

Emir Sudžuka^{*1}

FORMA UGOVORA O PROMETU NEKRETNINA U PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE: AD SOLEMNITATEM ILI AD PROBATIONEM?

Sažetak

Klasična podjela pravnih poslova na formalne i neformalne u modernom ugovornom pravu dobila je novu dimenziju uvođenjem u pozitivna zakonodavstva nacionalnih pravnih sistema novih formi pravnih poslova, a kojima je često uslovljena i valjanost takvih poslova. Uvođenjem latinskog tipa notarijata u pravni sistem Bosne i Hercegovine zakonodavac je izdvojio određene pravne poslove u oblasti stvarnog prava, porodičnog i nasljednog prava, te prava privrednih društava i njihovu pravnu valjanost uslovio formom notarski obrađene isprave. Ovakva rješenja entitetskih zakona kao i zakona u Brčko Distriktu koji uređuju službu notara od početka primjene su izazivala javne polemike ali i stručne diskusije među pripadnicima različitih pravničkih profesija. Kao posljednica navedenih diskusija, pojedine odredbe ovih zakona, uključujući i one koje uređuju formu izdvojenih pravnih poslova (uključujući ugovore koji za predmet imaju promet nekretnina), bile su predmetom ocjene ustavnosti pred entitetskim ustavnim sudovima. Ustavni sud Federacije BiH i Ustavni sud Republike Srpske odlučujući *po zahtjevima za ocjenu ustavnosti odredbe zakona o notarima kojima je propisana obaveza forma notarski obrađene isprave za pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama su zauzeli različite stavove*. Ustavni sud Republike Srpske je odbacio prijedlog za utvrđivanje neustavnosti između ostalog i člana 68, tada važećeg Zakona o notarima Republike Srpske koje uređuje pitanje obavezne forme, dok je Ustavni sud Federacije BiH odlučio *da, između ostalih i član 73.*, još uvijek važećeg Zakon o notarima FBiH nije u skladu sa Ustavom. Ovakvim odlukama sudova, pitanje forme ugovora o prometu nekretnina dobilo je različito interpretiranje i stepen obaveznosti u dva entiteta istog pravnog sistema, i time dalo doprinos pravnoj nesigurnosti građana i investitora. Predmet ovog rada je analiza važećih propisa koji uređuju pitanje forme ugovora o prometu nekretnina u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine kao i uloga notarijata kao javne službe u povećanju stepena pravne sigurnosti i zaštite stranaka u ugovorima koji za predmet imaju nekretnine.

Ključne riječi: forma ugovora, ugovor o prometu nekretnina, notarski obrađena isprava, Zakon o notarima FBiH, Zakon o notarskoj službi Republike Srpske.

¹ Autor je notar sa službenim sjedištem u Zeničko-dobojskom kantonu, Grad Zenica, vanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta/Univerziteta "Vitez" Travnik i doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani, e-mail: emir.sudzuka@s-law.ba

1. Uvod

Savremeno ugovorno pravo kao dva najznačajnija načela promovira načelo neformalnosti i konsenzualizma koji u suštini znače odsustvo posebne forme i nužnost postojanja saglasnosti volja ugovornih strana kao osnovnih uslova za nastanak jednog ugovornog odnosa. Konsenzulani ugovori su takvi ugovori kod kojih je dovoljno da ugovorne strane postignu saglasnost o bitnim elementima toga ugovora, bez bilo koje određene forme ili predaje stvari drugoj ugovornoj strani.² Ovo načelo je kompatibilno sa načelom neformalnosti jer suštinski oba načela promoviraju dovoljnost postizanja saglasnosti volja, a bez obavezne posebne forme i što za većinu pravnih poslova ima i svoje opravdanje zbog dinamike građanskopravnih i komercijalnih odnosa a posebno u uslovima globalizacije, brzine protoka informacija i primjene novih metoda i sredstava komuniciranja.

Historijski posmatrano, u ugovornom pravu formalni ugovori su bili dominantni, često su imali sakralni karakter i ugovor je bio valjan samo ukoliko je zaključen u određenoj formi. U feudalizmu, zbog prirodne privrede i nerazvijenosti prometa, nalazimo nastavak strogog formalizma, a tek u XVI i XVII vijeku uslijed razvoja trgovine i zanatstva princip konsenzualizma dobija na značaju.³ Zakon o obligacionim odnosima⁴ (u daljem tekstu ZOO) koji je na pravnoj snazi i u primjeni u BiH, propisuje da se volja za zaključenje ugovora može izraziti riječima, uobičajnim znacima ili drugim ponašanjem iz koga se sa sigurnošću može zaključiti o njenom postojanju.

Ugovarači mogu svoju volju izraziti na onaj način kako to njima najbolje odgovara: usmeno, pismeno, konkludentnim radnjama, a u izvjesnim situacijama i šutnjom. Znači, obligacioni ugovori su uglavnom neformalni.⁵ Naravno, od pravila da su obligacioni ugovori neformalni, postoje izuzeci koji su kao takvi propisani odredbama ZOO-a ali i drugim *lex specialis* propisima. Neki od ugovora za koje je ZOO propisao obaveznu pisanu formu za ugovor o prodaji nepokretnosti, ugovor o prodaji sa obročnim otplatama, ugovor o građenju, ugovor o licenci.⁶ U ovakvim slučajevima, kada je zakon propisao određenu formu kao obaveznu, ta forma je uslov za punovažnost takvog ugovora. Iako se može činiti da postojanje obavezne forme za pojedine vrste ugovora predstavlja teret za stranke i negativno utiče na dinamiku obligacionih odnosa, zakonodavac nije bez razloga propisao obaveznu formu, a razlog najčešće leži u lakšoj pravnoj

² A. Bikić, *Obligaciono pravo- Opći dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2007, 111.

³ J. Pušac, „Forma obligacionih ugovora“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, godina 4, broj 4, Banja Luka 2014, 201.

⁴ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO “Službeni list SFRJ”, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, “Sl. list RBiH”, br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i “Sl. novine FBiH”, br. 29/2003 i 42/2011.

⁵ A. Bikić, 100.

⁶ Član 445, 543, 630, 687. ZOO

zaštiti stranaka iz takvog ugovora, efikasnije izvršenje obaveza i ostvarenje prava iz takvog pravnog odnosa, a u konačnici i zbog dokazne snage pisane potvrde o postojanju i sadržaju nekog pravnog odnosa.

Kako je već i navedeno, ugovori koji za predmet imaju nepokretnosti su po svojoj prirodi formalni ugovori za koje se zahtijeva pisana forma i to je ZOO propisao. U pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, obavezna pisana forma ugovora koji za promet imaju nepokretnosti dodatno je pojačana uvođenjem forme notarski obrađene isprave, i to stupanjem na snagu i početkom primjene zakona o notarima u Bosni i Hercegovini koji su doneseni na nivou entiteta i Brčko Distrikta BiH.⁷ Sva tri pomenuta zakona u odnosu na pravne poslove koji za predmet imaju prijenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama propisuju obaveznu formu notarski obrađene isprave, a koji podrazumijeva poseban postupak u kojem notar kao nosilac javne službe ispituje ispunjenost uvjeta za zaključenje ugovora, poučava stranke o pravnim posljedicama, isključuje postojanje zabune i nesuglasnosti volja i djeluje u pravcu maksimalne prevencije potencijalnog spora u vezi sa tim pravnim poslom. Ovakva forma utvrđena je kao obavezna od strane zakonodavca prvenstveno u svrhu zaštite prava i interesa obje ugovorne strane i kao takva je izazvala mnoge polemike, posebno između pripadnika pravničkih profesija. Stoga ne čudi da su odredbe o obaveznoj formi notarske obrade u sva tri zakona bili predmetom ocjene ustavnosti pred entitetskim ustavnim sudovima i Apelacionim sudom Brčko Distrikta BiH. O navedenim sporovima i rezultatima koje su polučili, biće više riječi u jednom od narednih poglavlja u ovom radu, a na ovom mjestu je posebno značajno naglasiti odlučnost zakonodavca u Republici Srpskoj, koji je insistirajući na obaveznoj formi notarske obrade između ostalih i za ugovore o prometu nepokretnosti, u novom Zakonu o notarskoj službi Republike Srpske iz 2021. godine⁸ ostao pri svom opredjeljenju i formu notarski obrađene isprave propisao kao obaveznu na isti način kako je to bilo propisano i prethodnim Zakonom o notarima Republike Srpske, koji je stupanjem na snagu Zakona o notarskoj službi Republike Srpske prestao sa važenjem.

U ovom radu biće izvršena analiza važećih propisa i sudske praske ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini koji su relevantni za pitanje forme ugovora o prometu nekretnina a sve u kontekstu zaštite prava i interesa građana i investitora koji prometuju nekretninama na teritoriji Bosne i Hercegovine.

Posebna pažanja je posvećena neujednačenosti propisa koji uređuju pitanje forme ugovora o prometu nekretnina u Bosni i Hercegovini. Postojanjem takvih, neharmoniziranih propisa na nivou entiteta, dovodi se u pitanje poštivanje

⁷ Zakon o notarima Federacije BiH, "Službene novine FBiH", br. 45/2002 i 30/2016 - odluka US, Zakon o notarima Republike Srpske "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005 - ispr., 91/2006, 37/2007, 74/2007 - odluka US, 50/2010, 78/2011, 20/2014, 68/2017, 113/2018 - odluka US i 82/2019, Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 9/2003 i 17/2006.

⁸ Zakon o notarskoj službi Republike Srpske "Službeni glasnik RS", br. 28/2021.

ustavnog principa jedinstvenosti pravnog i ekonomskog prostora, ali i nejednakih uslova poslovanja i zaključivanja privatnopravnih poslova građana i učesnika na tržištu Bosne i Hercegovine, koje svoje privatne ili poslovne aktivnosti preduzimaju na teritoriji nekog od entiteta ili Brčko Distriktu. Sa ciljem zaštite zagarantovanih ustavnih prava građana na pravnu zaštitu i sigurnost i prava na jednakost, značajno je ovim radom ukazati na praktične probleme koji su nastali proglašavanjem odredbe Zakona o notarima FBiH a koja uređuje pitanje obavezne notraske obrade i posebnih zakona koji uređuju pitanje forme, neustavnim. To je značajno posebno na činjenicu da su istovremeno identične odredbe u Zakonu o notarskoj službi RS i Zakonu o notarima BD BiH nesporne i kao takve u punoj primjeni, te ustavni sud nije prihvatio inicijativu za ocjenu ostavnosti odredbi Zakona o notarima koji propisuju obaveznu notarsku obradu za pojedine pravne poslove, uključujući i pravne poslove koji za predmet imaju nekretnine. Pitanje na koje je potrebno dati odgovor je koji je nivo ograničenja slobode stranaka u pogledu izbora forme pravnog posla od strane zakonodavca opravdan onda kada je cilj zakonodavca zaštita interesa stranaka. Odgovore na postavljena pitanja će pokušati dati ovaj rad.

Nadalje, ovaj rad problematizira i česte izmjene propisa i proglašavanje pojedinih propisa neustavnim od strane ustavnih sudova, a što značajno utiče na pravnu sigurnost u Bosni i Hercegovini generalno. Navedeno posebno u kontekstu relevantnih odredbi Zakona o notarima Federacije BiH i posebnih zakona koji su bili predmetom Odluke Ustavnog suda FBiH iz 2019. godine, a koja odluka će biti detaljnije elaborirana u ovom radu.

2. Teorijske osnove forme pravnog posla

Pri analizi forme ugovora, potrebno je poći od teorijskog određena pojma forma. Prema profesoru Vizneru, „pod formom ugovora razumijeva se - na određeni predviđeni vanjski način, oblik manifestiranja volje ugovornih strana u pogledu sadržaja ugovora koji se sklapa. Zbog toga se pravilno ističe kako je forma ugovora uvjetovana njegovim sadržajem, jer sadržaj ugovora ne može postojati odvojeno od forme, a ni forma ne može postojati samostalno bez sadržaja. Bez obzira o kakvoj se vrsti forme radi, ona mora biti takva da na vanjski način omogućava upoznavanje suugovaratelja i trećih zainteresiranih osoba sa sadržajem konkretnog ugovora.“⁹ Prema savremenim teoretičarima privatnog prava, „*oblikom se može smatrati vanjska, vidljiva ili uočljiva, manifestacija ili vanjski izraz nekog sadržaja, a kako svaki pravni posao mora imati neki minimalan sadržaj, podrazumijeva se kako mora postojati neki oblik u kojem će taj sadržaj prema vani biti izražen.*“¹⁰ U modernom pravu obaveza nastaje

⁹ B. Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978, 306.

