

“IZVANPARNIČNA” I KONCILIJACIJSKA FUNKCIJA JAVNIH BILJEŽNIKA - DE LEGE LATA I DE LEGE FERENDA

Prof. dr. sc. Mihajlo Dika *

UDK 347.961.1

Prethodno znanstveno priopćenje

Primljeno: listopad 2009.

U okviru aktualnog preispitivanja granica i potreba, pa i nužnosti dejudicijalizacije građanskopravne zaštite koje se odvija na zakonodavnom, stručnom i znanstvenom planu u Republici Hrvatskoj, poseban problem predstavlja razmatranje uloge javnobilježničke službe u tom procesu. S time u vezi, u ovom se radu najprije nastoji istražiti u kojoj su mjeri na javne bilježnike već de lege lata preneseni poslovi iz tradicionalne sudske (u pravilu izvanparnične) nadležnosti te koje su mogućnosti i granice daljnjeg prenošenja tih poslova. Konstatira se da su javni bilježnici uspješno preuzeli na sebe obavljanje niza poslova iz te domene, osobito onih na području nasljednopravnih i ovršnopravnih odnosa. U okviru nastojanja da se identificiraju poslovi koje bi se de lege ferenda moglo (konkurentno sa sudovima) povjeriti javnim bilježnicima, dolazi se, polazeći od stava da bi se granice takve dejudicijalizacije nalazile u dostupnosti odnosa o kojima je riječ te u pravopolitičkoj ocjeni postojanja javnog interesa da se rješavanje pravnih stvari u vezi s tim odnosima rezervira za državna tijela, do zaključka da bi to u načelu mogla biti provedba postupaka radi sporazumnih razvoda brakova, izvanparničnog osiguranja dokaza, izvanparničnog uređenja odnosa između suvlasnika, uključujući i razvrgnuća njihovih zajednica, uređenja međa, dobrovoljnih prodaja itd. U vezi s time naglašava se potreba donošenja hrvatskog Zakona o izvanparničnom postupku, kojim bi se na odgovarajući način, između ostaloga, uredile sudska i eventualno javnobilježnička procedura u rješavanju naznačenih izvanparničnih stvari. Prigodom razmatranja concilijacijske dimenzije u obavljanju klasičnih javnobilježničkih poslova kao alternativne metode rješavanja pravnih stvari i time kao jednog od načina dejudicijalizacije njihova rješavanja, konstatira se da se ona očituje kao javnobilježnička preventivna concilijacijska funkcija, kao javno-

* Dr. sc. Mihajlo Dika, profesor Pravnoga fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

bilježnička adhezijska koncilijacijska funkcija te kao javnobilježnička konzilijarno-monitorna funkcija kao javnobilježnička koncilijacijska funkcija stricto sensu, koje, međutim, ne izlaze izvan okvira obavljanja standardnih javnobilježničkih poslova. U vezi s mogućnostima i potrebom proširenja uloge javnobilježničke službe u obavljanje izmiriteljskih poslova, sugerira se nužnost opreznog pristupanja tom problemu, osobito s aspekta posljedica koje bi na obavljanje djelatnosti te službe mogao imati tzv. izmiriteljski inkompatibilitet.

Ključne riječi: dejudicializacija, izvanparnična jurisdikcija, javni bilježnik, mirenje.

1. UVOD

Javnobilježnička služba, tradicionalno koncipirana, ima relativno usko postavljenu pravozaštitnu zadaću. Zadaća je javnih bilježnika da kao samostalni i neovisni nositelji te javne službe i osobe od javnog povjerenja službeno sastavljaju i izdaju javne isprave o pravnim poslovima, izjavama i činjenicama na kojima se utemeljuju prava, u službenom ovjeravanju privatnih isprava, u primanju na čuvanje isprava, zatim novca i predmeta od vrijednosti radi njihove predaje drugim osobama ili nadležnim tijelima te da, po nalogu suda ili drugih javnih tijela, obavljaju postupke određene zakonom (*arg. ex 2. ZJB*).^{1,2} U tom smislu javni bilježnici, s jedne strane, sadržajnom kvalitetom svojih isprava (kojoj, svakako, treba pridonijeti njihova stručnost), a, s druge strane, svojom ulogom osoba javne vjere, koje, upravo zahvaljujući tom njihovom svojstvu, tim ispravama pridaju značenje javnih odnosno javno ovjеровljenih isprava, osiguravaju višu razinu pravne sigurnosti, sprečavaju nastajanje sporova, odnosno olakšavaju njihovo rješavanje ako do njih ipak dođe (preventivna funkcija javnobilježničke službe).³ Javni su bilježnici ovlašteni zastupati stranke u nespornim stvarima

¹ ZJB: Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine br. 78/1993., 29/1994., 162/1998., 16/2007.

² U ovom radu odredbe pojedinih propisa navodit će se u zagradama uz naznaku broja članka, broja stavka odvojenog kosom crtom od broja članka, broja točke ili alineje odvojenog točkom od broja članka ili stavka te kratice propisa.

³ Usp. Pülzer, *Das Notariat im Zivilrechtssystem*, u *Das moderne Notariat, Strukturen und Aufgaben*, 1993., 8., 9. Njemački Savezni javnobilježnički red iz 1961. u § 1. određuje da se javni bilježnici postavljaju kao nezavisni nositelji javne službe radi posvjedočenja pravnih događaja sastavljanjem isprava i za obavljanje drugih zadaća na području preventivne pravne zaštite (*auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege*) (§ 1). U tom se smislu govori i o *Richter im Vorfeld* - usp. Pützer, *op. cit.*, 8.

pred sudovima i drugim javnim tijelima ako su te stvari u neposrednoj vezi s kojom njihovom ispravom (4/1. ZJB).

U Republici su Hrvatskoj, međutim, javnobilježničkoj službi, nakon što je bila iznova uspostavljena 1995., sukcesivno povjeravane i mnoge druge zadaće, niz drugih poslova za koje bi se samo na prvi pogled moglo reći da izlaze izvan okvira njihove preventivne pravozaštitne funkcije, njihove funkcije nepristranih povjerenika stranaka koji svoju djelatnost mogu obavljati u granicama njihove suglasnosti. Tako su već Ovršnim zakonom iz 1996.⁴ javni bilježnici ovlašteni konkurentno sa sudovima provoditi postupke založnopravnog i fiducijarnog osiguranja, Zakonom o nasljeđivanju iz 2003.⁵ provoditi nesporne ostavinske postupke čiju provedbu su im sudovi dužni povjeravati, odnosno sastavljati tzv. javne oporuke, nasljednopravne ugovore, Zakonom o obveznim odnosima iz 2005.⁶ sastavljati ugovore o doživotnom i dosmrtnom uzdržavanju, dok im je novelom Ovršnog zakona iz 2005.⁷ povjereno određivanje ovrhe na temelju vjerodostojne isprave, zapravo izdavanje platnih naloga i uvjetnog određivanja ovrhe na temelju nepravomoćnih platnih naloga. Naznačenim je dodatnim poslovima na javne bilježnike zapravo preneseno obavljanje niza poslova iz dotadašnje asekurativne (ovršnopravne u širem smislu - poslovi založnopravnog osiguranja), ali i izvanparnične (ostavinski postupak) pa i parnične nadležnosti sudova (izdavanje platnih naloga u okviru rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave). Pored toga, javnim su bilježnicima navedenim propisima po prvi put povjereni i poslovi fiducijarnog osiguranja i sastavljanja javnih oporuka koje oni obavljaju konkurentno sa sudovima.

Problem koji se u vezi s time otvara jest ima li uopće opravdanja za tendenciju dejudicializacije kojoj svjedočimo, a posebno za prenošenje naznačenih poslova sa sudova na javne bilježnike, odnosno za eventualno daljnje proširenje nadležnosti javnih bilježnika u zoni izvanparnične jurisdikcije. Povezano s naznačenim problemom javlja se i problem može li se i u kojoj mjeri u vezi s nekim od poslova koje obavljaju javni bilježnici posebna uloga povjeriti njihovoj Komori, npr. u vezi s distribucijom predmeta koji se tiču određivanja ovrhe na temelju vjerodostojne isprave, itd. Daljnji jedan problem tiče se mogućnosti i potrebe da se Komori povjeri i vođenje određenih (novih) javnih evidencija,

⁴ Ovršni zakon: Narodne novine br. 57/1996., 29/1999., 42/2000., 173/2003., 194/2003., 151/2004., 88/2005., 125/2005., 67/2008., OZ.

⁵ Zakon o nasljeđivanju; Narodne novine br. 48/2003., 163/2003., 35/2005., 41/2008., ZN.

