje postupanju notara kao povjerenika suda, treće određivanju naknade za eksproprisane nepokretnosti itd. Ovako posmatrajući stiće se utisak da ZVP RS donosi generalne odredbe o involviranju notara u vanparnične postupke kojima se uređuju imovinski odnosi. Iz toga bi se moglo zaključiti da je zakonodavac imao u vidu mogućnost povjeravanja ovih postupaka notaru, a ne i vanparničnih postupaka koji reguliraju osobne odnose.¹⁶³

Bliže analizirajući pojedine odredbe ovog poglavlja može se ipak konstatirati da one pretežno reguliraju mogućnost povjeravanja poslova u ostavinskom postupku, iako postoje kao izuzetak i odredbe iz kojih bi se moglo zaključiti

¹⁶¹ Čl. 15. ZVP RS.

¹⁶² Čl. 145. – 156. ZVP RS.

¹⁶³ Za takva rješenja se zalaže i doktrina. Vidjeti Dika, M., *op. cit.* u bilj. 16, str. 1157.

da je zakonodavac imao u vidu i širu mogućnost povjeravanja poslova notaru u vanparničnom postupku. Tako npr. odredba čl. 148. st. 1. ZVP RS govori o tome da se na notara kao povjerenika suda na odgovarajući način primjenjuju pravila koja uređuju postupak u kojem mu je povjereno obavljanje određenih poslova, naročito pravila o izuzeću, dostavi, traženju pravne pomoći, podataka itd. Ova odredba ne govori samo o ostavinskom postupku nego uopćeno o pravilima koja uređuju određenu vrstu postupka u kojem je notaru povjereno obavljanje određenih radnji, tako da se odista stiče dojam da ona ima opći domašaj. Odredba stava 2. ovog člana opet ne upućuje na vođenje cijelog ostavinskog postupka, jer prema njoj je notar poslije izvršenja određene službene radnje dužan bez odgađanja podnijeti izvještaj sudu koji mu je povjerio te radnje. I ova odredba upućuje da se radi o samo određenim radnjama u nekom vanparničnom postupku, a ne o ostavinskom postupku u cjelini; bilo bi nemoguće da notar nakon svake radnje u ostavinskom postupku podnosi izvješće sudu. Ipak, analizirana odredba čl. 148. je usamljena, sve odredbe ovog poglavlja se odnose inače na ostavinski postupak. Na žalost, odredbe su neprecizno pozicionirane (posebno poglavlje) i formulirane (odredbe za koje se čine da su općeg karaktera) i stvaraju nepotrebnju nedoumicu o tome da li je zakonodavac imao u vidu samo ulogu notara u ostavinskom postupku.¹⁶⁴

4.4.2. Davanje nasljedničke izjave pred notarom

U Federaciji BiH se u vezi sa ostavinskim postupkom u praksi nekih sudova postavilo pitanje mogućnosti davanja izjave o odricanju nasljeđa pred notarom. Izvorno je ZN SRBiH¹⁶⁵ propisivao da se nasljednik može odreći nasljeđa izjavom kod suda do svršetka rasprave zaostavštine.¹⁶⁶ Iz navedene odredbe bi slijedilo da je takvu izjavu moguće dati samo pred sudom. Prenošanjem nadležnosti za reguliranje ostavinskog postupka na federalne jedinice Ustavom SFRJ iz 1974. godine, u SR BiH je 1975. godine Zakon o nasljeđivanju dopunjen

¹⁶⁴ Moguće objašnjenje daje poređenje sa ZN RH. Tamo postoji dio posvećen javnom bilježniku kao povjereniku suda koji je onda podijeljen u dva dijela – jedan regulira samo položaj javnog bilježnika kao povjerenika suda u ostavinskom postupku, a drugi dio položaj javnog bilježnika kao povjerenika suda općenito u vanparničnom postupku; zakonodavac je u Republici Srpskoj ova dva dijela nekritično spojio u jedan.

¹⁶⁵ Službeni list SR BiH 22/1973.

¹⁶⁶ Čl. 134. ZN SRBiH.

i odredbama ostavinskog postupka¹⁶⁷, koje su pak propisivale da se izjava o odricanju može dati pred ostavinskim sudom ili svakim drugim općinskim sudom¹⁶⁸, a da izjava o odricanju ili primanju nasljeđa koja je *podnesena* (istaknuo autor) sudu mora biti ovjerena.¹⁶⁹ U doktrini¹⁷⁰ i praksi nije bilo sporno da je ovjeru potpisa bilo moguće izvršiti u sudu ili općini. Takav zaključak uostalom slijedi iz odredbe da se sudu može podnijeti prethodno ovjerena izjava. Ako se primjene istorijsko i sistemsko tumačenje onda biva jasno da od 1975. postoji mogućnost da se nasljednička izjava ovjeri i van suda, a ako se daje pred sudom, da je određena nadležnost sudova; to može biti kako ostavinski sud, ali i bilo koji drugi općinski sud.¹⁷¹

Slijedeći problem u okviru ostavinskog postupka nastao je u praksi nekih sudova (npr. Općinski sud u Sarajevu) koji su prihvatili samo notarski obrađene izjave o nasljeđivanju. Nema nikakvog razloga za notarsku obradu jer ZN SRBiH izričito govori o ovjeri potpisa. Time se stranke izlažu nepotrebним troškovima.

Donošenjem ZVP RS ovo je pitanje uređeno tako što je izričito predviđena mogućnost da se nasljednička izjava može dati pred notarom. Na žalost je bitno ograničen broj situacija u kojima je to moguće. Pravo izbora pred kim će dati nasljedničku izjavu ne pripada strankama, već “po zamolnici suda nasljedničku izjavu može uzeti i notar, primjenjujući pravila koja važe i za sud prilikom uzimanja nasljedničke izjave”.¹⁷² Nema nikakvih razloga za ovakvo ograničenje te je i kod davanje nasljedničke izjave trebalo predvidjeti paralelnu nadležnost suda i notara.

¹⁶⁷ Službeni list SR BiH 22/1973, 22/1975, prečišćeni tekst – 7/1980.

¹⁶⁸ Čl. 227. st. 4. ZN SRBiH.

¹⁶⁹ Čl. 227. st. 2. ZN SRBiH.

¹⁷⁰ Blagojević, B., *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, 4. izdanje, Beograd, 1979., str. 373.

¹⁷¹ U praksi notara se pokušalo negativan stav suda o mogućnosti davanja izjave o odricanju od nasljeđa pred notarom zaobići izjavom o prihvatanju i ustupanju nasljeđa određenom licu u formi notarski obrađene isprave. Ovakva je praksa međutim opasna. Odricanje u korist nekog nasljednika ne smatra se odricanjem od nasljeđa, već se smatra kao izjava o prihvatanju nasljeđa i ustupanju svog nasljednog dijela (čl. 137. st. 2. ZN SRBiH). U tom slučaju postoje dva akta prenosa – nasljeđivanje i poklon, te ako se ne radi o srođnicima koji nisu obveznici poreza na nasljeđe i poklon, nastala bi obaveza plaćanja dvostrukog poreza.

¹⁷² Čl. 126. st. 2. ZVP RS.

4.4.3. Povjeravanje pojedinih radnji u ostavinskom postupku notaru

Osim mogućnosti povjeravanja cijelog ostavinskog postupka u ZVP RS postoje i posebne odredbe o pojedinim radnjama notara u ostavinskom postupku. Tako popis i procjenu imovine vrši mjesno nadležan sud ili notar ako mu sud povjeri obavljanje tih poslova.¹⁷³ Ova se odredba na prvi pogled može učiniti kao suvišna jer sud može povjeriti notaru sve radnje ostavinskog postupka, pri čemu i odredbe ZNot RS predviđaju mogućnost povjeravanja upravo pojedinačne radnje popisa i procjene zaostavštine. ZVP RS je dalje predvidio da se u okviru staranja o zaostavštini novac, papiri od vrijednosti, dragocjenosti, štedne knjižice i druge važne isprave mogu predati na čuvanje sudu ili notaru na čijem području se ta imovina nalazi.¹⁷⁴ I ova mogućnost slijedi već iz ZNot RS koji regulira i depozitnu nadležnost notara.¹⁷⁵ Mogući je zaključak da zakonodavac, predviđajući mogućnost povjeravanja cijelog ostavinskog postupka, nije želio isključiti mogućnost povjeravanja pojedinih radnji ovog postupka, pri čemu postupak vodi sud. Međutim, izričito apostrofiranje samo ovih dviju posebnih radnji u ostavinskom postupku može biti vrlo ograničavajuće u pogledu involviranja notara u ostavinskom postupku. Tako je u okviru odredbe čl. 109. ZVP RS izričito predviđena mogućnost povjeravanja navedenih stvari iz zaostavštine notaru, a zadržana je ranija odredba o određivanju privremenog staratelja zaostavštine, pri čemu nije predviđena mogućnost da se notar može odrediti za privremenog staratelja zaostavštine. Iz takve formulacije citiranog člana zakona slijedi da je moguće notaru povjeriti na čuvanje određene dragocjenosti, ali ne i odrediti ga za staratelja zaostavštine. Metoda reguliranja je vrlo upitna – pored odredbe ZNot RS o mogućnosti povjeravanja poslova notaru i odredbi ZVP RS koje omogućavaju povjeravanje cijelog ostavinskog postupka, bilo je suvišno u ovom posljednjem izričito predvidjeti mogućnost povjeravanja notaru pojedinih radnji ostavinskog postupka; *argumentum a contrario* slijedi da druge pojedinačne radnje ne mogu biti povjerene notaru. To sigurno nije bila intencija zakonodavca. U svakom slučaju je kod takve metode trebalo predvidjeti i mogućnost određivanja notara kao staratelja zaostavštine.¹⁷⁶

¹⁷³ Čl. 106. ZVP RS.

¹⁷⁴ Čl. 109. ZVP RS.

¹⁷⁵ Čl. 110. ZNot RS.

