



DOBROVOLJNA HIPOTEKA POD „OKRILJEM“ NOTARA, ADVOKATA, SUDA ILI NEKOG TREĆEG – PITANJE SIGURNOSTI

DOI 10.51558/2712-1178.2024.10.1.291

UDK: 347.27:347.9

Naida Gačanović, MA
doktorantica Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu
e-mail: naida.h.gacanovic@gmail.com

Pregledni naučni rad

Jelena Čekić, MA
doktorantica Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu
e-mail: advokat.cekic@gmail.com

SAŽETAK

Hipoteka je zasigurno institut koji intrigira pravne krugove na globalnoj razini. Razlog tome je vrlo jednostavan, hipoteka je u korelaciji sa velikim imovinskim vrijednostima: potraživanjima povjerilaca nepokretnostima koje služe obezbjeđenju potraživanja. Porast prekograničnih transakcija, razvoj informacione tehnologije, ideja stvaranja jedinstvenog pravnog okvira za hipoteku kao što je trenutno aktuelna tema Eurohipoteke, su čimbenici koji podstiču da se i u Bosni i Hercegovini stvori siguran pravni okvir. Sagledavajući zakonska rješenja uspostave dobrovoljne hipoteke od nastanka dejtonske BiH do danas, hipoteka se može analizirati kroz tri etape: ugovornu i sudsku hipoteku koja je vukla korijene iz izvršne i vlasničko-pravne materije nekadašnje regulative SFRJ, zatim kroz notarski obrađeni ugovor o hipoteci i na kraju etapa koja je uslijedila nakon Odluke Ustavnog suda u FBiH U-15/10. Pitanje koje se nameće jeste upravo koji je to modalitet sporazumne hipoteke koji će pružiti pravnu zaštitu u najvećoj mogućoj mjeri, a za isto se veže i pitanje odgovornosti lica pod čijim se „okriljem“ kreira titulus za konstituisanje hipoteke. Obzirom na stremljenje ka mondijalizaciji prava osiguranja potraživanja, bitno je znati šta će biti ratio legis izmijenjene regulative nakon Odluke Ustavnog suda FBiHu pogledu pravnih poslova koji za predmet imaju sticanje i prenos stvarnih prava na nekretninama - in concreto hipoteke, kakve će biti posljedice heterogenosti uređenja ovog pitanja u BiH i da li će novi zakon obezbijediti dovoljno pravne sigurnosti i biti adekvatna podloga za pridruživanje BiH novim svjetskim tokovima.

Ključne riječi: *dobrovoljna hipoteka, sudska hipoteka, ugovorna hipoteka, notarski obrađen ugovor, značaj notarske forme, zalaganje i promet nepokretnosti, notar, pravna sigurnost*

1. UVOD

Neiscrpna tema, kada je u pitanju stvarnopravno osiguranje novčanih potraživanja, je svakako hipoteka. Pored transformacije vlasničkopravnih odnosa na nepokretnostima u BiH, a čija je komponenta neizostavno bila i hipoteka, od formiranja dejtonske BiH pa do danas, dobrovoljna hipoteka je doživjela i legislativnu promjenu u smislu da je iz procesnog i materijalnog prava u kojem je bila ranije regulisana, prešla isključivo u domen materijalnog prava. Ravnoteža između interesa povjerilaca, čija se potraživanja obezbjeđuju hipotekom, s jedne strane i zaštita interesa založnih dužnika glede poučavanja o posljedicama koje eventualno mogu da nastupe nevraćanjem duga, s druge strane, treba da bude postignut adekvatnim pravnim okvirom.

Primjetno je da je, u posljednjih dvadeset i više godina u pravnom sistemu BiH, prisutna jedna nestalnost pravnog oblika, odnosno forme pravnog posla za upis hipoteke u zemljišne knjige i druge nadležne registre nekretnina. Forma dobrovoljne hipoteke je fluktuirala od sudski ovjerenog ugovora o hipoteci, preko sudske hipoteke u vidu zapisnika o sporazumu stranaka, do najstrožije forme – forme notarski obrađene isprave. Upravo kod ove posljednje forme, značaj instituta hipoteke dolazi najviše do izražaja i to prevashodno zbog strogo definisanih klauzula i garancija koje nudi notar, a o čemu će više riječi biti u toku ovog rada.

Ono što dobija na značaju, a pretpostavka da daljnjim razvojem informacionih tehnologija će se ići u pravcu intenzivnijeg uvezivanja pojedinačnih tržišta na globalnom nivou, su prekogranični pravni poslovi kojima se zasnivaju založna prava radi obezbjeđenja potraživanja povjerilaca. U savremenom gospodarstvu nerijetko suveliki investicioni projekti, koji su vezani za nekretnine, finansirani sindiciranim zajmovima¹

1 Radi se zapravo o jednom zajmu koji zajednički daje velik broj zajmodavaca, obično zato što je prevelik za jednu instituciju da ga sama preuzme. Velik dio međunarodnog kreditiranja na EUROTRŽIŠTU sindiciran je na takav način. Izvor: <https://www.moj-bankar.hr/Kazalo/S/Sindicirani-zajam>



u kojima učestvuju finansijeri tj. povjerioci iz više različitih zemalja, pa isto svakako implicira da se potraživanja zajmodavca mogu osiguravati većim brojem nepokretnosti koje se nalaze u različitim državama, auspostava hipoteke se provodi prema nacionalnim zakonima. Obzirom da se stremi ka približavanju i u određenoj mjeri ujednačavanju regulative različitih pravnih sistema, kada je u pitanju i sfera prekograničnog obezbjeđenja interesa povjerilaca, jedan od razloga pronalaženja sigurnog *titulusa* hipoteke jeste u pravo i mondijalizacija prava osiguranja potraživanja.²

2. FOKUS RADA

Predmet ovog rada jeste istraživanje pravnog instituta dobrovoljne hipoteke (zasnivanje založnog prava na nekretninama), čija je forma u prethodnom periodu prolazila kroz određenu preobrazbu, a izvjesno je da će uslijediti i daljnje promjene u samoj regulativi i praksi.

Promatrajući od 90-ih godina prošlog vijeka pa do danas, može se zaključiti da je notarskoj hipoteci prethodila dobrovoljna hipoteka koja se konstituisala upisom u zemljišnoj knjizi ili drugom vlasničkom registru nepokretnosti i to temeljem posla koji je bio u formi ovjerenog ugovora o zalogu u formi zapisnika o poravnanju stranaka prema pravilima Zakona o izvršnom postupku SFRJ.³

Rad ne bi bio potpun kada bi se zanemarile i relativno skorije Odluke Ustavnog suda FBiH broj U-15/10 od 2.12.2015. godine i broj U-22/16 od 6.3.2019. godine koje idu u smjeru da se notarskoj obradi hipoteke na neki način oduzme ekskluzivitet i hipoteka vrati na, nazovimo, *regresivnu* formu, koja je postojala prije uvođenja notarijata.

Do momenta uvođenja notarijata u BiH, kada je došlo do značajnog preokreta u cilju ostvarenja veće pravne sigurnosti i pozicioniranja hipoteke pod „zaštitu“, notara, institut hipoteke, a počev od samog pojma do konstituisanja, je bio ispraćen ujedno propisima i materijalnog i procesnog prava.

2 Lehavi A. (2019), *Property Law in globalizing world*, Cambridge University Press, str. 218.

3 Zakon o izvršnom postupku SFRJ (Sl. list SFRJ”, br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91 i “Sl. list SRJ”, br. 27/92) - Do stupanja na snagu drugog odgovarajućeg zakona sud će primjenjivati odredbe članova 251a, 251b, 251v, 251g, 251d, 251ñ Zakona o izvršnom postupku (“Službeni list SFRJ” br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 i “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 17/93 i 14/94)

Hipoteka će se u ovom radu obraditi kroz trifaze egzistiranja, a polazeći sa stanovišta nadležnosti subjekta koji tvori pravni osnov kao podlogu za nastanak hipoteke. Prva faza se odnosi na sudsku hipoteku koja je bila prilično zastupljena, kao i na hipoteku na osnovu privatne isprave koja se ovjeravala u sudu (ugovor ili izjava) i vezuje se za momenat prije uvođenja notarijata. Druga se referiše na notarski obrađen ugovor o hipoteci koji je trenutno prisutan u pravnom prometu u BiH. Treća faza sporazumne hipoteke će se posmatrati kroz prizmu nedavnih Odluka Ustavnog suda FBiH.

Radi lakšeg razumijevanja koliko je bosanskohercegovačko pravo, uvažavajući različita zakonska rješenja na nivou entiteta, odnosno Brčko distrikta BiH, evoluiralo sa aspekta pravne sigurnosti u pogledu odgovarajuće forme dobrovoljne hipoteke, uputno je ispitati i regulisanost ovog instituta u susjednim zemljama, Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj.

Do disolucije SFRJ, bivše Republike su u pogledu hipoteke primjenjivale važeće odredbe Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa i Zakona o izvršnom postupku. Stoga, pored ugovorne hipoteke, postojala je i mogućnost osnivanja sudske izvršne hipoteke na osnovu sporazuma stranaka, a što je uvedeno 1990. godine usvojenim izmjenama Zakona o izvršnom postupku iz 1978.godine.⁴ Nezavisne države koje su nastale prestankom postojanja SFRJ, konkretno Srbija i Hrvatska, su u svoje pravne sisteme također uvele notarijat. Notarima, odnosno javnim bilježnicima, su povjereni određeni poslovi, a između ostalog, i odgovarajuća forma posla kojim se zasniva hipoteka.