¹⁰ Z. Slakoper/ V. Gorenc, *Obvezno pravo, Opći dio skapanje, promjene i prestanak ugovora*, Novi informator, Zagreb 2009, 269.

zbog sadržaja koji je voljno određen, a ne zbog oblika u kojem je taj sadržaj izražen. Prema profesorima Vedriš i Klarić, „Forma je ostala ono što njezina narav diktira, a tj. ostala je pojavni oblik određenog sadržaja. Međutim, ako se za određeni pravni posao unaprijed traži određeni oblik, bilo po samom zakonu ili po sporazunu strana, posao je formalan.“¹¹ Unatoč načelu neformalnosti pravnih poslova, ponekad je za pojedine tipove pravnih poslova prisilnim normama propisan određen oblik u kojem oni moraju biti poduzeti i tada se otvara pitanje svrhe propisivanja tog oblika. Određen oblik pravnog posla najčešće se zahtijeva radi valjanosti, dokazivanja, upisa i utuživosti.¹² Najčešća svrha propisivanja forme pravnog posala je valjanost tog pravnog posla. Odredbe zakona kojima se propisuje određeni oblik u kojem pravni posao treba biti zaključen, redovno su prisilne prirode, pa kako je protivnost ovakvoj prirodi norme jedan je od razloga nevaljanosti pravnog posla, odnosno propuštanje zaključenja pravnog posla u tom obliku, dovodi do ništavosti takvog posla.¹³

Shodno odredbama ZOO¹⁴, ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizilazi nešto drugo. Isto važi i za ugovor koji nije zaključen u ugovorenoj formi u slučaju kada su stranke punovažnost i valjanost ugovora uslovile posebnom formom. Dakle, ugovore koji oskudijevaju bitnom formom, ugovornom ili zakonskom, pogađa sankcija apsolutne ništavosti, osim ukoliko intervencijom svrhe forme ugovor ne ostane punovažan (npr. kod pravnih poslova kojima se obećava neka činidba kao poklon s tim što se nedostatak forme u tom slučaju nadomješta izvršenjem činidbe). To znači da svrha propisa kojim se određuje forma predstavlja odlučujući kriterij u rješavanju pitanja nedostatka posebne forme.¹⁵ Prema profesoru Peroviću, „Forma obligacionih ugovora je način izražavanja njihove sadržine kroz unaprijed predviđene vidljive (spoljne) oblike preko kojih treba da se manifestuje volja“¹⁶, dok je prema profesoru Radišiću, forma je „tijesno povezana sa sadržinom ugovora, jer čini oblik njenog ispoljavanja.“¹⁷

U pravnoj literaturi autora sa prostora bivše Jugoslavije, moguće je pronaći različite kriterije klasifikacije forme ugovora¹⁸, a najčešće se kao kriterij podjele

¹¹ P Klarić/ M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine Zagreb, 2014, 131.

¹² Z. Slakoper/ V. Gorenc, 270.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Član 70. ZOO

¹⁵ J. Pušac, „Pravne posledice povrede bitne forme ugovora (aspekti teorije, zakonodavstva i sudske praxe)“, *Seminar Centra za edukaciju sudija i javnih tužilaca u Republici Srpskoj*, 18.06.2019. godine, 1.

¹⁶ S. Perović, *Zakon o obligacionim odnosima sa registrom pojmova*, predgovor, Beograd 2011, 26.

¹⁷ J. Radišić, *Obligaciono pravo – opšti deo*, Nomos Beograd, 2004, 111.

¹⁸ J. Pušac (2014 a) 201 i dalje.

uzimaju: način nastanka forme, način njeng ispoljavanja i pravna dejstva forme. S obzirom na to da je fokus ovog rada forma ugovora koji za predmet imaju nekretnine, neće se posebno elaborirati sve vrste forme ugovora poznate u teoriji obligacionog prava, već će se kratko elaborirati pitanje bitne i dokazne forme u svjetlu važećih propisa u Bosni i Hercegovini.

Određivanje pojma forme *ad solemnitatem* je od posebnog značaja za ovaj rad. „Bitna, zakonska ili *ad solemnitatem* forma ugovora je ona forma bez koje ugovor ne može nastati. Takva forma je esencija, ulov nastanka ugovora, pa njeno odsustvo čini ugovor ništavim.“¹⁹ S druge strane, forma koja služi jedino kao sredstvo dokaza ugovora, a ne utiče na njegovu punovažnost naziva se dokaznom ili deklarativnom ili *ad probationem* formom. ZOO ne predviđa ovu vrstu forme (ona je bila normirana u bivšem jugoslovenskom pravnom sistemu do pedesetih godina).²⁰ Anglosaksonsko i francusko pravo propisuju dokaznu formu za ugovore čiji predmeti po vrijednosti premašuju određeni novčani iznos. Nepoštivanje dokazne forme ne povlači za sobom ništavost ugovora, već jedino procesnu sankciju u smislu da se postojanje takvog ugovora ne može dokazivati drugim sredstvima. U nedostatku ove forme postojaće samo tzv. prirodna ili naturalna obligacija.²¹

Forma, kao sredstvo pravne tehnike služi ostvarenju različitih ciljeva, odnosno zaštiti raznovrsnih interesa, kako pojedinačnih, tako i opštih. Njome se uvijek postiže određena svrha bez obzira da li je predviđena zakonom ili voljom strana.²² Kao takva, forma ugovora ima kao pozitivne, tako i negativne karakteristike, a u pozitivne se može prije svega svrstati detaljnije utvrđivanje volje ugovornih strana, otklanjanje nedoumica i nejasnoća, prava i obaveza strana bivaju jasnije definisani, lakše se može utvrditi momenat zaključenja ugovora i pratiti izvršenje obaveza od strane ugovornih strana, te u konačnici lakše je dokazati postojanje i sadržaj pravnog odnosa. S druge strane, prisustvo obavezne forme često otežava zaključenje ugovora u smislu efikasnosti i brzine ostvarenja jednog ugovornog odnosa a ponekad i visine troškova koji mogu nastati za stranke.²³

Osnovne funkcije forme ugovora je zaštita pojedinačnih i javnih interesa, te je u kontekstu zaštite javnih interesa najznačajnija zaštita sigurnosti pravnog poretka. Javni interes se npr. manifestuje u kontroli i evidenciji nepokretnosti i prava na njima, zatim u ostvarivanju fiskalnih interesa države, te ostvarivanju i zaštiti zakonskog prava preče kupovine.²⁴ Privatni interes ugovarača je da ostvare svoj cilj koji imaju prilikom zaključenja ugovora, da izbjegnu eventualne rizike

¹⁹ *Ibid*, 213 i dalje.

²⁰ *Ibid*

²¹ *Ibid*, 114.

²² *Ibid*, 214.

²³ Opširnije o pozitivnim i negativnim stranama forme kod J. Pušac (2014, a), 213 i 214.

²⁴ *Ibid*, 116.

i sporove koji eventualno mogu nastati iz tog ugovornog odnosa i da njihovi interesi, generalno, budu adekvatno zaštićeni.

U skladu sa navedenim teorijskim odrednicama *ad solemnitatem* i *ad probationem forme*, u nastavku ovog rada biće prikazan pravni okvir forme ugovora o prometu nepokretnosti, a posebno u kontekstu pomenute funkcije zaštite javnog interesa propisivanjem obavezne forme ugovora koji za predmet imaju nekretnine. Fokus će također biti usmjeren na zaštitu privatnih interesa ugovornih strana u ugovorima o prometu nekretnina, kao što je interes npr. prodavca da mu bude isplaćena ugovorena cijena, interes kupca da se ne pojavi zahtjev trećeg lica u odnosu na tu nekretninu, odnosno da ne nastane spor koji može ugroziti njegova prava na nekretnini, da u slučaju raskida ugovora za koji nije odgovoran ima adekvatan pravni mehanizam za povrat isplaćene cijene i eventualno naknade štete na efikasan način itd.

3. Forma ugovora o prometu nekretnina u Bosni i Hercegovini

U pravu Bosne i Hercegovine, ugovori koji za predmet imaju nekretnine su formalni ugovori. Prema načinu ispoljavanja, forma ugovora najčešće može biti pismena i forma javne isprave. Pod pismenom formom se podrazumijeva pismena redakcija ugovora na određenoj ispravi u kojoj je sadržan tekst izjave i potpisi stranaka koje se ugovorom obavezuju. Kada se pored pismene redakcije ugovora, zahtijeva i intervencija određenog javnog organa, tada ugovor ima formu javne isprave. Javni organ može imati aktivnu ulogu, u kom slučaju se ona pred njim zaključuje (npr. notarska obrada ugovora o prodaji nekretnina), ili može biti potrebna samo ovjera koja znači da su stranke potvrdile da je to njihov akt (npr. ovjera potpisa kod suda na ugovor o prodaji nekretnina).²⁵

Ako za predmet ima nekretnine, ugovor o prodaji, pored opštih karakteristika koje ima je dodatno i formalan pravni posao.²⁶ To znači da je posebna forma uslov punovažnosti jednog takvoga ugovora. Osnovna obaveza prodavca je da nekretninu koju prodaje preda u posjed kupcu i izda tabularnu ispravu za valjan prenos prava vlasništva, a obveza kupca da prodavcu isplati odgovarajući iznos novca na ime prodajne cijene. "Da bi ugovor o prodaji na nekretninama mogao biti pravni temelj stjecanja prava vlasništva, on mora biti kauzalan. Naime iz njega mora biti moguće vidjeti, ne samo da je volja upravljena na prijenos prava vlasništva određene stvari sa otuđivatelja na stjecatelja, nego i koji je pravni razlog (causa) toga prijenosa."²⁷ Kauza nema isključivo ni ekonomski ni psihološki već

²⁵ S. Bajrić, „Pravna dejstva forme kod ugovora o prometu nekretnina“, *Univerzitetska hronika – Časopis Univerziteta u Tarniku*, str. 170.

²⁶ A. Bikić, *Obligaciono pravo (posebni dio)*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2005, 8 i 9.

²⁷ Z. Meškić/ A. Brkić, „Materijalne i procesnopravne posljedice nedostatka forme ugovora u pravnom prometu nekretnina“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici* 3/2010, 130.

pravni cilj koji stranke nastoje postići izvršenjem ugovornih obaveza.²⁸ U pravilu ugovor o prodaji zasniva se na principu neformalnosti, osim u slučaju kada za predmet ima nekretnine što zahtijeva da saglasnost stranaka bude izražena u zakonom propisanoj formi (*ad solemnitatem*).²⁹

Prema profesoru Gavelli³⁰, pravni posao usmjeren na prijenos vlasništva nekretnine (cijelog ili dijela, neograničenog ili uz kakvo ograničenje) mora biti učinjen u pisanom obliku, dakle mora biti oblikovan u ispravu. Taj oblik je propisan za valjanost takvog pravnog posla, pa je pravni posao kojemu je cilj prijenos vlasništva nekretnine ako nije u pisanom obliku ništav (nema pravni učinak).

Ipak, teorijska, pa i zakonska formulacija “pismene forme” ne daje jasnu instrukciju ugovornim stranama u vezi sa obvezujućom formom ugovora, a posebno u smislu tehničke implementacije takve forme prilikom zaključenja ugovora (ko je nadležan da sačini ispravu, koji joj je obavezan sadržaj te ko i po kojoj procedri vrši ovjeru). U tom kontekstu, značajno je dati kratak pregled relevantnih zakonskih odredbi prije i poslije uvođenja latinskog tipa notarijata³¹ u sistem privatnog prava u Bosni i Hercegovini.

3.1. Forma ugovora o prometu nekretnina prije uvođenja latinskog tipa notarijata

Odredbom člana 455. ZOO propisano je da ugovor o prodaji nepokretnih stvari koje društvena pravna lica stavljaju u pravni promet, u okviru svog redovnog poslovanja, mora biti zaključen u pismenoj formi. Glavni nedostatak navedene zakonske odredbe prema stavovima teorije je³² u nepotpunosti forme (propisivanju pismenog oblika samo za privrednopravnu prodaju) i ne navođenju organa koji vrši ovjeru potpisa ugovornih strana. Takva nepreciznost je otklonjena odredbama Zakona o prometu nekretnina³³ (skraćeno: ZPN) kao *lex specialis*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Z. Meškić/ A. Brkić, “Svrha forme ugovora u pravnom prometu nekretnina“, *Pravna misao*, br. 3-4/2010, 15-20. 8-10; “U savremenim pravnim sistemima je sve više formalnih ugovora. Taj trend je u francuskoj uočen još krajem XIX vijeka, pa se počelo govoriti o svojevrsnoj renesansi formalizma u ugovornom pravu“ (vidi: D. Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, sedmo izdanje, Centar za izdavačku djelatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2006, 129).

