



OBAVEZNA FORMA UGOVORA NAKON PRESUDE USTAVNOG SUDA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE U-22/16: NEKA OTVORENA PITANJA

UDK: 347.441
Prethodno saopćenje

Dr. sc. Anita Petrović, vanredni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

Emina Jukan, MA

SAŽETAK

U radu se analizira bitna forma ugovora i pravne posljedice koje nastupaju za slučaj njene povrede. Obligacioni ugovori su neformalni i mogu se sklopiti na način koji odgovara volji ugovornih strana, uz određene izuzetke predviđene zakonom kada forma postaje uvjet pravne valjanosti ugovora. Generalna sankcija povrede bitne forme ugovora (forma ad solemnitate) je ništavost. Rad je strukturiran na način da se prvo daje teorijski osvrt na pojam i vrste formi, implikacije za slučaj povrede bitne forme ugovora, posebno iz perspektive sudske prakse do stupanja na snagu propisa o notarima. Potom autorice analiziraju formu notarski obrađene isprave o pojedinim pravnim poslovima, posvećujući pažnju ugovoru o prodaji nekretnina. S obzirom da je motiv za pisanje ovog rada presuda Ustavnog suda FBiH br. U-22/16 od 6.3.2019. godine, koja kao ni ranija presuda br. U-15/10 od 2.12.2015. godine, nije izvršena, a kojim se forma notarski obrađene isprave o određenim pravnim poslovima utvrđuje neustavnom, to autorice iznose niz problemskih pitanja. Ukazuju, kroz određene scenarije, na aktualnu situaciju u pravnom prometu nekretnina, gdje po prvi put, do donošenja novog zakonskog rješenja, vlada princip slobode izbora forme ugovora.

Ključne riječi: *neformalnost ugovora, forma ad solemnitate, konvalidacija, notarski obrađena isprava*

Uvodna razmatranja

Pod formom ugovora razumijeva se na određeni predviđeni vanjski način, oblik manifestiranja volja ugovornih strana u pogledu sadržaja ugovora koji se sklapa.¹ Bez obzira o kakvoj se vrsti forme radi, ona mora biti takva da na vanjski način omogućava upoznavanje kontrahtenata i trećih zainteresiranih osoba sa sadržajem konkretnog ugovora.² Razumljivo je da svaki pravni posao mora imati neki oblik ili formu, jer je to jedini način izražavanja njegovog sadržaja, jednostavno to je pojavni oblik određenog sadržaja.³ Naše zakonodavstvo slijedi univerzalno pravilo ugovornog prava, a to je sloboda forme, prema kojem se volja za sklapanje ugovora može izjaviti izričito riječima (usmeno ili pismeno), konkludentnom radnjom, pa čak u određenim slučajevima i šutnjom.⁴

Historijski promatrano pravni poredak je poznao jedino formalne ugovore, gdje je oblik ispoljavanja volje imao sakralni karakter. Ugovor je bio valjan samo ukoliko je zaključen u određenoj formi. Razvojem robnog prometa strogi formalizam postao je teret i kočnica zbog svoje formalnosti, ritualnosti i sporosti.⁵ Pa tako krajem feudalizma, sa razvojem trgovine i zanatstva, sve više se odbacuje kruti formalizam, da bi do danas došlo do pune i definitivne pobjede neformalnosti ugovora.⁶

Odredbom člana 67. ZOO proklamira se princip neformalnosti ugovora, prema kojem se ugovori zaključuju prostom saglasnošću volja, bez ispunjenja unaprijed predviđenih formi.⁷ Za neformalne ugovore često se u literaturi upotrebljava naziv konsenzualni, kako

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

2 Ibid.

3 Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2014, 131.

4 Član 28. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Službeni list RBiH“, br. 2/92, 13/93, 13/94, „Službene novine FBiH“, br. 29/03, 14/11).

5 Detaljnije vidi Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1980, 179.

6 Vizner, B., op.cit., 306.; Salma, J., *Obligaciono pravo*, Novi sad, 2009, 223-224.

7 Perović, S., Stojanović, D., *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Beograd, 1980, 273.



bi se naglasilo dovoljno je da ugovorne strane postignu saglasnost o bitnim elementima ugovora, pa da se ugovor smatra zaključenim,⁸ što ipak pojedini autori smatraju pogrešnim imenovanjem, jer *kon-senz* nije izraz za oblik već sadržaj.⁹ To što su obligacioni ugovori u pravilu neformalni ne znači da oni nemaju nikakav oblik ili formu, već da ih ugovorne strane mogu zaključiti u bilo kojoj formi oko koje se usaglase.¹⁰ Bilo da se radi o povredi zakonske ili ugovorene forme, zakon predviđa da ugovor nema pravnog dejstva ukoliko nije zaključen u predviđenoj formi, odnosno ugovor je ništav.¹¹ Utvrđivanje svrhe zbog koje je forma propisana prethodi odlučivanju o sankciji ništavosti. To je odlučujući kriterij koji nadležni sud cijeni u postupku utvrđenja ništavosti zbog nedostatka potrebnog oblika.

Također, jedno od osnovnih pitanja za slučaj ništavosti jeste pitanje reguliranja međusobnih odnosa ugovornih strana, kada su one ispunile svoje obaveze iz ugovora, kao i onda kada ih nisu uopće ispunile.¹² Ovo se svakako može dovesti u vezu s ciljem propisa o formi ugovora, pa ukoliko je cilj zbog kojeg je forma propisana zaštita određenih društvenih interesa, nedostatak potrebnog oblika ne može se nadomjestiti ni naknadnim izvršenjem obaveza ugovornih strana. U tom slučaju ugovor koji nije zaključen u propisanom obliku ne može se ni voljom ugovornih strana naknadno osnažiti, konvalidirati. Međutim, ukoliko je cilj propisane forme zaštita interesa ugovornih strana, one mogu svojim materijalnim radnjama, izvršenjem obaveze u cjelosti ili djelomično, otklonit formalni nedostatak. Utvrđenje ništavosti ugovora u određenim segmentima može dovesti i do restitucije, kao tipične građanskopravne posljedice.

Najstrože ograničenje principa neformalnosti ugovora veže se za one ugovore koji su sklopljeni uz sudjelovanje javnih tijela. Za punovažnost takvih poslova pravni poredak se nije zadovoljio propisivanjem samo pisanog oblika, već se traži i da su sklopljeni pred nadležnim tijelom koje ima javne ovlasti.¹³ Primjerice to je slučaj

8 Bikić, A., *Obligaciono pravo-opći dio, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Sarajevo, 2007, 101.

9 Tako Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., 131.

10 Morait, B., *Obligaciono pravo*, knjiga I i II, Banja Luka, 2010, 167.

11 Član 70. ZOO.

12 Perović, S., Stojanović, D., op. cit., 361.

13 Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., 133.

kada pozitivni propisi zahtijevaju formu notarski obrađene isprave. Isprave nastale notarskom obradom su jedna od vrsta isprava u nadležnosti notara, pored notarske ovjere i notarske potvrde, s tim što ćemo se u radu baviti formom notarski obrađene isprave kao *formom ad solemnitatem*, koja je nakon donošenja presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine postala upitna. Notarska obrada isprave znači da je isprava u cijelosti sačinjena od strane notara u strogo formaliziranom postupku. Uvođenjem latinskog notarijata u naš pravni sistem, notari su preuzeli dominantnu ulogu u nastanku i sklapanju većine pravnih poslova, a naročito onih koji imaju za cilj stjecanje ili prijenos prava vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama.

Posebna pažnja bit će usmjerena na analizu presude Ustavnog suda U-15/1014 od 2.12.2015.godine i presude Ustavnog sud U-22/1615 od 6.3.2019. godine, kojima su određene odredbe Zakona o notarima Federacije Bosne i Hercegovine (ZNot FBiH)¹⁶, kao i odredbe drugih materijalnih zakona utvrđene neustavnim. Presudom U-15/10 od 2.12.2015. utvrđeni su kao neustavni član 6. stav 2., član 27., i članovi 69. do 73. ZNot FBiH.

Osporenim odredbama, i to članom 6. ZNot FBiH propisuju se uvjeti za pristupanje polaganju notarskog ispita, članom 27. propisuju se službeno sjedište notara i broj notara, članom 69. propisuje se nadležnost notara, a članom 73. pravni poslovi za koje je obavezna notarska obrada isprave. Prema mišljenju Ustavnog suda zakonodavac osporenim odredbama ZNot FBiH uskraćuje pravo građanima i pravnim osobama da po vlastitom izboru odlučuju da li će odgovarajuće usluge zatražiti od advokata ili notara i upućuje ih notarima, na koji način, suprotno europskom, ali i domaćem konkurencijskom pravu, uspostavlja monopolski položaj notara za izuzetno širok krug pravnih poslova i radnji, za čije obavljanje su jednako kompetentni advokati, ali i drugi pravници sa položenim pravosudnim ispitom, magistarskim ispitom ili doktoratom, pri čemu se nejednakost pred zakonom i diskriminacija na najočitiji način manifestira u odnosu na sve ove osobe.¹⁷ Ovakav rezon i viđenje notarske službe od strane suda je veoma diskutabilno, jer se ne zasniva potpuno na pravnoj

14 „Službene novine FBiH“, br. 30/16 od 20.4.2016.

15 „Službene novine FBiH“, br. 32/19 od 15.5.2019.

16 „Službene novine FBiH“, br. 45/02.

17 Presuda U-15/10, par. 7.



argumentaciji. Povlači argumente *pro et contra* i otvara mnoga pitanja, međutim „posredovanje“ između dvije ili više pravnih profesija svakako nije namjera autora niti cilj ovog rada.

Iz perspektive rada posebno je zanimljiv član 73. ZNot FBiH, kojim su propisani pravni poslovi koji moraju biti zaključeni u formi notarski obrađene isprave, a suprotno postupanje ima za posljedicu njihovu ništavost. Ovom odredbom zakonodavac je propisao obaveznu notarsku obradu za veliki broj pravnih poslova, u skoro svim segmentima pravnog života, zbog čega se prema ocjeni Ustavnog suda dovodi u pitanje legitimnost cilja uvođenja notarske obrade isprave.¹⁸ Presuda U-22/16 donesena je zbog nepoštivanja ranije presude U-15/10. Kasnijom presudom, koja je neraskidivo povezana sa osporenim članom 73. ZNot FBiH, Ustavni sud je izričitog stava da su pojedine odredbe i drugih materijalnih zakona kojima se propisuje obavezna notarska obrada isprava također neustavne, s obzirom da je važenje član 73. ZNot FBiH bilo vremenski ograničeno, odnosno tako dugo dok njegove odredbe ne budu zamijenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava (stav 5. čl. 73. ZNot FBiH). Kako je u međuvremenu donesen značajan broj posebnih zakona koji su propisali obaveznu notarsku obradu za pravne poslove iz svog polja primjene, a kako pravni osnov u sistemskom zakonu tj. ZNot FBiH, po kojem je ta mogućnost propisana više ne postoji, prema mišljenju Ustavnog suda implikacije presude U-15/10 proširuju se i na odredbe tih posebnih zakona.

2. Vrste formi ugovora

Formalnost ugovora treba sagledati kao jedan kontinuitet, gdje pored ispunjenja općih i bitnih pretpostavki pridržavanje forme može biti bitni uvjet za valjano sklapanje samo nekih ugovora,¹⁹ pa

18 Ibid.

19 Vizner, B., op. cit., 306. Imajući u vidu dominaciju neformalnih pravnih poslova, ipak ZOO čitav niz ugovora predviđa formalnim, na način da se moraju sklopiti u pismenoj formi: ugovor o prodaji sa obročnim otplatama cijene (čl. 543.), ugovor o građenju (čl. 630.), ugovor o licenci (čl. 687.), ugovor o trgovinskom zastupanju (čl. 791.), ugovor o alotmanu (čl. 886.), ugovor o osiguranju (čl. 901.), ugovor o jemstvu (čl. 998.), ugovor o otvaranju bankarskog tekućeg računa (čl. 1053.), ugovor o kreditu (čl. 1066.), bankarska garancija (čl.1083.).

time formalan ugovor nastaje kada je kontinuitet završen.²⁰ S druge strane, neformalni ugovori se mogu sklopiti običnom saglasnošću volja ugovornih strana, bez obaveze pridržavanja bilo kakve zahtijevane forme, bilo da je ona predviđena zakonom, bilo sporazumom stranaka.²¹

U pravnom prometu, s obzirom na vanjski način njenog manifestiranja, postoji usmena forma, realna forma, pismena forma, forma javne isprave ili svečana forma. Usmena forma podrazumijeva upotrebu živih riječi (*viva vox*) prilikom sklapanja ugovora,²² ali zbog svoje nepouzdanosti o postojanju i sadržaju ugovora, te apstraktnosti nije omiljena u pravnom prometu. Treba ipak imati na umu da i usmeno sklopljen ugovor može biti formalan, ako bi ovaj vid forme bio predviđen kao obavezan.²³

Kada se govori dalje o formi ugovora, potrebno je s obzirom na intenzitet pravnog učinka forme, razlikovati bitnu formu (*forma ad solemnitatem*) i dokaznu formu (*forma ad probationem*).²⁴ Bitna ili solemnitetska forma je ona bez koje ugovor ne može nastati. Ona predstavlja konstitutivni sastojak samog ugovora. Može se odrediti zakonom ili voljom ugovornih strana, a prisustvo takve forme čini jedan ugovor formalnim. Za razliku od nje, dokazna forma služi jedino kao sredstvo dokazivanja da je ugovor zaključen i ne utječe na njegovu punovažnost. Prema načinu nastanka, forma može biti zakonska i ugovorena. Ukoliko se za zaključenje određenog ugovora zakonom zahtijeva izvjesna forma, u tom slučaju radi se o zakonskoj formi, pa i ponuda za zaključenje takvog ugovora da bi obvezivala ponudiooca

20 Tako npr. pismeni ugovor nastaje kada su stranke isti potpisale, dok u slučaju ako se pored pismenosti traži i ovjera, onda se kontinuitet završava sa ovom posljednjom radnjom. Vass, A., *Kad nastupa pravno dejstvo formalnog ugovora*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 1/1981, 27.; Isto v. Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo, opšti deo*, Beograd, 1976, 195.