⁶ Zakon o obveznim odnosima: Narodne novine br. 35/2004., 41/2008., ZOO.

⁷ Narodne novine br. 88/2005.

što bi svakako otvorilo i pitanje sudjelovanja javnih bilježnika u postupcima koje takve evidencije pretpostavljaju.⁸

Čini se da je javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj tijekom proteklih petnaest godina opravdala dosadašnji proces sukcesivnog proširenja njezine nadležnosti. Ta je služba, uz minimalne troškove za državu,⁹ u osnovi osigurala kvalitetno, efikasno i ekspeditivno obavljanje svih tih novih poslova; preuzimanjem tih poslova ona je pridonijela bitnom rasterećenju sudova u sferi njihovog izvanparničnog, ovršnog pa i parničnog djelovanja.¹⁰ Zbog toga se pitanje je li proširivanje nadležnosti javnobilježničke službe bilo opravdano zapravo ne bi ni postavljalo. Tome svakako pridonosi i opći - u osnovi pozitivan - stav sudova, ali i odvjetništva prema javnobilježničkoj službi. U Republici je Hrvatskoj formiranje, uvođenje i djelovanje javnobilježničke službe prošlo bez otpora i napetosti kakve su bile karakterističke za neke druge postjugoslavenske države.

Neovisno o tome, bit će svakako potrebno pratiti i uvijek iznova razmatrati pojedine aspekte organizacije i rada službe radi njihova unapređenja. U tom se smislu čini osobito važnim redefiniranje načina distribucije predmeta ovrhe na temelju vjerodostojne isprave da bi se prevenirale moguće neželjene pojave u praksi, između ostaloga "povezivanje"¹¹ pojedinih javnobilježničkih ureda s nekim velikim ovrhovoditeljima. Takvim bi se povezivanjem mogle bitno ugroziti nezavisnost i objektivnost službe, pa i kompromitirati njezin ugled.

⁸ Hrvatska javnobilježnička komora već vodi Hrvatski upisnik oporuka (68. ZN).

⁹ Moglo bi se štoviše reći da je država višestruko profitirala osnivanjem javnobilježničke službe. Osim što je ostvarena znatno viša razina pravne sigurnosti općenito u obavljaju poslova koji su do osnivanja službe obavljala razna državna tijela, odnosno što je uopće omogućeno da javni bilježnici preuzmu obavljanje niza novih poslova koje bi bez njih bilo teško uspješno obavljati, posebno u sferi uređenja odnosa vjerovnika i dužnika i statusnog segmenta djelovanja trgovačkih društava, država je obavljanje čitavog niza pravnih poslova koje je prije morala sama organizirati i financirati prepustila službi koja sama snosi rizik svoje djelatnosti. Država je pored toga dobila i značajan broj urednih poreznih obveznika, koji su uz to zaposlili i odgovarajući broj osoba koje bi inače uglavnom radile u nekoj od javnih službi koje bi morala sama financirati.

¹⁰ Javni su bilježnici posredno preuzeli na sebe i izdavanja platnih naloga kao jednu parničnu sudbenu funkciju utoliko što rješenje o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave koje oni donose sadrži platni nalog na temelju te isprave i rješenje o ovrsi na temelju toga nepravomoćnoga platnog naloga.

¹¹ Javni bilježnik je nepristrani povjerenik stranke odnosno stranaka (33/2. ZJB) i zato se on ne bi smio "vezati" uz neku od stranaka u smislu da mu ona faktično isključivo ili pretežno povjerava obavljanje određenih poslova.

Upravo će zbog navedenog ovaj rad biti okrenut preispitivanju mogućnosti i potrebe eventualnoga daljnjeg “proširenja” nadležnosti javnih bilježnika postupnim prenošenjem na njih poslova iz sudske izvanparnične jurisdikcije. U njemu će biti razmotrena i mogućnost povjeravanja Hrvatskoj javnobilježničkoj komori vođenja i nekih javnih evidencija. Konačno, čini se da bi trebalo otvoriti i pitanje potreba i granica jačeg angažmana Komore i bilježništva u raznim alternativnim metodama rješavanja ne samo sporova već i pravnih stvari općenito, primarno mirenjem.

2. PROŠIRENJE “IZVANPARNIČNE JURISDIKCIJE” JAVNIH BILJEŽNIKA

2.1. Općenito

Poslovi iz sudske izvanparnične jurisdikcije, koje bi bilo moguće povjeriti javnim bilježnicima, morali bi biti poslovi iz tzv. “nesporne” izvanparnične jurisdikcije u kojoj javni interes ne bi bio posebno naglašen. U tom se smislu u načelu poslovi iz sudske nadležnosti u statusnim izvanparničnim postupcima ne bi trebali prenositi na javne bilježnike, odnosno ako bi se prenosili, to bi morali biti poslovi s naglašenom dispozitivnom komponentom. Poslovi iz imovinskopravne izvanparnične jurisdikcije bi također obuhvaćali nesporne stvari s naglašenim dispozitivnim obilježjem, stvari koje bi stranke mogle urediti sporazumom. Potrebu i mogućnost prenošenja poslova iz sudske u javnobilježničku nadležnost trebalo bi posebno razmotriti kad su u pitanju poslovi koji zahtijevaju promptno reagiranje osoba s javnim ovlastima radi poduzimanja određenih službenih radnji, osobito radi konstatacije određenih okolnosti.

2.2. Statusne izvanparnične stvari

2.2.1. Javnobilježničko priznanje majčinstva i očinstva

Majčinstvo i očinstvo može se priznati na zapisnik pred matičarom, centrom za socijalnu skrb i sudom (56/1. ObZ).¹² Međutim, u načelu ne bi smjelo biti

¹² ObZ: Obiteljski zakon iz 2003. (Narodne novine br. 116/2003., 17/2004., 136/2004., 107/2007.).

nikakvih zapreka da se takva izjava da i pred javnim bilježnikom tim prije što se ona može dati i u oporuci (56/2. ObZ), npr. javnoj koju je ovlašten sastaviti i javni bilježnik (32/2. ZN). Naime, radnja davanja i zaprimanja izjave ne pretpostavlja provedbu nikakvih posebnih provjera ili utvrđivanje činjenica. Tek nakon davanja te izjave treba provesti posebnu proceduru koja bi, sama po sebi, eliminirala ili ograničila mogućnost zloraba.

Pred javnim bi bilježnikom, *de lege ferenda*, majka trebala moći dati svoju izjavu o pristanku na priznanje očinstva (61. ObZ).

2.2.3. Javnobilježnički sporazumni razvodi brakova

Bračni drugovi mogu pokrenuti parnični postupak za razvod braka i sporazumnim zahtjevom za razvod braka (280/2. ObZ). Iako se u Obiteljskom zakonu izrijekom govori o parničnom postupku, riječ je zapravo o izvanparničnom, nespornom postupku. Da je riječ o postupku u kojemu se razvod može ishoditi pukom dispozicijom bračnih drugova, potvrđuje i okolnost da je jedan od razloga za razvod braka okolnost da oba bračna druga sporazumno zahtijevaju razvod braka (43.3. ObZ).

Upravo se stoga čini da u načelu ne bi bilo nikakvih zapreka da se razvod braka na temelju sporazumnog zahtjeva povjeri javnim bilježnicima - njihova bi zadaća bila samo u tome da konstatiraju postojanje određenih pretpostavaka, uključujući i suglasnost bračnih drugova. Potreba provedbe prethodnog postupka posredovanja u određenim slučajevima (44. ObZ) ne bi, s jedne strane, isključivala mogućnost da se u slučajevima u kojim taj postupak ne treba provesti razvod braka ne povjeri javnom bilježniku, odnosno, s druge strane, da se javnom bilježniku povjeri poduzimanje onih radnji u vezi s tim posredovanjem koje sada obavlja sud.

Samo bi pokretanje postupka bilo moguće organizirati na različite načine - ili tako što bi se zahtjevi za razvod podnosili sudu ili izravno javnom bilježniku. U prvom bi slučaju odnos suda i bilježnika bilo moguće urediti analogno kao u ostavinskom postupku. U svakom slučaju, čim bi došlo do spora, javni bi bilježnik predmet ustupao nadležnom sudu na daljnji postupak. Sporazumni razvod braka pred javnim bi se bilježnikom mogao ostvariti sklapanjem odgovarajućeg sporazuma u formi javnobilježničkog akta, na temelju kojega bi se obavljali upisi u odgovarajuće upisnike, ili tako što bi javni bilježnik donosio posebnu konstitutivnu odluku, protiv koje bi stranke imale pravo prigovora, o kojem bi odlučivao sud.