³⁰ N. Gavella *et al.*, *Stvarno pravo*, svezak 1., Narodne novine Zagreb 2007, 451. i dalje.

³¹ U kontinentalnoj Evropi pravna tradicija se zasniva na latinskom notarijatu organizovanom u različitim modelima. Notarsku službu obavljaju slobodni profesionalci, stručna lica, koji imaju javna ovlaštenja delegirana od strane države, kao isključivo zanimanje, odnosno ne mogu se baviti drugim poslovima.

³² Z. Meškić/ A. Brkić (2010 a), 131.

³³ Zakon o prometu nekretnina, „Službeni list SRBiH“, br. 38/78, 4/89, 29/90 i Službeni glasniku RS, br. 29/94.

propisu kojim se za punovažnost pismenog zaključenog ugovora o prodaji na nekretninama (građanskopravna i privrednopravna prodaja) zahtijevala i ovjera potpisa od strane nadležnog suda.

Dakle, zakonodavni okvir prije uvođenja latinskog tipa notarijata u pravni sistem Bosne i Hercegovine, propisivao je obavezu ovjere potpisa na ugovorima koji za predmet imaju nepokretnosti.³⁴ Izričita nadležnost za ovjeru potpisa na ovakvim ugovorima bila je data sudovima, te su na osnovu ovakve zakonske odredbe osnovni/općinski sudovi imali uspostavljene knjige ovjera potpisa na ugovorima.

Pored ovog zakona, a s obzirom da propisanu ovjeru potpisa kao uslov zadovoljenja pismene forme ugovora, značajno je pomenuti i Zakon o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prepisa³⁵ koji je kao *lex generalis* propis još uvijek na pravnoj snazi u Bosni i Hercegovini. Ovim zakonom, u članu 2 propisano je da ovjeravanje potpisa, rukopisa i prepisa vrši nadležni organ uprave, dok stav 2 istog člana propisuje da ovjeravanje potpisa u zemljišno-knjižnim stavrma vrše organ iz prethodnog stava i osnovni sud. S obzirom na činjenicu da je ovaj zakon u odnosu na tada važeći Zakon o prometu nepokretnosti *lex generalis*, Zakonom o prometu nepokretnosti kao *lex specialis* propisom stavljeno je u isključivu nadležnost sudu da vrši ovjeravanje potpisa na ugovorima o prometu nekretnina.³⁶ Ovakvo pravilo nije u suprotnosti sa Zakonom o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prepisa, jer i sam taj zakon u odredbi člana 15. propisuje da u slučaju kad je posebnim zakonom određena nadležnost drugog organa ili propisan drugačiji način ovjeravanja, primjenjuje se odredbe tog zakona. Navedeno je i bilo praksa, odnosno sudovi su vršili ovjeravanja potpisa na ovakvim ugovora u skladu sa prezentiranim zakonskim rješenjima, sve do uvođenja latinskog tipa notarijata, stupanja na snagu entitetskih zakona o notarima i početkom rada notara 2007., odnosno 2008. godine.

U ovom periodu i ovakav način primjene pismene forme ugovora o prometu nekretnina značio je da sud prilikom ovjere potpisa na ugovoru nije provjeravao sadržaj ugovora, odnosno da su stranke samostalno ili uz pomoć trećeg lica samostalno sastavljali ugovor kao privatnu ispravu a na kojoj je sud ovjerom potpisa potvrđivao istinitost potpisa po utvrđenju identiteta stranaka, a bez utvrđivanja valjanosti samog sadržaja ugovora i stepena zaštite stranaka. Takva forma ugovora u praksi je rezultirala čestim sporovima povodom višestrukog otuđenja nekretnina ili neizvršenja ili neadekvatnog izvršenja ugovornih obaveza od strane ugovarača.

³⁴ Član 9 Zakona o prometu nepokretnosti propisivao je: „Ugovor na osnovu koga se prenosi pravo svojine na nepokretnosti mora biti sačinjen u pismenom obliku, a potpisi ugovarača ovjereni u nadležnom sudu“.

³⁵ Službeni list SR Bosne i Hercegovine broj: 37/1971, 39/75 i 42/89

³⁶ Primjenom opšteg principa: *Lex specialis derogat legi generali*.

Donošenjem novih Zakona o stvarnim pravima na nivou entiteta³⁷, odnosno početkom njihove primjene, prestali su da važe zakoni koji su do tada uređivali materiju stvarnih prava, a između ostalih i Zakon o prometu nepokretnosti³⁸, na osnovu kojeg su kao *lex specialis* propisa, do tada sudovi mogli vršiti ovjere potpisa na ugovorima kako je prethodno opisano. Kako su u međuvremenu stupili na snagu i počeli sa primjenom zakoni o notarima, te su na osnovu ovlaštenja iz tih zakona, notari vršili obrade ugovora koji za predmet imaju nekretnine, to prestanak važenja Zakona o prometu nekretnina nije imao posebne reperkusije na promet nekretnina u Bosni i Hercegovini. To pitanje je ponovo aktuelizirano donošenjem presuda Ustavnog suda FBiH, a koje će biti predmet razmatranja u nastavku rada. Nesporno je da je Zakon o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prepisa i dalje na pravnoj snazi, ali se posebna pozornost mora obratiti na odredbu člana 15. koji propisuje da u slučaju kad je posebnim zakonom određena nadležnost drugog organa ili propisan drugačiji način ovjeravanja, primjeniće se odredbe tog zakona, što praktično znači da u situaciji kada postoje posebni zakoni, što je slučaj sa zakona o notarima, isti se imaju primjeniti na pravne poslove koji za predmet imaju nekretnine.

3.2. Forma ugovora o prometu nekretnina nakon uvođenja latinskog tipa notarijata

Notarska služba je uvedena u pravni sistem u Bosni i Hercegovini zakonima koji su doneseni u oba bosansko-hercegovačka entiteta (FBiH 2002. godine, a RS 2004. godine) i Brčko Distriktu BiH 2003. godine sa gotovo identičnim sadržajima. Notarijat je faktički započeo sa radom u Federaciji BiH 04.05.2007. godine, u Brčko Distriktu BiH 03.12.2007. godine, a u Republici Srpskoj 11.03.2008. godine. Pod zakonima o notarima kao izvorima notarskog prava u BiH podrazumijevaju se: Zakon o notarima FBiH³⁹, Zakon o notarima RS⁴⁰ i Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH.⁴¹ U 2021. Godini u Republici Srpskoj donesen je novi zakon koji uređuje ovu materiju pod nazivom Zakon o notarskoj

³⁷ Zakon o stvarnim pravima Federacije BiH "Službene novine FBiH", br. 66/2013, 100/2013 i 32/2019 - odluka US i Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 124/2008, 3/2009 - ispr., 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 - odluka Ustavnog Suda i 107/2019.

³⁸ Opširnije vidjeti u: I. Babić *et al.* *Komentar Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine*, Privredna štampa, Sarajevo 2014.

³⁹ Zakon o notarima Federacije BiH, "Sl. novine FBiH", br. 45/2002 i 30/2016 - odluka US.

⁴⁰ Zakon o notarima Republike Srpske, "Službeni glasnik Republike Srpske", br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005 - ispr., 91/2006, 37/2007, 74/2007 - odluka US, 50/2010, 78/2011, 20/2014, 68/2017, 113/2018 - odluka US i 82/2019.

⁴¹ Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH, "Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", br. 9/2003 i 17/2006.

službi Republike Srpske⁴², čije odredbe će također biti predmetom analize u ovom radu. Uvođenje latinskog notarijata u pravni sistem Bosne i Hercegovine je dio transformacije pravnog sistema BiH od Dejtonskog sporazuma 1995. godine. Cilj pravne reforme je bio ostvarivanje pravne sigurnost građana i privrednih subjekata u značajnim imovinsko-pravnim odnosima i osiguravanje nepristrasnog i kvalitetnog savjetovanje, jačanje pravne sigurnosti i ubrzanje pravnog prometa.⁴³

Prema uzoru na većinu zemalja europskokontinentalnog pravnog sistema, usvojen je latinski model notarijata kao slobodne profesije. Osnovna djelatnost notara u latinskom modelu usmjerena je ka ostvarivanju pravne sigurnosti i izbjegavanju sporova putem stručne izrade pravnih akata, zbog čega se za notarsku službu kaže da je služba preventivne zaštite, a sam notar preventivni sudac.⁴⁴ Europske zemlje latinskog tipa notarijata su: Italija, Austrija, Njemačka, Nizozemska, Francuska, Belgija, Luksemburg, Španjolska, Portugal, Grčka, Češka, Slovačka, Poljska, Mađarska, Rumunjska, Estonija, Letonija, Litva, Moldavija, Rusija, Albanija, Hrvatska, Slovenija, Makedonija te Bosna i Hercegovina.⁴⁵

Najznačajnije ograničenje principa neformalnosti ugovora odnosi se na ugovore za čiju je punovažnost propisana forma notarske obrade isprave. Uvođenjem notarijata domaći zakonodavac propisuje da je za određene ugovore, shodno složenosti odnosa koje uređuju, neophodan uvjet punovažnost da budu sačinjeni u formi notarskog akta.⁴⁶ Uvođenje notarijata u Bosni i Hercegovini je važan korak za integraciju države u Europsku Uniju. U većini država članica Europske Unije koje pripadaju “kontinentalnoeuropskom pravnom krugu” notarijat se podrazumijeva kao javna služba u smislu takozvanog “latinskog notarijata”.⁴⁷

Notarska obrada isprave znači da je isprava u cijelosti sačinjena od strane notara sukladno odredbama čl. 74. do 89. Zakona o notarima FBiH,⁴⁸ te time dokazuje u ispravi zapisane izjave koje su stranke dale pred notarom i koje su svojim potpisom odobrile. Radnje koje čine postupak notarski obrađene isprave propisane su zakonom, zbog čega se notarski postupak odvija kroz nekoliko

⁴² Zakon o notarskoj službi Republike Srpske “Sl. glasnik RS”, br. 28/2021.

⁴³ E. Bikić *et al*, *Notarsko pravo* (GIZ), Sarajevo, 2013, 7.

⁴⁴ A. Petrović, “Obavezna forma ugovora nakon presude Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine U-22/16: neka otvorena pitanja”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, Godina V, broj 1, 2019, 59

⁴⁵ I. Vrcić, „Institut javnog bilježništva s osvrtnom na promet nekretnina u latinskom tipu notarijata“, *Završni rad*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2018, 31.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ M. Powlakić/ C. Schalast/ V. Softić, *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, str. 16.

⁴⁸ Identične odredbe sadrže i Zakon o notarima RS i BDBiH.

faza: pripremi postupak u kojem se utvrđuje identitet stranaka i drugih učesnika, provjerava poslovna sposobnost i ovlaštenje za sklapanje pravnog posla, te upoznaje sa činjeničnom situacijom i željenim dometom pravnog posla, koji stranke žele zaključiti; pismena redakcija pravnog posla gdje notar u skladu sa izjavljenom voljom stranaka oblikuje sadržaj pravnog posla što uključuje i savjetovanje i poučavanje stranaka; završni dio postupka koji podrazumijeva čitanje konačnog teksta pravnog posla, potpisivanje isprave od strane svih učesnika, potpisivanje isprave od strane notara i stavljanje službenog pečata notara.⁴⁹

Forma notarski obrađene isprave propisana je kao obavezna za pravne poslove kod kojih postoji, kako interes stranaka, tako i interes države za pravnom sigurnošću, čime se postiže jasnoća u formuliranju pravnih poslova, štite interesi stranaka, smanjuje mogućnost nastanka nesporazuma, koji vrlo često vode ka sudskim sporovima.⁵⁰ Notarska obrada je svakako jača forma od proste ovjere potpisa, pa s obzirom da je zakonodavac notarsku formu propisao sa ciljem postizanja efektivne kontrole zakonitosti i povećanje stepena sigurnosti u pravnom prometu, nije predvidio mogućnost konvalidacije pravnog posla kome ova stroga zakonska forma nedostaje.⁵¹

Kada je riječ o formi ugovora u sferi prometa nepokretnosti bitno je istaknuti da je volja ugovornih strana uvijek suverena, ali da postoji ograničenje slobode ugovaranja u pogledu forme ugovora. Ovdje se radi o značajnom ograničenju privatne autonomije, jer kod takvog raspolaganja prosta izjava volje nije dovoljna. Za ugovore o prodaji nekretnina Zakon o notarima je *lex specialis*, jer je njime posebno regulirana forma ovih ugovora, dok je za sva ostala pitanja, koja povodom tih ugovora nastaju pravno relevantan ZOO kao *lex generalis*.