21 Na tragu neformalnosti ugovora počivaju i Lando načela, tako u čl. 2:101(2) propisuje se da ugovor ne treba biti sklopljen ili zabilježen u pisanom obliku niti treba ispunjavati bilo koje druge zahtjeve u pogledu forme. Ugovor se može dokazivati bilo kojim sredstvom, uključujući i svjedoke. Detaljnije vidi komentar ovog člana Lando, O., Beale, H., (ed.) *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000, 142-143.

22 Vizner, B., op. cit., 308.

23 Klarić, P., Vedriš, M., op. cit., 132.

24 Vizner, B., op. cit., 309.

mora biti data u toj formi.²⁵ Isto važi i za prihvatanje ponude.²⁶ Prema ZOO forma je konstitutivan, bitan element nastanka određenih ugovora, što proizlazi iz pravila da ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo, ukoliko iz cilja propisa kojim je forma određena ne proizlazi šta drugo.²⁷ Zakonski propisana forma najčešće se zahtijeva radi zaštite javnih interesa u posebno značajnim oblastima društvenog života, zatim radi jasnoće pravnog odnosa u određenim ugovorima i zaštite interesa ugovornih strana, ali i kako bi se lakše osigurao dokaz o zaključenom ugovoru.²⁸

Prvi razlog propisivanja forme najbolje se može vidjeti kroz značaj stvarnih prava na nekretninama, kao predmeta ugovornih odnosa, koji je prepoznat i u općem dijelu ZOO, gdje pored pismene forme ZOO upućuje i na dodatnu formu u drugom propisu. Ranije je to bila primjena Zakona o prometu nepokretnosti,²⁹ a potom je to postala forma iz ZNot FBiH i drugih materijalnih zakona. Zakonom propisana forma može imati i zaštitnu funkciju na način da štiti ugovornu stranu od prebrzog prihvatanja određenog ugovora iz kojeg za nju proizlaze materijalne obaveze bez primanja protučinidbe (npr. kod ugovora o poklonu).³⁰ Svrha, primjerice, pismene forme ugovora o građenju (kao i drugih ugovora za koje je zakon propisao

25 Član 45. st. 2. ZOO.

26 Član 38. ZOO. S tim u vezi, „...pravilan je zaključak prvostepenog suda da je tužilac elektronskim putem dostavio ponudu tuženog, koja je sadržavala sve bitne sastojke ugovora. Prihvatanje ponude je izjava volje kojom se jedna strana saglašava sa primljenom ponudom i na osnovu koje nastaje ugovor i relevantna je ako po sadržini odgovara ponudi u pogledu bitnih sastojaka ugovora. Prihvatanje ponude ne mora biti u određenoj formi, osim ako zakon propisuje posebnu formu za zaključenje takvog ugovora, ali je u pravnom prometu uobičajeno da se prihvatanje ponude učini u formi u kojoj je data ponuda. U ovom slučaju, i ponuda i prihvatanje ponude i cjelokupna korespodencija stranaka povodom konkretnog poslovnog odnosa vršena je elektronskim putem“. Presuda Privrednog apelacionog suda, PŽ.10236/2011(3) od 24.4.2012., dostupno u pravnoj bazi Paragraf Lex.

27 Član 70. st. 1. ZOO.

28 Bikić, A., op. cit., 102.

29 Zakon o prometu nepokretnosti („Sl. novine SR BiH“, br. 38/78,4/89, 29/90, 22/91 i „Sl. novine R BiH“, br. 21/92,3/93, 10/94 i 18/94).

30 Bikić, A., op. cit., 102.

obaveznu formu) je da se naglasi njegova ozbiljnost i omogući lakše utvrđivanje sadržine.³¹

Formu, kao uvjet punovažnosti ugovora ne mora predviđati samo zakon. Kada same stranke ugovore posebnu formu kao uvjet punovažnosti ugovora, tada se radi o ugovorenoj formi.³² Ona se može predvidjeti, kako za ugovore koji su po zakonu neformalni, tako i za one koji su po zakonu formalni, dodajući zakonskoj formi i ispunjenje neke druge forme. Ugovorne strane, u principu, mogu ugovoriti svaku vrstu forme ukoliko se time ne vrijeđaju okviri javnog poretka. Budući da ugovorenu formu stranke žele kao uvjet punovažnosti ugovora, ugovor čiji su nastanak stranke uvjetovale posebnom formom može biti raskinut, dopunjen ili na drugi način izmijenjen i neformalnim sporazumom.³³ Ugovorne strane mogu predvidjeti da sklapanje ugovora u posebnom obliku nema značenje pretpostavke valjanosti ugovora, nego da je svrha sklapanja ugovora u ugovorenom obliku osiguranje dokaza postojanja ugovora ili postizanje nekog drugog cilja. U takvim prilikama poseban oblik ne čini bitni sastojak ugovora, pa ako se ugovor i ne sklopi u predviđenom ugovorenom obliku, ipak će se smatrati sklopljenim i valjanim. Iz ovako nastalog ugovora također proizlaze i određena prava i obaveze, kao i obaveza da se kasnije sklopi ugovor u ugovorenom obliku.

Ugovorne strane mogu poslije zaključenja ugovora u određenoj formi sporazumno mijenjati ili dopunjavati pojedine elemente. Tada se postavlja pitanje je li i za takav sporazum potrebna odgovarajuća forma? Zahtjev da ugovor bude zaključen u određenoj formi važi i za sve kasnije izmjene ili dopune ugovora.³⁴ U st. 3. čl. 70. ZOO predviđen je izuzetak od navedenog pravila, koji propisuje da su punovažne kasnije usmene dopune formalnog ugovora, ali samo ako se odnose na sporedne tačke koje nisu obuhvaćene predviđenom formom i ukoliko to nije protivno cilju zbog kojeg je forma i propisana. Drugi izuzetak predviđa da su punovažne i kasnije usmene pogodbe, kojima se smanjuju ili olakšavaju obaveze jedne ili druge strane, a posebna forma je propisana samo u interesu ugovornih strana,³⁵ npr. jamac se

31 Iz presude *Privrednog apelacionog suda*, Pž. 12981/11(2) od 9.11.2011.

32 Član 69. st.1. ZOO.

33 Član 69. st. 2. ZOO.

34 Član 67. st. 2. ZOO.

35 Član 67. st. 2-4. ZOO.

mora pismeno obavezati, ali mu povjerilac i usmeno može smanjiti obavezu.

U pogledu ugovora za čije je zaključenje zakonom propisana obavezna pismena forma, izjava o raskidu mora biti data u pismenoj formi i dostavljena protivnoj strani da bi proizvela pravna dejstva.³⁶ Kada je u pitanju raskid ugovora formalni ugovori mogu biti raskinuti i neformalnim sporazumom, izuzev ako je za određeni slučaj predviđeno što drugo, ili ako cilj zbog kojeg je propisana forma zahtijeva da raskid ugovora bude obavljen u istoj formi.³⁷ Stanovište zakonodavca da se formalni ugovori, u principu, mogu raskinuti i neformalnim sporazumom proizlazi iz općeg principa ugovornog prava, da se ugovori u načelu zaključuju *solo consensu*. Forma kao uvjet raskida ugovora potrebna je samo onda kada je zakonom ili voljom stranaka predviđena.³⁸ Međutim, pravilo iz člana 68. ZOO odnosi se samo na sporazumni raskid ugovora, kada stranke saglasnošću volja odustanu od ranije zaključenog ugovora, jer tada više ne žele ostvarenje onog pravnog dejstva zbog koga su ugovor i zaključile.³⁹ Sporazumni raskid ugovora moguć je samo u slučaju neizvršenog ili djelimično

36 “Prema članu 67. st. 2. ZOO zahtjev zakona da ugovor bude zaključen u određenoj formi važi i za sve kasnije izmjene ili dopune ugovora. I izjava o raskidu je u suštini izjava o izmjeni ugovora, izmjeni koja ima za posljedicu da ugovor prestaje da proizvodi pravno dejstvo. Slijedi da u konkretnoj stvari izjava o raskidu mora biti učinjena u pisanoj formi, jer je čl. 687. ZOO za ugovor o licenci zakonom propisana obavezna pisana forma i da mora biti dostavljena protivnoj strani da bi proizvela dejstvo.“ Iz rješenja *Privrednog apelacionog suda*, PŽ. 929/11 od 12.2011., Paragraf Lex.

37 Član 68. ZOO. „Stranke mogu i prećutno, dužom pasivnošću, ispoljiti volju da raskinu ugovor, pa i kada je ovaj zaključen u pismenom obliku.“ Pre suda *Okružnog suda u Banja Luci*, GŽ. 35067/10 od 31.3.2010. „Kada kupac nakon zaključenja ugovora o kupoprodaji, pismenom izjavom izjavi prodavcu volju ‘da se ugovor stavi van snage’, a prodavac nakon toga podnese protiv njega tužbu za predaju u posjed predmeta kupoprodaje, ima se zaključiti da se prodavac na taj način saglasio sa kupcem i da je kupoprodajni ugovor raskinut neformalnim sporazumom.“ Presuda *Vrhovnog suda Federacije BiH*, Rev. 337/2009 od 27.1.2011., Paragraf Lex.

38 Bukljaš, I., *Komentar zakona o obveznim odnosima-Opći i posebni dio obligacija*, Progres, Zagreb, 1978, 322.

39 “Volja za raskidanje ugovora može se izraziti riječima, uobičajenim značima ili drugim ponašanjem iz kojeg se sa sigurnošću može zaključiti o njezinu postojanju. Tako se ugovor o prodaji nekretnine može raskinuti neformalnim sporazumom.“ *Vrhovni sud Hrvatske*, Rev. 1743/88 od 15.2.1989. – pregled sudske prakse, br. 44/78.

izvršenog ugovora, ali ne i kada je ugovor potpuno izvršen.⁴⁰ Prema stanovištu teorije, sporazumni raskid nema povratno dejstvo, ali stranke mu to mogu dati.⁴¹

Usvajanjem ZNot FBiH opao je u velikoj mjeri značaj obične pismene forme, a porastao značaj notarske forme javne isprave, jer se proširila lepeza poslova povjerenih notarima. Bitno je, ipak, ukazati i na elemente pismene forme, jer je to forma u kojoj se i dalje zaključuje najveći broj ugovora. Naročito ukoliko se uzmu u obzir i ugovori, koji su inače konsenzualni, ali čiji punovažan nastanak je voljom ugovornih strana uvjetovan pismenom formom. Ako ugovor nije zaključen u pismenoj formi, od utjecaja je na postojanje poslovnog odnosa, samo u situaciji kada zakon izričito propisuje da je pismena forma uvjet punovažnosti ugovora. Pismena forma se sastoji od dva elementa, teksta i potpisa ugovornih strana. U tekstu ugovora se pisanim znacima izražava sadržina izjava volja ugovornih strana. Tekst izjave volje ne mora biti napisan svojeručno, već može biti sačinjen i pomoću određenog tehničkog sredstva (najčešće računara) ili od strane trećeg lica.⁴² Po pravilu, u tekstu izraženu volju ugovornih strana potpisom potvrđuju obje ugovorne strane, međutim, za ispunjenost uvjeta pismene forme kod jednostrano obavezujućih ugovora dovoljan je i potpis samo one strane koja se ugovorom obavezuje.⁴³

3. Posljedice povrede ad solemnitatem forme ugovora

Propisivanjem forme, kao uvjeta punovažnosti jednog ugovora uvijek se želi postići određeni cilj, zbog čega se korisne strane forme mogu promatrati kroz dvije funkcije, a to su zaštitna i dokazna. U zaštitnoj funkciji forme prepoznaju se dvije komponente, zaštita određenih društvenih interesa i zaštita interesa samih ugovornih strana.⁴⁴ Forma je posebno usmjerena zaštiti sigurnosti pravnog poretka, jer se njenim posredstvom sprovodi kontrola poštivanja zakonskih propisa, odnosno društvena kontrola uopće kada je riječ

40 Jakšić, S., *Obligaciono pravo*, Sarajevo, 1962, 183.

41 Ibid.

42 Radovanović, S. M., Mišćević, N., *O elektronskoj formi ugovora u domaćem pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4/2018, 1645.

43 Član 72. st. 1. ZOO.