Prednosti povjeravanja sporazumnih razvoda javnim bilježnicima bile bi višestruke. Najprije bi se sudovi rasteretili značajnog dijela brakorazvodnih parnica. Zatim, javni bi bilježnici mogli, postupajući u povodu sporazumnog zahtjeva, kompleksno urediti odnose između bračnih drugova, osobito njihovu imovinskopravnu komponentu, svakako na temelju i u granicama dispozicija stranaka.

Prenošenje sporazumnih razvoda na javne bilježnike pitanje je isključivo političke odluke.

2.3. Alimentacijske stvari

De lege lata roditelji međusobno ili oni i dijete koje se redovito školuje nakon punoljetnosti mogu sklopiti pred centrom i sudom nagodbu o uzdržavanju djeteta, vodeći računa o dobrobiti djeteta (230. ObZ).

Ako se uzme da je riječ o uređenju odnosa između punoljetnih, poslovno sposobnih osoba, u načelu ne bi smjelo biti razloga da se takva nagodba ne bi mogla sklopiti i pred javnim bilježnikom, koji bi mogao jednako voditi računa o "dobrobiti djeteta" kao i centar za socijalnu skrb i sud.

2.4. Izvanparnično osiguranje dokaza

Javni su bilježnici ovlašteni da na zahtjev zainteresiranih osoba potvrde određene činjenice koje su se pred njima dogodile, poput rasprava o ponudama, dražbe, ždrijebanja, izjave osoba o činjenicama i stanja za koje su sami ili uz sudjelovanje stručnih osoba saznali (90/1. ZJB). Upravo zato mogli bismo reći da su javni bilježnici već *de lege lata* ovlašteni provoditi svojevršno osiguranje dokaza. Riječ je o djelatnosti koja još uvijek nije osobito proširena u praksi, zato što, s jedne strane, nisu u potpunosti shvaćene mogućnosti koje su otvorene navedenom odredbom, odnosno, s druge strane, zato što se sami javni bilježnici ne usuđuju - nastupajući oprezno u korištenju svojih ovlaštenja, osobito onda kad ona nisu provjerena u praksi i kad za njihovo obavljanje nisu dobili podršku sudova - preuzeti rizik obavljanja poslova u čije će rezultate biti sigurni.

Zato bi neku od narednih novela Zakona o javnom bilježništvu trebalo iskoristiti da se ovlaštenje javnih bilježnika da osiguravaju dokaze posebno razradi i time stavi izvan dvojbe. Tome bi u prilog govorila okolnost da se

sudsko osiguranje dokaza (272. - 276. ZPP)¹³ može provesti i kao parnično i kao izvanparnično (*arg. ex* 272. ZPP), pri čemu bi sve ili samo neke poslove sudskoga izvanparničnog osiguranja dokaza bilo moguće povjeriti (konkurentno sa sudovima) i javnim bilježnicima.

Naime, čini se da bi javni bilježnici već *de lege lata* mogli provoditi uviđaje, eventualno uz angažiranje vještaka (*arg. ex* 90/1. ZJB). *De lege ferenda* moglo bi se postaviti pitanje bi li javne bilježnike trebalo ovlastiti i da provode osiguranje dokaza saslušanjem svjedoka. U načelu, ne bi trebalo biti zapreka da svjedoke saslušaju onda kad bi oni na to pristali. Budući da javni bilježnici ne bi bili ovlašteni određivati i primjenjivati mjere prisile protiv svjedoka koji bi odbili dati svoj iskaz, osiguranje bi nužno morao provesti sud.

Sam bi se postupak javnobilježničkog osiguranja dokaza inicirao pismenim ili usmenim zahtjevom o kojemu bi trebalo sastaviti zapisnik. Zahtjev bi po svom sadržaju mogao odgovarati onome kojim se pokreće sudsko osiguranje dokaza (274. ZPP), ali bi mogao biti i bitno neformalniji, i to stoga što kod javnobilježničkog osiguranja dokaza ne bi bilo potrebno inzistirati na indiciranju pravozaštitne potrebe za njegovu provedbu kao kad se ono traži od suda. Javni bi bilježnik u načelu o prijedlogu trebao obavijestiti možebitnu protivnu stranku. On bi svakako, na što je već *de lege lata* ovlašten (90/1. ZJB), radi osiguranja dokaza mogao angažirati i vještaka, redovito iz redova stalnih sudskih vještaka, koji bi svoj posao trebao obaviti s jednakim ovlaštenjima i dužnostima kao kad ga imenuje sud.¹⁴ O izuzeću bi vještaka mogao odlučiti javni bilježnik, uz mogućnost naknadne sudske kontrole.

Radi osiguranja prava možebitnog protivnika kojega se, kad je nepoznat ili u slučajevima osobite hitnje, ne bi moglo (pravodobno) obavijestiti, bilo bi moguće predvidjeti da javni bilježnik osiguranje dokaza, osobito uviđaj, obavi uz sudjelovanje još jednoga javnog bilježnika, koji bi imao ovlaštenja svojevrsnoga privremenog zastupnika.

Rezultat javnobilježničkog osiguranja dokaza bio bi zapisnik, eventualno dopunjen nalazom i mišljenjem vještaka. Zapisnik bi imao značenje javne isprave (2/1. ZJB), dok bi nalaz i mišljenje vještaka kojeg je angažirao javni bilježnik imali istu dokaznu snagu kao i nalaz i mišljenje sudskog vještaka, što

¹³ ZPP: Zakona o parničnom postupku (Narodne novine br. 26/1991., 53/1991., 91/1992., 112/1999., 88/2001., 117/2003., 88/2005., 84/2008., 96/2008., 123/2008.)

¹⁴ Eventualno sankcioniranje vještaka (255. ZPP) javni bi bilježnik mogao zatražiti od suda.

znači da bi ih sud u možebitnom nastavnom postupku vrednovao po slobodnoj ocjeni (8. ZPP).

Povjeravanjem javnim bilježnicima poslova izvanparničnog osiguranja dokaza, to bi se osiguranje učinilo bitno ekspeditivnijim i efikasnijim - to bi bilo moguće postići zahvaljujući postojećoj mreži javnobilježničkih ureda, ali i motiviranosti javnih bilježnika da zatražene radnje obave bez odgode, osobito u hitnim slučajevima i u vrijeme kad sudovi ne rade. Pored toga, sama procedura angažiranja javnog bilježnika bila bi bitno deformaliziranija od one koju treba provesti kad se inicira sudsko osiguranje dokaza. Radi povećanja opće efikasnosti obavljanja poslova osiguranja dokaza bilo bi moguće, osobito u mjestima u kojima postoji veći broj javnobilježničkih ureda, osigurati i svojevrsno "javnobilježničko dežurstvo", odnosno bilo bi moguće predvidjeti da javni bilježnici na zahtjev stranaka obavljaju radnje osiguranja dokaza i izvan svoga redovnog radnog vremena. Time bi se, svakako, povećala opća razina pravne sigurnosti u onoj mjeri u kojoj bi ona ovisila o pravodobnom osiguranju dokaza. Javnobilježnička bi dežurstva omogućila i pružanje javnobilježničkih usluga u drugim hitnim slučajevima u stvarima iz njihove nadležnosti, npr. sastavljanje javnih oporuka, primanje isprava itd. na čuvanje.

Bilo bi moguće predvidjeti da javni bilježnici svoje predmete o osiguranju dokaza dostavljaju sudovima.

Bilo bi moguće predvidjeti i da sudovi zahtjeve za izvanparnično osiguranje dokaza upućuju javnim bilježnicima sa svog područja.

Otvaranjem odnosno proširenjem mogućnosti javnobilježničkog osiguranja dokaza također bi se pridonijelo dodatnom rasterećenju sudova, ali i općem povećanju pravne sigurnosti.

2.5. "Zamoljeni" javni bilježnici

Bilo bi moguće predvidjeti da sudovi - umjesto da provedbu uviđaja ili izvođenje nekoga drugog dokaza, pa i saslušanje svjedoka, zatraže od zamoljenog suda - za to angažiraju javne bilježnike s područja suda od kojega bi se inače zatražila pravna pomoć. Javni bilježnici ne bi imali prisilnih ovlasti u odnosu na svjedoke ili stranke, pa bi stoga u slučaju neodazivanja tih osoba pozivu javnog bilježnika, javni bilježnik mogao zamolnicu ustupiti nadležnom sudu, koji bi svjedoke eventualno mogao i kazniti zato što se nisu odazvali pozivu javnog bilježnika.