Republika Srbija je donijela poseban Zakon o hipoteci⁵ tj. hipoteka je izdvojena kao institut od drugih prava na nepokretnostima koji su inkorporirani u ZOSPO.⁶ Ovim činom se nesumnjivo potvrđuje bitnost hipoteke kao realnog sredstva osiguranja potraživanja u srbijanskom pravnom sistemu. Zakon o hipoteci razlikuje više modaliteta zasnivanja hipoteke i to ugovornu hipoteku, kao i hipoteku na osnovu sudskog poravnjanja, a ugovornu opet u obliku javnobilježničkog zapisa ili solemnizirane

4 Živković M. (2009), *Novo hipotekarno pravo u Republici Srbiji u: Stvaranopravna uređenja tranzicijski zemalja -stanje i perspektive*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str.2.

5 Zakon o hipoteci Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 115/2005, 60/2015, 63/2015 - odluka US i 83/2015)

6 Zakono osnovama svojinskopravnih odnosa (Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90, "Sl. list SRJ", br. 29/96 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 - dr. zakon)



isprave.⁷ Za razliku od zakonodavstva BiH, u Srbiji je omogućeno na bazi jednostrane izjave volje zasnovati hipoteku. Pravni posao hipoteke, u slučaju da je sastavljenu obliku javnobilježničkog zapisa, ima istu dokaznu snagu kao da je sačinjen u sudu ili pred drugim državnim organom.⁸ Hipoteka zasnovana na osnovu izvršnog ugovora ili izvršne založne izjave, upisuje se u registre nepokretnosti kao “izvršna vansudska hipoteka”, a vansudski postupak namirenja se sprovodi u skladu sa odredbama Zakona o hipoteci. Povjerilac, čiji ugovor o hipoteci i založna izjava predstavljaju izvršne isprave, ima pravo izbora: da se namiri vansudskim putem primjenom Zakona kojim se uređuje hipoteka ili primjenom Zakona o izvršenju i obezbeđenju (ZOIO).⁹ U zakonodavstvu Srbije je i dalje zadržan modalitet obezbeđenja putem sporazuma stranaka u sudskom postupku, te se u tom smislu gledajući nije odstupilo od nekadašnjeg koncepta sudske dobrovoljne hipoteke, a sve prema nekadašnjem ZIP-u SFRJ iz 1990. godine.¹⁰ U odnosu na ZIP SFRJ, sadašnji ZOIO Srbije je izbjegao „zamku“ jer je u pogledu neuknjiženih nekretnina jasno definisao uslove za uspostavu hipoteke na vanknjižnim nepokretnostima.

Može se konstatovati da i u pravnom sistemu Republike Hrvatske postoji više načina u pogledu zasnivanja hipoteke. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH (ZV)¹¹ je regulisao da, kao uslov valjanosti ugovora o hipoteci, isti bude sačinjen u pisanoj formi. Ovršnim zakonom

7 Kako navodi autor Crnjanski V.: „Do izmena ZH, ugovor o hipoteci i založna izjava, kod kojih su potpisi bili samo overeni, predstavljali su ravnopravne oblike izvršne isprave kod izvršne vansudske hipoteke. Strogi zahtevi forme javnobeležničkog zapisa iziskuju pojačanu odgovornost javnog beležnika u vezi sa sadržinom javnobeležničke isprave, posebno u pogledu usklađenosti odredaba javnobeležničkog zapisa sa imperativnim pravnim pravilima. Nasuprot tome, overa potpisa ugovornih strana, prema ranijoj odredbi čl. 10 ZH, predstavljala je dovoljan uslov formalne punovažnosti ugovora o hipoteci (založne izjave).“, Crnjanski, V, *Javnobeležnička isprava o zasnivanju hipoteke kao vrsta izvršne isprave*, Pravni zapisi, časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, 2015, str. 87.

8 Čl. 82. Zakona o hipoteci Republike Srbije

9 Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije (“Sl. glasnik RS”, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje, 54/2019, 9/2020 - autentično tumačenje i 10/2023 - dr. zakon)

10 Crnjanski V., *Odnos izvršnog i vansudskog postupka*, Pravni život, Godina LX VII, broj 12/2018, str. 9

11 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17)

iz 1996. godine je dato ovlaštenje javnim bilježnicima da, kao i sudovi, provode postupke založnopravnog posla.¹² U Hrvatskoj je kao i u Srbiji, ostavljena mogućnost zasnivanja hipoteke i putem sudskog poravnjanja, na osnovu sporazuma stranaka, a u skladu sa normama čl. 312. ZV.¹³ Prema ZV, ugovor o hipoteci je moguće zaključiti i u formi privatne isprave, na način da se isti sklapa pisanim putem, a potpisi strana moraju biti ovjereni kod javnog bilježnika. Temeljem sačinjenog ugovora o hipoteci, povjerilac prinudnu naplatu svog potraživanja može postići tek nakon što okonča parnicu, putem hipotekarne tužbe. Pokretanjem izvršnog postupka, na osnovu perfektne isprave koja se bilježi i u registru nepokretnosti, založena nekretnina se prodaje na javnoj licitaciji, a povjerilac se namiruje iz prodajne cijene, sve prema pravilima Ovršnog zakona RH.¹⁴ Uloga javnog bilježnika u hrvatskom pravu kod pravnog posla hipoteke je regulisana Zakonom o javnom bilježništvu (ZJB).¹⁵ Forma ugovora o hipoteci, sa svojstvom javne isprave, koja se sastavlja od strane javnog bilježnika je, dakle, javnobilježnički akt, odnosno solemnizirana isprava, koja se provodi u zemljišnoj knjizi. U slučaju da se ne izmiri potraživanje koje je obezbijeđeno hipotekom, javnobilježnička isprava o hipoteci koja ima snagu izvršne isprave, je osnov za direktno pokretanje izvršnog postupka. Hrvatska je uvođenjem notarijata vidjela šansu za obezbjeđenje veće pravne sigurnosti, kako kod poslova založnih prava na upisanim nekretninama, tako i na vanknjižnim nekretninama, ali i općenito kad su u pitanju pravni poslovi koji za predmet imaju nepokretnosti.¹⁶

12 Šago D., *Neki aspekti uloge javnog bilježnika kao povjerenika suda u sudskim postupcima u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 18, 2021, Mostar str. 174.

13 Član 312. ZV Republike Hrvatske

14 Ovršni zakon Republike Hrvatske (NN 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22)

15 Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske (NN 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16, 57/22)

16 Prema riječima Ružička B.: „Notarijat je po svom biću izljev državnog suvereni teta; notar je ono državno tijelo po kojemu državau interesu pravne sigurnosti, lakšeg i jeftinijeg ostvarenja prava sudjeluje kod osnivanja, utvrđenjai ukidanja privatnih prava. Stoga je imenovanjeod države bezuvjetni osnov izvršenja notarijata. (...)“. Ružička, B., *Javnobilježničko založnopravno osiguranje iosiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava temeljem sporazuma stranakana neupisanim nekretninama*, Javni bilježnik, vol XXI, broj 44, 2017, str.121.

3. HIPOTEKA U BIH PRIJE NOTARIJATA

Prije reforme stvarnog prava u BiH, koja je zaokružena novom regulativom, hipoteka je sa aspekata materijalnih zakona bila regulisana Zakonom o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima RS, odnosno Zakonom o vlasničkopravnim odnosima FBiH.¹⁷ Određena osnovna obilježja hipoteke, kako u spomenutim zakonima, tako i u aktuelnoj materiji stvarnog prava, su gotovo identična. Kada je u pitanju pravni osnov nastanka hipoteke, isto je bilo propisano odredbama pomenutih Zakona¹⁸, odnosno da je hipoteka mogla da nastane na osnovu pravnog posla, sudske odluke i zakona. Na osnovu pravnog posla ili sudske odluke, hipoteka se sticala upisom u javnu knjigu ili na drugi način određen zakonom, a za zakonsku hipoteku je bilo regulisano da se stiče kada se ispune uslovi određeni zakonom.

Kada je riječ o hipoteci obligatornog karaktera, a koja se najčešće osnivala radi obezbjeđenja potraživanja banaka, na raspolaganju je bilo zaključenje ugovora o hipoteci ili davanje jednostrane izjave volje zalagodavca ili ipak putem zapisnika o sporazumu stranaka, koji je imao snagu sudske poravnjanja. Stoga, način uspostave hipoteke pored materijalnog zakona, je bio ustanovljen i procesnom regulativom počev od 1990. godine, konkretno nekadašnjim Zakonom o izvršnom postupku SFRJ.¹⁹ Do stupanja na snagu propisa o notarskoj službi u entitetima i BD BiH,²⁰ značajan modalitet uspostave hipoteke je upravo bila hipoteka

17 Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima Republike Srpske (“Službeni list SFRJ” br. 6/80 i 37/90 i Službeni glasnik Republike Srpske broj 38/03) i Zakon o vlasničkopravnim odnosima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“ br. 6/98 i 29/03). Kad je riječ o Brčko distriktu BiH, ono je prvo renoviralo stvarnopravnu materiju u okviru Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine (“Sl. glasnik Brčko Distrikta br. 11/01, 8/03, 40/04, 19/07)

18 Hipoteka je bila regulisana odredbama čl. 66 do 74. u Zakonu o vlasničkopravnim odnosima FBiH i odredbama čl. 61 do 69. Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima RS

19 Ranijim ZIP-om SFRJ je bilo definisano da do stupanja na snagu drugog odgovarajućeg zakona sud će primjenjivati odredbe članova 251a, 251b, 251v, 251g, 251d, 251ñ Zakona o izvršnom postupku (“Službeni list SFRJ” br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 i “Službeni glasnik Republike Srpske” br. 17/93 i 14/94) odnosno prema propisima FBiH je bilo regulisano da će se primjenjivati odredbe čl. 251.a, 251.b, 251.v, 251.g, 251.d i 251.đ Zakona o izvršnom postupku (‘Službeni list RBiH’, br. 2/92, 16/92 i 13/94) dok se isto ne regulira posebnim zakonom.