44 Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986, 278.

o prometu određenih materijalnih dobara (naročito nepokretnosti).⁴⁵ Dokazna funkcija forme se sastoji u tome što forma u dobroj mjeri pruža pouzdan dokaz, kako o postojanju samog ugovora, tako i o njegovoj sadržini. Formuliranjem izjava volja ugovornih strana u pismeni dokument smanjuje se mogućnost da se između strana javi spor u vezi sa njihovim pravima i obavezama iz ugovornog odnosa ili se time bar skraćuju ili pojednostavljaju sporovi, čime se posljedično doprinosi pravnoj zaštiti i procesnoj ekonomiji.⁴⁶

Ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo, ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizlazi što drugo.⁴⁷ Isto pravilo važi i za slučaj da su ugovorne strane punovažnost svog ugovora uvjetovale posebnom formom.⁴⁸ Polazi se od stanovišta da je forma kod formalnog ugovora bitan uvjet njegovog nastanka, njezinim izostankom ugovor ne proizvodi pravno dejstvo, ništav je i to *ex tunc*.⁴⁹ Na ništavost se može pozivati svako zainteresirano lice,⁵⁰ u prvom redu ugovorne strane, njihovi nasljednici, vjerovnici, ali i bilo koje treće lice koje bi imalo interes da se ugovor utvrdi ništavim.⁵¹ Na ništavost ugovora sud pazi po službenoj dužnosti,⁵² što je opravdana posljedica zbog prirode ovih ugovora. Aktivna legitimacija za utvrđenje ništavosti⁵³ šira je od aktivne legitimacije za izricanje posljedica ništavosti, koja pripada samo ugovaračima, i to u smislu da tu legitimaciju ima širi krug lica koja se unaprijed i ne znaju, jer ništavost pogađa i ugovarače i njih se sudbina ugovora, ali i pravne posljedice, neposredno tiču.

45 Pušac, J., *Forma obligacionih ugovora*, Godišnjak fakulteta Pravnih nauka, Banja Luka, br. 4/2014, 214.

46 Radović, S. M., Mišćević, N., op. cit., 1646.

47 Član 70. st. 1. ZOO.

48 Član 70. st. 2. ZOO.

49 Antić, O., *Obligaciono pravo*, Beograd, 2009, 429.

50 Član 109. ZOO.

51 Pušac, J., *Pravne posljedice povrede bitne forme ugovora*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 65/2013, 355.

52 Član 55. ZOO.

53 "Preživjeli bračni drug nije mogao pokloniti određene nekretnine stečene zajedničkim radom s drugim bračnim partnerom, pa nasljednici umrlog bračnog druga mogu tražiti da se ugovor u cjelini ili u dijelu koji odgovara doprinosu ostaviocaponišti. Presuda Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, Rev. 468/83 od 27.10.1983., Bilten VS BiH, br. 1984/2-73.

U pogledu vremenskog perioda u kojem se može tražiti utvrđivanje ništavosti ugovora, ZOO stoji na stanovištu da pravo na isticanje ništavosti ne zastarijeva. Ukoliko bi pravo na isticanje ništavosti bilo prekludirano nekim rokom, onda bi ništavi pravni poslovi protekom vremena bili zaštićeni i predstavljali bi valjane pravne poslove, a što oni ne mogu biti. Isticanje ništavosti ugovora pred sudom nije ograničeno samo na tužbu za „golo“ utvrđenje ništavosti, nego se njome u skladu sa odredbama zakona može postaviti i zahtjev za vraćanje onog što je primljeno, zatim zahtjev za naknadu štete savjesnog protiv nesavjesnog ugovarača.⁵⁴ Jedno od osnovnih pitanja, koje se javlja kao posljedica zaključenja ništavog ugovora, jeste i pitanje reguliranja odnosa ugovornih strana, kada su one potpuno ili djelimično izvršile ugovorne obaveze, ili kada ih nisu uopće izvršile. U tom smislu možemo govoriti o obavezi restitucije, naknadi štete i oduzimanju prestacije u korist nadležne općine (zabrana restitucije).

Osnovna posljedica ništavih ugovora sastoji se u obavezi ugovornih strana da vrate jedna drugoj sve ono što su primile po osnovu takvog ugovora.⁵⁵ Restitucija kao posljedica ništavosti znači uspostavljanje onog stanja u imovini stranaka, koje je bilo prije zaključenja ništavog ugovora, a vrši se po pravilima istovremenog ispunjenja.⁵⁶ Ne može se tražiti ispunjenje obaveze iz ništavog ugovora, ali je svaka strana dužna vratiti ono što je primila.⁵⁷ Restitucija može biti jednostrana ili dvostrana.⁵⁸ U situaciji predviđenoj čl. 104. st. 2. ZOO do restitucije, ipak neće doći, pa sud može donijeti odluku o oduzimanju predmeta prestacije u korist nadležne općine. Zabrana restitucije odnosi se samo na one ništave ugovore, koji su u očiglednoj suprotnosti sa određenim pravnim i moralnim normama, i čijim bi se izvršenjem u većoj mjeri narušavala društvena dobra (materijalna, intelektualna, moralna), a stranke su pri tome postupale

54 Česić, Z., Gorenc, V., Kačer, H., et al., *Komentar zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005, 476.

55 Član 104. st. 1. ZOO.

56 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gzz.44/04 od 5.5.2004., Paragraf Lex

57 Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj. II Rev. 191/98 od 2.10.2002., Izbor odluka, br. 2003/1-28.

58 O restituciji vidi Perović, S., Stojanović, D., op. cit., 361.; Vizner, B., op. cit., 459 i dalje.; Nikolić, D., *O primjeni načela restitucije*, Građansko pravna sankcija - geneza, evolucija i savremeni pojam, Pravni fakultet Novi Sad, 1995, 138 i dalje.



nesvjesno.⁵⁹ Između ostalih, posljedica ništavog ugovora može biti i naknada štete, koju je jedna strana pretrpjela zaključenjem takvog ugovora. To može biti samo ona ugovorna strana koja je bila savjesna, odnosno ona koja nije znala niti je prema okolnostima slučaja morala znati za postojanje nekog od uzroka ništavosti.⁶⁰ Ako su oba saugovaratelja savjesna, ili su oba nesavjesna, ili nema uzročne veze između pretrpljene štete i ništavosti, ne može se primijeniti pravilo o naknadi štete iz člana 108. ZOO.⁶¹

4. Mogućnost konvalidacije

Ništavi pravni poslovi ne mogu konvalidirati, naknadno osnaženje nevaljanih pravnih poslova (*konvalidacija*) rezervirano je za pobjodne ugovore. Pobjoini ili rušljivi ugovori, istina sadrže određeni nedostatak, ali tim nedostatkom se ne vrijeđa opći društveni interes, već interes ugovornih strana, koje jedine i mogu tražiti poništenje ugovora.⁶²

Pod određenim pretpostavkama i ništavi ugovori mogu konvalidirati. ZOO poznaje nekoliko takvih slučajeva, a jedan je propisan čl. 73. ZOO, gdje se nedostatak bitne forme zamjenjuje izvršenjem ugovora. Ugovor za čije se sklapanje zahtijeva pismena forma smatra se punovažnim iako nije zaključen u toj formi, ako su ugovorne strane izvršile,

59 Perović, S., Stojanović, D., op. cit., 363.

60 Član 108. ZOO.

61 "U situaciji kada se utvrdi da je ugovor ništav, a što je konkretno slučaj, može se tražiti restitucija i naknada štete pod uslovima propisanim u članu 104. i 108. ZOO. Stoga tuženi nema pravo da traži naknadu koristi koju je tužilac, kao druga ugovorna strana, imala od korištenja lokala ovdje tuženog, prema pravilima za sticanje bez osnova, kako je regulisano čl.219. ZOO. U konkretnoj situaciji očigledno je da su obje ugovorne strane bile nesavjesne, s obzirom da su znale da su ugovor zaključile protivno članu 4. Zakona o prometu nepokretnosti, s obzirom da potpisi ugovarača nisu bili ovjereni kod suda. U situaciji u kojoj su obje ugovorne strane bile nesavjesne, imaju pravo da zahtijevaju restituciju onoga što su dale na osnovu ništavog ugovora, ali nemaju pravo da traže naknadu štete, te stoga ni tuženi nema pravo da traži od tužioca navedene novčane iznose naknade štete, kao nesavjesna ugovorna strana." *Presuda Privrednog apelacionog suda, PŽ.5486/2011(2) od 14.12.2011.*, Paragraf Lex.

62 Više vidi Bikić, A., op. cit., 180-183.

u cjelosti ili u pretežnom dijelu, obaveze koje iz njega nastaju, osim ako iz cilja zbog kojeg je forma propisana očito ne proizlazi što drugo.⁶³

Primjena i tumačenje ove odredbe kada se radi o izostanku *forme ad solemnitatem*, a ipak ispunjenom ugovoru, oduvijek je bilo sporno, kako u pravnoj nauci tako i u sudskoj praksi. Konfrontirani su argumenti, ovisno o tome kako se tumači cilj zbog kojeg je forma propisana, a što je odlučujući kriterij da li će ugovor biti ništav ili ne. Drugim riječima, potrebno je utvrditi radi li se u konkretnom slučaju o povredi javnih ili privatnih interesa.⁶⁴ Ako je cilj zbog kojeg je forma propisana pretežna zaštita interesa ugovornih strana, bilo da je riječ o zakonskoj ili ugovorenoj formi, onda izvršavanje obaveza u cjelosti ili u pretežnom dijelu, može nadomjesti nedostatak forme.⁶⁵ Ugovorne strane materijalnim radnjama konvalidiraju jedan formalni nedostatak na koji način štite svoj, ali i javni interes.⁶⁶ Ako je cilj propisane forme prvenstveno zaštita nekog posebno važnog javnog interesa, onda ugovorne strane izvršenjem ugovora u cjelosti ili pretežnom dijelu ne mogu odustati od zahtjeva forme, čime bi prekršile i imperativne propise o formi.

Ukoliko ovo prenesemo na teren prometa nekretnina, odnosno pravne poslove koji služe stjecanju ili prijenosu stvarnih prava na nekretninama (prodaja, poklon, doživotno izdržavanje), od kojih najveći značaj ima svakako ugovor o prodaji, onda konvalidacija izvršenjem ugovora i nije tako jednostavno pitanje. Kod ugovora koji služe pravnom prometu nekretnina, do stupanja na snagu propisa o notarima, tražila se kvalificirana pismena forma, koja je uz pismeni ugovor podrazumijevala i obaveznu ovjeru potpisa ugovornih strana od strane nadležnog suda, a alternativno umjesto ovjere potpisa

63 Vidi o tome oprečne stavove prof. Perovića i prof. Gamsa u Vizner, B., op. cit., 336-338.

64 Ibidem, 339.

65 "Ugovor o zakupu iako nije sklopljen u pisanom obliku, ali su ga stranke ispunjavale u pretežnom obliku, tužitelj je predao poslovni prostor na korištenje tuženom, a ovaj mu je pretežno plaćao zakupninu, proizvodi pravne učinke i smatra se valjanim." Presuda Vrhovnog suda R Hrvatske, Rev. 208/96 od 19.1.2000. „Usmeni ugovor o ustupanju prava davanja stana na korištenje može se konvalidirati, ako su ugovorne strane u pretežnom dijelu izvršile svoje ugovorne obaveze.“ Presuda Vrhovnog suda BiH, PŽ.365/90 od 25.2.1991., Bilten VS BiH, br. 1991/2-82.

66 Iz presude Privrednog apelacionog suda, PŽ. 11516/10 od 13.1.2011.



potpis dva svjedoka.⁶⁷ No, i pored ovako jasne pravne norme, većina sudova u svojim odlukama ipak je išla u drugom smjeru. U slučaju kada je pismeno zaključenom ugovoru o prodaji nekretnine nedostajala ovjera potpisa, sud bi, na osnovu odredbi Zakona o prometu nepokretnosti,⁶⁸ ipak dozvolio konvalidaciju ako su ugovorne strane u cjelosti ili u pretežnom dijelu ispunile svoje obaveze.⁶⁹ Razlog ove „pravne gimnastike“ nastavio se zbog ranije sudske prakse (prije donošenja ZOO), koja je polazila od zaštite savjesne ugovorne strane, u slučaju kada bi strane zaključile ugovor o prodaji nekretnine ne poštujući pismenu formu, kao i time da je nastalo novo pravno stanje, promjena u imovinskim odnosima, koje odgovara volji stranaka i koje one ne mogu narušavati, u smislu zahtjeva restitucije.⁷⁰ Tom prav-

67 Član 9. Zakona o prometu nepokretnosti. Po značaju koji joj zakon priznaje i po stupnju obaveznosti, ova forma je bitna (*ad solemnitatem*) jer predstavlja uvjet postojanja ugovora, njegov konstitutivni sastojak. Ujedno, ova forma također predstavlja i formu javne isprave kod koje se intervencija organa javne vlasti ogleda u ovjeri potpisa ugovornih strana čime se potvrđuje da je to njihova izjava volje. Vidi Tešić, N., *O značaju forme za promet nepokretnosti-analiza sudske prakse pre uvođenja javnobeležničkog zapisa u srpsko pravo u: Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije* (ur. Radović V.), Beograd, 2014, 488.

68 Naime, u vremenu prije stupanja na snagu Zakona o prometu nepokretnosti i “usmeni ugovor o prometu nepokretnosti biti punovažan ukoliko su ugovorne strane do 4.1.1979., kao dana stupanja na snagu Zakona o prometu nepokretnosti, u cjelosti ili pretežnom dijelu izvršile obaveze koje iz takvog ugovora proizilaze“. Presuda *Vrhovnog suda BiH*, Rev. 15/81 od 14.5.1981., Bilten VS BiH, br. 2/81, 27. „Usmeni ugovor o kupoprodaji navedenih nekretnina zaključen 1965. godine je punovažan iako nije zaključen u pismenoj formi u smislu člana 46. stav 1. Zakona o prometu nepokretnosti (“Službeni list SR BiH“, broj 38/78 do 29/90), jer su ugovorne strane u pretežnom dijelu izvršile obaveze koje za njih iz tog ugovora proističu.“ Presuda *Vrhovnog suda R Srpske*, Rev. 572/05 od 18.12.2007. Prema Pušac, J., *Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 8/2011, bilj. 27., 123-124.