Bilo bi moguće predvidjeti i da bi i sudovi tijekom parničnog postupka bili ovlašteni povjeriti javnim bilježnicima provedbu određenih radnji radi osiguranja dokaza, čak i izvan svoga službenog područja. Javnim bi se bilježnicima poduzimanje (nekih) takvih radnji zapravo moglo povjeriti i *de lege lata* (*arg. ex 2/1., 90/1. ZJB*).

2.6. Javnobilježnički depoziti

Javni su bilježnici već *de lege lata* ovlašteni (i dužni) primati na čuvanje isprave, zatim novac i predmete od vrijednosti radi njihove predaje drugim osobama ili nadležnim tijelima (2/1., 109. - 112. ZJB). Pravila o primanju na čuvanje isprava, novca i predmeta od vrijednosti na odgovarajući se način primjenjuju i u slučaju u kojemu javni bilježnik kao sudski povjerenik preuzme ostavinske isprave, novac, vrijednosne papire i dragocjenosti (113/2. ZJB).

U načelu je otvorena i mogućnost javnobilježničkog pologa i mimo navedenih slučajeva, i to odredbom po kojoj polog učinjen kod javnog bilježnika ima učinak sudskog pologa (113/1. ZJB). Time je posredno u pogledu zasnivanja i postupanja s javnobilježničkim pologom upućeno na pravila o sudskom pologu. Budući da je *de lege lata* i uređenje sudskog pologa relativno podnormirano, mogućnosti su korištenja sudskog, a osobito javnobilježničkog pologa povezane s nizom nepoznanica i nedoumica, zbog čega se taj institut i relativno malo koristi u praksi. Javnobilježničkih pologa, čak i onda kad su izrijeком predviđeni posebnim zakonima,¹⁵ ima izvanredno malo u praksi.

Upravo bi stoga u budućem Zakonu o izvanparničnom postupku, koji u Republici Hrvatskoj konačno treba donijeti, valjalo posebno detaljno urediti materiju sudskih, pa time i javnobilježničkih pologa. Pritom bi, eventualno, valjalo pored komparativnih iskustava koristiti i odredbe Uredbe Kraljevine Jugoslavije o sudskim ostavama (depozitima) itd. iz 1933.¹⁶

¹⁵ Tako je Ovršnim zakonom predviđena mogućnost osnivanja javnobilježničkog pologa u čitavom nizu slučajeva, pa tako npr. i radi: - čuvanja iznosa postignutog prodajom pokretnina ili naplatom tražbine u postupku osiguranja prethodnim mjerama (288. OZ); - davanje jamčevine u ovrsi na nekretnini (94., 111. OZ); - polaganja novca od strane ovršenikova dužnika (164. OZ), kupovnine u ovrsi na nekretnini (100. OZ), predmeta dužne činidbe kod uvjetnih i uzajamnih obveza (30. OZ); - predaje djela u ovrsi radi ostvarenja strogo osobne radnje (232. OZ), pokretnina (133. OZ).

¹⁶ Službene novine br. 170-XLVIII od 29. 6. 1933.

2.7. Dobrovoljna procjena i prodaja

Zakonom o sudskom vanparničnom postupku iz 1934.¹⁷ posebno je uređena sudska dobrovoljna procjena i prodaja (§§ 219. - 230.). Riječ je o odredbama kojima su uređeni nadležnost, postupak, procjena, dražba, polaganje kupovnine u sudu i troškovi dobrovoljne prodaje. Posebno je predviđeno da sud može obavljanje procjene i dražbe povjeriti i javnom bilježniku (§ 221.).

Nema nikakvih razloga zbog kojih se obavljanje cjelokupne procedure dobrovoljne procjene i prodaje ne bi moglo povjeriti javnim bilježnicima, koji bi te poslove mogli obavljati konkurentno sa sudom.

2.8. Uređenje odnosa među suvlasnicima

Uređenje odnosa među suvlasnicima nije posebno razrađeno u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹⁸ osobito ne sudski aspekt tog uređenja u izvanparničnom postupku (*arg. ex* 42. ZV). Upravo je zbog toga još uvijek potrebno na odgovarajući način primjenjivati pravna pravila iz § 266. ZVP-a.

U novom bi Zakonu o izvanparničnom postupku trebalo izriječno riješiti (razraditi), između ostaloga, i pitanje sudske procedure za uređenje odnosa među suvlasnicima, pa predvidjeti i mogućnost da javni bilježnici (konkurentno sa sudovima) provede taj postupak - onda kad o tome nema spora među strankama.

2.9. Razvrgnuće suvlasničke zajednice

Dobrovoljno razvrgnuće suvlasničke zajednice stranke mogu ugovorom same ostvariti (48/2. ZV). Upravo stoga nema razloga zbog kojih stranke ne bi sporazumno mogle već *de lege lata* ovlastiti javnog bilježnika da provede sve potrebne radnje radi razvrgnuća njihove suvlasničke zajednice.

Sudsko razvrgnuće suvlasničke zajednice provodi sud u izvanparničnom postupku (48/3. ZV). Budući da je institut sudskog razvrgnuća podnormiran u

¹⁷ Službene novine br. 175-XLV. od 1. 8. 1934., ZVP.

¹⁸ Narodne novine br. 91/1996., 68/1998., 137/1999., 22/2000., 73/2000., 114/2001., 79/2006., 141/2006., 146/2008., ZV.

Zakonu o vlasništvu, i *de lege lata* bi bilo nužno na odgovarajući način primjenjivati pravna pravila o tome Zakona o vanparničnom postupku iz 1934. (§§ 267. - 274.). U budućem bi hrvatskom Zakonu o izvanparničnom postupku trebalo iznova urediti izvanparnični postupak razvrgnuća suvlasničke zajednice. Pritom bi bilo moguće prihvatiti i rješenje po kojemu bi sud mogao povjeriti javnom bilježniku, analogno kao što mu može povjeriti provedbu ostavinskog postupka, da provede postupak izvanparničnog razvrgnuća suvlasničke zajednice.

2.10. Uređenje međa

Uređenje (obnavljanje ili ispravljanje) međa uređeno je elementarno u Zakonu o vlasništvu (103.). Zato će i prigodom provedbe izvanparničnog postupka uređenja međa biti potrebno posegnuti za pravnim pravilima Zakona o vanparničnom postupku iz 1934. (§§ 275. - 283.). U budućem bi hrvatskom Zakonu o izvanparničnom postupku također trebalo iznova urediti izvanparnični postupak uređenja međa. Pritom bi bilo moguće prihvatiti i rješenje po kojemu bi sud mogao povjeriti javnom bilježniku, analogno kao što mu može povjeriti provedbu ostavinskog postupka, da provede i postupak izvanparničnog uređenja međa.

2.11. Ostale imovinske izvanparnične stvari

Prigodom normiranja nove hrvatske izvanparnične procedure trebalo bi posebno preispitati bi li trebalo u vezi s određenim imovinsko-pravnim izvanparničnim stvarima dodatno urediti način njihova rješavanja, pa provjeriti bi li i u kojoj mjeri bilo moguće javnim bilježnicima povjeriti obavljanje pojedinih od poslova koje bi one uključivale.

2.12. Trgovački izvanparnični postupci

Zakon o trgovačkim društvima¹⁹ na mnogim mjestima predviđa obraćanje sudu u vezi s djelovanjem trgovačkih društava radi donošenja odgovarajućih

¹⁹ Narodne novine br. 111/1993., 34/1999., 121/1999., 52/2000., 118/2003., 107/2007., 146/2008. (ZTD).

odluka u izvanparničnom postupku (40/2., 3. ZTD). U pretežnoj je mjeri riječ o regulacijskoj intervenciji suda, zbog čega u pravilu ne bi bilo uvjeta da se pojedine takve stvari povjere javnim bilježnicima. Ipak, u svim onim slučajevima u kojima bi same stranke mogle suglasno ovlastiti trećega da obavi određene radnje, one bi obavljanje tih radnji mogle povjeriti i javnom bilježniku. *De lege ferenda* trebalo bi predvidjeti mogućnost da sud povjeri javnom bilježniku obavljanje određenih radnji u okviru stanovitih poslova koje obuhvaća postupak koji treba provesti, svakako onda kad ocijeni da bi to bilo svrhovito.

3. JAVNE EVIDENCIJE

Odnos se javnih bilježnika odnosno javnog bilježništva i javnih evidencija u osnovi dvojako postavlja.

Prvo, tu može biti riječ o mogućnosti da javni bilježnici na temelju izravne veze s odgovarajućim javnim evidencijama ili izravnog uvida u te evidencije izdaju odgovarajuće potvrde. U načelu oni su već sada na to ovlaštteni (80., 81. ZJB)²⁰ i treba očekivati da će se takva njihova djelatnost sukcesivno širiti.