20 Notarijat je suštinski otpočeo sa djelovanjem u Federaciji BiH 04.05.2007.go

zaključena u vidu sudskog poravnjanja, jer je bila percepirana od strane povjerilaca, prevashodno banaka, kao efikasna forma nastanka založnog prava.

Zajednička karakteristika oba gorepomenuta oblika dobrovoljne hipoteke je bila da se ista morala knjižiti u zemljišnu knjigu, odnosno *modus acquirendi* je bio upis, a time se ostvarivao redosljed založnog prava i publicitet, s tim da se treba uzeti u obzir činjenica odstupanja kod zakonske hipoteke poreske uprave koja je, u jednom periodu, nastajala momentom razreza poreza.²¹

Vansudska ugovorna hipoteka²², kada je u pitanju forma *ad solemnitatem*, podrazumijevalaje zaključivanje pisanog sporazuma stranaka ili davanje založne izjave, na kojima suse potpisi ovjeravali u sudu, a što je ujedno bilo pravilo za promet nepokretnosti.²³ Uslovi, da bi se steklo založno pravo, bili su postojanje potraživanja koje se obezbjeđuje sa konkretnim iznosom i objekat na kojem se uspostavlja hipoteka, odnosno precizno određenje nekretnine prema načelu specijalnosti hipoteke, oznaka vlasnika i propisana isprava o dozvoljenom zalaganju koja sadržava neopozivu izjava za uknjižbu hipoteke u zemljišne knjige (*clausula intabulandi*), opskrbljenost ovjerenim potpisom založnog dužnikai konačno, kao posljednja radnja u lancu konstituisanja hipoteke, bila je uknjižba u zemljišne knjige.²⁴ Nedostatak ugovora o hipoteci, a kada se govori o interesima hipotekarnih

dine, u Brčko Distriktu BiH 03.12.2007. godine, a u Republici Srpskoj 11.03.2008. godine.

- 21 U Republici Srpskoj regulativom iz 2001. je već bilo određeno da se i zakonska hipoteka Poreske uprave ima knjižiti u javne registre nepokretnosti, odnosno da ne nastaje momentom razreza poreza kako je to ranije bilo normirano, a u Federaciji Bosne i Hercegovine polovinom 2011. je došlo do izmjene u pogledu momenta konstituisanja hipoteke, tj. izjednačena je u tom pogledu zakonska hipoteka, sa dobrovoljnom i sudskom hipotekom.
- 22 Rješenje Kantonalnog suda u Sarajevu, GŽ-90/97 od 6.8.1997. Navedeno prema: Medić, D., Tajić, H. (2008), *Sudska praksa iz stvarnog prava*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo str.696-697
- 23 U skladu sa tada važećim Zakonom o prometu nepokretnosti ("Sl. list SRBiH", br. 38/78, 29/80, 4/89, 22/91, 21/92 i 13/94) ugovor na osnovu koga se prenosilo pravo svojine na nepokretnosti je morao biti sačinjen u pismenom obliku, a potpisi ugovarača ovjereni u nadležnom sudu.
- 24 Prema stavu Vrhovnog suda NR Srbije izraženom u Odluci broj GŽ-3511/62 od 15.12.1962. godine, založno pravo kao stvarno pravo, kada je riječ o nepokretnosti se sticalo na isti način kao i pravo svojine, tj. upisom u javne knjige – zemljišne knjige, a ako ne postoje, onda u intabulacione knjige. Izvor: Stanković, O., Orlić, M., (1990), *Stvarno pravo (peto izmijenjeno i dopunjeno izdanje)*, Novinsko-izdavačka ustanova „Službeni list“ SFRJ, Beograd, str. 347.



povjerilaca, se ogledao u činjenici da je ugovor predstavljao privatnu ispravu, nije imao snagu izvršnog naslova i da bi se realizovalo pravo naplate potraživanja, povjerioci su morali primarno da upotrijebe mehanizam hipotekarne tužbe (*actio hypothecaria*) u okviru parnice. Po okončanju parnice i dobijanja pravosnažne i izvršne presude povjerilac je imao osnov za pokretanje izvršenja. Problem realizacije potraživanja povjeriocu slučaju dospjeća duga kod hipoteke koja se osnivala ugovorom jeste da, u slučaju singularne sukcesije vlasnika nepokretnosti tj. zalogodavca, se nije mogla nastaviti parnica protiv sljednika, već je povjerilac bio dužan dapokrene ponovnu parnicu protiv novog vlasnika, izuzev ako hipotekarna tužba nije bila zabilježena u zemljišnoj knjizi.²⁵ Ono što je dodatno opredijelilo odlučivanje povjerilaca da preferiraju hipoteku putem sudskog poravnanja, jeste i okolnost da ugovor o hipoteci je mogao da bude sačinjen od strane lica koja nisu bila advokati ili osobe pravne struke, a što je svakako ulivalo manjak povjerenja u ovaj vid obezbjeđenja.

Zbog komplikovanog procesa naplate osiguranog potraživanja temeljem ugovorne hipoteke, povjerioci su posezali formi zaključenja sudskog poravnanja temeljem odredaba procesnog izvršnog zakona, ranijeg Zakona o izvršnom postupku. Sporazum stranka u vezi kojeg se sačinjavao zapisnik pred sudom u svrhu zasnivanja založnog prava na određenim realnim sredstvima obezbjeđenja je bio regulisan odredbama 251a, 251b, 251v, 251g, 251d, 251. e., a u vezi sa čl. 250. i 251. ZIP-a. Izmjenama ZIP-a iz 1990. godine je bio propisan postupak obezbjeđenja novčanog potraživanja povjerioca zasnivanjem založnog prava na nepokretnosti, pokretnim stvarima i sud je bio dužan da utvrdi postojanje zakonskih razloga za obezbjeđenje potraživanja. Sud je zakazivao ročište na kojem se zaključivao sporazum stranka, sačinjavao zapisnik koji je imao snagu sudskog poravnanja i predstavljao izvršnu ispravu. Obzirom da se ovdje radilo o postupku osiguranja potraživanja na temelju sudske odluke u domenu materije izvršnog prava, sud je, smatramo, trebalo da se u određenoj mjeri kreće u okvirima načela formalnog legaliteta i načela zaštite interesa stranaka. Mada je sudsko poravnanje prirodno parničnom postupku, ipak zakonodavac je smatrao primjerenim da se i osiguranjekredita na osnovu sporazuma stranaka u izvršnom postupku pretoči u poravnanje.²⁶

25 Medić, D., *Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 27, br. 1, 2006, str. 450,

26 „Ipak, osnovna slabost zasnivanja ove forme obezbjeđenja se ogleda u tome, što se radi o dobrovoljnom sredstvu obezbjeđenja, gdje volja stranaka ustupa mjesto načelu oficijelnosti. Naime, propisivanje jednog obli-

Kod navedenog vida osnivanja hipoteke, moguće je konstatovati da je sporazum stranaka imao dvojaku funkciju: kao temelj za nastanak sudskog poravnjanja u obliku zapisnika i ujedno korak za pokretanje izvršnog postupka u slučaju prinudne naplate osiguranog potraživanja.²⁷ Prema pravilima Zakona o izvršnom postupku, hipoteka se uspostavlja, odnosno upisivala u javnu knjigu, na osnovu rješenja koje je imalo svojstvo rješenja o obezbjeđenju,²⁸ a kojem je prethodio pomenuti zapisniku formi sudskog poravnjanja.²⁹ U područjima gdje je postajala zemljišna knjiga odnosno

ka obezbjeđenja procesnim normama, nema uporišta u uporednom pravu, a miješanje materijalnopравnih i procesnih elemenata je osnovna mana sporazumne hipoteke.“ Medić, D. (2005), *Sticanje hipoteke na osnovu sporazuma pred sudom i notarski obrađene isprave*, Pravni život 10/2005, Beograd str. 463, citirano prema Čulinović – Herc E. (1998) *Dobrovoljno osiguranje tražbina na pokretnim stvarima bez predaje u posjed prema Ovršnom zakonu-Pravni okvir i primjena*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, 1998. Supplement, str.930.

27 Crnjanski V., *Odnos izvršnog i vansudskog postupka*, Pravni život, broj 12/2018 / godina LXVII / knjiga 610, str.13, citirano prema Crnjanski, V, 2016, *Pravila novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju o međusobnom odnosu postupaka namirenja poverioca primenom različitih zakona na nepokretnosti opterećenoj hipotekom*, Primena novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju, zbornik radova, Glosarijum, Beograd, str. 143.