Stepen ograničenja slobode u smislu propisivanja obavezne forme, koji je dozvoljen ili potreban radi zaštite javnog interesa i privatnog interesa stranaka, različito je uređen u uporednom pravu. U zemljama latinskog tipa notarijata, gdje je predviđeno da notar ima ulogu preventivnog sudije, predviđena je uglavnom strožija forma od „obične“ pisane forme ugovora kako propisuje naš ZOO kao generalni propis. Učešće notara pri sastavljanju pravnih akata potvrđuje istinitost sadržaja tih akata, a njegovo prisustvo garantuje kvalitet, preciznost, pravnu zaštitu kao i zakonitost, zbog čega je notar označen kao preventivni

⁴⁹ M. Powlakić/ C. Schalast/ V. Softić, 170.

⁵⁰ E. Oruč/ A. Huseinspahić/ E. Čolak, „Značaj notarske službe u procesu približavanja evropskim standardima pravne sigurnosti“, *Zbornik radova Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“*, Univerzitet u Tuzli Pravni fakultet, Centar za društvena istraživanja International Burch University, Tuzla, 2014, 660.

⁵¹ D. Medić, *Stvarno pravo Republike Srpske*, 4. izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Paneuropski univerzitet „Apeiron“ Banja Luka, Fakultet pravnih nauka, 2019, 138.

sudija.⁵² Forma obavezne notarske obrade kao uslov za punovažnost ugovora pojavljuje se u najrazvijenijim europskim pravnim sistemima. Tako je obavezna notarska obrada ugovora koji za predmet imaju nekretnine, predviđena prema zakonodavstvu Njemačke, Austrije, Holandije, Francuske, Italije.⁵³ U zemljama regiona, stepen obaveznosti forme je dosta različito uređen. Tako je u Hrvatskoj i Sloveniji pored obavezne pisane forme kao opšteg uslova za punovažnost ugovora o prometu nekretnina dovoljna ovjera potpisa stranaka od strane javnog bilježnika/notara, dok su taksativno navedeni pravni poslovi za koje je notarska obrada uvjet punovažnosti.⁵⁴ U Republici Srbiji je predviđena konkurentna forma i to forma javnobilježničkog zapisa (notarske obrade) koja nije obavezna ili ovjeravanje nejavne isprave (solemnizacija) koja je blaža forma,⁵⁵ te je prema izboru stranke jedna od dvije kvalificirane forme uslov za punovažnost ugovora o prometu nekretnina. Konkurentsku formu notarskog zapisa i zapisa o potvrdi privatne isprave koji terminološki odgovaraju terminima notarske obrade i solemnizacije, propisuje i Zakon o notarima Crne Gore,⁵⁶ čiji zakonodavac se također opredjelio za strožiju formu ugovora o prometu nekretnina, s tim da je strankama omogućeno da biraju između notarske obrade i solemnizacije, te je predviđeno da su isprave sačinjene u obje ove forme pogodne da budu izvršne isprave.

Do stupanja na snagu entitetskih zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, kako je već prethodno opisano, za punovažnost ugovora o prodaji nekretnina zahtijevala se pismena forma i ovjera potpisa stranaka od strane nadležnog suda, zbog čega je ugovor imao formu javne isprave, ali samo u dijelu ovjere potpisa tzv. ovjerovljena isprava.⁵⁷ Nakon toga, ugovori moraju biti sačinjeni u formi notarski obrađene isprave. Tako sačinjen ugovor dobija kvalifikaciju javne isprave sa dejstvom pretpostavke tačnosti (*praesumptio iuris tantum*)⁵⁸, jer je dopušteno

⁵² M. Dika, „Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj“, *Pravo i porezi*, 12/2001, Zagreb, 22.

⁵³ M. J. Smits, *Contract Law – A Comparative Introduction*, Edward Elgar Publishing, 2021, 148 i dalje.

⁵⁴ Član 53 Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske (NN 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16, 57/22) i član 47. Zakon o notariatu (Uradni list RS, št. 2/07 – uradno prečišćeno besedilo, 33/07 – ZSReg-B, 45/08, 91/13, 189/20 – ZFRO, 130/22, 49/23 – ZUS-1C in 102/23 – ZFPPIPP-H).

⁵⁵ Član 83 i 92 Zakona o javnom beležništvu, „Službeni glasnik RS“, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - dr. zakon, 93/2014 - dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

⁵⁶ Član 50 do 54 Zakona o notarima Crne Gore, „Službeni list RCG“, br. 68/2005 i „Sl. list CG“, br. 49/2008 i 55/2016 i 84/2018.

⁵⁷ E. Bikić, *et al*, 195.

⁵⁸ Presumpcija ili predmnjeva (lat. *praesumptio*: pretpostavka), zakonsko pravilo koje uz utvrđenje o postojanju jedne (u pravilu neposredno irelevantne) činjenice (tzv. presumptivne baze) nalaže zaključak o postojanju druge (neposredno relevantne) činjenice (činjenična predmnjeva;

dokazivati da je izjava netačno notarski obrađena, odnosno da su posvjedočene činjenice netačne.⁵⁹ Dakle, radi se o oborivoj presumpciji koja je “takva pravna koja se smatra dokazanom dok se ne dokaže protivno.”⁶⁰ Forma notarski obrađene isprave u ovim slučajevima određena je kao forma *ad solemnitatem* i predstavlja objektivno bitni sastojak pravnog posla. Ukoliko pravni poslovi nisu sačinjeni u formi notarski obrađene isprave, posljedica je ništavost. Ne mogu proizvesti prava i obaveze, i ne može se zahtijevati njihovo prinudno izvršenje, odnosno ne mogu se primijeniti odredbe o konvalidaciji. Pored navedenih pravnih poslova notar, ukoliko to stranka želi i zahtijeva, može sačiniti u formi notarski obrađene isprave i svaki drugi pravni posao. U tom slučaju radi se o ugovorenoj formi notarske obrade isprave, kojom stranke nekom pravnom poslu osiguravaju karakter javne isprave i pune dokazne snage u sudskom postupku.⁶¹

Primarni cilj notarske obrade isprava kod ugovora o prodaji nekretnina, kao i drugih pravnih poslova koji podliježu notarskoj formi, jeste da pravni odnosi budu regulirani na način da se izbjegnu sporovi i garantira pravna sigurnost, kako ugovornim stranama, tako i trećim licima. Sa stanovišta interesa ugovornih strana, ova forma pruža zaštitu od prenagljenosti i nepromišljenosti, jer ih postupak notarske obrade primorava da još jedanput dobro razmisle o namjeravanoj pogodbi. Također, pruža im mogućnost jasne i precizne formulacije ugovornih prava i obaveza. U odnosu na reafirmaciju javnih registara u kojima se vodi evidencija nepokretnosti i prava na njima, notarska forma je od posebnog značaja, jer osigurava garanciju tačnosti u navedenim evidencijama, kao i kontrolu prometa nepokretnosti u čemu se ogleda i zaštita sigurnosti pravnog poretka.⁶²

Odredbom člana 70. Zakona o notarima Federacije BiH, odnosno članovima 68. Zakona o notarima Republike Srpske i člana 44 Zakona o notarima Brčko distrikta BiH određeno je šta podrazumijeva notarska obrada prema kojem obrada znači da je isprava u cijelosti sačinjena od notara, u skladu sa odredbama relevantnih članova svakog od tri zakona, te da dokazuje izjave sadržane u ispravi, koje su stranke dale pred notarom i koje su one svojim potpisom odobrile.⁶³

Sva tri pomenuta zakona, uključujući i novi Zakon o notarskoj službi Republike

praesumptio facti) ili pravnoga stanja (pravna predmnjeva; praesumptio iuris). Umjesto da izravno dokazuje presumiranu neposredno relevantnu činjenicu ili pravno stanje, stranka treba dokazati samo presumptivnu bazu. Ako je dopušteno dokazivati da presumirana činjenica ili pravno stanje ne postoje iako je utvrđeno postojanje presumptivne baze (tzv. dokaz o protivnom), radi se o oborivoj (relativnoj) zakonskoj predmnjevi (praesumptio iuris tantum), a ako nije, riječ je o neoborivoj (apsolutnoj) zakonskoj predmnjevi (praesumptio iuris et de iure).

⁵⁹ A. Petrović, 62.

⁶⁰ P. Klarić/ M. Vedriš, 30.

⁶¹ *Ibid*, 61 i 62.

⁶² J. Pušac, „Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 8/2011, str 127.

⁶³ Identičnu odredbu sadrži i novi Zakon o notarskoj službi Republike Srpske u članu 54.

Srpske iz 2021. godine sadrže odredbu kojom je propisano za koje pravne poslove – ugovore je obavljena notarska obrada.⁶⁴ U tu kategoriju spadaju: pravni poslove o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici, raspolaganja imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica, pravne poslove kojima se obećava neko činjenje kao poklon, s tim što se nedostatak notarske forme u ovom slučaju nadomješta izvršenjem obećanog činjenja, pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama, te osnivačka akta privrednih društava.

Iz citirane odredbe entitetskih zakona o notarima, očigledno je da od uvođenja latinskog tipa notarijata ugovori o pravnom prometu nekretnina u Bosni i Hercegovini podliježu *ad solemnitatem formi*, koja je uslov za punovažnost takvih ugovora, odnosno nedostatak ovakve forme kao posljedicu ima ništavost zaključenog ugovora. Ovakva najstrožija i najsigurnija forma pravnog posla, od početka primjene zakona o notarima u pravu Bosne i Hercegovine izazvala je polemike među stručnom javnosti, pa i pripadnicima akademske zajednice. Iako je osnovna svrha i zamisao uvođenja ovog oblika notarijata u pravni sistem BiH (uključujući i obaveznu formu koja se odnosi na pravne poslove prometa nekretnina), ostvarivanje pravne sigurnosti građana i rasterećenje pravosuđa⁶⁵, postoje i mišljenja kako je notarska služba u ovom obliku nepotrebna i teret građanima. S tim u vezi, pokrenuti su postupci pred entitetskim ustavnim sudovima, kao i Apelacionim sudom Brčko Distrikta BiH sa zahtjevom za ocjenu ustavnosti pojedinih odredbi pomenutih zakona. Pored toga, u Federaciji BiH je vođen postupak i za ocjenu odredbi posebnih zakona⁶⁶ koje su zamijenile odredbu člana 73 Zakona o notarima FBiH, koja je prema svojoj prirodi bila temporalnog karaktera do uređenja pitanja obavezne forme relevantnim materijalnim propisima.

Zbog prethodno definiranih metodoloških odrednica, predmetom ovog rada neće biti analiza odluka ustavnih sudova u cjelosti, već samo relevantni stavovi sudova koji se tiču pravnih poslova za koje je propisana obavezna notarska obrada, te u tom kontekstu pravne posljedice do kojih su doveli različiti stavovi entitetskih ustavnih sudova.

⁶⁴ Odredba člana 73. Zakona o notarima FBiH, člana 68 Zakona o notarima RS, član 47 Zakona o notarima BDBiH, te član 57. Zakona o notarskoj službi RS.

⁶⁵ E. Oruč/ A. Huseinspahić/ E. Čolak, 662, 663, 664 i dalje.

⁶⁶ Ovaj postupak odnosio se na odredbe Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH, Zakona o stvarnim pravima FBiH, Zakona o zemljišnim knjigama FBiH, Zakona o nasljeđivanju FBiH, Porodičnog zakona FBiH te Zakona o izvršnom postupku FBiH, a kojim odredbama je za pojedine poslove propisana forma notarski obrađene isprave.

4. Stavovi entitetskih ustavnih sudova i Vrhovnog suda FBiH u odnosu na formu ugovora o prometu nekretnina

Kao što je prethodno pomenuto, odredbe zakona o notarima kako na nivou entiteta, tako i u Brčko Distriktu BiH bile su predmetom postupaka pred ustavnim sudovima i Apelacionim sudom Brčko Distrikta, a posebno u vezi sa odredbama zakona koje propisuju obaveznu notarsku obradu, uključujući i pravne poslove koje za predmet imaju sticanje vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama. U svrhu lakšeg pregleda stavova i odluka sudova, isti će biti predočeni odvojeno s posebnim fokusom na odluke Ustavnog suda Federacije BiH koje su na izvjestan način zakomplicirale pitanje forme ugovora o prometu nekretnina, a nakon toga će biti dat zajednički zaključak u kontekstu teme ovog rada.