Drugo, taj se odnos postavlja kao mogućnost da Hrvatska javnobilježnička komora sama vodi odgovarajuće evidencije, npr. evidencije određenih vrsta ugovora ili drugih pravnih akata. U tom smislu Komora (uspješno) vodi Hrvatski upisnik oporuka (68. ZN). Neovisno o tome tko će ih voditi, uvođenje je novih evidencija nužno radi osiguranja pravne sigurnosti, osobito radi zaštite prava trećih, ali i interesa države. Time se ne ograničava sloboda pravnih subjekata da slobodno stupaju u određene međusobne odnose, zajednice. Građanska bi odgovornost, pa i korektnost nalagale da se radi zaštite prava drugih članova društva takvi odnosi, zajednice javno evidentiraju ako bi se po osnovi njihova postojanja htjelo ostvarivati određena prava s učinkom i prema trećima. Bila bi neprihvatljiva situacija u kojoj bi se neke osobe mogle pozivati na neki odnos, zajednicu kad bi to njima odgovaralo, a to prikrivati kad im ne bi išlo u korist.

²⁰ Tako je javni bilježnik ovlašten izdati potvrdu o ovlasti za zastupanje ako ta ovlast proizlazi iz trgovačkog ili sličnog registra (80/1. ZJB). On može izdati i potvrdu o postojanju ili sjedištu neke pravne osobe, o promjeni tvrtke, o statusnim promjenama ili drugim pravno važnim činjenicama ako one proizlaze iz kojeg javnog registra (81/1. ZJB).

4. JAVNI BILJEŽNICI KAO IZMIRITELJI

4.1. Uvod

Problem izmiriteljske funkcije javnih bilježnika postavlja se najprije kao pitanje mogu li javni bilježnici već *de lege lata*, u granicama svojih prava i dužnosti uz ostale svoje funkcije, obavljati i concilijacijsku funkciju, a zatim kao pitanje o potrebi i mogućnostima posebnoga uređenja i, eventualno, razvijanja zakonskih osnova za unapređenje te njihove funkcije.

4.2. Određenje pojma mirenja u hrvatskom pravu

Mirenje (concilijacija, posredovanje, medijacija), kao jedna od alternativnih metoda rješavanja sporova, jest postupak u kojemu treća nepristrana osoba (izmiritelj, concilijator, posrednik, medijator), kojoj su stranke sporazumno povjerile tu zadaću, pomaže strankama da pokušaju postići sporazumno rješenje njihova spora, bez ovlaštenja da ga sama riješi svojom odlukom ili da o njemu strankama nametne kakvo drukčije obvezujuće rješenje.²¹

Iz izložene definicije te iz uređenja mirenja prema odredbama Zakona o mirenju²² moguće je izvesti ova obilježja instituta:

(1) mirenje je postupak u kojemu pored stranaka treba sudjelovati jedna ili više trećih osoba - izmiritelja (*arg. ex 2. ZM*). Po tome se mirenje razlikuje od pregovaranja (negocijacije) kao postupka koji provode same stranke osobno ili putem ovlaštenih zastupnika;²³

(2) izmiritelj mora biti nepristran. Od njega se očekuje i da bude neutralan, barem u odnosu na ishod postupka.²⁴ Izmiritelj inače, u načelu, može biti svaka - treba uzeti poslovno sposobna - fizička osoba (*arg. ex 4/1. ZM*).

(3) izmiritelj, za razliku od suca ili arbitra nije ovlašten - nakon provedenog postupka - svojom odlukom riješiti spor ili na koji drugi način nametnuti strankama njegovo obvezujuće rješenje. Mirenje nije suđenje;²⁵

²¹ Usp. Triva-Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izd., 2004., 921.

²² Narodne novine br. 163/2003., 70/2009., ZM.

²³ Usp. Triva-Dika, GPPP, 922.

²⁴ Tako i: Načela III/ (i), (ii) Preporuke Vijeća Europe br. R (98) 1 - o mirenju u obiteljskim odnosima iz 1998. Usp. i Triva-Dika, GPPP, 922.

²⁵ Usp. Triva-Dika, GPPP, 922.

(4) izmiritelj ima samo ona ovlaštenja koja su mu stranke, izrijekom ili prešutno, dale. U postupku mirenja autonomija stranaka je (u pravilu) apsolutna;²⁶

(5) mirenje svoj obvezujući učinak može manifestirati samo preko sporazuma, "nagodbe" koju stranke u povodu njega sklope (9/al. 5., 10, 15/3 ZM). Po tome bi mirenje imalo značenje **konsenzualnog** rješenja spora;²⁷

(6) postojanje spora je pretpostavka za provedbu postupka mirenja - i to stoga što je cilj mirenja rješenje spora među strankama, po mogućnosti postizavanjem nagodbe (*arg. ex 2/al. 1. ZM*).²⁸ O nužnosti relativiziranja ove odrednice pojma mirenja osobito s aspekta javnobilježničke concilijacijske funkcije bit će govora kasnije (v. *infra ad 4.3.2.*).

²⁶ U doktrini se inače razlikuju tzv. **dobrovoljna** i **prisilna** mirenja, i to s obzirom na to odlučuju li stranke potpuno slobodno pristupiti mirenju ili su na to (zakonom ili ugovorom posredno) prisiljene. Usp. Triva-Dika, GPPP, 924.

²⁷ Usp. Triva-Dika, GPPP, 922. Nagodba je cilj postupka mirenja (*arg. ex 2. ZM*). Izmiritelj, na zahtjev stranaka, sudjeluje u sastavljanju nagodbe (10/1. ZM). Nagodba će u pravilu imati učinak građanskopravnog ugovora stranaka, a svojstvo ovršne isprave može steći samo ako sadrži klauzulu ovršnosti (10/2. ZM), svakako ako po svom sadržaju bude ispunjavala uvjete o kojima ovisi podobnost isprave za ovrhu. Nagodba sklopljena u postupku mirenja nema učinak sudske nagodbe - takva isprava ima samo dokaznu snagu privatne isprave; jedini je izuzetak njezina ovršnost.

²⁸ Usp. Triva-Dika, GPPP, 922. Ipak, postupku mirenja bilo bi mjesta i kad bi stranke radi preveniranja budućih sporova angažirale treću nepristranu osobu da im pomogne u stipulaciji "nagodbe" kojom će precizno definirati sadržaj svoga odnosa. Cilj postupka mirenja koji bi se sastojao u prevladavanju ili neutraliziranju spora, po prirodi stvari, ostvarivao bi se i bilo kakvim odustajanjem stranaka od nekog adjudikativnog načina njegova rješavanja, npr. postizavanjem eksplicitnog ili prešutnog sporazuma mimo postupka mirenja, u povodu njega ili neovisno o njemu, ili jednostavno odustajanjem od daljnega inzistiranja na postojanju spora. Ciljevi mirenja vide se i u njegovoj funkciji postupka koji bi trebao, omogućavajući komunikaciju i razumijevanje među strankama, dovoditi do ozdravljanja njihovih odnosa, do toga da se same stranke izmijene (transformiraju) kao ličnosti, da se osposobe za međusobno uvažavanje i priznavanje (interesa) druge strane (*terapeutski odnosno transformacijski pristup*). Ti su daljnji (primarno sociološko-psihološki) ciljevi svakako uvjetovani i specifičnošću odnosa u vezi s kojima se mirenje provodi. Oni će se, npr., u mnogo naglašenijem obliku javljati u obiteljskim i susjedskim sporovima nego u trgovačkim sporovima. U tom je smislu potrebno i relativizirati njihovo značenje. Mirenje - za razliku od parnice ili arbitraže koje dovode do presuđivanja u korist jedne ili druge stranke - omogućava da obje stranke "uspiju" u sporu, da pronađu način njegova prevladavanja koji će uvažavati interese i jedne i druge. Usp. Triva-Dika, GPPP, 922., 923.

(7) da je ono **facilitacijski** postupak jer je zadaća izmiritelja da korištenjem određenih procedura, tehnika i vještina **pomogne** strankama da postignu sporazumno rješenje spora bez suđenja, da olakša, pospješi postizavanje takva rješenja.²⁹

4.3. Javnobilježničke funkcije *de lege lata* i mirenje

4.3.1. *Općenito*

U zakonima koji uređuju javnobilježničku službu nije eksplicitno predviđeno ovlaštenje odnosno dužnost javnih bilježnika da provode mirenje kao svoju posebnu djelatnost. Nema, međutim, u hrvatskom pravu nikakvih pravnih, a ni pravopolitičkih razloga zbog kojih javni bilježnici ne bi u načelu mogli obavljati i tu funkciju. Neki elementi mirenja kao funkcije alternativnoga razrješenja sporova sadržani su "po prirodi stvari" u nekim poslovima koje javni bilježnici obavljaju. Ipak, pravne mogućnosti provedbe "javnobilježničkog mirenja" su višestruko ograničene i relativizirane.