¹⁷⁶ Iako u Federaciji BiH i BD BiH nisu nakon usvajanja zakona koji reguliraju notarijat još doneseni novi zakoni o vanparničnom postupku koji bi predvidjeli ulogu notara u ovom postupku, trebalo bi voditi računa o tome da već na osnovu odreda-

4.4.4. Povjeravanje cijelog ostavinskog postupka notararu

Za sada samo u Republici Srpskoj postoji ova mogućnost. Kada se radi o vođenju cijelog ostavinskog postupka sud odlučuje o tome da li će se postupak voditi pred notarom; nema situacija u kojima je propisano obavezno povjeravanje ostavinskog postupka notararu. Kada se ostavinski postupak vodi pred notarom, on nastupa kao povjerenik suda.¹⁷⁷ Uloga notara u ostavinskom postupku time je tipična komesarijalna, te ZVP RS nije donio kvalitativno novu nadležnost notara u ostavinskom postupku, već je samo proširena mogućnost povjeravanja poslova notarima koja se prema ZNot RS u ostavinskim stvarima svodila primarno na popis i pečćenje ostavine.

Kad odluči povjeriti notararu provođenje ostavinskog postupka, sud notararu dostavlja smrtovnicu sa priložima. Notar koji provodi radnje u ostavinskom postupku, kao povjerenik suda, ovlašten je kao sudija osnovnog suda preduzimati sve radnje u postupku i donositi sve odluke osim odluka koje su u isključivoj nadležnosti osnovnog suda.¹⁷⁸ Ipak, postupanje notara u ostavinskom

ba zakona o notarima i sud i drugi organi notararu mogu povjeriti određene radnje u ostavinskom postupku, prije svega staranje o zaostavštini i čuvanje novca, dragocjenosti, papira od vrijednosti i sl., iako sami zakoni o vanparničnom postupku sadrže neka ograničenja. Ako iz zakonom propisanih razloga sami nasljednici nisu u stanju upravljati imovinom, nadležna općinska služba će je predati na čuvanje pouzdanom licu, o čemu odmah obavještava sud na čijem se teritoriju imovina nalazi, koji ovu mjeru može izmijeniti ili ukinuti (čl. 110. ZVP FBiH, čl. 106. ZVP BD BiH). Općinski organ može donijeti odluku da se imovina preda notararu kao pouzdanom licu na čuvanje. Problem predstavlja pitanje novca, papira od vrijednosti, dragocjenosti, štednih knjižica i drugih važnih isprava za koje propisi vanparničnog postupka propisuju da ih općinski organ treba predati sudu. Iz citiranih odredaba bi slijedilo da je to tako čak i u situaciji da su druge imovinske vrijednosti povjerene pouzdanom licu (notararu). Striktno se pridržavajući slova zakona općinski organ ne bi ove predmete mogao povjeriti notararu iako mu je kao osobi od povjerenja predao čuvanje ostale imovine. U tom bi slučaju općina navedene dragocjenosti trebala predati sudu, a sud bi ih mogao predati notararu. Takva je procedura i nelogična i komplikovana. Međutim, zakoni o notarima propisuju da sud ili drugi nadležni organ notararu mogu povjeriti određene poslove i smatramo da bi općinski organ na osnovu ove odredbe mogao povjeravati na čuvanje notararu cjelokupnu zaostavštinu, uključujući novac, vrijednosne papire, dragocjenosti i sl.

¹⁷⁷ Čl. 15. i 94. ZVP RS.

¹⁷⁸ Odredba nije od velike pomoći jer zakonom nije propisano šta su isključive nadležnosti suda. Sigurno se radi o nepreciznom preuzimanju odredbe iz hrvatskog Zakona o nasljeđivanju prema kojoj notar može obavljati sve radnje ostavinskog postupka ako tim zakonom nije drugačije određeno (čl. 176. st. 4. ZN RH).

postupku ima specifičnosti u odnosu na postupanje suda, te je zakonodavac te specifičnosti regulirao u posebnom poglavlju zakona koje uređuje položaj notara kao povjerenika suda, o čemu je prethodno već bilo riječi.

Sud ne povjerava vođenje ostavinskog postupka samoinicijativno već samo na traženje učesnika u ostavinskom postupku, ali ni tada nije obavezan da to učini.¹⁷⁹ Ako više nasljednika učestvuje u ostavinskom postupku svi s time moraju biti saglasni, kao i sam notar.¹⁸⁰ Odredba je sporna iz više razloga. Uprizno je da li će ova odredba dovesti do većeg angažiranja notara u ostavinskom postupku. U ovom pravcu prvo mora biti informirano stanovništvo Republike Srpske. Pa i u slučaju da potencijalni nasljednici znaju za ovu novu mogućnost, nužna je saglasnost svih nasljednika, što uvijek neće moći biti postignuto. Odredba je neprecizna i po tome što govori samo o saglasnosti nasljednika koji učestvuju u postupku. Šta je sa nasljednicima koji se u postupku pasivno drže ili koji su nepoznati ili nepoznatog boravišta? Znači li da prema navedenoj zakonskoj odredbi njihova saglasnost nije potrebna? Koji je momenat relevantan za ocjenu učešća u ostavinskom postupku? Sud mora donijeti odluku o povjeravanju poslova notaru u roku od tri dana od postavljanja zahtjeva. Rok je prekratak i nerealno postavljen. Postavlja se pitanje da li u ta tri dana moraju biti ispunjeni svi uslovi (davanje potrebnih saglasnosti) ili se stranke sudu obraćaju nakon što su prethodno pribavile sve saglasnosti (svih nasljednika i notara)? Kako sud može u tako kratkom roku uopće biti siguran ko će sve učestvovati u ostavinskom postupku? Ovakva odredba bi ipak pretpostavljala određene prethodne radnje suda koje Zakonom nisu predviđene; iz odredbe čl. 15. i 94. ZVP RS slijedi da sud koji povjerava ostavinski postupak notaru dostavlja smrtovnicu i u tome se djelatnost suda iscrpljuje.

Prema ovim odredbama sporno je da li bi bilo moguće povjeriti notaru vođenje postupka kad god je izvjesno da postoje nasljednici, ali su nepoznatog boravišta. Takođe se kod ovakve odredbe postavlja pitanje šta ako je ostavinski postupak proveden od strane notara pri čemu jedan nasljednik nije učestvovalao u postupku niti je dao saglasnost, ali je uzet u obzir kao nasljednik. Ova situacija nije sasvim analogna situaciji kada se po pravosnažnosti rješenja o nasljeđivanju pojavi novi nasljednik koji traži svoja prava na zaostavštini i koji se tada upućuje na parnicu.¹⁸¹ Naime, moguće bi bilo zamisliti situaciju

¹⁷⁹ Zakon određuje da "Sud može povjeriti..." vođenje ostavinskog postupka po ispunjenju propisanih uslova – čl. 145. st. 1. ZVP RS.

¹⁸⁰ Čl. 145. ZVP RS.

¹⁸¹ Čl. 140. ZVP RS.

u kojoj novi nasljednik da je učestvovao u postupku ne bi dao saglasnost za vođenje postupka od strane notara, te bi imao drugačiji nasljednopravni položaj jer bi mogao osporiti veličinu nasljednog dijela drugim nasljednicima i sl. U ovoj situaciji nisu bili ispunjeni uvjeti za povjeravanje nadležnosti notaru, a iz Zakona ne slijedi kakva pravna sredstva postoje nakon što je pravosnažno okončan ostavinski postupak.

Sporan je i uvjet da se ostavinski postupak može povjeriti notaru ako se povjereni poslovi mogu opozvati iz opravdanih razloga. Kako bi to sud unaprijed mogao znati? Čl. 146. ZVP RS su propisani razlozi kada se povjereni poslovi mogu opozvati, to je opća norma i ne bi trebala biti poseban uvjet za povjeravanje vođenja ostavinskog postupka notaru. Sud naime može uvijek iz opravdanih razloga, a naročito po prigovoru učesnika u postupku, opozvati povjeravanje poslova, preciznije svoju odluku kojom je povjerio poslove notaru. Međutim, i ove odredbe otvaraju određena pitanja. Kako je moguće da se opozivanje vrši na prigovor učesnika u postupku na povjeravanje poslova notara, kada je prethodni uvjet za povjeravanje bila saglasnost učesnika u postupku?

Iz ovog kratkog osvrtu slijedi da su odredbe koje reguliraju postupanje notara u ostavinskom postupku u Republici Srpskoj višestruko pravnotehnički manjkave, što će njihovu primjenu otežati. Prije svega nije dobro regulirana početna pozicija, tj. situacija u kojoj može doći do povjeravanja ostavinskog postupka sudu. Da li će notaru biti povjereno vođenje ostavinskog postupka zavisi prvo od stranaka, čiji je krug neprecizno određen, a onda i od diskrecione ocjene suda. Osim toga se čini da pozicija notara nije principijelno dobro postavljena. Sud nadzire notara, notar je o svemu dužan izvjestiti sud, čak iz jedne odredbe slijedi da bi o svakoj poduzetoj radnji trebao izvjestiti sud¹⁸², sud može oduzeti poslove notaru iz propisanih razloga, ali i kad god to smatra opravdanim, sud određuje rok za završetak ostavinskog postupka itd. Naprotiv, kada poslove provodi stručni saradnik u sudu ovakva kontrola nije predviđena. Ovakva "paralelna" nadležnost neće rasteretiti sudove što bi trebao biti primarni efekat. Ona svjedoči o određenom nepovjerenju prema notaru; kontrola i provjera rada notara, kao kada je u pitanju sudija ili stručni saradnik, bi trebala biti vršena u postupku pravnih lijekova. Dalje sud određuje notaru rok za provođenje ostavinskog postupka pri čemu je odista i vrlo teško pravilno odmjeriti taj rok za svaki konkretan slučaj. Ako iz opravdanih razloga notar nije završio postupak u određenom roku dužan je izvjestiti sud

¹⁸² Čl. 148. ZVP RS.

o tome.¹⁸³ Zakonom međutim nije propisano koje su konsekvence tog “zakašnjenja”, jer notaru se može oduzeti vođenje ostavinskog postupka samo ako je očito zanemario zakonske obaveze.¹⁸⁴ Naprotiv, za sud ne postoji nikakav rok u kome mora završiti ostavinski postupak.

Osim pitanja kad notaru može biti povjeren ostavinski postupak i kako on postupa u povjerenom postupku, a koja nisu adekvatno rješena u ovom Zakonu, otvoreno je i pitanje kakav ostavinski postupak može biti povjeren notaru. U hrvatskom je pravu jasno da je to samo nesporni ostavinski postupak¹⁸⁵, što nije moguće utvrditi unaprijed. Ukoliko u toku postupka dođe do spora zbog kojeg bi bilo nužno upućivanje na parnicu, te ukoliko određena lica ističu zahtjev u pogledu izdvajanja njihovog doprinosa povećanju zaostavštine ili izdvajanja predmeta domaćinstava, u hrvatskom pravu će notar sudu vratiti spis.¹⁸⁶ ZVP RS takvu mogućnost predviđa samo u situaciji da je došlo do spora o činjenicama, što jeste razlog za upućivanje na parnicu, ali nije u obzir uzeo i postavljanje zahtjeva koji se tiču sastava zaostavštine (doprinos, predmeti domaćinstva, izdvajanje zaostavštine od imovine nasljednika na zahtjev povjerenika), što će u pravilu voditi sporu o činjenicama.