69 Savezni sud bivše Jugoslavije 1983. godine zauzeo je stav da se čl. 73. ZOO primjenjuje i na ugovore o prometu nepokretnosti za koje je forma propisana republičkim, odnosno pokrajinskim zakonima, Bilten Sudske prakse Saveznog suda br. 20/1984, 82. Prema Bikić, A., op. cit., bilj. 189., 105.

70 Stav *Vrhovnog suda bivše Jugoslavije*, br. Rev-1677/65, prema Vizner, B., op. cit., 338. Vodeći se tako načelom savjesnosti i poštenja Sud je zabranio restituciju, odnosno vraćanje davanja ako je usmeni ugovor o prodaji nekretnine ispunjen.

nom logikom, ako su usmeno zaključeni ugovori o prodaji nekretnine mogli biti naknadno osnaženi, kada su obaveze ispunjene, zašto ne bi pismeni ugovori o prodaji nekretnine, kojima nedostaje ovjera potpisa mogli to isto.⁷¹ Uloga suda bila je provjeriti uvjete za konvalidaciju, pa ako utvrdi da su ispunjeni, sud može, prema Zakonu o prometu nepokretnosti, a što ne znači da i mora, priznati dejstvo ugovora. Naprotiv čak i ako su ispunjeni svi uvjeti, sud može ne dozvoliti konvalidaciju ugovora.⁷² No, ipak većina sudskih odluka je pogodovala savjesnoj strani, omogućavajući joj stjecanje prava vlasništva na temelju sudske odluke, kojom se utvrđuje konvalidacija ugovora i ne dozvoljava restitucija.

Shvaćanje sudske prakse, prema kojem konvalidacija ugovora o prometu nepokretnosti zbog nedostatka propisane forme nije upitna, dijeli i određen broj teoretičara. No, postoje i oprečna shvaćanja,

71 “Odredbom čl. 4. st. 3. Zakona o prometu nepokretnosti („Sl. glasnik R Srbije“ br. 42/98, 11/09) dato je ovlaštenje sudu da prizna pravno dejstvo ugovora o prenosu prava na nepokretnosti između nosilaca prava svojine ako su ispunjeni izričito predviđeni uslovi. Za konvalidaciju je potrebno da je ugovor ispunjen u cjelini ili u pretežnom dijelu, što podrazumijeva ispunjenost obaveze obje ugovorne strane u cjelosti ili u pretežnom dijelu, s obzirom da je u smislu odredbe čl. 454. st. 1. ZOO u pitanju dvostrano terećan pravni posao, koji istovremeno obavezuje kako prodavca da na kupca prenese pravo svojine na prodatoj stvari i da stvar preda u državinu, tako i kupca da plati cijenu u novcu i da stvar preuzme, pošto je obaveza jedne strane osnov obaveze drugog ugovarača. U konkretnom slučaju, pismeno u formi priznanice predstavlja saglasnost volja prodavca i kupca da sačine ugovor o prodaji nepokretnosti i sadrži sve bitne elemente pismenog ugovora o kupoprodaji, kome nedostaje propisana forma, s obzirom da je na priznanici naznačena kupoprodajna cijena, predmet kupoprodaje i ugovorne strane su označene kao kupac i prodavac.“ *Presuda Apelacionog suda u Beogradu*, Gž.5975/2013 od 11.10.2013., Paragraf Lex. Zatim, “Na osnovu izvedenih dokaza je utvrđeno da je između stranaka zaključen 5.9.1999. godine pismeni ugovor o kupoprodaji, a predmet ugovora je parcela po kulturi šuma sa opisanom granicom površine koja se prodaje i ista je identifikovana preko vještaka geometra. Takođe, je utvrđeno da je ugovor ispunjen u pretežnom dijelu, nije povrijeđeno pravo preče kupovine, a od nadležnog ministarstva je pribavljen izvještaj da bi stranke dobile odobrenje za zaključenje predmetnog ugovora, pa se pravilno zaključuje da su ispunjeni uvjeti iz čl. 4. st. 3. Zakona o prometu nepokretnosti za konvalidaciju pismenog ugovora koji nije ovjeren i za usvajanje tužbenog zahtjeva.“ *Presuda Okružnog suda u Čačku*, Gž.95/2003 od 28.1.2003, Paragraf Lex.

72 Vujović, I., *Mogućnost konvalidacije ugovora o prometu nepokretnosti zaključenog u formi notarske isprave*, Harmonius, Akademija za pravne studije, 2014, 354.

kako u teoriji, tako i u sudskoj praksi, sa kojim se slažemo i za koja smatramo da su ispravna,⁷³ a to je da se do početka primjene propisa o notarima prijenos prava vlasništva na nekretninama može vršiti samo na osnovu sudski ovjerenog ugovora, koji je priložen uz zahtjev za uknjižbu.⁷⁴

Da bi procijenili kada je ugovor ispunjen u pretežnom dijelu, moralo se voditi računa o predmetu ugovora.⁷⁵ Na primjer, ako je predmet takvog ugovora bila buduća stvar, stan u izgradnji, onda se ugovor kojim su strane ugovorile izgradnju stana, u slučaju da je izvršen, smatra ugovorom o kupoprodaji nepokretnosti i osnov je za sticanje prava svojine naručioca nad izgrađenim objektom, bez obzira što potpisi ugovarača nisu ovjereni u sudu.⁷⁶

Sudska praksa je, u traženju rješenja spornih pravnih situacija u prometu nekretnina, omogućavala konvalidaciju različitih faktičkih stanja, dajući prednost zaštiti interesa one ugovorne strane, koja je svoje obaveze ispunila,⁷⁷ u odnosu na zaštitu javnog interesa, pravne sigurnosti i drugih legitimnih ciljeva javnog karaktera zbog kojih se propisuje obavezna forma.⁷⁸ Pored toga, zakonska mogućnost vre-

73 “Forma ugovora na osnovu koga se prenosi pravo korištenja ili pravo svojine nad nepokretnostima, propisana je prije svega radi zaštite društvenih interesa. Provođenje u život propisa zahtijeva efikasnu društvenu kontrolu prometa nepokretnosti, zbog čega je u čl. 10. Zakona o prometu nepokretnosti ovjera potpisa ugovarača kod suda bitan element ugovora, bez kojeg ugovor ne proizvodi pravna dejstva. Stoga se ugovor koji nije ovjeren kod suda ne može voljom ugovarača osnažiti (konvalidirati), pa se tako ni izvršenjem ugovora ne utiče na njegovu punovažnost.“ Odluka *Vrhovnog suda Srbije*, Rev. 212/77, Zbirka sudskih odluka iz građanskog prava 1973-1986, Beograd, 1986,140. Prema Bikić, E., Powlakić, M., Suljević, S., Plavšić, M., *Notarsko pravo*, GIZ/TDP, Sarajevo, 2013,195.

74 Ibid.

75 Tešić, N., op. cit., 492 i dalje.

76 “Odredbom člana 458. st. 3. ZOO propisano je da se prodaja može odnositi i na buduću stvar, te samim time i na stan u izgradnji, kako i na stan koji tek treba izgraditi, pa se i ugovor parničnih stranaka, u smislu navedene zakonske odredbe mogao odnositi na prodaju predmetnog stana kao buduće stvari.“ Presuda *Privrednog apelacionog suda*, Pž.2108/2011 od 2.6.2011., *Pragraf Lex*. Tešić, N., op. cit., 505.

77 Vidi Pušac, J., 2011, 124.

78 O konvalidaciji ugovora o prodaji nekretnina opširnije vidi Bikić, E., Brkić, A., *Materijalne i procesnopravne posljedice nedostatka forme ugovora u pravnom prometu nekretnina*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 3/2010, 132 i dalje.

menski neograničenog isticanja zahtjeva za utvrđivanje ništavosti ugovora je podsticala določna postupanja stranaka na uštrb pravne sigurnosti u pravnom prometu nekretninama. Zbog toga su neki autori smatrali da je naš zakonodavac dozvoljavajući konvalidaciju ugovora, koji nisu zaključeni u pismenoj formi ozakonio raniju sudsku praksu usvajanjem tzv. *teorije realizacije*, poznate u nekim pravnim sistemima s ciljem sprečavanja mogućih prevara i zloupotreba.⁷⁹

Jedino kvalificirana pismena forma ugovora o prodaji nekretnine omogućavala je upis prava vlasništva u zemljišnu knjigu (uknjižba), ali ponekad zbog nedostatka bitne forme ugovora osnov uknjižbe bila je sudska odluka.⁸⁰ Bitna forma ugovora sudskim odlukama, bez obzira na sve opravdane motive i razloge koji su opredjeljivali takve odluke, je oslabljena i učinjena nebitnom.⁸¹ Ovakvo stanje u prometu nekretnina zadržalo se sve do reforme stvarnog i zemljišnoknjižnog prava i uvođenja notarijata.⁸²

79 Meškić, Z., Brkić, A., *Svrha forme ugovora u pravnom prometu nekretnina*, Pravna misao, br. 3-4/2010, 13-14.

80 Važno je razlikovati formu ugovora od određenih zahtjeva i *formalnosti* koji se traže kod sklapanja pojedinih ugovora, koje stranke moraju ispoštovati, ali se one ne smatraju zakonske forme ugovora. Među takve formalnosti mogu se ubrojati, obaveza upisa ugovora u zemljišnu knjigu radi formalnosti publiciteta, kao što je slučaj sa ugovorima koji za predmet imaju promet nekretnina. Upis tih ugovora u registar nije zakonom predviđena i nužna forma ugovora od koje bi ovisila njegova punovažnost, nego upis ima značenje načina stjecanja stvarnih prava na nekretninama (*modus acquirendi*). Nadalje, tu je i potreba registriranja ugovora kod poreznih organa radi osiguranja naplate npr. poreza na promet nekretnina, što isto tako nije zakonska forma ugovora. Opširnije Vizner, B., op. cit., 310-312.

81 Ova mogućnost u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine propisana je izmjenama Zakona o prometu nepokretnosti iz 1994. godine. Prema čl. 47. „svi ugovori o prometu nepokretnosti zaključeni u pisanom obliku od dana stupanja na snagu ove uredbe, kao i ugovori o prometu nepokretnosti zaključeni do tog dana (tj. 15.7.1994.), koji nisu sačinjeni u pismenom obliku, a ugovorne strane su ispunile u cjelini ili u pretežnom dijelu ugovorne obaveze punovažni su. Odredba stava 1. ovog člana primjenjivat će se i u zatečenim postupcima pred sudom ako nije donesena prvostepena odluka, odnosno ako prvostepena odluka bude ukinuta.“

82 Meškić, Z., Brkić, A., op. cit., 8.

5. Forma notarske obrade isprave

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.

U Bosni i Hercegovini notarijat je uspostavljen donošenjem tri posebna zakona, koji su međusobno harmonizirani.⁸³ Prema uzoru na većinu zemalja europskokontinentalnog pravnog sistema, usvojen je latinski model notarijata kao slobodne profesije.⁸⁴ 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.⁸⁵

Notarska obrada isprave znači da je isprava u cijelosti sačinjena od strane notara sukladno odredbama čl. 74. do 89. ZNot FBiH i time dokazuje u ispravi zapisane izjave koje su stranke dale pred notarom i koje su svojim potpisom odobrile.⁸⁶ Radnje koje čine postupak notarski obrađene isprave propisane su zakonom, zbog čega se notarski postupak odvija kroz nekoliko 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,

83 Zakon o notarima Republike Srpske („Sl. glasnik RS“, br. 86/05); Zakon o notarima Brčko Distrikt BiH („Sl. glasnik BD BiH“ br. 9/03).

84 O povijesnom razvoju latinskog notarijata vidi Dika, M., *Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj kao sustav modernog slobodnog latinskog notarijata*, Javnobilježničko pravo u praksi, Narodne novine, Zagreb, 2008, 1-8. U okviru notarijata na europskom području mogu se razlikovati tri oblika notarijata: državni notarijat, oblik odvjetnik-notar i oblik notarijata kao privatne prakse. Bikić, E., Radović, M., Suljević, S., *Notarijat u Crnoj Gori*, Podgorica, 2010, 16.

85 Powlakić, M., *Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2/2013, 266; Oruč, E., *Savremene tendencije u razvoju institucije notara*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 8/2011, 135.

86 Član 70. ZNot FBiH.