28 U obrazloženu zaključka sa savjetovanja građanskih i građansko-prirednih odjeljenja Saveznog suda SRJ, Vrhovnih sudova SRJ, Vrhovnog vojnog suda od 16. i 17.11.1993. godine objavljenih u knjizi Radovanova A., (2000), *Načelni stavovi i pravna shvatanja*, Novi Sad, str. 250. se ističe: „Imajući u vidu činjenicu da u postupku obezbeđenja zasnivanja založnog prava na osnovu sporazuma stranaka, predstavlja sudsko poravnanje koje stranke zaključuju pred sudom na ročištu i ima snagu pravosnažne sudske odluke i da predstavlja izvršnu ispravu (član 19 ZIP-a), na osnovu kojeg se određuje i sprovodi obezbeđenje uspostavljanja založnog prava (član 251 g. ZIP-a) jer sud rešenjem uređuje uknjižbu i preuzima sve što je potrebno radi sporovođenja uknjižbe založnog prava na nepokretnosti dužnika, odnosno, određuje i sprovodi popis pokretnih stvari dužnika, a to znači da se postupak ne bi mogao pojednostaviti tako što bi poverilac i dužnik zaključili sporazum o obezbeđenju novčanog potraživanja zasnivanjem založnog prava na imovini dužnika, koji bi bio overen na sudu. Overeni ugovor o zasnivanju založnog prava nije izvršna isprava (...)“ citirano prema Medić D. (2013), *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Panevropski univerzitet „APEIRON“ Banja Luka, str.77

29 Prije održavanja ročišta pred sudom u vezi zaključenja poravnjanja, bilo je

vlasnička evidencija, hipoteka se konstituisala upisom u javnu knjigu. Međutim zbog neuređenih registara nepokretnosti i vlasničkih knjiga, a uslijed potrebe pravnog prometa glede kreditiranja klijenta i obezbjeđenja kredita, nerijetko se pribjegavalo da sudovi sačine zapisnik o zaključenom poravnanju za osnivanje hipoteke na nepokretnostima koje su bili evidentirane samo uposjedovne (katastarske) evidencije. U praksi, jedan broj sudova je po sačinjavanju zapisnika donosio rješenje o obezbjeđenju i isto dostavljao nadležnom organu radi bilježenja u vanknjižnu evidenciju tj. bez primjene odredaba čl. 186. ZIP-a. Drugi sudovi su opet primjenjivali odredbe člana 186. tada važećeg ZIP-a, a kada je bilo riječi o sudskoj hipoteci na neuknjiženim nepokretnostima. Konkretno, odredbama člana 186. tadašnjeg ZIP-a je bilo regulisano izvršenje na nepokretnostima za naplatu novčanog potraživanja gdje nije bilo vlasničkih registara nekretnina i to putem pljenidbenog popisa i objave na oglasnoj ploči suda. Vremenom se ispostavilo da, u vezi primjene odredaba čl. 186. ZIP-a, oglašavanje putem oglasne table suda, kao i objavljivanje popisa zapljene u službenim glasilima, nije imalo nikakvu vrijednost što se tiče publiciteta.³⁰ Dobrovoljna hipoteka na neuknjiženim nekretninama i pribjegavanje opciji primjene odredaba člana 186. ZIP-a, koje se vezuju za prinudno izvršenje, ne samo da je devalviralo hipoteku kao sredstvo obezbjeđenja³¹, nego je i ishod postupka prinudne naplate iz konkretnog kolaterala bio upitan. U pogledu vanknjižnog vlasništva na nepokretnostima, osim kada se radilo o intabulacionim ili drugim knjigama³², institut sudske hipoteke na istima je bio očito podnormiran.

Praksa govori daje postojala šarolikost u postupanju osnovnih/općinskih sudova prilikom sastavljanja isprava o založnom pravu odnosno pri kreiranju odluka u pogledu dobrovoljne hipoteke na nekretninama za koje nije postojao vlasnički registar. Upravo način na koji su pojedini sudovi pravno uobličavali sudsku hipoteku kod vanknjižnih nekretnina, je jedan od ključnih pokazatelja pravne nesigurnosti ovakvog modusa obezbjeđenja potraživanja. Nije naodmet istaći da su sudovi u identičnim situacijama različito postupali, kada je u pitanju provođenje izvršenja na

neophodnu sudu izvršiti ovjere potpisa na ugovoru o kreditu, tj. ugovoru čije se potraživanje obezbjeđivalo, kao i potpis na izjavi vlasnika nepokretnosti kojim dopušta zasnivanje založnog prava.

30 Medić D. (2013), Op. cit, str. 78

31 Ibid

32 U Crnoj Gorije bila prisutna zastavna knjiga, a u Srbiji intabulaciona i tapijski sistem

osnovu zapisnika stranka o uspostavi hipoteke, odnosno da se izvršenje u izvjesnom broju slučajeva provodilo na osnovu zapisnika - sudskog poravnanja i/ili rješenja o obezbjeđenju na istima (bez primjene čl. 186 ZIP-a).

Pojedine odluke sudova, koje se obrađuju u ovom radu, govore o situacijama u kojima založnom povjeriocu nije priznato stvarnopravno sredstvo osiguranja na osnovu ranije sudske hipoteke.

Konkretan primjer za gorenavedeno tj. za (ne)učinkovitost zapisnika o poravnanju stranaka pred sudom za zasnivanje založnog prava na osnovu posjedovne (vanknjižne) evidencije, a iz koje je proistekla posljedica gubitka povjeriočevog založnog, odnosno razlučnog prava, je upravomeritorna odluka najviše sudske instance, Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj AP 2527/09.³³ Sve prethodne instance su potvrdile da različno pravo povjerioca nije moglo biti priznato u stečajnom postupku nad založnim dužnikom, jer nije bio pravilan način uspostave hipoteke u posjedovnoj evidenciji nepokretnosti koja se vodila na založnom dužniku. Ustavni sud BiH je zauzeo stav da se za uspostavu založnog prava na vanknjižnim nekretninama imao primijeniti član 186. Zakona o izvršnom postupku.³⁴ Apelant odnosno založni povjerilac je u toku postupka iznio tvrdnje da, budući da se norma propisana članom 186. ZIP-a suštinski primjenjuje samo na postupak izvršenja radi naplate novčanog potraživanja na neuknjiženim nekretninama, za istu nema mjesta primjeni kod dobrovoljne hipoteke na osnovu sudskog poravnanja i da odlučivanje suda suprotno navedenom,

33 Ustavni sud Bosne i Hercegovine u predmetu broj AP 2527/09, je rješavao po apelaciji povjerioca i istu je odbio i potvrdio odluke nižestepnih sudova tj. potvrdio nepriznavanje hipoteke koja je uspostavljena temeljem Rješenja Osnovnog suda u Tesliću broj Ip-82/02 od 10. oktobra 2002. godine, na osnovu saglasnih izjava apelantovog pravnog prednika i dužnika, kojim je bila određena uknjižba založnog prava na nekretninama dužnika koje su upisane u p.l. broj 1023 k.o. Teslić, radi obezbjeđenja kreditnog potraživanja, a istim Rješenjem je naloženo Katastru Općine Teslić da izvrši uknjižbu založnog prava.

34 Ustavni sud BiH u predmetu br.AP 2527/09, između ostalog zapaža i da je odredbama člana 186. Zakona o izvršnom postupku propisano, “*ako nije moguće, iz bilo kog razloga, pribaviti dokaz o svojini saglasno pravnim pravilima koja na tom području važe, umjesto dokaza o svojini povjerilac je dužan da u prijedlogu za izvršenje pobliže označi nepokretnost, te da će u tom slučaju nadležni sud na prijedlog povjerioca izvršiti popis nepokretnosti i da zapisnik o popisu nepokretnosti ima značaj zabilježbe izvršenja*”. Ustavni sud također izražava stav da su redovni sudovi ukazali da je apelant imao mogućnost da predloži zasnivanje založnog prava popisom nepokretnosti u smislu odredaba čl. 186. i 248. Zakona o izvršnom postupku.



vodi ka proizvoljnosti sudskih odluka.

U predmetnom slučaju sudske prakse iskrsava pitanje da li je Osnovni sud u Tesliću prilikom zaključenja sudskog poravnanja na osnovu saglasnih izjava apelantovog pravnog prednika i založnog dužnika, i donošenja Rješenja broj Ip-82/02 od 10. oktobra 2002. godine, kojim je određena uknjižba založnog prava na nekretninama dužnika upisanih u posjedovni list, bio dužan inicijalno da odbije prijedlog stranaka za uspostavu zaloge na posjedovnoj evidenciji ili da prihvati prijedlog i primjeni čl. 186 ZIP-a?! Razumno *bi bilo zaključiti, da bi trebalo da je Sud taj koji treba da poznaje pravo*, da je njegov zadatak da štiti legitimne interese stranka i da vodi računa da li su ispunjeni svi zakonski uslovi za donošenje odluke u vidu sudskog poravnanja radi osiguranja potraživanja.³⁵

Gledano sa posljedičnog aspekta konačne odluke Ustavnog suda BiH, imovinska šteta je u ovoj situaciji jedino nastupila za založnog povjerioca. Obzirom na ulogu sudske vlasti u pravnom poretku, implicira da je nadležnisud prilikom uspostave hipoteke bio dužan da postupa u granicama načela formalnog legaliteta za postupak obezbjeđenja i ocijeni da li je založni dužnik uopšte mogao disponirati prijedlogom zalaganja nepokretnosti po osnovu faktičke evidencije, da ispita okolnosti da li postoje ili ne zemljiše knjige za konkretnu nepokretnost, a u konačnici, da primijeni čl. 186. ZIP-a ako je uvažio okolnost vanknjižnosti.³⁶

U praksi relativno skorijeg datuma, također postoji jasan indikator da nekadašnja forma uspostave hipoteke na osnovu sačinjenog sudskoga

35 Gotovo identična pravna situacija je ispraćena Odlukom Vrhovnog suda Republike Srpske broj 75 0 P 037801 21 Rev od 06.05.202. godine, a čiji predmet ispitivanja je Rješenje Osnovnog suda u Mrkonjić Gradu broj 075-0-Ip-07-000005 od 08.02.2007. godine kojim je određena uknjižba založnog prava, ali bez primjene odredaba čl. 186 ranijeg ZIP-a. U obrazloženju svoje Odluke Vrhovni sud navodi: "Drugačiji zaključak ne mogu ishoditi revizioni navodi da su tuženi, prometujući predmetne nekretnine, postupali nesavjesno, što nije relevantno, jer je na *tužitelju bila obaveza* da hipoteku na tim nekretninama zasnjuje u skladu sa zakonom, kako bi iz založenih nepokretnosti namirio potraživanje iz ugovora o kupoprodaji broj... od 07.02.2007. godine". Izvor: Poljić A. Alispahić A. (2023), *Domaća i strana sudska praksa broj 97*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo str. 116-117