Ne može se oteti utisku da je zakonodavac u Republici Srpskoj samo djelimično slijedio rješenja hrvatskog zakona te selektivno i nesistematično preuzimao određena rješenja tako da krajnji rezultat nije zadovoljavajući. Zakonodavac je pokušao zahtjev “nespornosti” zadovoljiti time da se svi učesnici u ostavinskom postupku moraju saglasiti sa povjeravanjem postupka notaru, a kako je već rečeno, upravo takvo rješenje je nedorečeno i može naknadno uzrokovati spor.

Kako je upravo područje vanparničnog ili preventivnog pravosuđa prirodno mjesto za djelovanje notara smatramo da ZVP RS nije iskoristio sve mogućnosti i da je notar mogao biti uključen i u druge vanparnične postupke koji reguliraju imovinske odnose, kao i da mogućnost povjeravanja ostavinskog postupka ne treba da zavisi od volje učesnika i diskrecione odluke suda, te da o tome treba voditi računa *de lege ferenda* u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH.

¹⁸³ Čl. 153. ZVP RS.

¹⁸⁴ Čl. 146. st. 3. ZVP RS.

¹⁸⁵ Vidjeti Dika, M., *op. cit.* u bilj. 16, str. 1155.

¹⁸⁶ Čl. 244., a u vezi sa čl. 222., 223., 224., 140., 143. i 144. ZN RH.

5. Nadležnost notara u vezi sa statusnim stvarima trgovačkih društava

5.1. Općenito

U oblasti statusa trgovačkih društava notarima je u BiH povjerena značajna funkcija. U oba entitetska zakona o notarima kao i ZNot BD BiH je predviđeno učešće notara prilikom sačinjavanja osnivačkih akata privrednih društava, njihovih statuta kao i izmjena tih akata.¹⁸⁷ ZNot FBiH i ZNot BD BiH propisuju da je forma notarske obrade nužna za osnivačka akta privrednih društava, za utvrđivanje njihovih statuta kao i za utvrđivanje svake promjene statuta, dok ZNot RS obaveznu formu notarske obrade predviđa samo za osnivačka akta privrednih društava. U pogledu statuta i izmjena statuta ZNot RS zahtijeva da utvrđivanje statuta, kao i svake njegove izmjene bude notarski potvrđeno.¹⁸⁸ U momentu stupanja na snagu zakona o notarima u BiH pravilo prema kome osnivački ugovori privrednih društava moraju biti u formi notarski obrađene isprave bilo je jedinstveno u cijeloj BiH. U Federaciji BiH i BD BiH još su i utvrđivanje statuta kao i utvrđivanje izmjena i dopuna statuta zahtjevali formu notarske obrade.

Osnovni cilj koji se u određenom pravnom poretku postiže povjeravanjem notarima određenih poslova iz oblasti osnivanja i statusnih promjena trgovačkih društava u BiH je zaštitna funkcija kako za članove društva, dioničare, tako i za treća lica, osiguranje dokaza, istinitost akata koji su podloga za registraciju itd.¹⁸⁹ Ovaj cilj međutim nije mogao biti lako ostvaren.

Prvi je problem ležao u činjenici da u momentu donošenja, ali i prilikom otpočinjanja s radom notarske službe, propisi o notarima nisu bili usklađeni sa propisima koji reguliraju statusna pitanja privrednih društava¹⁹⁰ i postupak upisa tih društava u odgovarajuće registre.¹⁹¹ Ovi su se zakoni zatim nakon po-

¹⁸⁷ Čl. 73. st. 1. tač. 5. ZNot FBiH, čl. 68. st. 1. tač. 5. ZNot RS, čl. 47. st. 1. tač. 5. ZNot BD BiH.

¹⁸⁸ Čl. 69. ZNot RS.

¹⁸⁹ O ulozi notara kod sastavljanja isprava za osnivanje i poslovanje trgovačkih društava vidjeti kod Heinrich, H., u: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 3, München, 1996., § 5 Rn. 40; Ernst, H.; Josipović, T., *op. cit.* u bilj. 95, str. 1124 – 1125.

¹⁹⁰ Zakon o privrednim društvima FBiH i tada važeći Zakon o preduzećima RS datirali su iz 1998., a Brčko Distrikta BiH od 2001. godine

¹⁹¹ O neusklađenosti zakona koji reguliraju notarijat, privredna društva i registraciju poslovnih subjekata više kod Senjak, K., *Uloga notara kod osnivanja trgovačkih društava u BiH sa osvrtom na osnivačka akta banaka*, Zbornik radova sa Međunarodnog savjetjo-

četka rada notara višestruko mijenjali, ali u različitim pravcima, često nevedeći računa o rješenjima zakona o notarima.

Slijedeći problem je ležao u samom načinu reguliranja nadležnosti notara u zakonima o notarima. U Federaciji BiH i BD BiH je odredba bila nejasna utooliko što nigdje nije bilo definirano šta znači *notarska obrada utvrđivanja statuta* (naglasio autor)¹⁹², a takođe iz ZNot RS nije sasvim jasno slijedilo šta znači potvrda statuta kao i njegovih docnijih izmjena. Odredbe zakona koji reguliraju trgovačka društva ovdje nisu bile ni od kakve pomoći, jer su ti zakoni bili doneseni prije zakona o notarima. Navedene nejasnoće su dijelom posljedica neadekvatnog transfera pravnih rješenja. S obzirom na podršku koja je pružana prilikom izrade zakona logično je bilo da su njemačka rješenja služila kao model.¹⁹³ Materijalni propisi, tj. propisi statusnog prava društava u Njemačkoj se razlikuju od rješenja u pravu BiH, te je i transfer pravnih rješenja o nadležnosti notara u ovoj oblasti prozrekovao određene teškoće (vidjeti *infra* 5.2.).

Pri tome upravo je ovo bilo jedno od rijetkih mjesta gdje su se tri zakona o notarima razlikovala; priroda djelatnosti notara u oblasti trgovačkih društava nije u sva tri zakona u ovoj oblasti bila identična. Do sada razmatrana uloga notara u pojedinim pravnim oblastima pokazala je da i kod usklađenih propisa samih zakona o notarima, a zbog razlika između drugih propisa u pojedinim dijelovima BiH može doći do razlika u nadležnostima notara. Niti u jednoj oblasti te razlike nisu tako velike kao u oblasti statusa trgovačkih društava i niti u jednoj oblasti ne postoje tolike neusklađenosti propisa u okviru jednog entiteta, odnosno Brčko Distrikta BiH, tako i međusobno. Pri tome se misli na odnos zakona o notarima prema zakonima koji reguliraju status trgovačkih društava i postupak upisa tih društava u registre društava. Stoga će jedini moguć pregledan način prezentacije i analize stanja zakonodavstva u ovim oblastima biti da se ono analizira odvojeno u svakom entitetu i Brčko Distriktu BiH.

5.2. Federacija BiH

Odredba čl. 73. st. 1 tač. 5. Zakona o notarima kojom je u Federaciji BiH predviđena nadležnost notara u statusnim pitanjima trgovačkih društava dvo-

vanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Vol. 5, Mostar, 2008., str. 561.

¹⁹² U međuvremenu ova odredba važi samo u Brčko Distriktu BiH, u entitetima su usvojena nova, ali isto tako problematična rješenja, o čemu će niže biti više riječi.

¹⁹³ Vidjeti bilješku 11.

struko je manjkava. Prije svega je odredba jezički nejasna. Ona doslovno glasi: "Pravni poslovi koji za svoju valjanost zahtjevaju notarsku obradu isprava odnose se na osnivačka akta privrednih društava i utvrđivanje njihovih statuta, kao i svaka promjena statuta." Citirana odredba ima smisla samo ako bi se korigovao zadnji dio rečenice tako da glasi "kao i svake promjene statuta". Iako sam zakonodavac nije nikada izvršio ispravku, ovo je jedini mogući način čitanja ove norme kako bi ona gramatički bila smisljena. Međutim i kad se izvrši ta jezička korekcija ostaje problem što zakonom nije definirano kako se vrši notarska obrada utvrđivanja statuta kao i njegovih izmjena, problem koji se dodatno komplikuje zbog rješenja statusnog prava trgovačkih društava

Da bi se djelatnost notara u pogledu osnivačkog akta i statuta jednog trgovačkog društva pokušala razumjeti nužno je odredbu dovesti u vezu sa rješenjima Zakona o privrednim/trgovačkim društvima Federacije BiH (dalje: ZPD FBiH).¹⁹⁴ U Federaciji BiH svako društvo ima dva akta – ugovor o osnivanju i statut, čije obavezne elemente propisuje zakon i koji se dijelom u oba akta ponavljaju. Navedeno rješenje nije uobičajeno u uporednom pravu, ne postoji u njemačkom pravu koje je služilo kao uzor, a izvor je problema u pravu Federacije BiH. Kada su u pitanju društva sa ograničenom odgovornošću ZPD BiH je izvorno propisivao da se ovo društvo osniva ugovorom o osnivanju, a da statut mora biti usvojen u roku od 60 dana od upisa društva u registar društava.¹⁹⁵ Iz navedene odredbe je slijedilo da je registracija društva sa ograničenom odgovornošću potpuno neovisna o donošenju statuta (ispunjenje ove obaveze u propisanom roku se teško kontroliralo i nije povlačilo nikakve sankcije).¹⁹⁶

U međuvremenu su izmjene Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH iz 2009. godine izričito propisale istovremeno dostavljanje

¹⁹⁴ Službene novine FBiH 23/1999, 45/2000, 2/2002, 6/2002, 29/2003, 68/2005, 91/2007, 84/2008, 88/2008, 7/2009 i 63/2010.

¹⁹⁵ Čl. 317. st. 2. ZPD FBiH.