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.^{87,88}

Postupak notarske obrade isprave predstavlja najstroži zahtjev u pogledu forme pravnog posla ili izjave volje, koji istovremeno zamjenjuje i pismenu formu i formu potvrđivanja, odnosno ovjere potpisa stranaka. Sastavljanje notarskih isprava nije mehaničko pisanje teksta i ovjeravanje, nego je notar, kao nezavisan, neutralan i stručan nosilac javne službe, dužan u sastavljanju notarskih isprava postupati u granicama službenih ovlaštenja, zbog čega notarske isprave imaju karakter javnih isprava.⁸⁹ Time se posredno sprečava nastanak spora u budućnosti, te doprinosi potpunom ostvarenju upozoravajuće funkcije notarske forme.⁹⁰

Notarski obrađena isprava, kao javna isprava, u sudskom postupku ima posebnu dokaznu snagu. To proizlazi iz čl. 132. Zakona o parničnom postupku FBiH,⁹¹ kojom se definira pojam isprave kao dokaznog sredstva u parničnom postupku. U stavu 1. ove odredbe se javnom ispravom, kao dokaznim sredstvom u parničnom postupku, definira ona isprava koju je u takvom obliku izdao organ vlasti u granicama svoje nadležnosti, zatim isprava koju je u takvom obliku izdala pravna osoba u vršenju javnog ovlaštenja koje joj je povjereno zakonom ili propisom zasnovanim na zakonu, koja dokazuje istinitost onoga što se u njoj potvrđuje ili određuje.⁹²

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

87 Povelakić, M., Schalast, C., Softić, V., *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009, 170.

88 Detaljnije o toku postupka sastavljanja notarski obrađenih isprava Bikić, E., et al., op. cit., 129-139.

89 Ibid., 125.

90 Korać, V., *Notarska forma ugovora*, Pravni život, br. 2/2011, 85.

91 "Službene novine FBiH", br. 53/03, 73/05, 19/06, 98/15.

92 Opširnije Ćurić, S., *Notarski obrađena isprava u parničnom postupku u: Notarijat i pravna država*, (ur. E. Šarčević) Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013, 31-64.



nastanka nesporazuma, koji vrlo često vode ka sudskim sporovima.⁹³ Sastavljanje onih pravnih poslova kod kojih nisu prisutni samo interesi lica koja ih poduzimaju, već u velikoj mjeri figuriraju i javni interesi, povjereno je notarima kao nosiocima javnih ovlaštenja i predstavlja srž njihove djelatnosti.⁹⁴ Notarska obrada isprave prema čl. 73. ZNot FBiH zahtijeva se za punovažnost sljedećih pravnih poslova: pravni poslovi o reguliranju imovinskih odnosa između bračnih partnera, kao i između osoba koje žive u vanbračnoj zajednici; raspolaganja imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih osoba; pravne poslove kojima se obećava neka činidba kao poklon, s tim što se nedostatak notarske forme u ovom slučaju nadomješta izvršenjem obećane činidbe;⁹⁵ pravne poslove čiji je predmet prijenos ili stjecanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama; osnivačka akta privrednih društava i utvrđivanje njihovih statuta, kao i svaka promjena statuta.⁹⁶

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.⁹⁷ Ne mogu proizvesti prava i obaveze, i ne može se zahtijevati njihovo prinudno izvršenje, odnosno ne mogu se primijeniti odredbe o konvalidaciji.⁹⁸ 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 is-

93 Oruč, E., Huseinspahić, A., Čolak, E., *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.

94 Đurđević, D., *Javnobeležnički akti u Javnobeležničko pravo* (ur.Hiber D.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005, 109.

95 Tumačenjem čl. 70. st. 1. ZOO slijedi da nema mjesta konvalidaciji ugovora koji oskudijeva ovom, po karakteru *iskjučivom notarskom formom*, a jedini izuzetak je predviđen u pogledu obećanja poklona. Powlakić, M., *et al.*, op. cit., 141.

96 Član 73. ZNot FBiH.

97 Član 73. st. 2. ZNot FBiH.

98 Npr. ako kupoprodajni ugovor neke nekretnine ne bude sačinjen u formi notarski obrađene isprave, takav ugovor neće moći poslužiti za prijenos ili stjecanje prava vlasništva na toj nekretnini, jer se na temelju takvog ugovora neće moći izvršiti upis vlasništva u zemljišne knjige.

prave, kojom stranke nekom pravnom poslu osiguravaju karakter javne isprave i pune dokazne snage u sudskom postupku.⁹⁹

6. Notarska obrada ugovora o prodaji nekretnine

Kod stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama pravni posao je samo osnov za stjecanje tih prava (*iustus titulus*), dok se ona stežu upisom u zemljišne knjige, ako zakonom nije drugačije određeno.¹⁰⁰ Pravni osnov ili instrument tog prijenosa ili stjecanja prava je najčešće pravni posao, odnosno ugovor. Da bi ugovor bio punovažan u pravnom prometu nekretnina potrebno je da je sačinjen u formi notarski obrađene isprave.¹⁰¹

Kada je riječ o formi ugovora u sferi prometa nepokretnosti bitno je istaknuti da volja ugovornih strana nije suverena. Ovdje se radi o značajnom ograničenju privatne autonomije, jer kod takvog raspolaganja prosta izjava volje nije dovoljna.¹⁰² 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*.

Do stupanja na snagu ZNot FBiH, kako je već istaknuto, 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.¹⁰³ Nakon toga, ugovori moraju biti sačinjeni u formi notarski obrađene isprave.¹⁰⁴ Tako sačinjen ugovor dobija kvalifikaciju javne isprave sa dejstvom pretpostavke tačnosti (*praesumptio iuris tantum*), jer je dopušteno dokazivati da je izjava netačno notarski obrađena, odnosno da su posvjedočene činjenice netačne.¹⁰⁵ Zbog prisustva organa javne vlasti i uloge koju ima u trenutku zak-

99 Ćurić, S., op. cit., 40.

100 Čl. 53. st. 1. Zakona o stvarnim pravima FBiH (ZSP FBiH), ("Sl. novine FBiH", br. 66/13, 100/13).

101 Čl. 53. st.2. ZSP FBiH.

102 Tešić, N., op. cit., 486.

103 Bikić, E., et al., op.cit., 195.

104 Čl. 73. ZNot FBiH.

105 Pušac, J., 2011, 120.



ljučenja ugovora, ovakvi ugovori su formalni ugovori *par excellence*.¹⁰⁶ Pravni poslovi koji nemaju za cilj osnivanje ili prijenos stvarnih prava na nekretninama, kao što je npr. ugovor o zakupu nekretnina, pravu preče kupovine, ne moraju biti zaključeni u formi notarski obrađene isprave, čak ni onda kada se želi njihov upis u zemljišne knjige; upis u zemljišne knjige je moguć na osnovu ovjere potpisa.¹⁰⁷

Obaveza zahtijevane forme pojedinih notarski obrađenih pravnih poslova sadrži istovremeno tri različite funkcije i to: zaštita od brzopletog donošenja odluka (npr. kod doživotnog izdržavanja), jasno, precizno i detaljno oblikovanje pravnog posla, zaštita javnih interesa.¹⁰⁸

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 prenapetosti i nepromišljenosti, jer ih postupak notarske obrade primorava da još jedanput dobro razmisle o namjeravanoj pogodbi.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ Karakteristika notarskih isprava koje se odnose na ugovore o nekretninama je u tome što imaju punu dokaznu snagu javnih isprava i što, pod određenim uvjetima, imaju i dokaznu snagu izvršne isprave.¹¹¹

Prema ZOO propisi o formi ugovora važe i za predugovor, ako je propisana forma uvjet punovažnosti ugovora, tako da i predugovor mora biti zaključen u formi notarski obrađene isprave.¹¹² Ovo impe-

106 Perović, S., *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964, 66.

107 Powlakić, M., *et al.*, op. cit., 138.

108 Bikić E., *et al.*, op. cit., 191-193.

109 Pušac, J., 2011, 127.

110 *Ibid.*

111 Senjak, K., *Notarijat i izvršnost notarskih akata*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2/2013, 461.

112 Vidi čl. 45. st. 2. ZOO.

rativno pravilo slijedi iz pravne prirode predugovora, kao sporazuma kojim ugovorne strane preuzimaju obavezu da kasnije zakluče drugi, glavni ugovor i koji obavezuje, ukoliko sadrži bitne sastojke glavnog ugovora.¹¹³ Kada je riječ o punomoći, kao ovlaštenju za zastupanje, koje vlastodavac pravnim poslom daje punomoćniku, također treba imati u vidu kogentno pravilo da notarska forma, koja je propisana za ugovor o prodaji nepokretnosti pod prijetnjom ništavosti, važi i za punomoćje dato za zaključenje tog ugovora.¹¹⁴

Pravni poslovi koji za predmet imaju promet nekretnina čine najveći broj svih pravnih poslova koji se poduzimaju kod notara, od toga najzastupljeniji su ugovori o prodaji.¹¹⁵ Uloga notara u pravnom prometu nekretnina je vrlo značajna, jer osim obavezne notarske obrade ugovora, stranke notaru mogu povjeriti i sve radnje oko realizacije ugovora, uključujući i ovlaštenje na podnošenje i povlačenje zemljišnoknjižnih zahtjeva. Ukoliko bi se vratili na analiziranu mogućnost konvalidacije ugovora o prodaji nekretnina i promatrali sa aspekta povrede obavezne notarske obrade, postavlja se razložno pitanje da li bi ugovori, koji nisu zaključeni u toj formi mogli biti naknadno osnaženi, ako su ispunjeni u cjelini ili pretežnom, dijelu? Da bi dali odgovor na pitanje potrebno se vratiti na čl. 73. ZOO, koji ovu mogućnost dozvoljava *osim ako se to ne bi protivilo cilju zbog kojeg je forma propisana*. Ako je primarni cilj propisivanje forme u oblasti prometa nekretnina oduvijek bila zaštita javnog interesa, u posebno važnim oblastima, ovome možemo dodati i afirmaciju i povjerenje u javne registre, koji pokazuju stanje prava vlasništva, onda je sasvim opravdano shvaćanje da bi primjena čl. 73. ZOO značila izigravanje cilja zbog kojeg je forma propisana, unošenje pravne nesigurnosti, degradiranje zemljišne knjige i stvaranje pogodnog tla za pravne sporove.¹¹⁶

Međutim, u nastavku rada iz analize presuda Ustavnog suda vidljivo je da sud ima drugačije viđenje legitimnog cilja, odnosno razloga koji su opredijelili zakonodavca za uvođenje obavezne notarske

113 Pušac, J., 2011, 121.

114 Ibid.

115 Škaljić, M., *Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini*, Sveske za javno pravo, Fondacija centar za javno pravo, 9. http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Merdzana_Skaljic.pdf (10.02.2020.)

116 Vidi Bikić, E., et al., op. cit., 194-196.



obrade isprava o pravnim poslovima. Ustavni sud smatra da time što su notarima povjerena široka ovlaštenja u privatnoj sferi narušen je delikatan balans između javnog i privatnog interesa.

7. Osvrt na presude Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

7.1. Presuda U-15/10 od 2.12.2015.

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.¹¹⁷ Nakon što Parlament FBiH u roku od šest mjeseci od dana objavljivanja presude u „Službenim novinama FBiH“ nije izvršio presudu, Ustavni sud je dana 20.12.2017. godine donio rješenje kojim je utvrdio da presuda nije izvršena.¹¹⁸

Odredba člana 6. stav 2. ZNot FBiH odnosi se na mogućnost pristupa polaganju notarskog ispita, kojom je propisano da polaganju notarskog ispita može pristupiti samo osoba, koja je najmanje tri godine provela na radu kao notarski pomoćnik. Član 27. ovog zakona propisuje službeno sjedište i broj notara, dok se odredbama čl. 69. do 73. Propisuju poslovi notara, notarska obrada isprave, notarske potvrde

117 Presuda je donesena povodom zahtjeva potpredsjednika FBiH za ocjenu ustavnosti člana 6. stav 2., 27., te člana 69. do 73. ZNot FBiH. Navedeni zahtjev odnosio se na tvrdnju da osporeni članovi ZNot FBiH nisu u skladu sa članom II.A.2 (1).c), d), k) i l) Ustava FBiH a u vezi sa članom VII.3 Ustava FBiH i Aneksom na Ustav FBiH. Zahtjev apelantata se temeljio na tome da postoji zakonom uspostavljena direktna diskriminacija advokata u odnosu na notare, a koja se ogleda u eliminaciji slobodnog disponiranja građana vlastitim pravima i odlučivanja kome će povjeriti sastavljanje određenih ugovora. U zahtjevu je dalje navedeno da je osporenim zakonskim odredbama zakonodavac uspostavio privilegovan, monopolski položaj notara za izuzetno širok krug pravnih poslova i radnji, iako su i advokati po stručnim i moralnim kompetencijama jednako kompetentni za njihovo obavljanje, ali je osporenim čl. 73. ZNot FBiH propisano da su pravni poslovi ništavi, ako isprave nisu notarski obrađene. Zahtjevom se dalje isticalo da zakonsko rješenje ne ispunjava uvjete adekvatnosti i proporcionalnosti, a koji predstavljaju obavezne kategorije svakog normativnog akta.

118 Rješenje Ustavnog suda FBiH broj: U-15/10 od 20.12.2017. godine

i ovjere, nalog suda ili organa vlasti, pravni poslovi za koje je obavezna notarska obrada isprave.

U radu ćemo se fokusirati na dio presude koji se odnosi na primjenu člana 73. ZNot FBiH, a tiče se pravnih poslova za koje je zakonodavac propisao obaveznu formu notarski obrađene isprave, kao uvijek punovažnosti pravnog posla. Zakonodavac je taksativno propisao pravne poslove, koji moraju biti zaključeni u formi notarski obrađene isprave, s tim da stranke imaju pravo zahtijevati notarsku obradu i za druge pravne poslove.

U obrazloženju presude kao osnovni razlog za utvrđivanje neustavnosti odredbe člana 73. ZNot 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. No, 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, za tim što se smatra i koji je to legitimni cilj koji se želi postići propisiv-



anjem 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.