36 Prema dostupnim informacijama vezano za k.o. Teslić u vrijeme kada se uspostavljala sporna hipoteka, izuzete zemljišne knjige za k.o. Teslić iz sudske nadležnosti su bile predate Katastru Teslić radi provođenja postupka izlaganja nekretnina tj. ZK je bio „neaktivan“ (prema Zakonu o premjeru i katastru nekretnina koji je prethodio Zakon o zemljišnim knjigama Republike Srpske Sl gl. RS br. 74/02, 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08)

zapisnika o sporazumu stranka na osnovu čl. 251. v ZIP-a je imala nedostataka, a koji je imao za ishod oduzimanje prava povjeriociu na namirenje potraživanja iz založnog prava. Problemi koje je „izrodila“ ranija sudska praksa, a vezuju se za prijašnje hipoteke, jesu svakako greške, kako u pogledu ispunjenja preduslova za zaključenje poravnjanja, tako i sam način oblikovanja sudskog odlučivanja kodsudske hipoteke.³⁷

Događalo se i da su, nadležni sudovi za provođenje izvršenja, a u situacijama kada se prilikom zasnivanja sudske dobrovoljne hipoteke nije tražila saglasnost neuknjiženog bračnog supružnika vlasnika hipotekovane nekretnine, u pokrenutim parnicama po prigovoru trećeg lica u izvršenju (bračnog supružnika), utvrđivali ništavost ili djelomičnu ništavostsudskog poravnjanja, tj. zapisnikao sporazumu stranka koji je bio osnov nastanka hipoteke.

Premda se hipoteka uspostavljala pod sudskom nadležnošću, propusti u radu su postojali koji su u konačnici znali dovesti do nastupanja štete za povjerioce, a što upućuje na pitanje pravne sigurnosti sudske isprave o hipoteci. Samo povjerenje građana u sudsku vlast se upravo mjeri sa efikasnošću tih organa.³⁸ Nije poznato da je bilo pokrenutih postupaka protiv entiteta radi odgovornosti za rad sudskih organa, za greške sudova koji su bili nadležni za donošenje odluka prema čl. 251. ranijeg ZIP-a, a koje greške i propusti su bili produkt nemara, nepažnje i nepravilnog postupanja sudova.³⁹ Pretpostavka je da, *in abstracto*, stranke koje su

37 Odlukom Vrhovnog suda RS Broj: 95 0 P 060974 21 Rev : 1.7.2021. godine, a kojom je, prihvaćen zaključak nižestepenih sudova da upis hipoteke u „C“ teretnom listu zk. ul. broj 634 k.o. SP Trebinje, izvršen na osnovu rješenja broj 095-0-Dn-07-000534 od 7.8.2007. godine, nije valjan. Razlog tome je, prema stavu Vrhovnog suda, da pri pokretanju izvršenja na osnovu sudske hipoteke nije postojao zapisnik o sporazumu stranaka već samo rješenje o obezbjeđenju. Vrhovni sud dalje cijeni da je odredbom člana 251 v) stav 1. ZIP-u bila obaveza Suda da u izvršnom postupku, na osnovu zajedničkog prijedloga za zasnivanje založnog prava, zakaže ročište i zapisnički utvrdi postojanje sporazuma stranaka o potraživanju, dospelosti i obezbjeđenju potraživanja zasnivanjem hipoteke, što je u konkretnom slučaju izostalo, ali isto tako i da tužilac nakon dostavljanja rješenja od 30.7.2007. godine isto nije pobijao žalbom

38 Medić D. (2006), *Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke* Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 27, br. 1, str. 450

39 Rijetko je generalno sresti u praksi da se stranke odluče da tuže državu BiH/entitet zbog nemara ili namjernog postupanja sudija pri vršenju svoje funkcije i time nanošenja štete stranci iako sudije imaju zadatak da obezbijede pravnu sigurnost pri vršenju svojih ovlaštenja. Prema dosadašnjim nalazima, kada se tuži država zbog rada sudije, sve se svodi na primjenu čl. 172. Zakona o obligacionim odnosima, a onda iskrsava i pitanje imunitete-



oštećene postupanjem državnih organa, rezonuju da je „država u poziciji jačeg“ i da je građanin u litigaciji naspram države, bespomoćan. Sudovi koji trebaju da štite interese stranaka, su u konkretnim slučajevima analiziranim u radu, zakazali. Nažalost, *iura novit curia*, nije bio moto koji je važio kod pojedinih odluka sudova u izvršnom postupku pri sastavljanju isprava podobnih za nastanak konsenzualne hipoteke. Ostalo je u svakom slučaju da se kontemplira o odgovornosti države za naknadu štete povjeriocima, a koja je posljedica nepravilnih i nezakonitih sudskih odluka.

Iskrsava, svakako i dilema, izazvana shvatanjem Vrhovnog suda Republike Srpske, u odluci broj 75 0 P 037801 21 Rev, koja upućuje na to da je povjerilac osoba koja je bila dužna da vodi računa o pravilnoj primjeni odredbi ZIP-a. Da li je ispravno da se „teret“ sudskog odlučivanja prenese na „pleća“ jedne stranke u izvršnom postupku?! Ispravan rezon je da su očekivanja stranke usmjerena ka činjenici da sudska vlast, kao jedna od tri komponente bitka državne vlasti, treba fundamentalno da sudi, djelujući *lege artis*, što znači da sud zna i da bude svjestan kako primijeniti odgovarajuće norme zakona. Pogrešna primjena prava bi se svakako mogla vezivati za nezakonit i nepravilan rad suda u slučaju da sudija primjenjuje propise tako da se to protivi najosnovnijem shvaćanju i provođenju zakona i da takav rad suda jeste dovoljno ozbiljna povreda.⁴⁰

Na osnovu razmatranih formi isprava koje su bile osnov za konstituisanje hipoteke prije notarijata, a kada je riječ o pravnoj sigurnosti i efikasnosti, zaključak je da je navedeno nerijetko izostajalo. Kod instituta ugovorne hipoteke ili založne izjave, evidentno je da ovaj posao nije omogućavao dobijanje perfektne isprave u fazi obezbjeđenja, nije bila prisutna niti pouka stranaka o bitnim elementima hipoteke, a time niti upozorenje ugovornih strana na eventualne rizike (npr. upisi u ZK koje neuke stranke ne mogu da razumiju, izostavljanje upisa kamata, postojanje tereta doživotnog uživanja itd.).

Kad je riječ o sudskoj dobrovoljnoj hipoteci prema ZIP-u, ovaj institut nije bio jasno i precizno normiran kada je riječ o vanknjižnim nekretninama, sa jedne strane, a sa druge strane nepoštovanje načela formalnog legaliteta u određenoj mjeri, pri provođenju obezbjeđanja, prouzročeno propustom

ta sudija (Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj: 65 0 Ps 077959 11 Rev od 25.12.2012. god.). Postoji i interesantna Odluka Vrhovnog kasacionog suda Srbije broj 4947/2018 od 22. februara 2019.

40 Vidjeti Presudu Vrhovnog suda Federacije BiH broj 45 0 P 013093 10 Rev od 26.04.2012. godine. Izvor: Dojčinović D, Dojčinović Z. (2016), *Građansko privredno pravo sa sudskom praksom*, Udruženje „Collegium Conditio“ Banja Luka, str. 564-566

pojedinih sudova da pravilno primjene pravo, je dovelo do nastupanja štetnih posljedica za povjericu.

Primjetno je da, u okolnostima zasnivanja hipoteke prije uvođenja notarijata, je u određenim slučajevima bila stvorena „pravna iluzija“ postojanja obezbjeđenja potraživanja hipotekarnih povjerilaca. Navedeno iz razloga što je naplata duga iz založnog prava izostala kao posljedica propusta sudskog odlučivanja.

Spram naprijed navedene analize se može zaključiti da se pred državu BiH svakako postavilo pitanje zašto, generalno gledajući, za značajne pravne poslove bitne za razvoj privrede i konvergenciju BiH tržištu EU, a u koje spada i promet stvarnih prava na nepokretnostima i sama hipoteka, dozvoliti dugoročno egzistiranje modaliteta dobrovoljne hipoteke koji mogu dovesti do sankcije nevaljanosti pravnog posla uslijed podnormiranosti ili neadekvatne regulisanosti ovog instituta. Postizanje veće pravne sigurnosti, ekonomski razvoj BiH, usklađivanje sa regulativom zemalja u okruženju, čimbenici su, koji su vrlo vjerovatno bili, između ostalih, generator koji je iznjedrio uvođenje notarijata u pravni sistem njenih entiteta i BD BiH.

4. HIPOTEKA I NOTARIJAT U BIH

Iako se naš zakonodavac opredijelio za princip neformalnosti ugovora, kod određenih pravnih poslova, zbog potrebe za većim stepenom pravne sigurnosti i zaštitom javnog i općeg interesa, forma se smatra posebnim uslovom za njihovu punovažnost (forma *ad solemnitatem*). Upravo ta forma kod pojedinih ugovora⁴¹, predstavlja garanciju pravne sigurnosti, ali je istovremeno i preduslov za efikasnijom društvenom kontrolom kad su u pitanju promet i zalaganje nepokretnosti. Sve složeniji način života u savremeno doba, ukazuje na veću potrebu za ograničavanjem autonomije volje ugovornih strana, a samim time i na značaj propisivanja obavezne forme ugovora u različitim oblastima građanskog prava. Upravo zbog toga forma notarski obrađene isprave danas igra veoma značajnu ulogu, jer se putem nje ubrzavaju i efikasnije provode transakcije nekretnina, a u isto vrijeme se garantuje tačnost i potpunost javnih registara nekretnina.