¹⁹⁶ Naročito u godinama u kojima je notarska služba započela radom situacija u praksi je bila takva da se prilikom prijave društva sa ograničenom odgovornošću registru društava u Federaciji BiH dostavljao samo ugovor o osnivanju, što je slučaj i kod kasnijih izmjena. Tek postepeno se ustalila praksa da se kasnije izmjene podataka koji se upisuju u registar vrše dostavljanjem izmjena statuta. Ovdje su notari nesporno odigrali pozitivnu ulogu tako što su, budući da postoji zakonska obaveza donošenja dva akta, pravilno upozoravali osnivače društva sa ograničenom odgovornošću da je najsvrsishodnije donijeti ih paralelno, a ne odgoditi donošenje statuta za neki kasniji momenat. Kod docnijih izmjena bilo je lakše promijeniti statut, za čiju izmjenu je potrebna propisana većina glasova, nego ugovor o osnivanju koji se mijenja saglasnošću i potpisivanjem od strane svakog člana društva, čime su izmjene često bivale blokirane.

oba akta kod osnivanja društva sa ograničenom odgovornošću i kod dioničkog društva.¹⁹⁷ Kad su u pitanju dioničarska društva ugovor o osnivanju ima značaja samo u prvoj fazi postupka osnivanja ovih društava tako da se sve docnije izmjene i dopune vrše putem statuta, a kod društava sa ograničenom odgovornošću putem izmjena jednog ili drugog akta. Dvije notarske obrade, i to ugovora o osnivanju društva sa ograničenom odgovornosti i utvrđivanja statuta, te kod naknadnih izmjena notarska obrada izmjena ugovora o osnivanju i notarska obrada utvrđivanja izmjena i dopuna statuta, su nepotrebne i besmislene. Dvostruka notarska obrada za stranke izaziva neopravdano velike troškove, a da to objektivno ne služi nekoj svrsi. Ovakva rješenja Zakona o privrednim društvima Federacije BiH veoma opterećuju privredna društva i jesu izvorom otpora i prema notarskoj službi, koja međutim ne snosi odgovornost za neadekvatna zakonska rješenja. Osim toga je na situaciju postojanja dva akta jednog društva veoma teško primijeniti rješenja preuzeta iz njemačkog notarskog prava o sačinjavanju i izmjenama akata trgovačkog društva.

Dalji problem je, kako je već naznačeno, uzrokovan nedoumicom kako notar vrši notarsku obradu utvrđivanja statuta. U međuvremenu je citiranim izmjenama Zakona o registraciji poslovnih subjekata iz 2009. navedena odredba derogirana. Ovaj Zakon zahtjeva u principu notarsku obradu svih akata i izjava volje jednog trgovačkog društva koji se odnose na statusne promjene; samo za osnivanje dioničkog društva propisuje notarsku potvrdu ugovora o osnivanju i statuta.¹⁹⁸ I ponovo nije jasno kako notar može izvršiti notarsku obradu nekih izjava volja ili odluka skupštine, kao što nije jasno kako ima sačiniti potvrdu statuta dioničkog društva, jer ZNot FBiH o tome ne sadrži nikakvo specifično rješenje. Za razumjevanja navedenih zakonskih odredaba nužno je konsultirati rješenja njemačkog prava.

Problem je dijelom i nastao jer su preuzimana rješenja njemačkog prava o djelatnosti notara u oblasti statusa trgovačkih društava, a da nije postojala kompatibilnost između rješenja ova dva pravna poretka u pogledu akata privrednog društva. Osim toga na jezicima u službenoj upotrebi u BiH nema potpuno adekvatnih izraza za precizno prevođenje termina iz njemačkog Zakona o notarskim ispravama (*Beurkundungsgesetz* – dalje: BeurkG), što je sigurno urodilo problemom razgraničenja notarske obrade, potvrde i notarske obrade utvrđivanja statuta.

¹⁹⁷ Između ostalih čl. 22. Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH (Službene novine FBiH 27/2005, 68/2005, 43/2009).

¹⁹⁸ Čl. 23. Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH.

U njemačkom pravu se jednom zaključen osnivački ugovor kojim se osniva društvo sa ograničenom odgovornošću tretira kao statut i mijenja kao statut, što znači da ne postoje paralelno dva posebna akta.¹⁹⁹ Ugovor o osnivanju društva se notarski obrađuje prema § 8 BeurkG (*Beurkundung von Willenserklärungen*), a izmjene statuta se u pravilu vrše tzv. notarskom obradom činjenica (*Tatsacheneurkundung*) prema § 36 BeurkG²⁰⁰, što bi se moglo prevesti i kao notarsko zapisivanje činjenica, odnosno notarska potvrda. Kod prijave izmjena ugovora o osnivanju društva sa ograničenom odgovornošću registru se prilaže potpuni tekst osnivačkog ugovora/statuta, pri čemu notar mora izmjene ugraditi u izvorni tekst osnivačkog ugovora. Na takvom potpunom osnivačkom ugovoru/statutu notar potvrđuje da izmjene odgovaraju izmjenama koje su usvojili osnivači kao i da nepromijenjene odredbe odgovaraju odredbama osnivačkog ugovora/statuta koji je sudu ranije dostavljen.²⁰¹ Od tog izvornog rješenja je prilikom prevoda i transpozicije u pravni poredak Federacije BiH ostalo malo. Međutim, to se u pozadini mora imati u vidu kod odgovora na pitanje kakva je priroda funkcije notara kod osnivačkog ugovora, statuta i njihovih izmjena.

Kada se usvaja statut prisustvo notara na skupštini privrednog društva je obligatorno, notar sačinjava zapisnik i njegov je zadatak da potvrdi autentični tekst statuta, odnosno njegovih izmjena i dopuna. Ovdje je vidljivo da je priroda notareve djelatnosti bliža potvrdi nego notarskoj obradi. Njen je smisao da osigura autentični primjerak statuta, što je u interesu publiciteta, zaštite pravnog prometa, ali i samih članova društva i dioničara. Pogotovo kada su u pitanju dionička društva ovakva uloga notara je u nesumnjivom interesu dioničara. U pravilu na skupštinama dioničara je zastupljen mali broj glasova, mnogi glasaju na osnovu punomoći, promet dionicama se odvija brzo, pogotovo ako one kotiraju na berzi, tako da je i za buduće dioničare postojanje jednog nesumnjivog teksta statuta od presudne važnosti.²⁰²

¹⁹⁹ U tom smislu Marquardt, M., u: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 3, München, 1996., § 22 Rn. 2.

²⁰⁰ Više o tome Mayer, D., u: Brambring, G., *et al.* (ur.), *Beck'sches Notarhandbuch*, 4. Auflage, München, 2006., str. 903 (D I Rn. 105). Ipak isti autor smatra da se može izvršiti i notarska obrada odluke o izmjenama statuta. Ovo drugo rješenje (notarska obrada odluka skupštine o izmjenama statuta) za Federaciju BiH ne dolazi u obzir jer ga ni ZNot FBiH ni Zakon o registraciji poslovnih subjekata ne predviđaju.

²⁰¹ Tako § 54 Abs. 1 njemačkog Zakona o društvima sa ograničenom odgovornošću. Vidjeti kod Faßbender, H. J., *et al.*, *Notariatskunde*, 12. Auflage, Rinteln, 1997., str. 126 (Rn. 303); Huhn, D.; v. Schuckmann, H.-J., *op. cit.* u bilj. 29, § 36 Rn. 6.

²⁰² Fitz, H.; Roth, H. G., *Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht*, Juristische Blätter 4 (2004.), str. 209.

Nužno bi trebalo korigovati rješenja Zakona o notarima, ali i Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH i ukinuti potrebu da svako trgovačko društvo ima dva akta. U Federaciji BiH je nakon donošenja Zakona o notarima višekretno mijenjan Zakon o privrednim društvima bez da su se pri tome uzela u obzir rješenja ovog prvog; Zakon o privrednim društvima ne pominje notara uopće. Za razliku od rješenja u Republici Srpskoj i Brčko Distriktu BiH, gdje u postupovnom zakonu nije propisivana forma akata koji se moraju priložiti prilikom određenog upisa u registar društava, u Federaciji BiH je upravo Zakon o registraciji poslovnih subjekata mjesto gdje je predviđena nadležnost notara; odredbe ovog zakona su dijelom derogirale odredbe Zakona o notarima. Nadležnost notara u statusnim stvarima trgovačkih društava u ovom je zakonu, moglo bi se reći, doživjela pravu erupciju. Prilikom izmjena Zakona o registraciji poslovnih subjekata 2009. godine predviđeno je da gotovo svi akti koji se dostavljaju registru društava trebaju formu notarske obrade ili formu notarske potvrde. U nizu slučajeva je ovim zakonom predviđena notarska obrada, u kojima naprotiv u uporednom pravu nije propisana tako stroga forma, pa čak ni bilo kakvo učešće notara. Tako se npr. zahtjeva notarska obrada akta o osnivanju društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću i komanditnog društva.²⁰³ U principu je u njemačkom pravnom krugu, a te su provenijencije rješenja zakona o notarima u BiH, notarska obrada predviđena za ugovor o osnivanju društva sa ograničenom odgovornosti, prenos udjela, ugovore o statusnim promjenama, a notarska potvrda za izmjene statuta.²⁰⁴

Prema Zakonu o registraciji poslovnih subjekata u FBiH forma notarske obrade je potrebna između ostalog za akt o osnivanju i statut društva sa ograničenom odgovornosti, akt o osnivanju i statut društava sa neograničenom solidarnom odgovornosti i komanditnih društava, akt o osnivanju i statut preduzeća sa javnim ovlastima, ugovor o osnivanju poslovnog udruženja, ugovor o osnivanju i pravila zadružnog saveza, za sve akte o izmjenama i dopunama podataka od značaja za pravni promet itd. Već je ova lista impozantna i go-

²⁰³ Čl. 22. Zakona o registraciji poslovnih subjekata. U austrijskom pravu takvi ugovori ne podliježu nikakvoj formi. Vidjeti kod Fritzberg, B., *Austrijsko trgovačko pravo i uloga javnog bilježnika na tom području, EU smjernice za pretvorbu društva*, Javni bilježnik 4 (1998.), str. 23 – 24; Fitz, H.; Roth, H. G., *op. cit.* u bilj. 202, str. 205. U Njemačkoj je kod društava lica učešće notara predviđeno samo ako se radi o komanditnim društvima na dionice. Vidjeti Drasch, W., *Zadaće javnog bilježnika u sklopu Zakona o trgovačkim društvima*, Javni bilježnik 4 (1998.), str. 35.