Nadalje, Ustavni sud se osvrće i na stav 5. čl. 73. ZNot FBiH, koji određuje temporalni karakter ovog člana, jer je predviđeno da su druge odredbe čl. 73. važeće samo tako dugo dok ne budu zamenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava. Opređeljenje zakonodavca bilo je postupno derogiranje čl. 73. ZNot FBiH, i to onim redom kako budu usvajani pojedini zakoni kojim će se uređivati ta pitanja. Prema stavu suda, tekst ovog stava odredbe je nerazumljiv, neprecizan i nepredvidljiv u takvoj mjeri da je neodrživ u pravnom poretku u kojem je vrhovno načelo vladavina prava. Budući da je odredba čl. 73. ZNot FBiH u cijelosti ocijenjena neustavnom, to danom objave presude odredbe, koje su ocijenjene takvim više nisu na snazi. Neustavnost se proteže i na sve druge zakone, kojima je propisana obavezna notarska obrada pravnih poslova, jer zakonski osnov u sistemskom zakonu (ZNot FBiH), po kojem je ta mogućnost propisana više ne postoji, pa se implikacije ove ustavnosudske odluke proširuju i na posebne odredbe tih zakona.

Prethodno navedeni stavovi Ustavnog suda vezano za ocjenu ustavnosti sporenih odredaba Zakona o notarima, posebno čl. 73., su u veoma diskutabilni i nude mogućnost iznošenja razložnih kontra argumenata. Diskriminacija jedne, ali i ukupne pravne profesije u odnosu na profesiju notara, te povlašteni položaj notara koji se ogleda u ekskluzivitetu pravnih poslova, koji se pod prijetnjom ništavosti, moraju sklopiti u formi notarskog akta, nije u dovoljnoj mjeri stručna pravna argumentacija korištena u obrazloženju presude.¹¹⁹ Paušalno uspoređivanje i vrednovanje notarske i advokatske djelatnosti, bez da se provede test diskriminacije, sa zaključkom da je jedna profesija u odnosu na drugu favorizirana, je sasvim sporno. Otvara se pitanje znači li to da je advokatska profesija favorizirana u odnosu na notarsku, pa i sve ostale koje sud navodi, ako se ima u vidu zas-

119 Argumente da Ustavni sud FBiH nije adekvatno proveo test diskriminacije, te da je svoju odluku zasnovao na paušalno ustanovljenoj nedozvoljenoj diskriminaciji vidi u: Delić, D., *Odluka Ustavnog suda Federacije BiH o neustavnosti Zakona o notarima*, Sveske za javno pravo, Fondacija Centar za javno pravo, 11 i dalje, dostupno na http://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Demirel_Delic2.pdf (11.02.2020.)

tupanje stranaka u postupcima pred nadležnim sudovima? Naravno, tu su i druga sporna pitanja, kojim se nećemo baviti jer bi smo time premašili zadane okvire ovog rada.

Nakon što je objavljena, presuda U-15/10 izazvala je burne reakcije u javnosti, međutim ostalo je samo na tome, jer presuda nije izvršena, čime je došlo do kršenja čl. IV.C.3.12 b) Ustava Federacije BiH, koji propisuje da su odluke Ustavnog suda konačne i obavezujuće.¹²⁰ Pravna snaga za obaveznu notarsku obradu isprava pravnih poslova, koje je neustavni član 73. ZNot FBiH predviđao, crpila se sada iz čl. 69. i 70. ZNot FBiH, kojim se propisuju poslovi notara, jedan od njih je i notarska obrada isprava, a koji nakon ocjene suda nisu utvrđeni neustavnim. Svakako, tu je i čl. 4.¹²¹ ZNot FBiH, kojim se uređuje dokazna snaga notarskih isprava, koji i nije bio predmet ocjene ustavnosti.

Osim toga, ostalo je nejasno pitanje važenja odredaba drugih zakona, kojim je propisana obavezna notarska obrada, jer zakonski osnov i za te druge propise prema mišljenju Ustavnog suda je u sistemskom zakonu, koji je otpao, pa se neustavnost proteže i na njih. Ovaj stav suda je potpuno zanemaren, jer se vodilo pravnom logikom da odredbe tih posebnih zakona nisu eksplicite, u dispozitivu presude, utvrđene neustavnim, a donošenjem posebnih zakona potreba za čl. 73. je prestala, jer je isti implementiran.¹²² Utvrđivanje neustavno-

120 Član 40. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine („Sl. novine Federacije BiH“, br. 6/95 i 37/03) propisuje da zakon za koji Ustavni sud utvrdi da nije u skladu sa Ustavom neće se promjenjivati od dana objavljivanja presude u službenom glasilu. Takav zakon primjenjivat će se od dana određenog u njemu ukoliko se izmijeni na način koji propiše Ustavni sud. Međutim, uzimajući u obzir sve okolnosti koje su od interesa za zaštitu ustavnosti, a naročito posljedice koje utvrđeni nesklad proizvodi, odnose koji su uspostavljeni na osnovu takvog zakona kao i interes pravne sigurnosti, Ustavni sud može utvrditi prijelazna rješenja koja ne mogu biti na snazi duže od šest mjeseci od dana objavljivanja presude Ustavnog suda u službenom glasilu.

Općepoznato je da Zakon o notarima FBiH nije izmijenjen u skladu sa presudom, čak se u javnosti pojavilo pravno shvaćanje da neustavne odredbe zakona i dalje važe sve dok ih ne zamijene nove. Tek u mjesecu maju 2018. godine u cilju izvršenja presude U-15/10 od strane Vlade FBiH utvrđen je tekst nacrtu *Zakona o izmjenama i dopunama zakona o notarima* i upućen u parlamentarnu proceduru, gdje se još uvijek nalazi.

121 Vidi čl. 4. st. 4. ZNot FBiH.

122 Razlog tome leži i u činjenici što odredbe drugih zakona koje su predviđale notarsku obradu isprava npr. Zakon o stvarnim pravima, Zakon o nasljeđivanju, Porođični zakon i dr. nisu *provedbeni* propisi ZNotFBiH, pa se na iste



sti čl. 73. ZNot FBiH nije se odrazilo u praksi na notarsku obradu isprava, jer je pravni osnov za sačinjavanje notarski obrađenih isprava i dalje postojao, što su svi sudovi u FBiH i prihvaćali.¹²³

7.2. Presuda U-22/16 od 6.3.2019.

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.¹²⁴ 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 karaktera.

Ustavni sud donio je novu presudu U-22/16 od 6.3.2019. godine, kojom je sada precizno, i u izreci, utvrđeno da pojedine odredbe Zakona o registraciji poslovnih subjekata u FBiH¹²⁵, Zakona o stvarnim pravima¹²⁶, Zakona o zemljišnim knjigama FBiH¹²⁷, Zakona o nasljeđivanju FBiH¹²⁸, Porodičnog zakona FBiH¹²⁹ i Zakona o izvršnom

ne mogu primijeniti odredbe čl. 41. Zakona o postupku pred Ustavnim sudom Federacije Bosne i Hercegovine, kojima je propisano da od dana objavljivanja presude Ustavnog suda u službenom glasilu, kojom je utvrđeno da zakon nije u skladu sa Ustavom, neće se primjenjivati ni propis donesen za njegovo provođenje.

123 U tom smislu vidi i Izdvojeno mišljenje na Presudu Ustavnog suda FBiH, br. U-22/16 od 6.3.2019. godine objavljeno u „Sl. novinama FBiH“ zajedno sa Presudom.

124 U svom zahtjevu za ocjenu ustavnosti potpredsjednik FBiH kao podnosilac navodi da nakon objave presude Ustavnog suda FBiH došlo je do pravne „konfuzije“, jer notari nisu pristupili implementaciji iste, već poslove i dalje obavljaju kao da ne postoji navedena presuda. Također, ni Federalno ministarstvo pravde nije dalo nikakve instrukcije Notarskoj komori FBiH za postupanje po pomenutoj odluci. Zbog čega su mu se obratili mnogi građani, pravna lica, pravosudne institucije tražeći pojašnjenja kako dalje postupati u okviru svojih nadležnosti. Vidi obrazloženje presude Ustavnog suda FBiH, br. U-22/16.

125 “Sl. novine FBiH“, br. 27/05, 68/05, 43/09 i 63/14.

126 “Sl. novine FBiH“, br. 66/13 i 100/13.

127 “Sl. novine FBiH“, br. 58/02, 19/03 i 54/04.

128 “Sl. novine F BiH“, br. 80/14.

129 “Sl. novine FBiH“, br. 35/05, 41/05 i 31/14.

postupku FBiH¹³⁰, kojim se propisuje *obavezna forma notarski obrađene isprave*, nisu u skladu sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.¹³¹ 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.¹³²

Zahtjev za ocjenu ustavnosti odredaba šest zakona temeljio se na ranije osporenom i neustavnom čl. 73. ZNot 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. Zbog opsežnosti presude i efekata, koje implicira na različite privatnopravne odnose, u radu ćemo ipak usmjerit na neustavne odredbe Zakona o stvarnim pravima i Zakona o zemljišnim knjigama, i otvorenim pitanjem forme ugovora o prodaji nekretnina.

U obrazloženju presude sud, ponovno naglašava posljedice neustavnosti čl. 73. ZNot FBiH na druge zakone, gdje utvrđuje da je Zakon o notarima *sistemski zakon* za oblast notarijata, koji je suštinski, a ne formalnopravni, osnov za propisivanje obaveznosti notarski obrađene isprave i u drugim posebni zakonima, time neustavnost čl. 73. pogađa i te druge zakone.¹³³ Osim toga, Ustavni sud navodi da pitanje notarski obrađene isprave u smislu ranije osporene odredbe čl. 73. ZNot FBiH, treba isključivo promatrati u kontekstu davanja ekskluziviteta za takvu strogu formu zaključenja pravnih 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 pravnih poslova.

Sloboda uređivanja ugovornih odnosa iz koje izvire i neformalnost pravnih poslova, jedno je od općih načela obligacionog prava, a propisivanje stroge forme, kao ograničenje slobode ugovaranja, tek je

130 “Sl. novine FBiH”, br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12 i 46/16.

131 Presuda U-22/16 objavljena je u „Sl. novinama FBiH“, br. 32/19 od 15.05.2019.

132 Vidi t. 9.5. obrazloženja presude U-22/16.

133 Vidi t. 9.4. obrazloženja presude U-22/16.



izuzetak u oblasti građanskog prava. Imajući u vidu slobodu uređivanja ugovornih odnosa Ustavni sud je mišljenja da svako ograničavanje i otežavanje disponiranja tom slobodom od strane zakonodavca mora biti sa najvećom pažnjom odmjereno i nesumnjivo utemeljeno na javnom interesu. Svrha propisivanja takvih ograničenja mora se dovesti u vezu sa ustavnim i zakonskim garancijama koje stoje na strani građana i njihove slobodne dispozicije privatnim pravima, ali i onim garancijama koje stoje na strani zaštite njihove privatnosti uopće. Prema stavu suda, te garancije zapravo omogućavaju da se realizira jedno od najbitnijih ličnih svojstava subjekata prava, a to je njihova poslovna sposobnost, kao pravna podloga na kojoj oni, upravo svojom slobodnom voljom, djeluju radi ostvarivanja svojih životnih i poslovnih interesa.¹³⁴

Sud dodatno argumentira da sloboda uređivanja ugovornih odnosa nije izolirana od ustavom garantiranih prava i sloboda uključujući i pravo na privatnost sagledano iz perspektive imovinskih interesa. Pa tako kada se osporene odredbe pojedinih zakona (o obaveznoj notarskoj obradi isprave) promatraju u tome kontekstu, sasvim se jasno ukazuje njihov ograničavajući učinak u svim slučajevima kada one utvrđuju da subjektima prava, koji su naumili zaključiti valjan pravni posao ili poduzeti valjanu pravnu radnju u disponiranju svojim privatnim pravima, ostaje samo jedan put: notarski obrađena isprava. „Oštrina“ tog ograničenja je očigledna, čak i uz punu svijest o tome da se svako subjektivno pravo može zakonom ograničiti zbog „viših“ razloga.

Ustavni sud, dakle, ne dovodi u pitanje pravo zakonodavca da u općem interesu propisuje ograničenja u privatnopravnoj sferi, ali čini upitnim „oštrinu“ ovog ograničenja imajući u vidu ranije pravno stanje. Zakonodavca je i ranije pokazivao brigu za pravnu sigurnost i sigurnost pravnog prometa propisivanjem bitne forme, međutim put kojim je nakon toga krenuo kada je propisao notarsku obradu isprave, kao jedini mogući način valjanog zaključenja pravnih poslova, učinjen je radikalni korak kojim je narušen delikatan balans između javnog i privatnog interesa.

Ovakvo viđenje Ustavnog suda, čini se razložnim, posebno kada se ima u vidu da je za mnoge pravne poslove za koje je propisana obavezna notarska obrada isprave i ranije bila predviđena kvalificirana pismena forma. Na sudu je bila obaveza da tokom tog postupka

¹³⁴ Vidi t. 9.6. obrazloženja presude U-22/16.

ispita stvarnu volju ugovornih strana i da je potvrdi svojom ovjerom, pa se postavlja pitanje da li je stupanj pravne sigurnosti subjekata prava i sigurnosti pravnog prometa bio toliko nizak da je to zahtijevalo uvođenje obavezne notarske obrade isprave u gotovo cjelokupnom privatnopravnom području? Osporenim odredbama zakona, zakonodavac je išao samo u jednom smjeru, smjeru javnog interesa, zaboravljajući da je uspostavljanje adekvatne ravnoteže od ključnog značaja kada su u pitanju jednako bitni, a opet suprotstavljene interesi, čije granice moraju biti sa posebnom pažnjom odmjerene. Također, u oba slučaja isprave su dobile istu pravnu snagu sa karakterom tzv. javne isprave, samo što su usvajanjem ZNot FBiH građani potpuno lišeni prava da odlučuju kome će povjeriti zaključenje svojih pravnih poslova.