4.1. Relevantne odluke Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine je 2.12.2015. godine donio presudu U-15/10 kojom je utvrdio da član 6. stav 1., u dijelu koji glasi: „kao i lice koje ispunjava pretpostavke iz stava 2. ovoga člana“ i stav 2. istog člana, te čl. 27. i 73. Zakona o notarima FBiH, nisu u skladu sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine. U obrazloženju presude kao osnovni razlog za utvrđivanje neustavnosti odredbe člana 73. Zakona o notarima FBiH navodi se diskriminacija drugih pravnika, te ugrožavanje i ograničavanje njihovog prava na rad. Prema mišljenju suda, u prvom redu, vrši se diskriminacija na štetu drugih osoba, diplomiranih pravnika sa položenim pravosudnim ispitom, magistarskim ispitom ili doktoratom, koji su sa istim, ako ne i većim stručnim znanjem, te sposobnostima i moralnim kompetencijama osposobljeni za pružanje istih ili sličnih usluga, pri čemu se nejednakost pred zakonom i diskriminacija na najočigledniji način manifestira u odnosu na sve ove navedene osobe. Sud, također, cijeni da se na direktan način favorizira notarska u odnosu na advokatsku djelatnost, kako u pogledu pravnih poslova, tako i u pogledu vrednovanja notarskih u odnosu na advokatske poslove. U obrazloženju presude se navodi kako se sud ne bavi opsegom poslova, koje je zakonodavca dodijelio notarima, i time izuzeo advokaturu, već da sud navedeno promatra u kontekstu prava građana na slobodu izbora i legitimnosti cilja za uvođenje obaveze notarski obrađene isprave u gotovo sve segmente pravnog života u FBiH. Međutim, potonja dva elementa u presudi nisu u dovoljnoj mjeri analizirana i potkrijepljena pravnom argumentacijom.

Obrazloženje presude svodi se, naime, na analizu odnosa dviju pravnih profesija i ocjene da je jedna profesija u nepovoljnijem položaju u odnosu na drugu. Ustavni sud se tek dotiče diskriminacije građana i njihovog prava na jednak pristup javnim službama. S tim u vezi, konstatira se da je obaveza plaćanja notarski obrađenih isprava nametnuta građanima, bez da oni imaju mogućnost izbora,

pri tome takvo nametanja obaveze ne opravdava legitimne ciljeve koji se žele postići osporenim čl. 73. Pored toga, Ustavni sud ne daje detaljnije objašnjenje kako je ograničeno pravo građana na slobodan izbor, zatim što se smatra i koji je to legitimni cilj koji se želi postići propisivanjem obavezne notarske obrade isprava, te zašto isti nije ostvaren? Ova pitanja promatraju se samo sa aspekta obaveze plaćanja notarskih tarifa od strane građana, a takvo obrazloženje presude od strane Ustavnog suda je vrlo skromno.⁶⁷ Ovakvim stavom ustavnog suda, *ad solemnitatem* forma ugovora koji za promet imaju nepokretnosti, iako se radilo o normi temporalnog karaktera, dovedena je u pitanje, što je stvorilo prostor za zabune među građanima, a posebno iz razloga što predmetna odluka Ustavnog suda do danas nije implementirana, odnosno zakonodavac nije izvršio potrebne izmjene zakona. Istom Presudom, odredbe člana 69. do 72. pomenutog Zakona nisu proglašene neustavnim, iako je podnositelj zahtjeva tražio ocjenu ustavnosti i tih odredbi. Posebno je značajno istaći odredbu člana 4. Zakona⁶⁸, čija ustavnost nije ni cijenjena, zatim odredbu članka 69.⁶⁹ koja je vrlo bitna, a čiju ustavnost je cijenio Ustavni sud Federacije i utvrdio da je sukladna Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine. Istom odredbom je propisano, „da definiira osnovu nadležnosti notara, a to je sačinjavanje određenih isprava koje imaju karakter javnih isprava, i da je notar nadležan da poduzima notarsku obradu isprava, izdaje potvrde, kao i da ovjerava potpise, rukopise, prijepise“. Iz ove odredbe proizilazi da notari i dalje mogu obavljati poslove notarske obrade isprava kada je to propisano Zakonom.⁷⁰

Presuda U-15/10 od 2.12.2015. godine nije izvršena, jer su se otvorila brojna sporna pitanja, a posebno su bile sporne implikacije koje presuda ima na odredbe drugih zakona. Razlog tome je što je u obrazloženju presude, a ne u izreci, navedeno da se implikacije ustavnosudske odluke odnose i na odredbe drugih *lex specialis* propisa, koji propisuju obaveznu notarsku obradu isprava, zbog čega takvo mišljenje Ustavnog suda ima neobavezujući karakter.⁷¹

Druga odluka Ustavnog suda FBiH broj U-22/16 donesena je 06.03.2019.

⁶⁷ Prema: A. Petrović, 66 i 67.

⁶⁸ Ovom odredbom je propisano da su notarske isprave sve isprave notara, koje on sačini na temelju ovog zakona, a u okviru svoje nadležnosti. Notarske isprave su: isprave nastale notarskom obradom, notarske ovjere i notarske potvrde. Notarske isprave su javne isprave i važe kod svih organa vlasti, pravnih osoba i drugih institucija neovisno od toga od kojeg su notara izdate. Notarski obrađene isprave, koje je notar sačinio u granicama svojih službenih ovlaštenja u propisanoj formi, imaju punu pravnu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom.

⁶⁹ Ovom odredbom je propisano da je notar nadležan da poduzima notarsku obradu isprava, izdaje potvrde, kao i da ovjerava potpise, rukopise i prepise, te da može obavljati ostale poslove koji su mu po ovom zakonu dopušteni.

⁷⁰ Dio izdvojenog mišljenja sudije dr. Kate Senjak u odnosu na presudu U-22/16 od 06.03.2019. godine.

⁷¹ A. Petrović, 69.

godine. Ovom odlukom pojedine odredbe Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji BiH⁷², Zakona o stvarnim pravima FBiH⁷³, Zakona o zemljišnim knjigama FBiH⁷⁴, Zakona o nasljeđivanju FBiH⁷⁵, Porodičnog zakona FBiH⁷⁶ te Zakona o izvršnom postupku FBiH⁷⁷ su oglasne neustavnim. To su odredbe koje su u posebnim zakonima, a koji u bili predmetom ocjene ustavnosti, zamijenili odredbu člana 73. Zakona o notarima FBiH koja je temporalnog karaktera i važila je do stupanja na snagu posebnih zakona kojima je uređeno pitanje obavezne forme pojedinih pravih poslova. U obrazloženju presude Ustavni sud navodi da istu „nerado“ donosi, ali da se stanje ozbiljnog kršenja ustavnosti dugog trajanja, moralo riješiti. Stoga, u takvoj ustavnopravnoj situaciji, slijedeći vrhunski ustavni princip vladavine prava, sud u izreci presude utvrđuje da su odredbe osporenih zakona neustavne.⁷⁸

Zahtjev za ocjenu ustavnosti odredaba šest zakona temeljio se na ranije osporenom i neustavnom čl. 73. Zakona o notarima FBiH, koji je prema shvaćanju podnosioca bio pravni osnov za donošenje istih, kao i da su osporene odredbe tih zakona u nesaglasnosti sa određenim ustavnim pravima kao što su pravo na imovinu, zabrana diskriminacije, jednakost pred zakonom i dr., koje su narušene imajući u vidu rad notarijata kao javne službe u smislu opsega poslova koji obavlja notar, te da se navedeno direktno kosi sa autonomijom volje građana. Ustavni sud navodi da pitanje notarski obrađene isprave u smislu ranije osporene odredbe čl. 73. Zakona o notarima FBiH, treba isključivo promatrati u kontekstu davanja ekskluziviteta za takvu strogu formu zaključenja pravih poslova u gotovo svim sferama ugovaranja, a ne u kontekstu favoriziranja jedne pravne profesije u odnosu na drugu, kako u pogledu opsega, tako i vrednovanja pravih poslova.⁷⁹

Ovakva odluka suda u odnosu na posebne pet zakona nije donesena jednoglasno. Sudija dr. sci. Kata Senjak je glasala protiv ovakve odluke te je u svom izdvojenom mišljenju navela razloge zbog kojih se ne slaže sa odlukom većine u tom predmetu. Prem stavu sudije Senjak, „...kada je u pitanju osnovna koncepcija zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, prihvaćen je koncept „latinskog notarijata“, a djelatnost se definira kao javna služba koju obavljaju notari koji su samostalni i neovisni nosioci te službe. To po prirodi znači da notari obavljaju poslove koji po svojoj prirodi spadaju u nadležnost organa vlasti

⁷² Službene novine FBiH, br. 27/05, 68/05, 43/09 i 63/14.

⁷³ Službene novine FBiH, br. 66/13 i 100/13

⁷⁴ Službene novine FBiH, br. 58/02, 19/03 i 54/04.

⁷⁵ Službene novine FBiH, br. 80/14

⁷⁶ Službene novine FBiH, br. 35/05, 41/05 i 31/14.

⁷⁷ Službene novine FBiH, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12 i 46/16.

⁷⁸ Tačka 9.5. Obrazloženja Presude Ustavnog suda FBiH broj U-22/16 od 06.03.2019.

⁷⁹ Obrazloženje Presude Ustavnog suda FBiH broj U-22/16 od 06.03.2019.

(sudova, organa uprave i drugih organa), ali se ti poslovi povjeravaju notarima kao javna ovlaštenja. Smatram da odredbe čl. 2., 4. i 90. Zakona o notarima u Federaciji Bosne i Hercegovine imaju temeljni značaj za instituciju notarijata. Ovo iz razloga što je zakonom regulirano da je notarijat javna služba koju obavljaju notari koji su samostalni i neovisni nosioci te službe, da su notarske isprave javne isprave i važe kod svih organa vlasti i pravnih osoba, kao i da one imaju snagu izvršne isprave ukoliko su sačinjene u pisanoj formi i ako su sastavljene o nekom pravu potraživanja koje za predmet plaćanja ima određenu sumu novca. Identična rješenja su i u Zakonu o notarima Republike Srpske i Zakonu o notarima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Taj značaj ogleđa se u tome što je tom odredbom riješeno pitanje pravne snage notarskih isprava, jer se njim osigurava pravna sigurnost u svim pitanjima u kojima u granicama svoje nadležnosti, postupaju notari u cijeloj Bosni i Hercegovini.⁸⁰

U svom izdvojenom mišljenju sudija Senjak je naglasila stav Europskog suda pravde (u pravnom predmetu C-342/15-Piringer) koji je u pomenutom predmetu potvrdio pravo država članica da predviđaju obveznu notarsku obradu koja se ne može dovoditi u pitanje pozivanjem na slobodu pružanja usluga pripadnika drugih pravno-savjetodavnih grupa zanimanja (a posebno odvjetnika).⁸¹ Citirani stav Europskog suda pravde mogao bi na izvjestan način poslužiti i kao orijentir zakonodavcu u Federaciji BiH na koji način postupiti i riješiti pitanje nadležnosti notara koje je sada u praksi sporno.⁸² Obaveza zakonodavca u Federaciji BiH u

⁸⁰ Izdvojeno mišljenje sudije dr. Kate Senjak na Presudu Ustavnog suda FBiH broj U-22/16 od 06.03.2019.

⁸¹ “Pod ovakvim okolnostima nacionalne odredbe, koje propisuju da točnost upisa u zemljišnu knjigu moraju povjeriti pripadnicima zanimanja za koja se daje prisega, poput notara, doprinose osiguravanju pravne sigurnosti transakcija koje se odnose na zemljište i funkcionalnosti zemljišnih knjiga, i one su općenito vezane za zaštitu propisnog funkcioniranja pravosuđa, što prema sudskoj praksi Suda predstavlja uvjerljiv razlog općeg interesa (vidi u ovom smislu presudu od 12.12.1996., putnička agencija Broede, C-3/95:C:1996:487, Rn. 36) i Presuda od 24.05.2011. godine Komisija/Austrija (C-53/08, EU:C:2011:338, Rn. 96)“.