²⁰⁴ Drasch, W., *op. cit.* u bilj. 203, str. 35; Fitz, H.; Roth, H. G., *op. cit.* u bilj. 202, str. 205.

vori o tome da je zakonodavac jednostavno mehanički gotovo svaki akt koji se podnosi na upis u registar podvrgnuo notarskoj obradi. Od svih prethodno navedenih slučajeva jedino je notarsku obradu trebalo predvidjeti za ugovor o osnivanju i statut društva sa ograničenom odgovornosti (pri čemu i ovdje važi izrečena kritika o postojanju paralelno dva akta društva sa ograničenom odgovornošću). Notarska obrada je dalje potrebna za sve statusne promjene društva – ugovore o spajanju, podjele, promjene oblika društava.²⁰⁵

Nadalje je zakonodavac u potpunom nepoznavanju postupka i tehnike promjena u jednom društvu kapitala predvidio notarsku obradu ne samo za izmjenu i dopunu osnivačkog akta i statuta već svih odluka koje su tome prethodile. Primjera radi, notarska obrada je potrebna za odluku o promjeni tvrtke, sjedišta.²⁰⁶ Na taj način kad se mijenja npr. sjedište društva sa ograničenom odgovornošću skupština treba donijeti posebnu odluku o tome, a notar je mora notarski obraditi. Međutim, pošto se radi o podacima i statuta, biće nužno izvršiti izmjenu statuta te je notarski obraditi.²⁰⁷ Ništa bolja situacija nije kada se prenosi udio u društvu sa ograničenom odgovornošću. Kod registracije prenosa udjela u društvu sa ograničenom odgovornošću se prilaže notarski obrađena odluka tijela upravljanja subjekta upisa (ako udjeli nisu vinkulirani, nikakve odluke tijela upravljanja neće ni biti), notarski obrađen ugovor o prenosu udjela, notarski obrađen ugovor o osnivanju odnosno statut! Za prenos udjela su tako potrebne četiri notarske obrade (odnosno tri jer je zakonom alternativno predviđena dostava osnivačkog ugovora ili statuta).

Dalje je predviđeno da se notarski obrađuju odluke o postavljanju direktora svih pravnih lica počevši od društava sa neograničenom odgovornošću do zadružnog saveza. Jedini izuzetak su dionička društva gdje notar vrši notarsku potvrdu odluke o imenovanju osobe ovlaštene na zastupanje.²⁰⁸ Ovo razlikovanje nije moguće slijediti, a u principu suvišna je i notarska obrada i potvrda. Ovdje bi bila sasvim dovoljna notarska ovjera potpisa.

Pomenimo još jedan kuriozitet: kad dolazi do prestanka društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću onda je notarski potrebno obraditi ispravu kojom se dokazuje temelj prestanka člana takvog društva – dobro je što ovih

²⁰⁵ Čl. 41. – 44. Zakona o registraciji poslovnih subjekata.

²⁰⁶ Čl. 33. i 39. Zakona o registraciji poslovnih subjekata.

²⁰⁷ Iz Zakona o registraciji poslovnih subjekata bi čak slijedilo da je za upis promjene dovoljna notarska obrada odluke kojom se određena izmjena vrši, ali praksa registra društava je drugačija.

²⁰⁸ Čl. 23. st. 7. Zakona o registraciji poslovnih subjekata.

društava uopće nema u praksi jer bi notar u nekim slučajevima morao notarski obrađivati npr. izvod iz matične knjige umrlih.

Zakon o registraciji poslovnih subjekata u FBiH za dionička društva predviđa nešto drugačija rješenja. Na žalost ostaje rješenje prema kojem se dioničarsko društvo osniva ugovorom o osnivanju, međutim ovaj se ugovor u daljem životu dioničarskog društva potpuno zanemaruje. Ovaj ugovor o osnivanju može imati samo karakter poslovnog dogovora između nekoliko strana da otpočinu složeni proces osnivanja dioničkog društva. Ipak notar mora potvrditi takav ugovor. Pošto je već zakonom predviđeno zaključenje ugovora onda je trebalo ostati pri notarskoj obradi; notarska potvrda jednog ugovora vrlo je problematična. Prilikom usvajanja statuta na osnivačkoj skupštini notar vrši potvrdu statuta²⁰⁹, a tako postupa i kod kasnijih izmjena i dopuna. Međutim, kad god dioničarsko društvo donosi odluku o promjeni podataka koji su značajni za pravni promet i koji se upisuju u registar društava (sjedište, tvrtka, lice ovlašteno za zatupanje, povećanje kapitala, smanjenje kapitala), biće potrebna i notarska obrada odluke skupštine. Kako se notarski obrađuje odluka skupštine nije jasno; ovdje se pri postojećem stanju propisa koji reguliraju djelovanja notara može raditi samo o potvrdi zaključka pravne osobe.²¹⁰ U određenim slučajevima (npr. povećanje ili smanjenje kapitala) pored notarske obrade odluke skupštine morat će se sačiniti i notarska potvrda statuta.

Rješenja u Federaciji BiH u ovoj oblasti su najproblematičnija. Ne može se oteti dojmu da su neke odredbe formulirane u nerazumjevanju suštine notarske djelatnosti kao i funkcioniranja trgovačkih društava. Zakonodavac je samo mehanički u niz zakonskih odredba unio obavezu notarske obrade, za šta u nizu slučajeva nema uopće potrebe, a šta u nizu slučajeva proceduralno nije moguće ni izvesti. Osim što su teret za privredne subjekte ovakva rješenja mogu degradirati i notarsku službu.

5.3. Republika Srpska

U Republici Srpskoj je od samog početka zakonodavac, kako je prethodno rečeno, predvidio da se ugovor o osnivanju notarski obrađuje, a statut i njegove

²⁰⁹ Čl. 23. st. 3. Zakona o registraciji poslovnih subjekata.

²¹⁰ Nasuprot tome u njemačkom pravu je dejstvo notara na skupštini dioničara detaljnije regulirano Zakonom o dioničkim društvima. Npr. § 130 Zakona o dioničkim društvima (*Aktiengesetz*). Više o tome Heckschen, H., u: Brambring, G., *et al.* (ur.), *Beck'sches Notarhandbuch*, 4. Auflage, München, 2006., str. 997 i dalje (D III Rn. 64 i dalje).

kasnije izmjene i dopune potvrđuju. Međutim, propust je bio što ni u ZNot RS ni u zakonu koji regulira trgovačka društva nije bilo propisano kako notar potvrđuje statut. Iz odredaba ZNot RS o notarskim potvrdama je vidljivo da zakon predviđa da notar izdaje potvrde u tačno određenim situacijama i to: potvrdu o vremenu predočenja pismena, o životu nekog lica, o ovlaštenju na zastupanje, o drugim činjenicama iz registra, potvrdu zaključka pravnog lica, te potvrdu određenih drugih činjenica.²¹¹ Niti jedna od navedenih potvrda se ne odnosi direktno na potvrde statuta.

Odredba o potvrđivanju zaključaka pravnog lica može unijeti nešto više svjetla i u odnosu na djelatnost notara kod potvrde statuta.²¹² Ako je notar pozvan da potvrdi zaključke skupštine ili sjednice nekog drugog tijela pravnog lica, u zapisnik će unijeti dan i vrijeme sjednice, zatim će opisati sve što se u njegovom prisustvu događalo, predlagalo i izjavilo, ukoliko je to važno za prosuđivanje pravilnosti postupka, a posebno zaključke donijete na sjednici. On će potvrditi i sve drugo što je zakonom propisano, a to upravo može biti tekst statuta ili njegovih izmjena i dopuna. Takođe odredbe o mogućnosti potvrde drugih činjenica mogu biti od pomoći jer Zakon samo primjera radi navodi činjenice koje notar može potvrditi jer su se dogodile u njegovom prisustvu; u tom smislu to može biti i donošenje odluke o izmjenama i dopunama statuta. Notar bi se u vršenju potvrda statuta trebao držati postupka propisanog za potvrđivanje zaključka pravnih lica i potvrđivanje drugih činjenica, te odredaba statusnog trgovačkog prava o glasanju i izmjenama i dopunama statuta. Ipak, mnoge bi nedoumice bile otklonjene da je zakon tačno propisao kako notar potvrđuje statut.

Ovakva je situacija postojala u momentu stupanja na snagu ZNot RS, odnosno u momentu otpočinjanja njegove implementacije; tada važeći Zakon o preduzećima Republike Srpske²¹³ predviđao je obavezna dva akta trgovačkih društava (akt o osnivanju i statut)²¹⁴, a forma ovih akata bila je propisana ZNot RS. Ovakva situacija trajala je u Republici Srpskoj relativno kratko jer je 2008. godine donesen novi Zakon o privrednim društvima (dalje: ZPD RS)²¹⁵ koji je izričito derogirao prethodno analiziranu odredbu čl. 69. ZNot RS o potvrdi

²¹¹ Čl. 91. – 96. ZNot RS.

²¹² Čl. 100. ZNot FBiH, čl. 95. ZNot RS, čl. 74. ZNot BD BiH.

²¹³ Službeni glasnik RS 24/1998, 62/2002, 66/2002, 38/2003, 97/2004, 34/2006.

²¹⁴ Čl. 10., 90., 91., 184. i 326. Zakona o preduzećima RS.

²¹⁵ Službeni glasnik RS 127/2008, 58/2009.

statuta²¹⁶ kao i ranije rješenje Zakona o preduzećima prema kome su trgovačka društva imala dva akta. Sada ZPD RS određuje vrstu akata koju obavezno mora imati jedno društvo kapitala kao i formu tih akata. Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj²¹⁷ je potpuno neutralan u odnosu na ovo pitanje; u nizu odredaba se traži dostavljanje akata u odgovarajućoj formi, a ona je propisana Zakonom o privrednim društvima. U svakom je slučaju činjenica da više ne postoji neusklađenost između zakona o notarima, zakona koji reguliše registraciju poslovnih subjekata i zakona koji regulira privredna društva. To naravno nije garancija da ZPD RS neće sadržavati loša rješenja.