Posljedica presude Ustavnog suda jeste činjenica da je notarska obrada isprave i dalje moguća, ali nije obavezna, to je samo jedna od mogućih formi. Navedenom presudom ne dovodi se u pitanje postojanje notarijata kao pravne profesije, nego intencija da se omogući građanima, kao primarnim subjektima zaštite, potpuna sloboda u odlučivanju kome će povjeriti zaključenje pravnog posla, ta sloboda do sada nije postojala.

8. Otvorena pitanja – umjesto zaključka

Analizirane presude Ustavnog suda otvorile su prostor brojnim pitanjima, posebice je važno pitanje kako ubuduće urediti formu onih pravnih poslova za koje društvo oduvijek iskazuje poseban interes u cilju osiguranja pravne sigurnosti? Radi se o veoma značajnim pravnim poslovima, gdje forma ima ulogu, ili zaštite interesa stranaka, ili zaštite javnog interesa, i gdje zakonsko određenje obavezne forme i ograničenje autonomije volje u disponiranju subjektivnim pravima ima svoj smisao. S druge strane, razložno je i shvaćanje Ustavnog suda, koji ne čini upitnim pravo zakonodavca da u općem interesu propisuje ograničenja u privatnopravnoj sferi, ali čini upitnim „oštrinu“ ovog ograničenja, imajući u vidu da je obavezna notarska obrada isprave prisutna u gotovo svim sferama pravnog prometa. Ovo shvaćanje suda, zasigurno se temelji i na činjenici da je obaveza sačinjavanja pravnih poslova u postupku notarske obrade isprave u BiH propisana u znatno većoj mjeri, nego u drugim zemljama u regio-

nu.¹³⁵ Odatle se generiralo nezadovoljstvo drugih pravnih profesija, posebice advokatske, koja je zaštitu prava na rad tražila i pred Ustavnim sudom (i dobila je pomenutim presudama). Pravno-političko pitanje je, dakle, koje poslove i u kojem obliku povjeriti notarima u nadležnost,¹³⁶ kako bi se postigao optimalan balans između prava građana na slobodu izbora i disponiranja pravima kao emanacije ustavom garantirane vladavine prava i prava na privatnost, s jedne strane, i ograničenja te slobode u javnom interesu ali i interesu samih ugovornih strana, s druge strane?

Ukoliko usporedimo situaciju u zemljama regiona, vezano za nadležnost notara i opseg poslova koji im se isključivo povjeravaju,¹³⁷ dolazimo do prijedloga rješenja koje je ponuđeno u nacrtu, a kasnije i prijedlogu *Zakona o izmjenama i dopunama zakona o notarima*,¹³⁸ kojim se izvršavaju presude Ustavnog suda FBiH br. U-15/10 i br. U-22/16. Zakonodavac se odlučio za pristup uređenju notarske službe kao i u drugim zemlje regiona,¹³⁹ a to bi bilo uvođenje

135 Powlakić, M., *Izvjestaj za BiH, Nacionalni izvještaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope*, GTZ, Sarajevo, 2009, 65.

136 Powlakić, M., 2013, 248.

137 O pravnim rješenjima uređenja notarske djelatnosti u zemljama bivše SFRJ vidi Korać, V., *Notarial form ad solemnitatem in Montenigran law*, *Annals FLB-Belgrade Law Review*, No 3/2016, 221-237.; Živković, M., Živković, V., *O uvođenju javnog beležništva u Srbiji*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2/2013, 433-448.; Rijavec, V., *Uloga notara u građanskom pravu Slovenije*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2010, 108-129.

138 Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama zakona o notarima, Sarajevo, septembar 2019. <https://www.paragraf.ba/nacrti-i-prijedlozi/prijedlog-zakona-o-izmjenama-i-dopunama-zakona-o-notarima-federacije-bosne-i-hercegovine.pdf> (17.02.2020.)

139 Prijedlogom rješenja domaći zakonodavac se najviše približio pravnom okviru R Hrvatske. Prema *Zakonu o javnom bilježništvu R Hrvatske* („Narodne novine“, br. 78/93, 29/94, 16/07, 75/09) javni bilježnici nemaju ekskluzivitet u sastavljanju isprava prema zemljišnoj knjizi, javnobilježnički akt je jedna od mogućih opcija. Obaveza sastavljanja javnobilježničkog akta postoji samo kod ugovora o raspolaganju imovinom maloljetnih osoba i osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost, darovnih ugovora bez predaje stvari u neposredan posjed daroprimca, kao i svih pravnih poslova među živima koje osobno poduzimaju gluhi koji ne znaju čitati ili nijemi koji ne znaju pisati, ako je vrijednost veća od 50.000 kn. U odnosu na pravne poslove stjecanja i prijenosa prava vlasništva i ostalih stvarnih prava na nekretninama, prema zakonodavnoj konstrukciji u najvećem broju slučajeva nije propisan oblik javne isprave, dovoljan je oblik privatne isprave s

postupka solemniziranja privatne isprave, koji jedino u BiH nije postojao.¹⁴⁰

Obavezna notarska obrada isprave sada bi bila ograničena samo na raspolaganje imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica i pravne poslove kojima se obećava neka činidba kao poklon s tim što se nedostatak notarske forme, u tom slučaju nadomješta izvršenjem obećane činidbe. Za ostale pravne poslove uvodi se postupak *solemnizacije*, odnosno potvrđivanja privatne isprave od strane notara, ukoliko je takva isprava sačinjena u skladu sa zakonom, a koja se time izjednačava sa notarski obrađenim ispravama i ima snagu javne isprave. Solemniziranje isprave je predviđeno kod pravnih poslova uređivanja imovinskih odnosa između bračnih i vanbračnih partnera, prijenosa ili stjecanja vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama i kada su u pitanju osnivačka akta i promjena statuta privrednih društava. Isprave o ovim pravnim poslovima mogu sačinjavati i druga lica, uključujući i same stranke, ali da se bi se takva isprava mogla solemnizirati, potrebno je da ispunjava sve uvjete za notarsku obradu isprave, što je notar prethodno dužan utvrditi. Pri potvrđivanju notar mora, kao i kod obrade, utvrditi da li su stranke sposobne i ovlaštene poduzimati pravni posao, objasniti smisao i posljedice posla, starati se da stranke ne unesu nejasne, nerazumljive, dvosmislene izjave u takvu ispravu. Razlika je samo u tome što sam notar ne uzima na zapisnik izjavu stranaka, već stranke gotovu ispravu donose sa sobom, koju notar ne čita strankama.¹⁴¹ Potvrđivanje isprave vrši se stavljanjem klauzule o potvrđivanju, koja je uvjet punovažnosti pravnog posla. Solemnizacijskom klauzulom notar potvrđuje da je strankama u njegovom prisustvu pročitana isprava, da su

ovjerom potpisa, ili rukoznaka ili naknadno preslike, odnosno prepisa iste isprave, osim u slučajevima propisanim čl. 53. stav. 1. i 2. ZJB. Međutim, ekskluzivitet notara u hrvatskom pravu prisutan je kod ovjeravanja potpisa (legalizacije), gdje je javnobilježnička ovjera u zemljišnoknjižnim stvarima jedini autentičan i valjan dokaz za upis u zemljišne knjige. Prema Zakonu o zemljišnim knjigama („Narodne novine“ br. 91/96, 69/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08) javnobilježnička ovjera ne može se izbjeći ni okolnošću da se dopušta predbilježba, jer se ona naknadno opravdava upravo podnošenjem isprave koja je prikladno ovjerena. Vidi Ernst, H., Josipović, T., *Javni bilježnici i javni registri*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6/2009, 1120 i dalje.

140 O tome Povlakić, M., 2013, 251 i dalje.

141 Povlakić, M., *et al.*, op. cit., 128.



one izjavile da ta isprava u svemu i potpuno odgovara njihovoj volji i da su je svojeručno potpisale.¹⁴² Postupkom solemnizacije postiže se pravna sigurnost, s obzirom da pravni posao, koji se zaključuje putem privatne isprave, solemnizacijom dobiva punovažnost. S druge, pak, strane rješenja o solemnizaciji mogu biti potencijalno opasna, jer se jednoj privatnoj ispravi, uz postupak koji je ponekad samo surogat postupka notarske obrade, daju u pravnom saobraćaju ista pravna dejstva koja ima notarski obrađena isprava.¹⁴³

Prijedlogom izmjena Zakona o notarima građanima se ostavlja sloboda izbora osobe, kojoj će se obratiti za sklapanje pravnog posla, ali uz obavezu da taj pravni posao mora biti potvrđen (solemniziran) od strane notara, što je u skladu sa presudama Ustavnog suda, da ne postoji obavezna notarska obrada za prethodno navedene pravne poslove.¹⁴⁴

Kako do danas, presuda Ustavnog suda U-22/16 nije izvršena javlja se dilema o formi ugovora u ovom „vakuum“ prostoru, prvenstveno kakva će biti kvalifikacija forme u pravnom prometu nekretnina? Postoji mogućnost, da se i nakon što presuda U-22/16 bude izvršena i izmijenjen Zakon o notarima u njenom duhu, pojave sudski sporovi o pravnoj valjanosti ugovora o prodaji zaključeni u ovom periodu, u smislu da li su isti podoban pravni osnov za prijenos ili stjecanje prava vlasništva upisom u zemljišnu knjigu?¹⁴⁵ Posebno iz razloga ako se ima u vidu da se na pravne odnose sve do donošenja novog

142 Vidi čl. 91a. st. 2. Prijedloga zakona o izmjenama i dopuna zakona o notarima FBiH.

143 Povlakić, M., 2013, bilj. 31, 251.

144 Vidi obrazloženje Prijedloga zakona o izmjenama i dopuna zakona o notarima FBiH.

145 Kod stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama pravni posao je samo pravni osnov za stjecanje tih prava, dok je način stjecanja upis u zemljišnu knjigu, ako zakonom nije drugačije uređeno. Da bi se shodno čl. 53. ZSP FBiH steklo pravo vlasništva potrebno je poduzeti nekoliko koraka: valjan pravni osnov (ugovor je najčešći pravni posao koji služi prometu nekretnina), valjana saglasnost zemljišnoknjižnog vlasnika usmjerena na to da vlasništvo pređe na stjecatelja (*clausula intabulandi*) i upis u zemljišnu knjigu (*modus acquirendi*). Nakon utvrđivanja da je st. 2. čl. 53. ZSP FBiH protuustavan, to čl. 53. kojim se uređuje stjecanje prava vlasništva na osnovu pravnog posla ostaje bez propisane forme kao uvjeta punovažnosti. Notarska obrada isprave jedna je od mogućih opcija, pored svih drugih vrsta formi, jer ZOO izuzev čl. 455. počiva na principu konsenzualizma i neformalnosti ugovora.

propisa primjenjuje pravo, koje je tada važno, *in concreto* to znači da zbog ukidanja pravnih normi o formi notarskog akta, jedino važeća je primjena pravila obligacionog prava, koja počivaju na principu slobode forme ugovora (čl. 67-73. ZOO).¹⁴⁶ Osim toga, nejasno je kakve dalekosežne posljedice će imati ukidanje notarske obrade isprava u pravnom prometu nekretnina,¹⁴⁷ jer koliko god se vodile rasprave o preširokim ovlastima notara, ipak ne može se zanemariti činjenica da u tranzicijskoj zemlji kao što je naša, notarska služba je doprinijela bržoj i kvalitetnijoj reformi ranijeg vlasničkog režima i njegovo postavljanje na temelje, koji odgovaraju zahtjevima tržišne privrede i investicija.¹⁴⁸

Od momenta objave presude U-22/16, za subjekte prava u FBiH više ne postoji obaveza sačinjavanja pravnih poslova u vidu notarski obrađene isprave, već je to jedna od opcija.¹⁴⁹ Pogrešna su tumačenja da će sporne odredbe prestati važiti, tek kada bude izmijenjen Zakon o notarima, jer je u obrazloženju presude navedeno da sporne odredbe automatski prestaju da važe od dana objavljivanja u službenim novinama.

Opravdano se javlja pitanje koja je forma sada relevantna da bi ugovor o prodaji nekretnine bio punovažan, da bi proizveo ne samo obligacionopravno već i stvarnopravno dejstvo? Da li to u krajnjoj mjeri može značiti da je neformalan pa se može sklopiti na bilo koji način, odnosno dovoljan je samo sporazum stranaka o bitnim elementima ugovora, predmetu i cijeni? Sklapanje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drugačije određeno (čl. 67.

146 Kada je u pitanju forma prodaje nekretnina ZOO sadrži čl. 455. prema kojem „ugovor o prodaji nepokretnih stvari koje društvena pravna lica stavljaju u pravni promet u okviru svog redovnog poslovanja mora biti zaključen u pismenoj formi“.