Među funkcijama javnobilježničke službe, za koju bi se moglo reći da je izravno instrumentalna za ostvarivanje javnobilježničke koncilijatorne djelatnosti, jest funkcija savjetovanja, upozoravanja i provjere uz dužnost vođenja brige o svim osobama koje sudjeluju u sastavljanju javnobilježničkih isprava³⁰ - riječ je o funkciji koja je u neposrednoj vezi s njihovim položajem nepristranih povjerenika stranaka (**konzilijarno-monitorna funkcija**).³¹ Javni bilježnik, naime, pri sastavljanju javnobilježničkog akta mora, ako je to moguće, ispitati jesu li stranke sposobne i ovlaštene za poduzimanje i sklapanje posla, objasniti strankama smisao i posljedice posla i uvjeriti se o njihovoj pravoj i ozbiljnoj volji. Javni je bilježnik dužan izjave sudionika potpuno jasno i određeno sastaviti pismeno i onda akt sam pročitati strankama i neposrednim pitanjima uvjeriti se odgovara li njegov sadržaj

²⁹ Usp. Triva-Dika, GPPP, 924., 925.

³⁰ Usp. Pützer, *op. cit.*, 6,7.

³¹ U teoriji se konzilijarno-monitorna funkcija čak povezuje sa svojevrsnom **arbitražnom funkcijom** javnih bilježnika, koja bi se očitovala u njihovoj tipičnoj i prirodnoj funkciji koncilijacije i harmonizacije različitih interesa. Ta bi funkcija u svjetlu specifičnih i bitnih karakteristika latinskog notarijata - nepristranosti, nezavisnosti i zakonitosti - prevenirala i neutralizirala nastanak klica mogućih nesuglasica (usp. Di Cagno, *Notariato e prevenzione del contentioso*. L'arbitro ed ili notai, neob. referat). Moglo bi se primijetiti da u opisanom smislu javni bilježnici zapravo nastupaju kao koncilijatori, a ne kao arbitri.

volji stranaka (57. ZJB). S navedenim dužnostima javnog bilježnika povezana je i njegova dužnost upozoravanja stranaka: ako stranke hoće da se u javnobilježnički akt unesu nejasne, nerazgovjetne ili dvosmislene izjave, koje bi mogle dati povoda sporovima ili koje ne bi bile pravno valjane ili bi se mogle pobijati, ili ne bi imale namjeravani učinak, ili bi se opravdano moglo smatrati da im je svrha da se koja od stranaka ošteti, javni je bilježnik dužan upozoriti na to sudionike i dati im odgovarajuće pouke. Ako oni, ipak, ostanu kod tih izjava, dužan ih je unijeti u javnobilježnički akt, pri čemu treba u aktu posebno napomenuti da je stranke upozorio na posljedice takvih izjava (58. ZJB). Ako javni bilježnik posumnja da koja stranka zbog nedostatka punomoći ili zbog kojega drugog razloga nije ovlaštena na poduzimanje ili sklapanje pravnoga posla, dužan je na to upozoriti stranke; ako one i usprkos tome zahtijevaju da se sastavi javnobilježnička isprava, javni će bilježnik sastaviti ispravu, ali će u njoj navesti da je stranke upozorio na nedostatak (34/3. ZJB).

4.3.2. Izmiriteljska djelatnost javnih bilježnika

Javni bi bilježnici već, *de lege lata*, mogli nastupati, u određenim granicama, kao izmiritelji *sui generis*.

Izloženu bi tezu - polazeći od osnovnih obilježja mirenja u hrvatskom pravu, s jedne strane, i od funkcija koje javni bilježnici imaju u tom pravu, s druge strane, bilo moguće potkrijepiti ovim argumentima:

(1) u hrvatskom pravu nema odredbe koja bi izrijekom zabranjivala da javni bilježnici u tom svojstvu nastupaju kao izmiritelji, kao treći koji će u postupku mirenja sudjelovati pored stranaka. Oni to svakako mogu činiti kao fizičke osobe izvan svoje javnobilježničke službe; oni to, međutim, mogu obavljati i u okviru svojih određenih djelatnosti u sklopu javnobilježničke službe;

(2) javni bilježnici su po definiciji nepristrani - oni su **nepristrani povjerenici stranaka** i zato za njih vrijede pravila o izuzeću kao i za suce (15/2., 33/2., 36. ZJB);

(3) kad nastupaju kao izmiritelji, javni bilježnici ne bi bili ovlašteni donijeti nikakvu odluku kao suci ili arbitri.

Nastojeći "izmiriti"³² stranke, navesti ih na sporazumno uređenje njihovih odnosa, odnosno, eventualno, na sporazumno razrješenje nekoga njihovog spora,

³² Svako je pregovaranje zapravo praćeno određenom napetošću, potrebom da se usklade različiti stavovi stranaka, da se prevladaju njihovo eventualno nepovjerenje, nesugla-

javni bi bilježnici *de lege lata* imali pravo tu djelatnost obavljati **samo u okviru onih poslova za obavljanje kojih su ovlašteni zakonskim i podzakonskim propisima**, dakle, u pravilu, u okviru njihove konzilijarno-monitorne funkcije (funkcije pravnoga savjetovanja i upozoravanja stranaka te provjere stanja stvari i prave volje stranaka) i funkcije sastavljanja javnobilježničkih akata, solemniziranja privatnih isprava i ovjeravanja potpisa na privatnim ispravama. Oni bi imali pravo na nagradu samo po tim osnovama.

4.3.3. Problem izmiriteljskog inkompatibiliteta

U vezi s realitetom i mogućnošću da javni bilježnici obavljaju neke koncilijatorne djelatnosti postavlja se pitanje bi li angažiranje javnog bilježnika u takvoj njegovoj izmiriteljskoj funkciji moglo posljedično rezultirati tzv. izmiriteljskim inkompatibilitetom. Bila bi riječ o pitanju bi li se javni bilježnik - zato što je sudjelovao pri neuspjelom pokušaju sastavljanja nekog instrumenta za stranke i pri tome nastojao stranke "izmiriti", navesti ih da sporazumno uredi svoje odnose - morao izuzeti od obavljanja s predmetom toga neuspjeloga pokušaja povezanih pravnih poslova, npr. ostavinskih postupaka ili postupaka radi određivanja ovrhe na temelju vjerodostojne isprave, ali iz postupaka založno-pravnog ili fiducijarnog osiguranja, odnosno iz postupaka unovčenja dijelova imovine stranaka itd., iz postupaka u kojima javni bilježnik zapravo ima ulogu svojevrsnoga izvanparničnoga suca odnosno arbitra. Naime, po hrvatskom pravu izmiritelj ne može biti sudac ili arbitar u sporu koji je bio ili jest predmet postupka mirenja, ili u nekom drugom sporu koji je proizašao iz pravnog odnosa iz koga je bio proizašao taj spor ili iz pravnog odnosa povezanog s tim pravnim odnosom (13/1. ZM). Okolnost da je netko u svojstvu izmiritelja sudjelovao u nekom medijacijskom postupku imala bi zapravo značenje apsolutnog razloga za njegovo izuzeće kao suca u nekom drugom (građanskom) sudskom postupku, analogno kao što je isključen od suđenja sudac koji je u istom predmetu sudjelovao u postupku pred nižim sudom ili pred kojim drugim tijelom (71.5. ZPP).

snosti, nerazumijevanja, različitost pa i sukob interesa itd. U tom smislu se zaista može govoriti o stanovitom izmirenju tih suprotnosti koje postoje između njih, o postizavanju sporazuma o njihovu odnosu.