ZPD RS polazi od toga da društva kapitala obavezno imaju jedan akt, koji Zakon naziva osnivački akt, što se čini napretkom u odnosu na dosadašnja rješenja. Međutim, iz samog Zakona karakter tog akta nije jasan, jer se propisuje da društvo sa ograničenom odgovornošću pored ovog osnivačkog akta može imati još i ugovor članova, a da dioničarsko društvo može imati statut.²¹⁸ Dakle osnivački akt nije ni statut ni ugovor o osnivanju društva. Izričito je propisano da se ovaj akt kod društava sa ograničenom odgovornošću mijenja jednoglasno, ali da može biti određeno da se mijenja većinom glasova²¹⁹, dok se kod dioničarskih društava mijenja većinom glasova.²²⁰ Uvjet valjanosti ovog akta kao i njegovih izmjena i dopuna je notarska obrada, a ne kao ranije notarska potvrda.²²¹ Ovo rješenje konfrontira notara u Republici Srpskoj isto kao i notara u Federaciji BiH sa problemom kako primijeniti postupak notarske obrade na donošenje statuta i njegovih izmjena. U vezi sa ovim pitanjem vidjeti razmatranja *supra* 5.2. U principu su ranija rješenja ZNot RS o potvrđivanju statuta bila bolja. Notari će u praksi morati pronaći modus kako će postupati a da se barem prividno ispoštuju zakonski propisi o notarskoj obradi statuta. Ovo je veliki izazov za notarsku službu i jedino rješenje problema je korekcija zakonskog teksta koji će pravilno pozicionirati notara u statusnim stvarima privrednih društava.

Interesantno je da je Zakon o privrednim društvima RS za ugovore o spajanju ili diobi društava predvidio formu notarske potvrde²²², koja je opet pogreš-

²¹⁶ Čl. 445. st. 1. ZPD RS.

²¹⁷ Službeni glasnik RS 42/2005, 118/2009.

²¹⁸ Čl. 7. st. 4. ZPD RS.

²¹⁹ Čl. 168. st. 1. i 2. ZPD RS.

²²⁰ Čl. 331. st. 2. ZPD RS.

²²¹ Čl. 7. st. 3., čl. 168. st. 6., čl. 331. st. 2. ZPD RS. Ovakvo bi rješenje slijedilo i bez izričite odredbe u ZPD RS, a na osnovu odredbe čl. 68. st. 1. tač. 5. ZNot RS.

²²² Čl. 381. st. 4. i čl. 405. st. 3. ZPD RS.

no opredjeljenje kada se radi o ugovornom reguliranju odnosa. Ovdje bi, zbog činjenice da se radi o ugovoru, primjerenija bila forma notarske obrade, kao što je predviđeno u Federaciji BiH.²²³

5.4. Brčko Distrikt BiH

ZNot BD BiH je sadržavao ista rješenja o notarskoj obradi osnivačkog akta i potvrđivanja statuta i njegovih izmjena kao i ZNot FBiH, te važi sve što je o tome rečeno za Federaciju BiH (5.2.). Međutim odredbe ZNot BD BiH su u suprotnosti sa odredbama Zakona o preduzećima BD BiH (dalje: ZP BD BiH)²²⁴ koje uređuju status trgovačkih društava odnosno preduzeća. ZP BD BiH datira iz 2001. i izvorno je predviđao da se osnivački akti sačinjavaju i mijenjaju u pismenoj formi i da moraju biti ovjereni.²²⁵ Niti u jednoj odredbi ovaj zakon ne predviđa nadležnost notara. Nakon toga ovaj je zakon pretrpio niz izmjena da bi 2011. bio utvrđen prečišćen tekst.²²⁶ Ako kod donošenja nije bilo moguće predvidjeti ulogu notara u ovoj oblasti, kod naknadnih izmjena Zakona o preduzećima bilo je dovoljno prilika da se ova dva zakona usklade. Iz navedenog se postavlja pitanje koje zakonske odredbe imaju prednost i kakva je nadležnost notara u oblasti trgovačkih društava u BD BiH – da li notar prema Zakonu o preduzećima samo vrši ovjeru potpisa na osnivačkim aktima ili se, sukladno ZNot BD BiH, vrši notarska obrada ugovora o osnivanju i notarska obrada potvrđivanja statuta. Zakon o registraciji poslovnih subjekata Brčko Distrikta²²⁷ ovdje nije od pomoći jer predviđevši koji se akti prilažu prilikom registracije poslovnih subjekata ne određuje i njihovu obaveznu formu, već to prepušta materijalnim propisima.

Zbog čestih izmjena ZP BD BiH nije jednostavno utvrditi ni koji od ova dva zakona predstavlja *lex posterior*, te stoga ima prednost u primjeni. Nužno je ovdje uporediti pojedine zakonske odredbe – odredba o ovjeri osnivačkih akata datira iz 2001. To znači da su odredbe ZNot BD o potrebi notarske obrade pravnih poslova u oblasti statusa trgovačkih društava ipak *lex posterior* i da one trebaju biti primjenjene. Ipak, ovakva neusklađenost zakonskih propisa iza-

²²³ Čl. 17. – 19. Zakona o registraciji poslovnih subjekata FBiH.

²²⁴ Službeni glasnik BD BiH 11/2001, 10/2002, 14/2002, 1/2003, 8/2003, 4/2004, 19/2007, 34/2007.

²²⁵ Čl. 5., 148., 342., 349., 383., 401. i 414. ZP BD BiH.

²²⁶ Službeni glasnik BD BiH 49/2011.

²²⁷ Službeni glasnik BD BiH 15/2005.

ziva nesigurnost i može anulirati pozitivne efekte djelovanja notara u oblasti statusa trgovačkih društava.

Na prvi pogled se može učiniti da je problem riješen – jedna kasnija zakonska odredba postavlja veće zahtjeve u pogledu forme u odnosu na stari zakon te se ima primijeniti. Ali u pitanju nije samo derogiranje jedne zakonske odredbe već taj polazni stav proizvodi dalje posljedice u tkivu Zakona o preduzećima. Ovaj je zakon predvidio postupak izmjene statuta dioničkog društva²²⁸ i postupak izmjene osnivačkog akta kod društava sa ograničenom odgovornošću.²²⁹ Te odredbe ne predviđaju učesće notara, pa bi i one trebale biti derogirane, čime se postavlja pitanje kako onda mijenjati statut dioničkog društva i osnivački akt društva sa ograničenom odgovornošću. Prema navedenim odredbama uprava dioničkog društva prijavljuje izmjene statuta društva za upis u Registar. Uz prijavu se prilaže i konačni tekst statuta društva, sa izjavom uprave da su izmjene i dopune odredaba statuta u skladu sa odlukom o izmjenama i dopunama statuta društva. Ako se mijenja osnivački akt društva sa ograničenom odgovornošću predviđena je (neporavdano) jednostavnija procedura; uprava društva prijavljuje amandmane za upis u registar. Ove se odredbe više ne mogu primijeniti. Međutim, upravo je propisani postupak u slučaju izmjene statuta dioničkog društva postupak kakav bi trebao provesti notar. Notarska potvrda statuta upravo bi se trebala sastojati u tome da za prijavu u registar notar sačini konačni tekst statuta sa potvrdom da su izmjene i dopune odredaba statuta u skladu sa odlukom o izmjenama i dopunama statuta koju je donijela skupština. Ovo je bilo mjesto gdje je zakonodavac u BD BiH trebao implementirati ulogu notara, ali je šansa propuštena. Navedene odredbe su derogirane, a primjenjuje se odredba čl. 47. st. 1. tač. 5. ZNot BD BiH sa svim nedoumicama koje ona otvara.

ZP BD BiH za razliku od entitetskih propisa, odnosno sada samo propisa u Federaciji BiH, ispravno predviđa za društvo sa ograničenom odgovornošću i dioničarsko društvo potrebu donošenja jednog akta – akta o osnivanju odnosno statuta, tako da se u Brčko Distriktu BiH barem ne postavlja problem dvostruke notarske obrade.

²²⁸ Čl. 248. st. 1. ZPD BD BiH.

²²⁹ Čl. 342. ZPD BD BiH.

5.5. Perspektiva

Involviranje notara u statusne stvari trgovačkih društava nije specifičnost samo pravnog poretka Bosne i Hercegovine. Ovakva su rješenja zastupljena naročito u onim evropskim zemljama koje su se opredijelile za latinski notarijat. Nasuprot tome u anglo-američkom pravnom krugu to nije slučaj.²³⁰ Povjeravanje značajnih nadležnosti notarima u oblasti statusa trgovačkih društava predmet je kritike u BiH; argument koji se veoma često iznosi je da se time privredni sektor dodatno opterećava. Ovaj argument nije stran ni zemljama u kojima ovakva uloga postoji i više od stoljeća (Austrija, Njemačka).²³¹ Pitanje troškova je međutim nužno odagnuti sa pozitivnim efektima za pravnu sigurnost. Zaštita trećih i pravnog prometa ostvaruje se zbog simbiotične veze javnog registra i notara čija je djelatnost garant da su registrirani podaci tačni. "Registarski publicitet i pristup registru osiguravaju normativnu jasnoću i štite javno povjerenje. Notarski zapisnici o zaključcima skupština dioničarskih društava osiguravaju punu dokaznu snagu njihovog sadržaja..."²³² Ne treba gubiti iz vida da su upravo u anglo-američkom pravu znatno veći troškovi pravnog savjetovanja jer ne postoji obimna zakonska regulativa niti kontrola ugovora zbog čega dolazi do čestih sporova.²³³

Naravno, učešće notara u statusnim stvarima trgovačkih društava ne smije biti samo sebi cilj; dodatni troškovi koji nastaju zbog učešća notara i notarske obrade moraju stajati u srazmjeri sa efektima koji se postižu. U tom kontekstu treba kritički vidjeti pretjerano proširivanje nadležnosti notara Zakonom o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH. Osim toga bi trebalo na temelju uporednopravnih iskustava u oba entiteta i Brčko Distriktu BiH izvršiti adekvatne izmjene u materijalnom statusnom trgovačkom pravu i preispitati gdje je neophodna notarska obrada, gdje potvrda, a gdje bi bila dovoljna i ovjera potpisa.

²³⁰ O razlikama ta dva sistema kao i o prednostima involviranja notara kao službe sa javnim ovlaštenjima po pravnu sigurnost vidjeti više kod Bormann, J.; Apfelbaum, S., *Handelsregister und GmbH-Gründung in Deutschland als "best practice" im Vergleich zum angloamerikanischen Rechtskreis*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 20 (2007.), str. 946 i dalje; Knieper, R., *Eine ökonomische Analyse des Notariats*, München, 2010., str. 53; Seger, Ch., *op. cit.* u bilj. 10, str. 20; Drasch, W., *op. cit.* u bilj. 203, str. 36.