147 Mnoge negativne prakse, koje su dovodile do pravne nesigurnosti u prometu nekretnina nestale su uvođenje mnotarijata vidi Povlakić, M., 2013, 268.

148 Opširnije Povlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009, 81-141.

149 U skladu sa Ustavom Federacije BiH, Ustavni sud je donio prelazno rješenje, kojim se daje mogućnost Parlamentu FBiH da u roku od najviše šest mjeseci od dana objavljivanja presude, tj. najkasnije do 15.11.2019. godine jer presuda je objavljena 15.05.2019. godine, uskladi odredbe zakona koje su utvrđene kao neustavne do kada se iste mogu primjenjivati, što se nije dogodilo.

ZOO). Ovako prihvaćen princip konsenzualizma je pravilo od kojeg se odstupa samo u onim slučajevima kada zakon izričito zahtijeva postojanje određene forme, što više nije slučaj.

Za stjecanje prava vlasništva na predmetu ugovora traži se pravni osnov i *modus acquirendi*, za pokretne stvari to je predaja, a za nekretnine to je upis u zemljišnu knjigu. Dilema je, u kojem obliku treba biti sada sačinjen ugovor kako bi se izvršio prijenos ili stjecanje vlasništva na nekretnini sa prodavca na kupca. Pravni promet i pravni život se ne mogu zaustaviti i čekati dok ovo pitanje ne bude ponovno pravno uređeno, ali i kada bude, opet je nejasno šta će biti sa ugovorima, koji su sklopljeni u periodu od objavljivanja presude U-22/16, pa do izmjena i dopuna propisa o notarima.

Nekoliko scenarija je moguće.

Prvi scenarij (*status quo*) stranke i dalje optiraju notarskoj obradi isprave, kao što su činile i kada su na to bile obavezne (fakultativna notarska obrada), pa time stanje ostaje nepromijenjeno u pogledu pravne valjanosti ugovora i prijenosa ili stjecanja prava vlasništva na nekretninama upisom u zemljišnu knjigu.¹⁵⁰

Drugi scenarije taj da stranke biraju formu u kojoj će zaključiti ugovor, zbog značaja i vrijednosti koji ugovor ima za njih ugovor će sklopiti u pismenoj formi a iz predostrožnosti i pravne sigurnosti, jer ugovor izaziva važne pravne posljedice, potpise odluče ovjeriti kod notara (ili drugog nadležnog organa). Umjesto notarski obrađene isprave, javlja se notarska ovjera potpisa na privatnoj ispravi, koja i dalje ostaje privatna isprava i notar ne odgovara za njen sadržaj. Notarska ovjera ima samo dokaznu snagu javne isprave o činjenicama o kojima se u njima svjedoči.¹⁵¹ Ova situacija se približava rješenju koje je bilo prije uvođenja notarske službe, kada je bila propisana kvalificirana pismena forma, pa se za promet nekretnina tražio pismeni ugovor a potpisi stranaka morali su biti ovjereni od strane suda. Imajući u vidu trenutnu pravnu situaciju, pismeni ugovor o prodaji uz

150 Iz vlastitog opažanja, postoji dojam da građani zbog opreza, nastavljaju sa ranijom praksom i obraćaju se notarima kada žele prometovati nekretninama. Takvo postupanje građana je evidentno usmjereno na vlastitu pravnu sigurnost, zbog prednosti koje notarski obrađena isprava, kao javna isprava, ima u pravnom prometu. Sve dok se ovo pitanje normativno ne uredi, građani najviše povjerenja, čini se, ipak, imaju u ono što je do skoro bilo obavezno.

151 Bikić, E., *et al.*, *op. cit.*, 152 i dalje.

notarsku ovjeru potpisa bio bi valjan pravni instrument za prijenos ili stjecanje prava vlasništva na nekretnini.

Naime, neustavnim je utvrđen st. 2. čl. 41. Zakona o zemljišnim knjigama FBiH, prema kojem saglasnost zemljišnoknjižnog prethodnika za upis pravnog sljednika (*clausula intabulandi*) mora biti notarski ovjerena, odnosno u formi notarske obrade isprave ako se to zahtijava za ugovor na osnovu kojeg se vrši promjena prava. Nejasno je, zašto je cijeli stav 2. utvrđen neustavnim, a ne samo u dijelu, gdje odobrenje treba biti u formi notarski obrađene isprave, jer i sam pravni posao mora biti u tom obliku, već i u dijelu gdje se propisuje notarska ovjera potpisa. Naime, pravni poslovi, koji nemaju za cilj stjecanje ili prijenos prava vlasništva ili drugih stvarnih prava npr. pravo preče kupovine, zakup nekretnine nisu morali biti zaključeni u formi notarskog akta, pa se i upis u zemljišnu knjigu vršio na osnovu notarske ovjere potpisa. No, kako vidimo i to sada nije potrebno.

Obično, *clausula intabulandi* je sastavni dio ugovora, pa kada se ugovor sklapao u propisanoj formi notarskog akta i zahtjev forme *clausule intabulandi* istovremeno je bio zadovoljen, isto tako *clausula intabulandi* može se dati u posebnoj ispravi, što je čest slučaj ako se cijena isplaćuje nakon zaključenja ugovora.¹⁵² Odobrenje prodavca za prijenos vlasništva na kupca nezaobilazan je korak u stjecanju prava vlasništva, odnosno to je jedna od pretpostavki upisa u zemljišnu knjigu, a kako sada stvari stoje saglasnost za prijenos vlasništva se može dati u bilo kojoj formi.

Treći scenarij, ugovor zaključen u običnoj pismenoj formi, nužni minimum forme zadovoljen pa bi i ovaj ugovor bio punovažan i valjan pravni osnov za prijenos ili stjecanje prava vlasništva i upis u zemljišnu knjigu. Da je obična pismena forma nužni minimum forme za ugovore o prodaji nekretnina proizlazi i iz čl. 3. st. 2. ZZK FBiH, kojim se regulira da se uz zahtjev za upis u zemljišnu knjigu treba priložiti i dokazna dokumentacija na kojoj se temelji zahtjev, to može biti: isprava koja je osnov za stjecanje stvarnog prava; dokument na osnovu kojeg se dokazuje stvarno pravo; ovjerena kopija sudske odluke koja je osnov za upis i dr. Osim toga, čl. 42. ZZK FBiH propisuje da se prilikom provjere zahtjeva za upis ispituje da li su podneseni potrebni dokumenti u propisanoj formi, da li su dokumenti (isprave) iden-

152 Odobrenje za prijenos vlasništva daje se u ugovoru ili posebnom ispravom, ovisno o tome za kakav vid zaštite se odluči prodavac. Opširnije ibid., 267-269.



tični sa stanjem u zemljišnoj knjizi, te da li postoji odobrenje (*clausula intabulandi*). Iz nevedenog, jasno je da usmeno zaključen ugovor o prodaji nepokretnosti ne bi zadovoljio zahtjeve za upis promjene prava vlasništva u zemljišnoj knjizi, imajući u vidu i načelo konstitutivnog dejstva upisa.¹⁵³ Tako da ova opcija forme otpada.

U skladu sa presudom Ustavnog suda ne postoji više obaveza sačinjavanja notarske obrade isprave za određene pravne poslove, međutim to nije slučaj na cijelom području Bosne i Hercegovine, jer Ustavni sud RS i Apelacioni sud BD nisu prihvatili apelacije za ocjenu ustavnosti propisa o notarima. Presuda Ustavnog suda U-22/16, do danas, nije implementirana, što za posljedicu ima ozbiljno stanje pravne neizvjesnosti u pogledu forme ugovora. Prijedlog izmjena i dopuna zakona o notarima vraćen je u redovnu proceduru i neizvjesno je koliko će potrajati, a do tada građani će i dalje biti u dilemi, da li će o njihovim pravima i obavezama odlučivati advokati, sudovi ili notari.

153 Čl. 7. ZZK FBiH.

Literatura:

1. Antić, O., *Obligaciono pravo*, Beograd, 2009.
2. Bikić, A., *Obligaciono pravo-opći dio*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2007.
3. Bikić, E., Brkić, A., *Materijalne i procesnopravne posljedice nedostatka forme ugovora u pravnom prometu nekretnina*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 3/2010
4. Bikić, E., Powlakić, M., Suljević, S., Plavšić, M., *Notarsko pravo*, GIZ/TDP, Sarajevo, 2013.
5. Bikić, E., Radović, M., Suljević, S., *Notarijat u Crnoj Gori*, Podgorica, 2010.
6. Bukljaš, I., *Komentar zakona o obveznim odnosima-Opći i posebni dio obligacija*, Progres, Zagreb, 1978.
7. Ćesić, Z., Gorenc, V., Kačer, H., et al., *Komentar zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005.
8. Ćurić, S., *Notarski obrađena isprava u parničnom postupku u: Notarijat i pravna država*, (ur. E. Šarčević) Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013.
9. Delić, D., *Odluka Ustavnog suda Federacije BiH o neustavnosti Zakona o notarima*, Sveske za javno pravo, Fondacija Centar za javno pravo, 11 i dalje, dostupno na http://fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Demirel_Delic2.pdf (11.02.2020.)
10. Dika, M., *Javnobilježnička služba u Republici Hrvatskoj kao sustav modernog slobodnog latinskog notarijata*, Javnobilježničko pravo u praksi, Narodne novine, Zagreb, 2008.
11. Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo, opštideo*, Beograd, 1976.
12. Đurđević, D., *Javnobeležnički akti u Javnobeležničko pravo* (ur. D. Hiber), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005.
13. Ernst, H., Josipović, T., *Javni bilježnici i javni registri*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6/2009
14. Horvat, M., *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1980.
15. Jakšić, S., *Obligaciono pravo*, Sarajevo, 1962.
16. Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2014.
17. Korać, V., *Notarska forma ugovora*, Pravni život, br. 2/2011
18. Lando, O., Beale, H., (ed.) *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000.



19. Meškić, Z., Brkić, A., *Svrha forme ugovora u pravnom prometu nekretnina*, Pravna misao, br. 3-4/2010
20. Morait, B., *Obligaciono pravo*, knjiga I i II, Banja Luka, 2010.
21. Nikolić, D., *O primjeni načela restitucije*, Građansko pravna sankcija - geneza, evolucija i savremeni pojam, Pravni fakultet Novi Sad, 1995.
22. Oruč, E., Huseinspahić, A., Čolak, E., *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.
23. Oruč, E., *Savremene tendencije u razvoju institucije notara*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 8/2011
24. Perović, S., *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd, 1964.
25. Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986.
26. Perović, S., Stojanović, D., *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Beograd, 1980.
27. Powlakić, M., *Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2/2013
28. Powlakić, M., Schalast, C., Softić, V., *Komentar zakona o notarijatu u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2009.
29. Powlakić, M., *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2009.
30. Pušac, J., *Forma obligacionih ugovora*, Godišnjak fakulteta Pravnih nauka, Banja Luka, br. 4/2014
31. Pušac, J., *Konvalidacija ugovora o kupoprodaji nepokretnosti u pravnom sistemu Republike Srpske*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, br. 8/2011
32. Pušac, J., *Pravne posljedice povrede bitne forme ugovora*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 65/2013
33. Radovanović, S. M., Mišćević, N., *O elektronskoj formi ugovora u domaćem pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4/2018
34. Salma, J., *Obligaciono pravo*, Novi sad, 2009.
35. Senjak, K., *Notarijat i izvršnost notarskih akata*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2/2013

36. Škaljić, M., *Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini*, Sveske za javno pravo, Fondacija centar za javno pravo, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Merdzana_Skaljic.pdf (10.02.2020.)
37. Tešić, N., *O značaju forme za promet nepokretnosti-analiza sudske prakse pre uvođenja javnobeležničkog zapisa u srpsko pravo u: Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije* (ur. Radović V.), Beograd, 2014.
38. Vass, A., *Kad nastupa pravno dejstvo formalnog ugovora*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 1/1981
39. Vizner, B., *Komentar zakona o (obligacionim) obveznim odnosima*, Zagreb, 1978.
40. Vujović, I., *Mogućnost konvalidacije ugovora o prometu nepokretnosti zaključenog u formi notarske isprave*, Harmonius, Akademija za pravne studije, 2014.



MANDATORY FORM OF THE CONTRACT AFTER THE BIH FEDERATION CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION U-22/16: SOME OPEN QUESTIONS

Anita Petrović, associate professor
University of Tuzla, Faculty of Law

Emina Jukan, MA

SUMMARY

The paper analyzes the essential form of the contract and the legal consequences that arise in case of its violation. Obligation contracts are valid without any form, and could be concluded in any form that is consistent with the will of the contracting parties. Although there are certain legal exceptions when form is a condition for the legal validity of the contract. The general sanction for breaching that specific form (form ad solemnitatem) is nullity of contract.

The paper is structured in a way as to first provide a theoretical overview of the notion and types of forms, implications for the breaching form provided by law, especially from the perspective of jurisprudence until notary regulations entry in force.

The authors then analyze the form of a notarial document on certain legal transactions, paying attention to the sale of land contract. Considering that the motive for writing this paper is the judgment of Constitutional Court of the Federation of BiH no.U-22/16, which, like the previous judgment no. U-15/10, has not yet been implemented, and by which the form of a notarial document on certain legal transactions is unconstitutional, the authors raise a number of issues. They point out, through certain scenarios, the current situation in area of immovable property transactions, where for the first time, until the adoption of a new notary act, there are no formal requirements for the sale of land contract.

Keywords: contract informality, form ad solemnitatem, convalidation, notarial document