Budući da bi javni bilježnici, kad bi nastupali izmiriteljski, zapravo obavljali svoje redovne poslove savjetovanja stranaka, sastavljanja, potvrđivanja ili ovjeravanja određenih isprava, oni samo zbog toga ne bi trebali biti izuzeti iz obavljanja javnobilježničkih poslova povezanih s tim poslovima, jednako kao što ni sudac koji je sudjelovao u pokušaju sklapanja sudske nagodbe nije zbog toga isključen iz nastavka suđenja niti iz drugih postupaka koji će se eventualno voditi u vezi sa zaključenom sudskom nagodbom. Tome bi išla u prilog i okolnost da bi javni bilježnici u takvim situacijama nastupali obavljajući svoju javnu službu, analogno kao što suci kad sude i u okviru sudskog postupka nastoje nagoditi stranke postupaju po službenoj dužnosti. Po tome bi izmiriteljska nastojanja javnih bilježnika u okviru njihovih redovnih poslova ili povezano s tim poslovima imala značenje svojevrzne **implicitne izmiriteljske funkcije** koja, međutim, ne bi izlazila izvan okvira njihove redovne službene dužnosti. Ta bi djelatnost mogla biti razlogom za izuzeće u onoj mjeri u kojoj bi sudjelovanje u jednom prethodnom postupku, npr. pred tijelom niže instancije ili u jednom drugom povezanom postupku, tražilo da se izuzme osoba koja je u tom postupku sudjelovala u postupku pred tijelom više instancije ili u drugom s tim postupkom povezanom postupku (*arg. ex 71/5.*, 6. ZPP).

4.3.4. Vrste javnobilježničke concilijacije

Izmiriteljska djelatnost javnih bilježnika, u granicama u kojima bi bila moguća (v. *supra ad 3.2.*) imala bi bitno šire ali i drukčije značenje nego što je to mirenje stranaka između kojih je već došlo do spora prema Zakonu o mirenju.

Prvo, javni bilježnici, obavljajući svoje redovne zadaće u okviru svojih klasičnih djelatnosti, zapravo djeluju kao tijela **preventivne pravne zaštite** time što, kao nepristrani povjerenici stranaka, nastoje pomoći strankama da shvate značenje i učinke pravnih radnji koje poduzimaju uz njihovo sudjelovanje i da pritom izraze svoju pravu volju, što bi sve zapravo impliciralo i svijest o njihovoj interesnoj poziciji. Usklađujući, zapravo izmirujući, interese stranaka prilikom poduzimanja odgovarajućih pravnih radnji i uređujući odnose stranaka u sadržajnom i formalnom pogledu na visokoj stručnoj razini, javni bilježnici pridonose prevenciji sporova koji bi eventualno mogli nastati iz tih odnosa. U tom bi se smislu moglo govoriti o **javnobilježničkoj preventivnoj concilijacijskoj funkciji**.

Drugo, javni bilježnici mogu u vezi s poslovima koje obavljaju, na zahtjev stranaka, poduzeti daljnje radnje radi uređenja odnosa koji se nadovezuju na odnose kojih se ti poslovi neposredno tiču. Tako javni bilježnici mogu nastavno na provedeni ostavinski postupak sudjelovati i pri uređivanju odnosa između sunasljednika, npr. pri razvrgnuću njihove nasljedničke zajednice, itd. U toj će situaciji javni bilježnici, također nastupajući kao nepristrani povjerenici stranaka, nastojati pomoći strankama da postanu svjesne svojih prava i interesa, da ih međusobno usklade (izmire) te da dođu do sporazumnog rješenja odnosa u odgovarajućoj - javnobilježnički posredovanoj - formi (**javnobilježnička adhezijska koncilijacijska funkcija**, koja bi sadržajno korespondirala javnobilježničkoj preventivnoj koncilijacijskoj funkciji).

Treće, javni bilježnici mogu sudjelovati u uređenju odnosa među strankama i nakon što je došlo do "pravog" spora - onda kad im se stranke obrate radi toga da bi im pomogli u sastavljanju javnobilježničkog akta ili kojega drugog instrumenta kojim bi uredile svoje poremećene odnose. Javni bilježnik u toj situaciji, također kao nepristrani povjerenik stranaka, savjetujući ih, nastojeći da one postanu svjesne ne samo svoje pravne već i interesne pozicije pri javnobilježničkoj formalizaciji njihovih odnosa, pomažu strankama da sporazumno prevladaju svoj spor (**javnobilježnička konzilijarno-monitorna funkcija kao javnobilježnička koncilijacijska funkcija *stricto sensu***).

Javni bi bilježnici tek nastupajući u toj svojoj trećoj "izmiriteljskoj" funkciji nastupali i kao izmiritelji prema Zakonu o mirenju, ali sa svim ovlastima koje bi pri sastavljanju odgovarajuće "nagodbe" kao javnobilježničkog instrumenta imali kao javni bilježnici.

Javnobilježnička adhezijska koncilijacija te javnobilježnička koncilijacija *stricto sensu*, osim u vezi s ostavinskim postupcima, osobito dolaze do izražaja pri sklapanju ugovora o diobi bračne stečevine i ugovora o prijenosu poslovnih udjela, odnosno općenito pri uređivanju odnosa između članova trgovačkih društava.

4.4. Institucionaliziranje funkcije mirenja

Čini se da na zakonskoj razini nema zapreke da Hrvatska javnobilježnička komora u svojim aktima predvidi osnivanje centara za mirenje, eventualno pri pojedinim zborovima, te da pobliže uredi postupak mirenja u provedbi kojih bi ti centri posredovali, npr. upućivanjem stranaka pojedinim bilježnicima radi

provedbe postupka mirenja. Javni bi bilježnici u takvim slučajevima mirenje mogli obavljati *pro bono*, ili uz nagradu za obavljanje poslova koje su inače ovlašteni obavljati - za davanje pravnih savjeta, za sastavljanje javnobilježničkih akata, za solemniziranje privatnih isprava, za ovjerovljenje potpisa na privatnim ispravama.

Hrvatska javnobilježnička komora mogla bi osnovati i tijela koja bi provodila mirenje analogno kao što to provode druge izmiriteljske institucije u zemlji, utvrđujući njezina pravila, tarifu te listu izmiritelja - iz redova javnih bilježnika, prisjednika, savjetnika i vježbenika. Stranke bi se radi provedbe mirenja mogle samoinicijativno obraćati tim tijelima ili bi ih na njih mogli upućivati javni bilježnici, sudovi ili druga tijela. Za mirenje bi pred tim tijelima vrijedila opća pravila o mirenju iz Zakona o mirenju.

Ne čini se, međutim, da bi osnivanje jedne takve institucije ili općenito uključivanje javnoga bilježništva u relativno pomodni trend alternativnoga rješavanja sporova bitno pridonijelo promoviranju javnoga bilježništva i njegove pravozaštitne misije.

Mirenja koja bi provodili javni bilježnici trebala bi se ticati odnosa u vezi s kojima oni obavljaju poslove iz svoje nadležnosti, dakle prvenstveno vjerovničko-dužničkih osnova, odnosa koji se javljaju u vezi s djelovanjem trgovačkih društava, nasljednopravnih odnosa itd. Nema razloga zbog kojih javni bilježnici ne bi svoje izmiriteljske usluge mogli pružati i u drugim pravnim stvarima u kojima se mirenje može provesti.

4.5. Koncilijacijska edukacija javnih bilježnika

Budući da javni bilježnici na različite načine "koncilijacijski" djeluju obavljajući svoje vrlo složene i raznovrsne funkcije, čini se da bi imalo smisla organizirati te sukcesivno permanentno provoditi "koncilijacijsku edukaciju javnih bilježnika", koja bi imala za cilj unapređenje tehnika savjetovanja i upozoravanja stranaka te provjere njihove prave volje, ali i općih uvjeta obavljanja pravnih radnji, osobito sklapanja pravnih poslova. Bila bi riječ o tehnikama koje općenito koriste izmiritelji u obavljanju svoje funkcije. Ovladavanjem tim tehnikama unaprijedila bi se općenito uloga javnih bilježnika kao nositelja preventivne pravne zaštite, ali i njihova uloga izmiritelja u pravom smislu te riječi koji interveniraju obavljajući različite poslove u povodu već nastalih sporova.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Tendencija će se prenošenja poslova iz sudske izvanparnične jurisdikcije na javne bilježnike, kojoj svjedočimo posljednjih petnaestak godina, vjerojatno postupno nastaviti u sklopu jednoga šireg i nedovoljno definiranog procesa dejudicijalizacije pružanja građanskopravne zaštite. Tome pridonose, s jedne strane, preopterećenost sudova i teškoće u financiranju ali i organiziranju njihove djelatnosti, odnosno, s druge strane, pozitivna iskustva s dosadašnjim povjeravanjem različitih poslova iz sudske nadležnosti javnim bilježnicima, a, treba uskoro očekivati, i drugim nedržavnim javnokoncesioniranim službama. S time se u vezi otvara i pitanje granica dejudicijalizacije, odnosno pitanje neotuđivih pravosudnih poslova, poslova koji se neće moći povjeravati drugim nesudskim tijelima. Čini se da bi elemente te granice bilo moguće pronaći u dostupnosti pravnih odnosa u vezi s kojima treba pružati pravnu zaštitu, odnosno u suglasnosti pravnih subjekata da njihove sporove i druge pravne stvari rješavaju druga tijela ili osobe umjesto sudova. Radi unapređenja stanja na području pružanja građanskopravne zaštite bilo bi umjesno kad bi se već u Ustavu otvorila mogućnost da se obavljanje određenih poslova Ustavom utvrđene nadležnosti sudova (29/1. URH) može zakonom u sudovima povjeriti i osobama koje nemaju svojstvo suca (sudski savjetnici, drugi sudski službenici), odnosno izvan sudova drugim osobama s javnim ovlastima koje bi u organizacijskom i funkcionalnom smislu jamčile onu razinu samostalnosti, neovisnosti i objektivnosti koja je osigurana sudovima. Na taj bi se način dobila ustavnopravna osnova za (daljnje) prenošenje određenih poslova iz sudske nadležnosti na određene metastatalne službe, u koje bi pored javnih bilježnika bilo moguće uvrstiti i "javne ovršitelje", ali i razne oblike "sudova nižega ranga" u čijem bi radu sudjelovale osobe bez svojstva suca *stricto sensu*, npr. odvjetnici, druge osobe s pravnim obrazovanjem, ali i osobe koje ne bi imale to obrazovanje, kojima bi se povjeravalo rješavanje sporova i drugih pravnih stvari manjega društvenog značenja.