⁸² Sud pravde u obrazloženju svoje odluke u predmetu Piringer između ostaloga navodi: „Međutim, s jedne strane, kao što su to osobito istaknule austrijska i njemačka vlada, treba napomenuti da su zemljišne knjige, pogotovo u određenim državama članicama u kojima postoji latinski sustav javnog bilježništva, od odlučujuće važnosti osobito u transakcijama koje uključuju nekretnine. Svaki upis u zemljišne knjige, poput austrijskih zemljišnih knjiga, proizvodi konstitutivne učinke, u smislu da pravo osobe koja je zatražila upis nastaje tek upisom. Vođenje zemljišnih knjiga temeljni je element preventivnog djelovanja pravosuđa, u smislu da je njezin cilj osigurati pravilnu primjenu zakona i pravnu sigurnost akata sklopljenih između pojedinaca, što je dio zadaća i odgovornosti države. S druge strane, treba podsjetiti da je Sud u svojoj presudi od 24. svibnja 2011., Komisija/Austrija (C53/08, EU:C:2011:338, t. 96.), već smatrao, u vezi sa slobodom poslovnog nastana, da je činjenica da se javnobilježničkim djelatnostima ostvaruju ciljevi u općem interesu, koji su osobito usmjereni na osiguravanje zakonitosti i pravne sigurnosti akata sklopljenih među pojedincima, važni razlog u općem interesu kojim se mogu opravdati eventualna ograničenja članka 49. UFEUa koja proizlaze iz posebnih karakteristika javnobilježničke djelatnosti, poput ograničenja koja se na javne bilježnike primjenjuju putem

postupku donošenja rješenja koja će biti trajna u odnosu na odredbe relevantnih zakona koje su oglašene neustavnim, jeste zapravo da pronade balans između argumentacije koju je u svojim odlukama iznio Ustavni sud FBiH i javnog interesa kako je opisan u citiranoj presudi Europskog suda pravde. Taj zadatak zakonodavcu zasigurno nije lagan jer bi u suštini trebalo objektivno sagledati rezultate koje je u svojoj šesnaestogodišnjoj praksi polučio notarijat (posebno u dijelu koji se odnosi na obveznu formu notarski obrađene isprave) i pronaći rješenje u pogledu forme pravnih poslova, koje će ispoštovati sva zagarantovana ustavna prava svim učesnicima, a pri tome zaštititi i javni interes.

4.2. Stav Ustavnog suda Republike Srpske i Apelacionog suda Brčko Distrikta BiH

Ustavni sud Republike Srpske donio je Rješenje broj: U -18/05 od 31.05.2006. godine kojim nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka za ocjenjivanje ustavnosti člana 68. Zakona o notarima Republike Srpske, koji ima identična rješenja kao i član 73. Zakona o notarima u Federaciji Bosne i Hercegovine. Obrazlažući podnesenu inicijativu Ustavni sud Republike Srpske je istaknuo „da zakonodavac na način koji smatra cjelishodnim, a imajući u vidu javni interes, notarsku službu uredio kao javnu službu koju obavljaju stručna lica – notari, kao samostalni i nezavisni nosioci ove djelatnosti. Pomenutim zakonom Republika Srpska je saglasno navedenoj ustavnoj odredbi na notare prenijela dio javnopravnih ovlaštenja i propisala da je notar dužan da neovisno i nepristrasno obavlja ovu djelatnost, da mora podjednako voditi računa o interesima svih stranaka u postupku jer prema njima ima položaj službene osobe, te da notar osigurava čuvanje, dokaznu snagu i izvršnost notarski obrađenih isprava. Istovremeno, Republika Srpska je zadržala pravo nadzora nad sprovođenjem Zakona i djelatnosti notara. Uvođenjem ovog instituta, po mišljenju Suda, osigurava se veća pravna sigurnost u pravnom sistemu Republike Srpske, a postiže se i ekonomičnija zaštita prava fizičkih i pravnih lica.“⁸³

Prema obrazloženom stavu Ustavnog suda Republike Srpske isključivo je stvar zakonodavne politike koje će poslove zakonodavac dati u nadležnost advokatima, a kako će, s druge strane, regulisati pitanje notarske djelatnosti, odnosno, u konkretnom slučaju, za koje će pravne poslove propisati obveznu notarsku obradu isprava. Ne ulazeći u opravdanost ili eventualno radikalnost takvog stava Ustavnog suda RS-a, također treba imati u vidu da je zakonodavac osporenim odredbom predvidio mogućnost učešća advokata u postupku pred notarima, tako što je stavom 6. člana 68. Zakona o notarima propisano, da postupaka za njihovo imenovanje, ograničenja njihova broja ili njihove teritorijalne nadležnosti ili pak sustava njihovih naknada, njihove nezavisnosti, nespojivosti javnobilježničkog posla s određenim poslovima i nerazrješivosti, dok god se tim ograničenjima postižu ti ciljevi i dok god su potrebna za te svrhe.”

⁸³ Rješenje Ustavnog suda Republike Srpske broj: U. 18/05 od 31.05.2006. godine.

pripremu akta za notarsku obradu i ovjeru isprava, kao i zastupanje stranaka pred notarima, mogu vršiti advokati, kao određeni vid ili pokušaj balansa snaga između dvije pravničke profesije s jasno potcrtanom ulogom javne službe koja je data notarijatu u odnosu na advokaturu koja predstavlja slobodnu profesiju, sa znatno manjim ograničenjima za vršioce te službe u odnosu na notare kao nosice javne službe.

U drugom predmetu, gdje je slično kao u Federaciji Bosne i Hercegovine zatražena ocjena ustavnosti odredbi posebnih zakona donesenih na osnovu Zakona o notarima, Ustavni sud Republike Srpske donio je odluku broj U-48/19 od 15.07.2020. godine, kojom je odbijen prijedloga za utvrđivanje neustavnosti člana 21 i 69. Zakona o notarima Republike Srpske, kao i prijedlog za utvrđivanje neustavnosti odredbi posebnih zakona koji propisuju obaveznu notarsku obradu, do je sud odbacio prijedlog za ocjenjivanje ustavnosti člana 68 Zakona o notarima a koji sadrži odredbu o pravnim poslovima za koje je propisana obavezna notarska obrada.⁸⁴ Sud je u obrazloženju dao jasne i nedvojbene razloge za svoju odluku⁸⁵, odnosno argumentovano je zbog čega ustavnost osporavanih odredbi Zakona o notarima i posebnih zakona koji propisuju notarsku obradu nije dovedena u pitanje, pa je posljedično, forma notarski obrađene isprave zadržana kao osnovna forma kada su u pitanju pravni poslovi koji za predmet imaju promet nekretnina.

Apelacioni sud Brčko Distrikta nije prihvatio inicijativu advokata Čedomira Ostojića iz Brčkog za pokretanje postupka ocjene usaglašenosti člana 47. Zakona o notarima sa članom 13. stav 1. Statuta Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine⁸⁶. U ovom slučaju, Sud je donio Rješenje broj: 970 U 002071 18 Ous od 11.07.2018. godine u kojem je navedeno „da je Zakonom o notarima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine osnovan notarijat kao javna služba, koju obavljaju notari kao samostalni i neovisni nosioci te službe, zatim da određene notarske isprave koje notari sačinjavaju imaju dokaznu snagu javnih isprava, tako da notarski obrađene isprave imaju punu dokaznu snagu javne isprave o svim izjavama koje su date pred notarom dok notarske potvrde i ovjere imaju dokaznu snagu javne isprave

⁸⁴ Odluka Ustavnog suda Republike Srpske broj U-48/2020.

⁸⁵ Iz obrazloženja Odluke: “U kontekstu naprijed izloženog, te imajući u vidu da je Sud ranije utvrdio da je isključivo stvar zakonodavne politike kako će regulisati pitanje notarske djelatnosti, zbog čega je utvrđivanje pravnih poslova za čiju je pravovaljanost potrebno sačinjavanje notarske isprave, u isključivoj nadležnosti zakonodavca, Sud je ocijenio da je zakonodavac postupao u skladu sa svojim ustavnim ovlaštenjima i kada je osporenim odredbama Porodičnog zakona, Zakona o izvršnom postupku, Zakona o nasljeđivanju, Zakona o privrednim društvima, Zakona o stvarnim pravima i Zakona o premjeru i katastru nepokretnosti Republike Srpske, pravovaljanost određenih pravnih poslova, uslovio obaveznim sačinjavanjem notarske isprave. Težeći pravnoj sigurnosti te harmonizaciji pravnog poretka Republike Srpske, zakonodavac je, saglasno jemstvu iz člana 5. stav 1. al. 1. i 4. Ustava, ocijenio da značaj odnosa koji regulišu navedeni zakoni zahtijeva predmetni nivo garancija. Kako je navedena procjena aspekt zakonodavne politike, Sud, u skladu sa članom 115. Ustava, nije nadležan da cijeni njenu opravdanost.”

⁸⁶ Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH, broj 2/10.

o činjenicama o kojima se u njima svjedoči. U konkretnom slučaju, namjera zakonodavca je bila da notarijat formira kao posebnu javnu službu, imajući u vidu da je isprava koju sačini notar priznato svojstvo javnih isprava, a u određenim slučajevima i svojstvo izvršnih isprava. U obrazloženju se dalje navodi da za razliku od notara advokati obavljaju privatnu profesionalnu djelatnost koja se sastoji u pružanju različitih vidova pravne pomoći fizičkim i pravnim licima, te zastupaju svoje vlastodavce u postupku pred sudovima i drugim državnim organima. Sud nadalje ističe da Skupština Brčko Distrikta kao zakonodavac ima statutarno ovlaštenje da na području Brčko Distrikta uredi funkcionisanje javnih službi prema zahtjevima i potrebama pravnog sistema i taksativno prema članu 47. Zakona o notarima gdje su navedeni pravni poslovi za čiju pravnu valjanost je neophodna notarska obrada isprava. U tom domenu zakonodavac uživa određeno polje slobodne procjene, a Sud u postupku ocjene usklađenosti pravnih akata ne može cijeliti cjelishodnost i zakonodavnost pravnih rješenja jer su to pitanja iz oblasti zakonodavne politike koju kreira zakonodava prilikom donošenja zakona⁸⁷.

Iz obrazloženja elaboriranih odluka entitetskih sudova i Apelacionog suda BD BiH, jasno je da je Ustavni sud Federacije zauzeo različit stav u odnosu na Ustavni sud Republike Srpske i Brčko Distrikta BiH. S obzirom na činjenicu da prema takvoj odluci Ustavnog suda u Federaciji BiH, zakonodavac još uvijek nije donio odgovarajuće izmjene ili eventualno nove zakone, postoji pravna praznina koja na izvjestan način izaziva zbunjenost i nesigurnost građana na ovom dijelu teritorije Bosne i Hercegovine.

4.3. Pravno shvatanje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

Nakon donošenja elaboriranih odluka Ustavnog suda Federacije BiH, nastala je pravna praznina u pogledu forme ugovora o prometu nekretnina (odredbe Zakona o notarima o obaveznoj notarskoj obradi su nesporno oglašene neustavnim), te da su zemljišnoknjižni uredi u pojedinim općinskim sudovima počeli zaprimati zahtjeve za provedbu upisa na osnovu ugovora o prometu nekretnina, koji nisu u formi notarski obrađene isprave, već su potpisi ugovornih strana ovjereni od strane općinskog organa uprave.⁸⁸ Sudovi su se našli u dilemi kako postupiti

⁸⁷ Rješenje Apelacionog suda Brčko Distrikta BiH broj: 970 U 002071 18 Ous od 11.07.2018. godine.

⁸⁸ Pripadnici advokatske profesije su insistirajući na provedbi ugovora koji nisu obrađeni od strane notara, pored odluka Ustavnog suda FBiH kojima su pojedine odredbe Zakona o notarima i posebnih zakona oglašene neustavnim, kao argument koristili i noviju odluku Ustavnog suda FBiH broj U-20/22 koja je objavljena u Službenim novinama FBiH broj 54/2022, u kojoj odluci je Sud zauzeo stav u pogledu odredbi zakona koje su ograšene neustavnim u redovnim sudskim postupcima (ne referirajući se na odredben Zakona o notarima), kojom odlukom je Ustavni sud FBiH odlučio da djelovanje odluka Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine kojim je utvrđeno da je zakon ili propis ili pojedina odredba zakona ili propisa suprotna, odnosno u

povodom takvih zahtjeva odnosno stvorila se nedoumica, da li postoji zakonski osnov za provođenje takvih ugovora.⁸⁹ Dodatna dilema se javila i kod pitanja, čak i ako se prihvati da isprava koja nije u formi notarski obrađene isprave, koji organ je nadležan da izvrši ovjeru potpisa na takvim ugovorima, a posebno imajući na umu činjenicu da su odredbe Zakona o prometu nepokretnosti - koji je predstavljao zakonski osnov za ovjeru ugovora od strane suda, prestale sa važenjem i to početkom primjene važećeg Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH.⁹⁰ Rješavajući po zahtjevu Općinskog suda u Sarajevu⁹¹ za rješavanje spornog pravnog pitanja, Vrhovni sud Federacije BiH je dana 08.12.2022.⁹² godine izrazio pravno shvatanje, prema kojem potpisi ugovarača na ugovorima o prenosu prava na nekretninama moraju biti ovjereni bilo od notara, bilo od suda kao uslov punovažnosti za upis u zemljišne knjige. Obrazlažući ovakav stav, Vrhovni sud je naveo „da Ugovor o prenosu prava na nekretninama ugovorači moraju zaključiti u pismenoj formi, a zbog pravne sigurnosti i eventualnih pravnih posljedica, svoje potpise moraju ovjeriti kod notara ili kod suda.