41 Značaj forme najviše dolazi do izražaja kad su u pitanju pravni poslovi sa nekretninama, poput ugovora o kupoprodaji nekretnina ili ugovora o zasnivanju založnog prava na nekretninama (hipoteka).



Notarska obrada predstavlja preventivnu pravnu kontrolu i garanciju pravne sigurnosti.⁴²

Od uvođenja notarske službe i donošenja tri Zakona o notarima u BiH⁴³, pitanje obavezne forme notarski obrađene isprave je izazvalo veliku pažnju stručne javnosti, zbog čega se i notarska profesija našla na udaru drugih profesija, prije svega advokatske. Notarski obrađena isprava kao obavezna forma koja je uvedena za veliki broj pravnih poslova, propisana je u našem pravu upravo iz razloga potrebe za rješavanjem dugogodišnjih problema sa kojima se naš pravni sistem susretao prije uvođenja notara.⁴⁴

Unatoč opravdanosti uvođenja notarijata u BiH, koja je dokazana već nakon prve decenije rada notara, te postignutim rezultatima koji su ukazali na potrebu očuvanja ove profesije i u budućnosti, ali i unapređenju njena razvoja, a posebno imajući u vidu značajne rezultate koje je polučila obavezna forma notarski obrađene isprave, notarska služba se danas nastoji svesti na obično ovjeravanje potpisa i prepisa. Upravo tome svjedoče dvije presude Ustavnog suda FBiH, kojima su proglašene neustavnim pojedine odredbe Zakona o notarima FBiH, kao i drugih zakona, koji predviđaju formu notarski obrađene isprave kao obavezan uvjet punovažnosti ugovora.⁴⁵ Obzirom da zakonodavac nije reagirao

42 Bormann J./Hoischen N. (2016). *Ekonomski aspekti notarskih djelatnosti u zemljišnoknjižnom pravu*, Rheinische Notar-Zeitschrift (Stručni časopis Rajnske Notarske komore), 6. izdanje, br. 7-8/16, str. 345-350;

43 Zakon o notarima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj: 45/02), Zakonom o notarima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11), Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta“, br. 9/03 i 17/06)

44 Problemi poput višestrukog prometa nekretnina (poznati slučaj Pelak), sačinjavanje ugovora o prometu i zalaganju nepokretnosti kao privatnih isprava, nemogućnost ugovaranja izvršne klauzule (zbog čega se morao provoditi dugotrajan i skup parnični postupak, kako bi se na osnovu pravomoćne i izvršne presude mogao zatim provesti izvršni postupak), vanknjižno vlasništvo koje je uzrokovalo da se kupci nekretnina ili založni povjerioci (u prvom redu banke) ne mogu upisati u nadležne registre nekretnina i time osigurati svoja prava i interese.

45 Sa tendencijama da se oslabi notarska služba uspješno su se izborili notari u RS i BD, iako je i u ovim dijelovima BiH bilo postavljeno pitanje neustavnosti pojedinih odredaba Zakona o notarima, među kojima je i ona najvažnija kojom se propisuje obavezna forma notarski obrađene isprave za najveći broj pravnih poslova. Ova služba danas nije na udaru samo u našoj državi, već i u pojedinim državama regiona, ali i u Europi općenito. Kako neki autori navode u posljednje tri decenije napadi na ovu profesiju su sve

pravovremeno po ovom pitanju, odluke Ustavnog suda FBiH i nakon više godina nisu implementirane, a pritisak advokatske službe je rezultirao oduzimanjem ekskluzivne nadležnosti notara glede sačinjavanja ugovora o sticanju i prenosu prava na nekretninama i davanjem mogućnosti da takve ugovore sada sačinjavaju, pored notara, a shodno slobodi volje, i svi ostali – drugim riječima i pravno edukovani, ali i potpuno pravno neuki građani, nadripišari i sl.⁴⁶

Proglašenje neustavnim pojedinih odredaba veoma važnih Zakona⁴⁷ koji su propisivali formu notarski obrađene isprave kao obaveznu, kad su u pitanju pravni poslovi koji za predmet imaju prenos i sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama, te nedonošenje novog zakona ili izmjena postojećeg Zakona o notarima FBiH, kojim bi se tačno propisala obavezna forma za pravne poslove kad su u pitanju nekretnine, rezultiralo je različitim postupanjem i to: notara, sa jedne strane, koji su nastavili da ugovore o prometu nepokretnosti sačinjavaju u formi notarski obrađene isprave, te advokata, sa druge strane, koji su takve ugovore sačinjavali u običnoj pismenoj formi, te potpise ugovarača na istima ovjeravali kod općinskih organa. Ovo se, nadalje, direktno odražava na pravnu nesigurnost, i to ne samo da ugrožava ugovarače, nego i cjelokupan pravni promet nekretnina, u kojem garancije trebaju biti na zavidnom nivou.

4.1.1. Notarski obrađena isprava kao izvršna isprava

Notarska profesija i notarijat predstavljaju veoma važnu funkciju savremenog pravnog života. U odnosu na tip notarijata koji kao takav funkcionira unutar jedne države, možemo zaključiti da se u evropskokontinentalnim pravnim sistemima, akcenat stavlja na preventivno djelovanje i

češći, a sve u cilju sužavanja nadležnosti i opsega djelovanja notara. Više o tome: Knežić-Popović, D. (2016). *Evropski javni beležnici na vetrometini*, Pravni zapisi, god. VII, br. 2, Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd.

46 Prema Odluci Vrhovnog suda FBiH (br. 70 0 Dn 009610 22 Spp od 08.12.2022.) usvojen je zahtjev Općinskog suda u Sarajevu za rješavanje spornog pravnog pitanja pa je Građansko odjeljenje navedenog suda izrazilo pravno shvatanje prema kojem potpisi ugovarača na ugovorima o prenosu prava na nekretninama moraju biti ovjereni bilo od strane notara, bilo od strane suda kao uslov punovažnosti za upis u zemljišne knjige.

47 Zakon o registraciji poslovnih subjekata u FBiH, Zakon o stvarnim pravima FBiH, Zakon o zemljišnim knjigama FBiH, Zakon o nasljeđivanju FBiH, Porođični zakon FBiH i Zakon o izvršnom postupku FBiH.



preventivnu zaštitu, a koja se postiže upravo kroz funkciju notara, što u biti najviše odgovara latinskom tipu notarijata.⁴⁸ Forma notarski obrađene isprave u tome igra veliku ulogu, jer kroz ovakvu formu notar objema ugovornim stranama omogućava jednako informisanje o konkretnom pravnom poslu, čime između njih osigurava jednaku polaznu osnovu, a time se nadalje doprinosi „podizanju nivoa autonomije volje“.⁴⁹

Glavni razlozi zbog kojeg se države odlučuju na uvođenje ove službe svakako jesu povećanje stepena pravne sigurnosti u oblasti stvarnih prava, rasterećenje sudova i organa uprave, te veće pouzdanje u javne registre nekretnina i njihovo ažuriranje.⁵⁰

Zakonska pretpostavka je da notarski obrađena isprava garantuje istinitost podataka, što se direktno odražava na ispravne upise glede imovine u zemljišnim knjigama i drugim odgovarajućim vlasničkim registrima nepokretnosti. Na temelju notarski obrađenih isprava sudovi, odnosno, drugi nadležni organi jednostavno donose svoje odluke, bez potrebe da dalje preispituju podatke iz notarske isprave ili traže dodatne dokaze. Uz sve to, rad notara nadziru državne institucije, a stranke su zaštićene kroz odgovornost notara, ali i obavezno osiguranje, što opet za posljedicu ima mali broj sporova koji uključuju notare.⁵¹

Forma notarski obrađene isprave, kad su u pitanju sticanje i prenos stvarnih prava, ima veoma značajnu ulogu. Notar u postupku notarske obrade osigurava jednaku polaznu osnovu za sve ugovorne strane, obezbjeđuje ravnopravnost stranaka, dakle uspostavlja balans u ostvarivanju njihovih prava i interesa. S tim u vezi, notar postupa kao neutralan preventivni sudac, koji unaprijed analizira konkretan slučaj povodom kojeg su mu se stranke obratile, upozorava na moguće rizike i posljedice pravnog posla. Prilikom notarske obrade ugovora, notar unaprijed ispituje stvarnu volju ugovornih strana, pojašnjava im sve posljedice konkretnog pravnog posla,

48 Od svih tipova notarijata u svijetu je najrasprostranjeniji oblik organizovanja i rada notarijata koji se naziva latinskim tipom notarijata. On je naročito zastupljen u Europi, a kao takav je uveden i kod nas. Vidi o tome: Škaljić, M. (2013). *Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini*, Sveske za javno pravo Fondacije Centar za javno pravo, Sarajevo, dostupno na: www.cceol.com

49 Softić Kadenić, D. (2020). *Posljedice prakse ustavnih sudova u BiH u vezi s nadležnostima notara po pravni režim nekretnina*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LXIII – 2020, str. 537