²³¹ Vidjeti kod Fitz, H.; Roth, H. G., *op. cit.* u bilj. 202, str. 205 i dalje.

²³² "Registerpublizität und Zugänglichkeit schaffen normative Klarheit und schützen den öffentlichen Glauben. Die notarielle Niederschrift von Beschlüssen der Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften stellen ihren Inhalt zu vollem Beweis sicher..." Knieper, R., *op. cit.* u bilj. 230, str. 53.

²³³ Drasch, W., *op. cit.* u bilj. 203, str. 36.

Kao i kod pravnih poslova koji imaju za predmet nekretnine uloga notara bi i kod privrednih društava trebala biti obezbjeđivanje punog servisa strankama. To znači da bi nakon izvršene notarske obrade notar trebao moći poduzeti sve radnje kako bi se izvršio upis društava u registar društava, uključujući i podnošenje prijave za registraciju.²³⁴

6. Uloga notara u izvršnom pravu

U svim zemljama regiona notarske isprave mogu biti izvršni naslov čime je, može se reći, revolucionirana zaštita povjerioca. Ovo je sigurno jedan segment djelatnosti notara koji je u svim zemljama, a naročito u oblasti kreditne privrede, polučio najpozitivnije rezultate – izvršni naslov se može dobiti bez vođenja dugotrajnog parničnog postupka, što predstavlja uštede u vremenu i novcu na strani povjerioca, a i rasterećuje sudove.²³⁵ Ako se ostavi po strani ovaj aspekt uključenosti notara u izvršni postupak onda u pogledu njegove uloge u izvršnom postupku u zemljama nasljednicama bivše SFRJ postoje značajne razlike. Dok u Republici Hrvatskoj javni bilježnik ima značajne ingerencije u izvršnom postupku (postupci založnog pravnog i fiducijarnog osiguranja, izvršenje na temelju vjerodostojne isprave)²³⁶, dotle je u Srbiji isključena mogućnost povjeravanja notaru radnji u izvršnom postupku za koje je nadležan sud po pravilima zakona koji uređuju postupak izvršenja i osiguranja.²³⁷ U BiH notar može biti uključen u izvršni postupak samo u pogledu podjele cijene dobivene u izvršnom postupku²³⁸ ili ukoliko dođe do sporazumne prodaje nepokretnosti.²³⁹ Priroda notarske službe pretpostavlja dejstvo u oblasti preventivnog pravosuđa, a nikako u oblasti primjene represije, tako da izvršni postupak nije idealno polje djelovanja notara. Sigurno je međutim da bi notar i ovdje mogao

²³⁴ U pogledu podnošenja prijave za upis u registar društava od strane notara važi rečeno za podnošenje zemljišnoknjižnih zahtjeva od strane notara. Vidjeti bilješke 92 i 94. Osim toga je u Zakonu o registraciji poslovnih subjekata FBiH predviđeno da punomoćnik podnosioca prijave u registar može biti advokat ili notar (čl. 48. st. 1.).

²³⁵ U BiH se godišnje sačini oko deset hiljada izvršnih notarskih isprava, najčešće u ispravama o zasnivanju hipoteka. Vidjeti Radović, M.; Bikić, E.; Suljević, S., *Notarijat u Crnoj Gori*, Podgorica, 2010., str. 300. O izvršnosti notarske isprave vidjeti više kod Povlakić, M., *Izvršenje na osnovu...*, *op. cit.* u bilj. 28, str. 332 i dalje.

²³⁶ Vidjeti kod Dika, M., *op. cit.* u bilj. 16, str. 1155.

²³⁷ Čl. 98. st. 3. ZJB Srbije.

²³⁸ Čl. 72. ZNot FBiH, čl. 67. ZNot RS, čl. 46. ZNot BD BiH.

²³⁹ Povlakić, M., u: Daupović, A., *et al.*, *Komentar zakona o izvršnom postupku u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2005., str. 339 – 340 (komentar uz čl. 84. nr. 7 i 11).

odigrati pozitivnu ulogu u rasterećenju sudova (npr. povjeravanje javne prodaje notaru).

Za razliku od rješenja u regionu²⁴⁰ u BiH samo notarski obrađena isprava može biti izvršni naslov.²⁴¹ U pogledu potraživanja za koje se može podvrgnuti izvršenju u pravu BiH postoje određena ograničenja. U principu bi trebalo dopustiti podvrgavanje izvršenju kod svih činidbi o kojima se stranke mogu poravnati²⁴², međutim zakoni o notarima predviđaju da se može podvrgnuti prinudnom izvršenju samo za potraživanja koja imaju za predmet plaćanje neke određene sume novca ili davanje određene količine drugih zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira.²⁴³ Poseban značaj naravno ima podvrgavanje izvršenju za novčanu obavezu; za svaku novčanu obavezu iz nekog kreditnog odnosa, odnosa zajma ili bilo kojeg obligacionog odnosa, će se bilo glavni dužnik bilo jemac moći podvrgnuti prinudnom izvršenju. Ne postoji mogućnost podvrgavanja izvršenju za predaju individualno određenih stvari, niti u pogledu davanje *clausule intabulandi*. Navedeno ograničenje mogućnosti podvrgavanja prinudnom izvršenju ne zaslužuje pozitivnu ocjenu i nije u skladu sa savremenim tendencijama u uporednom pravu.²⁴⁴

²⁴⁰ U Hrvatskoj, Makedoniji, Sloveniji, Crnoj Gori i Srbiji to mogu biti i solemnizirane isprave: čl. 59. st. 1. ZJB Hrvatske, čl. 43. st. 6. ZNot Makedonije, čl. 49. st. 1. ZNot Slovenije, čl. 7. st. 2. i čl. 85. st. 5. ZJB Srbije. U Crnoj Gori se to može posredno zaključiti iz odredbe čl. 50a st. 2. ZJB CG koja solemniziranu ispravu izjednačava sa notarskim zapisom.

²⁴¹ Iz samih propisa o notarima to ne slijedi izričito, ali postoje brojni argumenti za takvo tumačenje. Više o tome Powlakić, M., *Izvršenje na osnovu...*, *op. cit.* u bilj. 28, str. 332 i dalje.

²⁴² Tako u Sloveniji (čl. 4. ZNot Slovenije). Vidjeti Rijavec V., *Problematika ovršnog notarskog akta na primjeru Slovenije*, Zbornik radova sa Međunarodnog savjetovanja Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Vol. 5, Mostar, 2007., str. 159

²⁴³ Čl. 90. st. 1. ZNot FBiH, čl. 85. st. 1. ZNot RS, čl. 64. st. 1. ZNot BD BiH.

²⁴⁴ Tako je npr. u njemačkom pravu novelama Zakona o prinudnom izvršenju iz 1997. godine proširen predmet izvršenja - Novele na ZPO od 16.12.1997, BGBl. I 2998. Opširnije Wolfsteiner, H., *Vollstreckbare Urkunde, Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen und Scheidssprüchen mit vereinbartem Wortlaut*, u: *Grundkurs für angehende Anwaltsnotare*, Arbeitsunterlage Bd. III, Bochum, 1999., str. 100 i 120. Do navedene novele bilo je moguće podvrći se izvršenju samo kod zahtjeva na isplatu određene sume novca, a navedenom novelom je ta mogućnost proširena na gotovo sve zahtjeve povjerioca. U tom smislu Stöber, M., u: Zöllner, R. (ur.), *Zivilprozessordnung*, 21. Auflage, Köln, 1999., str. 1925. Više o tome Powlakić, M., *op. cit.* u bilj. 159, str. 205 – 206.

Posebne su odredbe o podvrgavanju izvršenju prilikom zasnivanja hipoteke. I ovdje je osnovna pretpostavka da lice čija se nepokretnost opterećuje pristane na prinudno izvršenje, u ovom slučaju iz opterećene nepokretnosti. U zemljišnoj se knjizi može izvršiti zabilježba pristajanja na prinudno izvršenje i to tako da izvršenje bude provodivo prema svakodobnom vlasniku.²⁴⁵ Upišom te zabilježbe se postiže situacija identična onoj koja nastaje nakon upisa zabilježbe izvršenja u javni registar – hipoteka ili drugo pravo unovčenja postaju tako dejstvom principa javnih registara neposredno izvršni prema svakom docnijem sticatelju te nepokretnosti. U jednoj se notarskoj ispravi kojom se zasniva hipoteka dužnik može podvrgnuti dvostrukom izvršenju – zbog obaveze na plaćanje određene sume novca može se podvrgnuti izvršenju na cjelokupnoj imovini, a zbog realizacije hipoteke izvršenju iz predmetne nekretnine.

Veoma je bitno kako će notarski izvršna isprava biti pozicionirana u izvršnom pravu. Zakoni o izvršnom postupku u BiH svrstavaju notarsku ispravu u sistem izvršnih naslova²⁴⁶, uređujući određene specifičnosti (za notarsku ispravu nije potrebna potvrda o izvršnosti, nije potreban poseban rok za dobrovoljno izvršenje).²⁴⁷ Izvršna notarska isprava je kao izvršni naslov najbliža sudskom poravnanju, pa bi se eventualne praznine u izvršnom pravu na taj način mogle tumačiti. To je izričito propisano u slovenačkom izvršnom pravu.²⁴⁸

U pravu BiH je djelatnost notara na sačinjavanju izvršnih isprava i izdavanju izvršnih otpravaka regulirana u skladu sa dobrim rješenjima uporednog prava. Pri tome su usklađeni zakoni o notarima, zemljišnim knjigama, izvršnom postupku, te je ovaj novi institut uspješno implementiran u pravni poredak Bosne i Hercegovine.

ZAKLJUČAK

U radu su rješenja entitetskih zakona o notarima kao i Zakona o notarima BD BiH, ali i drugih zakona kojima je u BiH uređena nadležnost notara, bila podvrgnuta kritičkoj analizi, te upoređena sa odgovarajućim rješenjima u regionu. Izvršena analiza je pokazala da je propisivanje nadležnosti notara u prav-

²⁴⁵ Čl. 20. st. 2. tač. 5. ZZK FBiH, čl. 20. st. 2. tač. 5. ZZK RS. U novom Zakonu o premjeru i katastru nekretnina RS nema takve izričite odredbe.

²⁴⁶ Čl. 23. ZIP FBiH, čl. 23. ZIP RS. ZIP BD BiH ne predviđa izričito notarsku ispravu kao izvršnu ispravu, ali sadrži generalnu klauzulu da se posebnim zakonom može odrediti koja je isprava izvršni naslov (čl. 22.).