Ovakva pravna situacija (do usaglašavanja zakona od strane Parlamenta Federacije BiH) je najpribližnja rješenju koje je bilo prije uvođenja notarske službe kada je za promet nekretnina bila propisana kvalificirana pismena forma

nesaglasnosti sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine, je takvo da se u odnosu na postupke koji su u toku pred redovnim sudovima u bilo kojoj fazi sudskog postupka, od dana objave, imaju primijeniti na način da se takav propis, zakon ili pojedina odredba ne primjenjuju u redovnosudskim postupcima, odnosno odluka Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine ima retroaktivno dejstvo na sudske postupke koji su u toku.

⁸⁹ O ovom pitanju vidjeti opširnije u poglavlju 3.1. ovog rada pod naslovom Forma ugovora o prometu nekretnina prije uvođenja latinskog tipa notarijata.

⁹⁰ Član 371. Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH

⁹¹ Prema obrazloženju Pravnog shvatanja Vrhovnog suda FBiH, u zahtjevu za pravno shvatanje je navedeno „da je od strane ZAK K. H. advokat i K. A. dana 21.09.2022. godine podnesen zahtjev kojim se traži upis predbilježbe kupoprodajnog ugovora u izvadak knjige položenih ugovora. Taj ugovor je sačinio advokat K. A., a zaključili su ga P. M. i P. D. kao prodavci i K. H. kao kupac. Ugovorne strane su ugovor potpisale i svoje potpise ovjerile kod nadležnog organa uprave – Općine Stari Grad Sarajevo.” Gostujući na FACE TV dana 10.03.2023 godine (<https://depo.ba/clanak/242398/kurtovic-advokatima-oduzimate-posao-vasa-tarifa-je-prevazidena-softic-jesu-livam-zivci-popustili-notari-su-jeftiniji>), advokat Hakija Kurtović je izjavio da je podnio takav ugovor na uknjižbu nadležnom Zemljišnoknjižnom uredu nakon što je ovjerio potpise na ispravi od strane Općine Stari Grad, što korespondira i obrazloženju Pravnog shvatanja Vrhovnog suda, kako bi zapravo, prema njegovoj javnoj izjavi “isprovocirao sud da vidi kako će se sud ponašati”. U slučaju da je navedeno istina, ugovor na osnovu kojeg je podnesen zahtjev za pravno shvatanje, može eventualno predstavljati prividan ugovor koji je shodno odredbi člana 66 ZOO ništav i ne proizvodi pravna dejstva što bi dovelo u konačnici i pitanje zakonitosti pravnog shvatanja Vrhovnog suda. Autoru nije poznato da li je u međuvremenu podnesena tužba za utvrđenje ništavosti predmetnog ugovora od strane eventualno zainteresiranih lica.

⁹² Odluka je objavljena na web stranici Vrhovnog suda FBiH, Broj 70 0 Dn 009610 22 Spp, od 08.12.2022. godine.

ugovora, a potpisi stranaka morali biti ovjereni od strane suda.⁹³ Iako je Sud svojim tumačenjem ispravno konstatovao da je Zakon o prometu nepokretnosti, a koji predstavlja osnov za uspostavu knjige ovjera u općinskim sudovima, prestao na važi stupanjem na snagu Zakona o stvarnim pravima FBiH, te iako je ispravno ocijenio da odredba člana 69. stav 1 Zakona o notarima, koja propisuje nadležnost notara da, između ostalog preduzima i poslove notarske obrade, zauzeo je stav da je za punovažnost dovoljna ovjera potpisa ugovarača od strane notara ili suda. Usvajajući ovakav stav, Vrhovni sud prema mišljenju autora nije uzeo u obzir mogućnost nastupanja negativnih pravnih posljedica i pravne nesigurnosti s obzirom na to da eventualnom ovjerom potpisa, notar, a ni sud ne odgovaraju za sadržaj isprave. Sud također nije vodio računa ni o tome da li je u interesu pravne sigurnosti vraćanje pravne situacije koja je bila prije uvođenja notarske službe jer je izričito i navedeno u obrazloženju Shvatanja da je ovakva situacija najbliža rješenju koje je važilo prije uvođenja notarske službe. Nakon donošenja Pravnog shvatanja, otvorila su se nova pitanja i dileme da li će sudovi otvoriti knjige ovjere potpisa i da li za to postoji zakonski osnov. Jasno je da u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine sudska praksa, pa ni shvatanja suda ne predstavljaju formalan izvor prava, već su sudovi dužni postupati po zakonu, stoga je od posebnog značaja što skorija zakonodavna intervencija u ovoj oblasti, koja jedina može konačno riješiti nastale dileme i dati odgovore na otvorena pitanja. Prema istraživanju autora, pojedini sudovi u Federaciji BiH su u međuvremenu otvorili knjige ovjera⁹⁴, u kojima se vrše ovjere potpisa na ugovorima o prometu nekretnina, dok postoje i sudovi koji nisu otvorili knjige ovjera⁹⁵, s obzirom da su prema instrukciji Visokog sudskog i tužiteljskog vijeća predsjednici sudova nadležni i odgovorni da odluče po ovom pitanju. Iako djeluje da je Vrhovni sud, bar privremeno riješio otvorena pitanja koja se odnose na formu

⁹³ Strana 4, pasus 2, citirane odluke Vrhovnog suda FBiH

⁹⁴ Npr. Općinski sud u Sarajevu kao jedan od najvećih sudova u Federaciji BiH je među prvima otvorio knjige ovjera (<https://www.oslobodjenje.ba/vijesti/bih/stavljena-je-tacka-na-monopol-notarijata-kurtovic-gradani-moraju-imati-mogucnost-izbora-838504>), te se vrše ovjere potpisa i ugovori se provode od strane Zemljišno-knjižnog ureda. Takvi ugovori se ne deponuju niti u jednom primjerku kod suda. U praksi notara od uvođenja ovjere propisa, dešava se da stranke zahtijevaju notarsku obradu ugovora o zasnivanju hipoteke u svrhu obezbjeđenja kredita iz kojega se plaća kuporodajne cijena i dostave na uvid ugovor o prodaji nekretnine na kojem su ovjereni potpisi i u kojoj ispravi je navedeno da je kuporodajna cijena isplaćena Prodavcu, iako će cijena stvarno biti isplaćena tek nakon zasnivanja založnog prava i realizacije kredita kod komercijalne banke. Ili se npr. može desiti da je Kupac strano fizičko lice sa čijom državnom ne postoji reciprocitet u pogledu sticanja prava vlasništva, a što sastavljač isprave nije znao (ili nije obratio dužnu pažnju), zaključi ugovor, isplati cijenu, provede poreznu proceduru i plati porez na promet nepokretnosti, a onda Zemljišno-knjižni ured donese rješenje o odbijanju zahtjeva za uknjižbu zbog nepostojanja reciprociteta.

⁹⁵ Općinski sud u Mostaru npr., koji niti u pogledu forme registarskih isprava, za razliku od ostalih registarskih sudova u Federaciji BiH ne prihvata niti jednu drugu formu osim one propisane Zakonom o notarima FBiH, sve dok su te odredbe na snazi.

ugovora, stvarnost je ipak drugačija i nije jednako postupanje svih zemljišno-knjižnih ureda u Federaciji BiH. Nesporna je također činjenica da neki sudovi vrše ovjere potpisa i zemljišno-knjižni uredi provode takve ugovore, ali otvorena pitanja forme još nisu u cjelosti riješena iz razloga što svi općinski sudovi ne postupaju jednako. Stav Vrhovnog suda ne može zamijeniti izvršenje obaveza iz odluka Ustavnog suda FBiH u smislu implementacije presuda, jer nadležnost za izvršenje te obaveze ima isključivo zakonodavac.

5. Umjesto zaključka - budućnost forme ugovora o prometu nekretnina i pravna sigurnost građana

Uvođenjem strožije *ad solemnitatem* forme ugovora o prometu nekretnina u pravu Bosne i Hercegovine, u posljednjih petanest godina nedvojbeno je postignut znatno veći stepen pravne sigurnosti, prevenirani su mnogi sporovi povodom valsništva i drugih stvarnih prava na nekretninama, te je dat veliki doprinos u uspostavi efikasnijih registara o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, sačinjavanjem i provođenjem isprava u formi notarske obrade. Time je postignuta namjeravana svrha latinskog tipa notarijata, zaštićen je kako interes stranaka kao subjekata privatnog prava, ali i javni interes. Članom I/2 Ustava BiH utvrđeno je da je Bosna i Hercegovina „demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom“ čime se osiguravaju uslovi za ostvarivanje principa vladavine prava u svim oblastima društva. Osnovni elementi vladavine prava su: pravna sigurnost, nezavisnost i nepristrasnost pravosudnih institucija, profesionalizam i efikasnost.

Donošenjem različitih odluka ustavnih sudova a u pogledu ocjene ustavnosti relevantnih odredbi zakona o notarima pa kasnije i odredbi posebnih zakona koji propisuju obaveznu notarsku obradu, stvorena je situacija suprotna onoj koju propisuje odredba člana I/2 Ustava BiH, te je dovedena u pitanje pravna sigurnost u vezi sa prometovanjem nekretnina ali i ostalih poslova za koje je zakonodavac propisao obaveznu formu notarske obrade.

U Republici Srpskoj i Diskriktu Brčko situacija je jasna – forma obavezne notarske obrade ugovora o prometu nekretnina je nesporna. Zakonodavac u Republici Srpskoj je otišao i korak dalje, pa je u 2021. godini donesen novi zakon kojem je izmjenjen i naziv – Zakon o notarskoj službi Republike Srpske, u kojem je samim nazivom ali i sadržajem zakona fokus stavljen na notarsku službu kao javnu službu sa jasnim nadležnostima i obavezama. Ovim zakonom su izvršene korekcije nedostataka koji su eventualno postojali u ranije važećem Zakonu o notarima Republike Srpske i novi zakonodavni okvir je stvorio pretpostavke za dalji razvoj i unaprijeđenje uloge notarske službe kao značajne javne službe.

U Federaciji Bosne i Hercegovine, situacija je trenutno izuzetno složena po ovom pitanju. Odredbe zakona koje se tiču forme su oglašene neustavnim, a zakonodavac nije ni nakon nekoliko godina od donošenja takvih odluka reagovao i donio nove propise kojima bi na adekvatan način razriješio nastalu situaciju.

To ostavlja prostor za različita tumačenja kako pravnog dejstva donesenih odluka Ustavnog suda, tako i obaveznosti forme ugovora koji za predmet imaju nekretnine. Nesporo je da ugovori koji za predmet imaju nekretnine moraju biti u pisanoj formi prema zakonodavnom okviru koji je elaboriran u ovom radu, i ta forma je uslov punovažnosti ugovora. Dakle, *ad solemnitatem forma* je propisana za ovu vrstu ugovora i bez ove forme takvi ugovori ne mogu proizvoditi pravna dejstva. Sporno je ko može izvršiti ovjeru takvih ugovora. Pripadnici advokatske profesije u Federaciji BiH zastupaju stanovište da bilo ko može sačiniti takav ugovor i potpise ovjeriti kod nadležnog organa uprave ili kod notara i da su takvi ugovori provodivi. Ti stavovi idu tako daleko da čak pojedini predstavnici ove profesije javno tvrde da su nakon odluke Ustavnog suda FBiH notarske obrade nezakonite. Međutim, zaboravlja se činjenica da odredbe Zakona o notarima, a koje uređuju pitanje nadležnosti notara (posebno član 4 i 69 Zakona o notarima Federacije BiH), uključujući i notarsku obradu kao poseban postupak koji provodi notar, nisu oglašene neustavnim, tako da su tvrdnje o nezakonitosti notarske obrade u cjelosti neutemeljene.