50 *Ibid*: Škaljić, 2013, str. 2

51 Knieper, R. (2017). *Ekonomski značaj notarskih isprava*, Studiju je naručila Međunarodna unija notara (UINL), str. 26

upućuje ih na moguće rizike i opasnosti, neposrednim pitanjima uvjerava se da su stranke željele baš takav ugovor, vodi računa da sve stranke budu jednako zaštićene, tj. da njihova prava i obaveze budu u balansu – time notar sprječava buduće sporove i omogućava lakše ostvarivanje prava i interesa svih ugovornih strana. Notarski obrađena isprava je izjednačena sa pravomoćnom sudskom presudom, jer je sačinjava notar po tačno propisanoj proceduri i u skladu sa strogim zakonskim odredbama. Zbog toga notar ne može postupiti na štetu jedne od ugovornih strana, a niti smije unijeti odredbe koje su u suprotnosti sa zakonom.⁵²

Notarski obrađena isprava ima punu dokaznu snagu javne isprave, a pod određenim uslovima ista može imati i snagu izvršne isprave. Samo notarski obrađena isprava može imati svojstvo izvršne isprave, dok notarske ovjere i potvrde nemaju takvo svojstvo. Ovo rješenje je prihvaćeno i u uporednom pravu.⁵³

Dobra rješenja uporednog prava kada je u pitanju djelatnost notara na sačinjavanju notarski obrađenih izvršnih isprava preuzeta su i u pravni poredak BiH.⁵⁴ Zakoni o notarima FBiH, RS i DB BiH, su bili u tom smislu usklađeni, sve do donošenja navedenih odluka Ustavnog suda FBiH kojim su u Federaciji pojedine odredbe Zakona o notarima i drugih naprijed spomenutih važnih zakona, proglašene neustavnim i stavljene van snage. Zbog toga, danas imamo interlokalni sukob zakona, obzirom da se na teritoriji RS-a i DB BiH, kad su u pitanju ugovori o prenosu prava na nekretninama, zahtijeva forma notarski obrađene isprave, dok u Federaciji to više nije slučaj. Nakon donošenja odluka Ustavnog suda, ugovor o hipoteci se u pravilu ne mora zaključiti u formi notarski obrađene isprave, obzirom da su van snage stavljene odredbe čl. 73. Zakona o notarima FBiH. Međutim, jasno je da ugovor o zasnivanju hipoteke mora biti sačinjen u formi notarski obrađene isprave, da bi ista imala svojstvo izvršne isprave. U suprotnom, ugovor sačinjen u običnoj pismenoj formi sa ovjerom potpisa, neće biti izvršni naslov i povjerilac neće biti u mogućnosti provesti neposredno prinudno izvršenje nad imovinom dužnika, bez prethodnog provođenja parničnog postupka.⁵⁵

52 Senjak, K. (2013). *Notarijat i izvršnost notarskih akata*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 63, (2), str. 476 i 477;

53 Powlakić, M. (2000). *Izvršnost javnobilježničkih akata*, Pravna misao, Sarajevo, br. 3-4

54 Powlakić, M. (2013). *Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 63, (2) 245-310, str. 306.

55 U stavu 1. člana 23. ZIP FBiH ("Službene novine Federacije BiH", br. 32/2003,



Iz prethodnog se da zaključiti da svojstvo izvršnosti notarski obrađene isprave posebno dolazi do izražaja kad je u pitanju Ugovor o hipoteci, premda i druge vrste ugovora mogu dobiti to svojstvo (npr. kod ugovora o kupoprodaji nekretnine, kupac se može podvrgnuti neposrednom prinudnom izvršenju na cjelokupnoj ili dijelu svoje imovine radi osiguranja prodavca za naplatu kupoprodajne cijene). Uzimajući u obzir da je, kako smo naveli, jedan od glavnih ciljeva notarske službe rasterećenje pravosuđa i učinkovitija realizacija građanskih prava, može se zaključiti da se upravo kroz izvršnost notarskih isprava to najbolje i postiže.⁵⁶

Da bi notarska isprava bila izvršna, prema čl. 90. st. 1. Zakona o notarima FBiH, ona mora biti sačinjena u propisanoj formi i sastavljena o nekom pravu potraživanja, koje ima za predmet plaćanje neke određene sume novca ili davanje određene količine drugih zamjenjivih stvari ili vrijednosnih papira, a dužnik je u ispravi pristao na izvršenje bez odlaganja.

Budući da je notar nepristrasan, objektivan i neutralan preventivni sudac, to kroz notarski obrađenu ispravu on mora strankama pružiti garanciju da je jednako zaštitio prava i interese obje ugovorne strane, obzirom da se takva isprava sačinjava po strogo propisanoj zakonskoj proceduri, koju notar mora poštovati, a čime se garantuje da ista ne može biti sačinjena protivno zakonskim odredbama i na štetu bilo koje stranke.⁵⁷

4.1.2. Notarski obrađen ugovor o hipoteci

Kao najveći korisnici notarskih usluga, a naročito kada je u pitanju davanje kredita i plasmana novčanih sredstava, koja se osiguravaju zala-

52/2003 - ispr., 33/2006, 39/2006 - ispravka, 39/2009, 35/2012 i 46/2016 i "Službeni glasnik BiH", br. 42/2018 - odluka Ustavnog Suda), taksativno su nabrojane izvršne isprave, i to:

- izvršna odluka sudova i izvršno sudske poravnanje;
- izvršna odluka donesena u upravnom postupku i poravnanje u upravnom postupku ako glasi na ispunjenje novčane obaveze, ukoliko zakonom nije drukčije određeno;
- izvršna notarska isprava;
- druge isprave koje su zakonom određene kao izvršne isprave.

56 O značaju uloge notara u izvršnom postupku govorilo se na 23. Kongresu Međunarodne unije notara u Madridu 2007. godine: "Javnobilježnička isprava, instrument razvoja u društvu" i na 26. Međunarodnom kongresu notara u Marakešu, Maroko, 2010. godine: „Notarska isprava kao garancija investicija, instrument obezbjeđenja za javne registre i izvršna isprava“.

57 Senjak (2013). *op. cit.* str. 477;

ganjem nekretnine dužnika, svakako se smatraju banke. U tom smislu, banke se sa svojim klijentima obraćaju notaru radi notarske obrade ugovora o hipoteci, a sve u cilju efikasnijeg, bržeg i sigurnijeg plasmana novca i naravno brže i efikasnije naplate potraživanja.⁵⁸ Upravo u ovom segmentu, uloga notara je izrazito i nedvojbeno značajna, te se adekvatna zaštita obje ugovorne strane može postići jedino kroz notarski obrađenu ispravu.

Kada govorimo o sticanju i prenosu prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama, do donošenja dvije odluke Ustavnog suda FBiH br. U-15/10 i br. U-22/16, kao obavezna forma bila je propisana stroga forma notarski obrađene isprave. Notar je kroz notarsku obradu ugovora o hipoteci pružao jednake garancije i povjericu i dužniku i vršio neophodne provjere u zemljišnim knjigama i drugim registrima nekretnina, a koje su potrebne za obradu ovakve isprave. Time je notar ostvarivao preventivnu pravdu i osiguravao pravnu sigurnost. Sve ovo je bilo upitno prije uvođenja notarijata i notarske službe u našoj državi, obzirom na gore već pomenute probleme (vanknjižno vlasništvo, nemogućnost izvršenja i sl.). Proglašenjem neustavnim pojedinih odredaba Zakona o notarima FBiH, među kojima i one najvažnije odredbe koja se ticala upravo obavezne forme notarski obrađene isprave kad su u pitanju i ugovori o hipoteci, zapravo predstavlja korak unazad koji otvara vrata stvaranju novih problema sa kojima smo se već ranije susretali. Forma notarski obrađene isprave je sada fakultativna forma kad su u pitanju ugovori o hipoteci, što drugim riječima znači da se stranke više ne moraju obraćati notaru kako bi obradio njihove izjave volja u formi notarske isprave, već ugovor o hipoteci mogu sačiniti i oni sami ili za sačinjavanje angažovati advokata. Tu je važno naglasiti da ugovor sačinjen na taj način, neće imati svojstvo izvršne isprave, pa je jasno da bankama nije u interesu da prihvate takav rizik. Na osnovu neformalnih razgovora sa saradnicima pojedinih notarskih ureda u Federaciji BiH, može se zaključiti da se banke i dalje obraćaju notaru radi notarske obrade ugovora o hipoteci, a što je na neki način i logično, uzimajući u obzir sve posljedice i rizike koje sa sobom nosi hipoteka.

Prije donošenja Zakona o notarima u BiH, sporazum o zalaganju nekretnine se mogao zaključiti pred sudom, da bi se nakon donošenja ovih zakona, takva mogućnost proširila i na notarski sporazum o hipoteci.

58 Krajina, Ž. (2019). *Notarske usluge koje koriste banke u osiguranju i naplati svojih potraživanja*, preuzeto sa: <https://www.pravobih.com/notarske-usluge-koje-koriste-banke-u-osiguranju-i-naplatti-svojih-potrazivanja-t280.html>, dostupno na dan: 13.09.2023.godine

Ugovorom/sporazumom o hipoteci koji obrađuje i sačinjava notar, omogućeno je da se ugovori klauzula izvršnosti, na osnovu koje se izvršenje na nekretnini dužnika može provesti odmah nakon dospijeća potraživanja i bez potrebe da se provode dugotrajni parnični postupci, koje su dužnici ranije često koristili kako bi odgađali izvršenje svojih obaveza.