²⁴⁷ Čl. 27. st. 4. i čl. 35. st. 3. ZIP FBiH, čl. 27. st. 4. i čl. 35. st. 3. ZIP RS.

²⁴⁸ Čl. 20a Zakona o izvršbi i zavarovanju Republike Slovenije (Uradni list 44/2006).

nom prometu nepokretnostima i u izvršnom postupku već polučilo pozitivne efekte u praksi. Nasuprot tome ukazano je na manjkava i neusaglašena rješenja vezana za nadležnost notara u trgovačkim društvima, koja mogu dovesti u pitanje ostvarenje zadataka koji se pred notara postavljaju u ovoj oblasti. U pogledu nadležnosti notara u porodičnopравnim i nasljednopравnim stvarima je konstatirano da ima prostora za dodatno angažiranje notara u općem interesu.

U pogledu nadležnosti notara Bosna i Hercegovina danas pruža veoma šaroliku sliku. Početna pozicija koja je nastala donošenjem entitetskih zakona o notarima kao i ZNot BD BiH značila je gotovo jedinstvena rješenja o ovom pitanju. Od donošenja zakona o notarima, što je u BiH uslijedilo u vremenu od 2002. do 2004. godine do danas, doneseni su novi ili izmijenjeni postojeći posebni zakoni, pri čemu nije vođeno računa o potrebnoj harmonizaciji propisa u entitetima i BD BiH, s jedne strane, kao ni o usklađivanju posebnih propisa sa onima iz zakona o notarima, s druge strane.

Od vremena uvođenja notarijata nije u istom obimu i na isti način na cijeloj teritoriji BiH regulirana nadležnost notara, ali je zamjetna tendencija proširenja nadležnosti. Do proširenja nadležnosti notara je u Federaciji BiH prije svega došlo u oblasti porodičnog prava, i u oblasti statusnih stvari trgovačkih društava, ali u ovoj zadnjoj oblasti pretjerano i često pogrešno koncipirano, dok je nadležnost notara u Republici Srpskoj primarno proširena u oblasti nasljednog prava i ostavinskog postupka, iako ove odredbe nisu značajno zaživjele u praksi. Postoje i zakonska rješenja koja su ovu nadležnost ograničila, kao npr. u Republici Srpskoj Zakon o katastru iz 2011. koji je u međuvremenu stavljen van snage. I u Republici Hrvatskoj je nadležnost notara postepeno proširivana²⁴⁹ i doktrina govori o tendencijama dejudicijalizacije.²⁵⁰ U uporednom pravu se razmišlja o daljim mogućim poljima nadležnosti notara, npr. o notaru kao medijatoru.²⁵¹

Trenutno su dalje proširivanje ili novo koncipiranje nadležnosti notara zapriječeni otporima koji se pružaju prema ovoj službi iz reda odvjetnika, a može se reći čak da postoji iracionalni otpor i od strane sudova, inače opterećenih velikim brojem predmeta, prema prenosu nadležnosti na notare. I zakonodavac

²⁴⁹ Vidjeti Benc, R., *op. cit.* u bilj. 35, str. 159.

²⁵⁰ Dika, M., *op. cit.* u bilj. 16, str. 1155.

²⁵¹ U tom smislu Rijavec, V., *op. cit.* u bilj. 9, str. 378 i dalje; Krisper-Hudabiuigg, E., *Beratung und Mediation als Beitrag des Notariats zur Streitverhütung*, u: *Beiträge des österreichischen Notariats, XXIII. Internationaler Kongress des Lateinischen Notariats*, Bd. 17, Wien, 2001., str. 8 i dalje.

njeguje uzdržan pristup, tako što nekada donošenjem novog zakona derogira nadležnost propisanu zakonom koji uređuje notarijat, a ponekad se to zaključuje iz izbjegavanja da prilikom donošenja nekog novog zakona izričito stane iza već postojećih rješenja zakona o notarima. Tako npr. u ZSP RS kao ni u Nacrtu ZSP FBiH niti na jednom mjestu nije pomenuta forma notarske obrade kao uvjet valjanosti nekog pravnog posla, već je data generalna formulacija da se oni imaju zaključiti u formi propisanoj zakonom.

U čestom konfrontiranju odvjetništva i notarijata mogu se čuti i prigovori da se radi o pravnicima iste kvalifikacije i da sve poslove notara mogu sačiniti i odvjetnici. Nema nikakve sumnje da dojučerašnji odvjetnik, a danas notar, nije preko noći postao drugim čovjekom i kvalificiranijim pravnikom. I jedna i druga služba su samostalne i nezavisne službe, a pretpostavke u pogledu kvalifikacija za obavljanje ovih djelatnosti su dijelom iste. Zakonodavac nije notarsku službu proglasio službom višeg ranga u odnosu na odvjetničku, što provocira izvjesne surenjevosti, već ju je učinio drugačijom službom. Notara od drugih službi ne odvaja primarno posebna kvalifikacija već priroda njegove djelatnosti i prenesenih mu ovlaštenja.²⁵² Notar se može tretirati kao državni službenik, ali van neposredne hijerarhijske strukture organa vlasti.²⁵³ On, budući nepristrasan zastupnik obje stranke, vrši prenesenu mu javnu nadležnost preventivnog pravosuđa. Za isprave koje sačini notar važi pretpostavka autentičnosti i istinitosti, one razvijaju posebnu punu dokaznu snagu²⁵⁴, a mogu, pod zakonom propisanim uslovima, biti i izvršne isprave. One ispoljavaju sličnost sa pravosnažnim sudskim presudama za koje važi izreka *res iudicata pro veritate habetur*, a za notarske isprave *lex est quod notamus*.

Zbog navedenih karakteristika notarske službe čini se ipak da se nije prepoznalo ili nije željelo prepoznati kakav potencijal ima ova služba u oblasti preventivnog pravosuđa, i da ona nije još sasvim "iskorištena" u cilju rasterećenja sudstva i drugih organa. Često se razmišljanja završavaju na razini relativno visokih prihoda notara. Redovno se prešućuju analize koje notarske komore podnose o svom radu i u kojima su vidljive kolike su uštede u budžetima, koliki su poreski prilivi u budžet, koliko je zaposlenih u notarskoj službi itd., a da se ne govori o suzbijanju nadripisarstva u prometu nekretninama i povećanju sigurnosti u ovoj oblasti, o efikasnijoj zaštiti povjerioca kroz mogućnost nepo-

²⁵² U tom smislu Fitz, H.; Roth, G. H., *op. cit.* u bilj. 202, str. 211.

²⁵³ Seger, Ch., *op. cit.* u bilj. 10, str. 25.

²⁵⁴ Vidjeti kod Schalast, Ch., *op. cit.* u bilj. 27, str. 25 (komentar uz čl. 4.); Knežić Popović, D., *op. cit.* u bilj. 9, str. 204.

srednog podvrgavanja izvršenju itd. Na osnovu datih analiza nadležni organi su u skladu sa zakonima o notarima već mogli na osnovu broja sačinjenih isprava u određenim općinama povećati broj notarskih mjesta i time otkloniti prigovor enormno visokih zarada pojedinih notara.²⁵⁵ Prije nego bi se ograničile nadležnosti notara mogao bi biti izvršen *fine tuning* notarske tarife, ako je to problem. Naravno da bi jedna država koja sustavno rješava tako važna pitanja kao što je uvođenje notarske službe i prenos određenih nadležnosti na notare trebala sačiniti ekonomsku analizu efekata takve službe.²⁵⁶ To je u BiH potpuno izostalo, a cijela služba od strane državnih organa zanemarena. Tako npr. nadležni upravni organi u Federaciji BiH nikada nisu proveli obavezni nadzor nad ovom službom propisan ZNot FBiH i Pravilnikom o radu notara FBiH.²⁵⁷

U jednoj državi koja se bori sa višestrukim problemima na različitim frontovima, negativan odnos prema već provedenim reformama, koje prate trendove u regionu i općenito uporednom pravu, i koje su se pri tome pokazale uspješnim, može biti samo kontraproduktivan.

²⁵⁵ Vidjeti o tome više kod Softić, V., *op. cit.* u bilj. 25, str. 51 i dalje (komentar uz čl. 27.).

²⁵⁶ Osnovu za takvo što doktrina već nudi. Vidjeti Knieper, R., *op. cit.* u bilj. 230.

²⁵⁷ Čl. 130. ZNot FBiH, čl. 69. Pravilnika o radu notara FBiH.

Summary

Meliha Powlakić *

COMPETENCE OF NOTARIES PUBLIC IN BOSNIA
AND HERZEGOVINA

The author analyses the normative certification competence of notaries public, i.e. the competence for drafting notarial acts on legal transactions in Bosnia and Herzegovina. The scope of competence of notaries public in Bosnia and Herzegovina is largely identical to that in other countries of the region, although broader in some respects. Due to the specific constitutional arrangement of Bosnia and Herzegovina, the competence of notaries public is differently regulated in the entities (the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska) and the Bričko District. At the moment of the adoption of pertinent regulations, the competences were the same, only to diverge with later amendments to special regulations, which resulted in vast differences in their scope of competence. The author analyses the regulations governing the competence of notaries public in family and inheritance law matters, the probate procedure, company status law, immovable property transactions and enforcement, comparing them with the solutions from other countries of the region.

The analysis suggests that the regulation of the competence of notaries public in immovable property transactions and enforcement has already produced positive effects in practice. The capacity of a notary public as a preventive court of law offering equal protection to both parties has enhanced the security of immovable property transactions in Bosnia and Herzegovina by reducing the volume of some negative practices (acquisition of unregistered immovable property, multiple alienations). The paper puts a particular emphasis on the revitalisation of the role of conditional registration as a property-law insurance that the transfer of title, a requirement stemming from the law of obligations, will be fulfilled. On the other hand, the author also points to inadequate and unconsolidated regulation of notarial competence in company law matters, which may jeopardise the completion of tasks assigned to notaries public in this area. The excessive competence of notaries public in the Federation of Bosnia and Herzegovina in the area of company status is particularly harshly criticized. As regards the competence in family and inheritance law matters, the author concludes that there is room for additional involvement of notaries public in the general interest.

Keywords: competence of notaries public, notarised document, notarial act, notarial certificate, executive notarial document, notarisation of articles of association, notaries public in immovable property transactions

* Meliha Powlakić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Sarajevo, Obala Kulina Bana 7, Sarajevo