Javni bilježnici već *de lege lata* obavljaju određene poslove koncilijacijskog karaktera u okviru svoje klasične djelatnosti pomaganja strankama da uredi svoje međusobne odnose sastavljanjem odgovarajućih pravnih instrumenata. Pritom bi težište bilo na njihovoj konzilijarno-monitornoj funkciji koja je imanentna njihovoj poziciji nepristranih povjerenika stranaka. Proširenjem nadležnosti javnih bilježnika prenošenjem na njih i drugih poslova iz sudske izvanparnične jurisdikcije, sve će više dobivati na važnosti njihova koncilijacijska, zapravo facilitacijska djelatnost.

Dok bi trebalo poticati u razumnoj mjeri s dozom odgovornog opreza postupno prenošenje određenih poslova iz nadležnosti sudova u nadležnost javnih bilježnika, koje bi oni obavljali isključivo ili konkurentno sa sudovima, redovito na području njihove izvanparnične jurisdikcije, čini se da bi trebalo pokazati izvjesnu suzdržanost u otvaranju mogućnosti da javni bilježnici preuzmu na sebe i obavljanje poslova mirenja izvan onih granica u kojima koncilijacijsku funkciju obavljaju već i sada u okviru svoje standardne djelatnosti kao nepristrani povjerenici stranaka koji im pomažu u uređenju njihovih pravnih odnosa, i to u prvom redu zbog neizvjesnosti u pogledu širine i implikacija koje bi na takvu njihovu djelatnost mogli imati zahtjevi koncilijacijskog inkompatibiliteta.

Summary

Mihajlo Dika *

NON-CONTENTIOUS PROCEEDINGS AND THE CONCILIATORY FUNCTION OF NOTARIES PUBLIC - *DE LEGE LATA* AND *DE LEGE FERENDA*

The role of notaries public presents a special problem in the process of the reassessment of the limits, needs and the necessity of out-of-court settlement of civil law protection conducted at legislative, professional and scientific levels in the Republic of Croatia. In this connection, the author first tries to establish to what extent cases under the traditional court jurisdiction (as a rule in non-contentious proceedings) have already been transferred de lege lata to notaries public and what are the possibilities and limits of further transfer of such cases. It is noted that notaries public have successfully taken on a number of cases in this field, especially those dealing with hereditary and dstraint legal matters. In trying to identify cases which could de lege ferenda be assigned to notaries public (concurrently with courts), and assuming that the limits of such out-of-court settlements depend on the disposability of the above relationships and on the legal and political assessment that there is public interest that these legal matters should be settled by government bodies, one may conclude that, in principle, these matters might cover amicable divorces, non-contentious proceedings for securing evidence, non-contentious

* Mihajlo Dika, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

tious proceedings for settling relationships between co-owners including dissolution of co-ownership, settlement of boundary lines, voluntary sales, etc. In this connection, it is stressed that there is a need for a Croatian Law of non-contentious proceedings which would, among other things, provide appropriate solutions to court proceedings and possibly also to those conducted by notaries public on the above non-contentious matters. In considering the conciliatory dimension of the notary's traditional public functions as an alternative method of settling legal matters and as a way of settling matters out of court, it is noted that this is seen as a preventive, conciliatory function of the notary public, an adhesional conciliatory function, a conciliatory monitoring one and as the notary's conciliatory function stricto sensu, which does not, however, exceed the limits of the notary's standard functions. When considering the possibilities and need for extending the role of notaries public in carrying out their conciliatory work, it is suggested that this problem needs to be approached cautiously in view of the consequences that the so-called conciliatory incompatibility might have on the exercise of this function.

Key words: out of court settlement, non-contentious proceedings, notary public, conciliation

Zusammenfassung

Mihajlo Dika **

DIE "AUSSERSTREIT-" UND SCHLICHTUNGSFUNKTION DER ÖFFENTLICHEN NOTARE - DE LEGE LATA UND DE LEGE FERENDA

Im Rahmen der aktuellen Überprüfung, welchen Grenzen, Bedürfnissen, ja Erfordernissen die vor sich gehende Dejudicialisierung des zivilrechtlichen Schutzes auf der legislativen, fachlichen und wissenschaftlichen Ebene in der Republik Kroatien Rechnung tragen muss, stellt die Erörterung der Rolle des Notariats in diesem Prozess ein besonderes Problem dar. In diesem Zusammenhang untersucht dieser Beitrag zunächst, in welchem Maße bereits de lege lata Aufgaben der traditionellen gerichtlichen Zuständigkeit (in der Regel der freiwilligen Gerichtsbarkeit) auf die Notare übertragen wurden

** Dr. Mihajlo Dika, Professor an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

sowie welche Möglichkeiten und Grenzen einer weiteren Übertragung dieser Aufgaben bestehen. Es wird festgestellt, dass die Notare eine Reihe von Aufgaben aus diesem Bereich erfolgreich übernommen haben, vor allem auf dem Gebiet der erb- und zwangsvollstreckungsrechtlichen Beziehungen. In dem Versuch, die Aufgaben zu identifizieren, deren Erledigung *de lege ferenda* (in Konkurrenz zu den Gerichten) den Notaren anvertraut werden könnten, wird, ausgehend von dem Standpunkt, dass die Grenzen einer solchen Dejudizialisierung in der Disponibilität der betreffenden Beziehungen und in der rechtspolitischen Einschätzung eines öffentlichen Interesses an der ausschließlichen Zuweisung der Entscheidung in den mit diesen Beziehungen zusammenhängenden Rechtssachen an staatliche Organe gegeben sind, die Schlussfolgerung gezogen, dass es sich prinzipiell um die Durchführung von Verfahren zur einvernehmlichen Ehescheidung, zur Beweissicherung im Außerstreitverfahren, zur Außerstreitregelung der Beziehungen zwischen Miteigentümern, einschließlich der Auflösung ihrer Gemeinschaft, um Grenzziehung, freiwilligen Verkauf usw. handeln könnte. In diesem Zusammenhang wird das Erfordernis unterstrichen, ein kroatisches Gesetz über das Außerstreitverfahren zu verabschieden, das in angemessener Weise unter anderem die gerichtliche und eventuell notarielle Prozedur zur Durchführung der genannten Außerstreitsachen regeln würde. Im Rahmen der Erörterung der Schlichtungsdimension bei der Erledigung der klassischen notariellen Aufgaben als alternativer Methode zur Regelung von Rechtssachen und somit auch einer der Dejudizialisierungsformen wird die Feststellung getroffen, dass diese sich als notarielle präventive Schlichtungsfunktion, als notarielle adhäsive Schlichtungsfunktion und als notarielle schlichtende Monitorfunktion als notarielle Schlichtungsfunktion *stricto sensu*, die jedoch den üblichen Rahmen der Erledigung notarieller Standardaufgaben nicht sprengen, äußert. Bezüglich der Möglichkeiten und Bedürfnisse der Erweiterung der Rolle des Notariats auf die Schlichtungstätigkeit, wird nahe gelegt, mit Vorsicht an dieses Problem heranzugehen, insbesondere hinsichtlich der Folgen, die die so genannte Schlichterinkompatibilität auf die Ausübung dieser Tätigkeit haben könnte.

Schlüsselwörter: Dejudizialisierung, freiwillige Gerichtsbarkeit, öffentlicher Notar, Schlichtung