Kako je u ovom radu obrazloženo, Zakon o prometu nekretnina, koji je važio do stupanja na snagu Zakona o stvarnim pravima Federacije BiH, kao *lex specialis* propisao je u nadležnost osnovnim sudovima da vrše ovjere potpisa na ugovorima o prometu nekretnina. Zakon o ovjeravanju potpisa, rukopisa i prepisa, kao *lex generalis* propisao je nadležnost općinskim organima uprave da vrše ovjere potpisa, rukopisa i prepisa, ali je odredbom člana 15 propisao da u slučaju kad je posebnim zakonom određena nadležnost drugog organa ili propisan drugačiji način ovjeravanja, primjenjuje se odredbe tog zakona. Navedeno znači da u odnosu na pravne poslove koji za predmet imaju nekretnine, postoji *lex specialis* propis, ranije je to bio Zakon o prometnu nepokretnosti, a kasnije Zakon o stvarnim pravima i Zakon o notarima, tako da se na ovjeru ugovor o prometu nekretnina ne mogu kao valjane uzeti ovjere koje bi na takvim ugovorima eventualno vršili organi uprave. Cijeneći situaciju i količinu sporova koji su nastali i vođeni prije uvođenja notarijata, posebno slučajevi višestrukog otuđenja nekretnina⁹⁶, očigledno je da bi nastao pravni haos kada bi ugovore o prometu nekretnina sačinjavao bilo ko i ovjeravo potpise stranaka kod nadležnog

⁹⁶ Ne postoji sistemsko istraživanje stanja sporova i pravne sigurnosti prije i nakon uvođenja latinskog tipa notarijata i prevazilazi metodološki okvir i predmet istraživanja u ovom radu, te predstavlja podlogu i ukazuje na potrebu sprovođenja jednog ovakvog istraživanja prije konačne zakonodavne intervencije u odnosu na ovu problematiku, međutim uvođenjem nadzora nad tržištem nekretnina svedene su na minimum afere poput „Pelak“ u kojoj je veliki broj građana oštećen upravo višestrukim otuđenjem i naplaćivanjem cijena nekretnina bez adekvatnog kontrolnog mehanizma. „U jednoj od najvećih poslijeratnih afera u BiH na tržištu nekretnina oštećen je veliki broj građana koji su kupovali ili prodavali stanove. Mnogi još nisu obeštećeni te i dalje vode skupe procese na sudovima. Kako Mihrija Pelak nema imovine na svoje ime, to građani sada tuže Kanton Sarajevo radi naknade štete. Određeni broj njih je 2011. godine formirao Udruženje „Spas“ te zajedničkom tužbom pokušavaju doći do svog novca.“ (Izvor (<https://avaz.ba/> članak od 03.06.2018. Godine).

organa uprave. Takvo postupanje bi narušilo postignuti stepen pravne sigurnosti stranaka, otvorilo mogućnost zloupotreba, negativno utjecalo na stabilnost poreznog sistema u BiH kao i na procese koji se tiču preduzimanja radnji za sprečavanje pranja novca i finasiranja terorističkih aktivnosti, a koje su notari u svom radu dužni preduzimati. Vrhovni sud je svojim Pravnim shvatanjem isključio mogućnost ovjere potpisa na ugovorima od strane općinskog organa uprave, iako je predmetno shvatanje otvorilo dodatne dileme i neodgovorena pitanja u postupanju i subjekata privatnopravnih odnosa tako i sudova (s obzirom da svi sudovi i nisu otvorili knjige ovjera), a koje dileme i pitanja moraju biti konačno riješene zakonodavnom intervencijom.

Dodatan problem, posmatrajući sa aspekta pravnog sistema Bosne i Hercegovine kao cjeline, predstavlja nastanak pravnog partikularizma, različito uređenje značajne oblasti privatnog prava u dva entiteta unutar istog pravnog sistema što utiče na pravnu sigurnost građana, razvoj i privlačenje investicija kao i sveukupni razvoj društva.

Analizirane odluke Ustavnog suda u FBiH ukazuju na još jednu pravnu neizvjesnost u koju su dovedeni kako građani, tako i poslovni subjekti u BiH. Neadekvatno reagiranje zakonodavca na propise za koje je utvrđeno da nisu u skladu sa odredbama Ustava negativno utječe na povjerenje građana i privrednih subjekata u funkcionalnost i postojanje principa vladavine prava. Implementacija odluka Ustavnog suda bi morala biti strogi imperativ za sve one na koje se odnosi, a naročito kada su u pitanju organi vlasti kakav je zakonodavni organ nadležan za donošenje propisa. Opisane prepreke mogu se prevazići funkcionalnim pravnim sistemom, pravnom izvjesnošću te konačno uspostavljanjem jedinstvenog pravnog i ekonomskog prostora u smislu jednakih uslova za sve subjekte koji su spremni svojim radom dati doprinos kako vlastitom razvoju na domaćem i inostranom tržištu, tako doprinjeti razvoju domaće privrede.

Zaključno, u kontekstu razmatranog pitanja obavezne forme ugovora o prometu nekretnina, jedino adekvatno rješenje je ili donošenje izmjena i dopuna postojećih zakona ili pak donošenje novih zakona u svrhu rješavanja trenutne i neizvjesne situacije. Isključivo intervencija zakonodavca može dati odgovore na sporna pitanja. Pisana forma ugovora na kojima se vrši ovjera potpisa bez provjere sadržaja ugovora ne pruža dovoljno zaštite ugovaračima i takva forma ima više karakteristike *ad probationem* forme. S druge strane notarska obrada je forma *ad solemnitatem* par excellence, sa najvišim stepenom sigurnosti stranaka i javnog interesa, ali i odgovornosti notara kao nosioca javne službe. Ovakva forma je u punoj primjeni u Republici Srpskoj i Brčko Distriku Bosne i Hercegovine dok je u Federaciji Bosne i Hercegovine ova forma u primjeni, ali sa snažnim osporavanjem koje može dovesti do izrazito negativnih posljedica po jedinstven pravni i ekonomski sistem u Bosni i Hercegovini. Vlada Federacije Bosne i Hercegovine je 2020. godine u parlamentarnu proceduru uputila Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o notarima sa ciljem implementacije citiranih

presuda Ustavnog suda FBiH. Predloženim izmjenama uvedena je nova forma pravnih poslova koji za predmet imaju nekretnine – notarski potvrđena, odnosno solemnizirana privatna isprava. Ovakva forma pravnih poslova predstavljala bi konkurentnu formu notarski obrađenoj ispravi, tako da bi stranke mogle birati između notarske obrade ugovora sa svim karakteristikama takvih ugovora kako je u ovom radu obrazloženo i potvrđivanja (solemnizacije) privatne isprave koju stranka samostalno ili uz pomoć stručnog lica može sačiniti i dostaviti notar na potvrdu. Takva rješenja postoje u zakonodavstvu zemalja regiona kako je prethodno elaborirano. Potvrđujući privatnu ispravu u postupku solemnizacije, notar bi pored utvrđenja identiteta stranka na solemnizacionoj kaluzuli obavezno stranke poučio o sadržaju i pravnim posljedicama pravnog posla, pa bi u tom slučaju ponovno stranke bile upoznate o pravnim posljedicama posla od strane notara kao nezavisnog i nepristrasnog nosioca javne službe i bile bi spriječene eventualne zloupotrebe, te bi eventualno bile isključene nejasne, nerazumljive i dvosmislene odredbe iz privatnih isprava. Iako bi stepen zaštite stranaka i dokazna snaga takvih isprava bile slabije u odnosu na notarski obrađenu ispravu, uvođenje ovog instituta bi značilo implementaciju presuda Ustavnog suda FBiH, dok bi s druge strane omogućavnje ovjere potpisa bez bilo kakve kontrole sadržaja isprava koje za predmet imaju promet nekretnina, bio odvojen put mnogim zloupotrebama i potencijalnim sudskim sporovima. Predloženi tekst izmjena Zakona o notarima je prošao precuduru javne rasprave i upućen u parlamentarnu proceduru, ali je predloženi tekst formiranjem nove Vlade Federacije BiH, početkom 2023. godine povučen iz parlamentarne procedure kao i prijedlog izmjena ostalih pet zakona čije su pojedine odredbe oglašene neustavnim a odnose se na formu pravnih poslova. Naredni korak je da Vlada FBiH putem resornog ministarstva uputi u proceduru bilo izmjene i dopune važećeg zakona, bilo novi tekst zakona kojima je potrebno konačno urediti pitanje forme pravnih poslova koji zapredmet imaju nekretnine. Pitanje da li je forma ugovora o prometu nekretnina *ad probationem* ili *ad solemnitatem* je nesporno kako zakonodavstvu, tako i praksi i pravnoj nauci – ovi ugovori su formalni i forma je uslov njihove valjanosti. Ostalo je sporno pitanje - koji stepen forme je obavezujući: notarska obrada kao najviši stepen, potvrda (slomenizacija) privatne isprave kao blaži stepen ili ovjera potpisa na ispravi kao najblaži stepen forme. Značajane poteškoće zasigurno ima i resorno Ministarstvo koje je zaduženo za pripremu teksta zakona (izmjena ili novog zakon) s obzirom da ne postoje jasne smjernice u odlukama Ustavnog suda FBiH, na koji način iste implementirati. Prema stavu autora, prilikom izrade zakonskog rješenja, neophodno je pored osiguranja pravna zaštite izvršiti i zaštitu pravničke profesije generalno (uključujući i advokaturu) i isključiti prostor za djelovanje i pojavu nadripisarstva.⁹⁷ To može biti učinjeno na način da se propiše da su za

⁹⁷ Opširnije vidjeti u: M. Grbac/ A. Grbac, „Pravna sigurnost pravnog prometa nekretnina u Republici Hrvatskoj, s posebnim osvrtom na pojavaost nadripisarstva“, *JAVNI BILJEŽNIK* Vol. XXIV (2020) 47.

solemnizaciju ili ovjeru od strane notara (ukoliko se zakonodavac opredjeli na maksimalno ublažavanje forme), podobne isključivo isprave sačinjene od strane profesionalnih lica – advokata u svojstvu pružalaca usluga pravne pomoći (ili drugih lica koja su zakonom ovlaštena da pružaju usluge pravne pomoći npr. Zavodi za besplatnu pravnu pomoć) ili da lice koje ima položen pravosudni ispit može za sebe sačiniti ispravu (*čime bi u cjelosti bila implementirana odluka US FBiH u dijelu koji se odnosi na navode o diskriminaciji advokata i lica koja su kvalificirana da sačinjavaju privatne isprave*) o čemu prilikom ovjere notaru mora predočiti dokaz i potpisati se na ugovoru koji je sastavio. Na ovaj način biti bio zatvoren prostor za djelovanje nadripišara i promet nekretnina bi bio pod adakevatnim nadzorom i postojao bi adekvatan balans zaštite javnog i privatnog interesa. Na koji način i u kojem pravcu će postupati nadležna tijela u Federaciji BiH, još uvijek nije poznato, iako je to pitanje već odavno moralo biti riješeno jer stoji otvoreno od 2016. godine, od donošenja prve odluke Ustavnog suda FBiH. Međutim, odgovor na sporno pitanje forme ugovora o prometu nekretnina mora dati zakonodavac u Federaciji Bosne i Hercegovine i to vodeći računa o zaštiti kako interese građana, tako i javnog interesa.

FORM OF THE CONTRACT ON SALE OF REAL ESTATE UNDER THE LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA: AD SOLEMNITATEM OR AD PROBATIONEM?

Summary

The classic division of legal transactions into formal and informal in modern contract law gained a new dimension by introducing into the positive legislation of national legal systems new forms of legal transactions, which are often condition for validity validity of such affairs. By introducing the Latin type of notary in the legal system of Bosnia and Herzegovina, the legislator separated certain legal affairs in the area of property law, family and inheritance law, and company law and made their legal validity conditional on the form of a notarial deed. Such solutions of the entity laws as well as the laws in the Brčko District that regulate the service of notaries since the beginning of their application have caused public polemics as well as professional discussions among members of different legal professions. As a result of the aforementioned discussions, certain provisions of these laws, including those regulating the form of separate legal transactions (including contracts with real estate transactions as their subject), were subject to constitutionality evaluation before the entity constitutional courts. The Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Constitutional Court of the Republika Srpska, deciding on requests for constitutional review of the provisions of the law on notaries, which prescribe the obligation of the form of a notarized document for legal transactions whose subject is the transfer or acquisition of ownership or other real rights to real estate, took different positions. The Constitutional Court of the Republic of Srpska rejected the proposal to determine the unconstitutionality of, among other things, Article 68 of the then valid Law on Notaries of the Republic of Srpska, which regulates the issue of mandatory form, while the Constitutional Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina decided that, among others, Article 73 of the still valid Law on to FBiH notaries is not in accordance with the Constitution. With such decisions of the courts, the issue of the form of the real estate transaction contract received different interpretations and degrees of obligation in two entities of the same legal system, thus contributing to the legal uncertainty of citizens and investors. The subject of this paper is the analysis of the valid regulations governing the form of real estate contracts in the legal system of Bosnia and Herzegovina, as well as the role of the notary as a public service in increasing the degree of legal security and protection of parties in contracts with real estate as their subject.

Key words: *form of the contract, real estate contract, notarial deed, Law on notaries of Federation Bosnia and Herzegovina, Law on Notary Service of Republika Srpska.*