Uvođenjem notarske hipoteke stekli su se uvjeti za veći plasman novca, te manji rizik naplate, što je dalje dovelo do smanjenja kamatnih stopa i postepeno utjecalo na razvoj tržišta, poduzetništva, rješavanja stambenih pitanja mladih i sl.⁵⁹

Na temelju notarski obrađenog izvršnog ugovora o hipoteci, notar jednako štiti i povjerioca i dužnika, a povjerilac u svojim rukama ima važan mehanizam osiguranja svog potraživanja. S druge strane, dužnik mora biti svjestan na šta se obavezao, imajući u vidu iscrpne notarske pouke i upozorenja o mogućim rizicima. Povjerilac je zaštićen na način da može, neposredno nakon dospelosti, u svrhu plaćanja obezbijeđenog potraživanja, zahtijevati izvršenje na založenoj nekretnini, ako je dužnik u izvorniku na ovo izričito pristao, a sve na temelju opravka u svrhu izvršenja (kojeg izdaje notar, sukladno čl. 106. ZON-a FBiH) te na taj način pokrenuti izvršni postupak, bez potrebe da se prethodno provode skupi i dugotrajni parnični postupci.⁶⁰ U izvršnom postupku založni povjerilac svoje potraživanje može namiriti iz založene nekretnine, a ukoliko je dužnik u Ugovoru dao izjavu o podvrgavanju bez odlaganja, na cjelokupnoj svojoj imovini, i iz cjelokupne njegove imovine. Dužnik takvu izjavu može dati i naknadno, nakon zaključenja ugovora o hipoteci, obzirom da je njegovo potraživanje osigurano založenom nekretninom.⁶¹

59 Krajina, Ž. (2019). *op. cit.* str. 2

60 Prema čl. 90. St. 2. ZON-a FBiH: Na osnovu notarske isprave na osnovu koje je u zemljišnim knjigama upisana hipoteka ili zemljišni dug na određenoj nekretnini, može se u svrhu plaćanja obezbijeđenog potraživanja neposredno nakon dospelosti zahtijevati izvršenje na toj nekretnini, ako je dužnik u izvorniku na ovo izričito pristao.

61 Neki autori smatraju da unošenje klauzule o podvrgavanju na cjelokupnoj imovini dužnika (dakle i budućoj, koju dužnik nije imao u trenutku zaključenja ugovora o hipoteci) predstavlja povredu načela ravnopravnosti stranaka i jednakih vrijednosti davanja, obzirom se dužnik nalazi u lošijem položaju, jer bi se izvršenje moglo protezati i na njegovu buduću imovinu, te se na taj način zloupotrebljava ugovor o hipoteci. Više o tome: Mojović, I. (2019). *Notarska javna izvršna isprava, Pravo Bosne i Hercegovine*, dostupno na: <https://www.pravo.bih.com/viewtopic.php?f=21&t=279> na dan 11.08.2023.godine

Premda pojedini autori⁶² smatraju da unošenje klauzule u ugovor o hipoteci o podvrgavanju na cjelokupnoj imovini dužnika (dakle i budućoj, koju dužnik nije imao u trenutku zaključenja ugovora o hipoteci) predstavlja povredu načela ravnopravnosti stranaka i jednakih vrijednosti davanja, mišljenja smo da se radi o klauzuli koja je od koristi i za povjerioca, ali i za dužnika. Predmet na kojem će se provoditi izvršenje, određuje se prijedlogom za izvršenje, te na ovaj način povjerilac može birati odakle se namiriti u slučaju da ostane manji dugovani iznos. Dakle, ne mora se odmah ići na prodaju založene nekretnine, nego se može tražiti namirenje prodajom automobila ili druge pokretne stvari, pljenidbom novca sa računa i sl. Tu se vidi praktički značaj notarski obrađene izvršne isprave i navedene klauzule, jer ne radi se samo o prednosti za povjerioca, nego je i u dužnikovom interesu (ukoliko je preostao manji dugovani iznos) da se izvršenje provede na nekom drugom predmetu izvršena, a ne nekretnini. Nadalje, notarski obrađen ugovor o hipoteci, također, olakšava dužniku i na način da je isti oslobođen plaćanja skupih troškova parničnog postupka, obzirom da se temeljem notarskog ugovora o hipoteci (otpravak u svrhu izvršenja⁶³) direktno podnosi prijedlog za izvršenje i pokreće izvršni postupak.

Ono što je naročito važno istaći jeste da je uloga notara kod notarski obrađene isprave aktivna⁶⁴ i posebno dolazi do izražaja u tzv. postupku „konsultacija“, koji prethodi notarskoj obradi isprave, a koji se obavlja kod notara, u prisustvu obje ugovorne strane. Na taj način, stranke notaru daju ulazne informacije i podatke za obradu isprave, iznose svoje stavove i prijedloge koje žele da budu sastavni dio ugovora i pravnički uobličene, a notar ih poučava da li i na koji način, u konkretnoj stvari, mogu najadekvatnije regulisati svoj ugovorni odnos. Notar ih upozorava na moguće rizike i opasnosti, upoznaje sa zakonskim propisima, upućuje ih na njihove obaveze, ukazuje na njihova prava i interese, vodi računa da ni u kojem slučaju ne dođe do disbalansa između ugovarača - naprotiv, stvara jednaku i ravnopravnu polaznu osnovu.

62 *Ibid*

63 Član 106. st. 1. ZON-a FBiH: Otpravak izvornika u svrhu izvršenja izdaje se licima koja su u izvorniku označena kao povjerioci, odnosno njihovim nasljednicima, pod uvjetom da je dokazano ispunjenje uvjeta za izvršnost izvornika u skladu sa članom 90. ovog zakona.

64 Za razliku od slučajeva kad notar samo ovjerava potpise i prepise. Više o tome: Senjak, K. (2013). *op. cit.*, str.455.

U postupku notarske obrade ugovora, a polazeći od informacija koje je dobio u prethodnim konsultacijama sa strankama, notar mora provjeriti da li su iste sposobne i ovlaštene za zaključenje pravnog posla. Notar ispituje stvarnu volju ugovarača i njihove izjave volja unosi u notarski izvornik jasno i nedvosmisleno, kao i poučava stranke o pravnim posljedicama konkretnog ugovora. Notar je obavezan da zaštiti neiskusne i neuke stranke i cjelokupan ugovor, sa svim priložima, pročita ugovaračima, te u ugovoru konstatuje sve radnje koje je poduzeo tokom postupka notarske obrade.⁶⁵

Notar ispituje da li je nekretnina koja se zalaže upisana na imenu budućeg založnog dužnika i da li postoje određena ograničenja u pogledu zalaganja predmetne nekretnine. U ugovoru se može navesti klauzula pristajanja na neposredno prinudno izvršenje prema svakodobnom vlasniku nekretnine koja se zalaže i takva zabilježba se može upisati u zemljišne knjige.⁶⁶

Nadalje, notar vodi računa i o pravnom institutu „bračne/vanbračne stečevine“, pa u tom smislu da li je potrebno da se pribavi saglasnost bračnog/vanbračnog partnera za zasnivanje hipoteke na nekretnini, ukoliko ista čini bračnu/vanbračnu stečevinu.⁶⁷ Nadalje, notar provjerava da li je nekretnina već opterećena drugim teretom/hipotekom i upozorava založnog povjerioca da prednost pri namirenju iz založene nekretnine imaju prethodno upisani povjerioci, kao i da će se nova hipoteka u zemljišne knjige upisati na prvom slobodnom mjestu u z.k. izvratku nekretnine. Također, notar vodi računa i o tome da li je potrebno pribaviti prethodnu saglasnost ranije upisanog založnog povjerioca.⁶⁸

Ukoliko je založni povjerilac pravno lice, notar za obradu ugovora o hipoteci mora pribaviti odluku skupštine društva za zalaganje nekretnine, a pridošli direktor mora biti ovlašten da potpiše takav ugovor.

65 Povelakić, M., *op. cit.*, str. 253.;

66 Ovo je važno zbog eventualne promjene vlasnika nekretnine, jer se time povjerilac osigurava da će moći provesti izvršenje na nekretnini prema svakodobnom vlasniku iste. Više o tome: *Ibid*, str.306.

67 Više o vlasničkopravnom položaju bračnog partnera na nekretninama koje čine bračnu/vanbračnu stečevinu u: Softić Kadenić, D. (2019). *Vlasničko-pravni položaj žena na nekretninama koje čine (van)bračnu stečevinu i uloga notara u jačanju njihovog položaja*, Centar za podršku organizacijama CENSOR;

68 U Ugovoru o hipoteci, a shodno zahtjevu založnog povjerioca, može se unijeti klauzula zabrane daljeg opterećenja nekretnine, bez prethodne pismene saglasnosti upisanog hipotekarnog povjerioca, pa je u tom slučaju, za dalje zalaganje nekretnine, potrebno pribaviti takvu prethodnu pismenu saglasnost.

Notar, nadalje, poučava stranke i da bi bilo uputno donijeti poresko uvjerenje za založnog dužnika, čime bi isti dokazao da prema državi nema poreskih obaveza, a na osnovu čega se založni povjerilac štiti od eventualne buduće zakonske hipoteke.⁶⁹

Iako notar nema pravo da zastupa stranke pred sudom, on može biti ovlašten da obavi radnje neposredno vezane za notarsku obradu ugovora, tj. da nakon obrade ugovora sačini i nadležnom sudu podnese z.k. zahtjev za upis hipoteke sa svim pratećim zabilježbama. Notar može biti angažovan da prati postupak upisa hipoteke u z.k. i da pribavi z.k. izvadak za nekretninu u kojem je evidentiran takav upis u C. teretnom listu, te isti dostavi strankama na uvid. Upravo ove radnje notara, tačnost i pouzdanost u odredbe ugovora o hipoteci, dovode i do tačnosti javnih registara nekretnina i pouzdanost u iste, a što nadalje pridonosi sigurnosti u transakcijama nekretnina i realizaciji bankarskih kredita, isključujući mogućnost bilo kakvih prevara.

Dakle, putem postupka notarske obrade, založni povjerilac stiče izvršnu ispravu, na osnovu koje može da se namiri iz založene nekretnine ili cjelokupne imovine dužnika, u sudskom izvršnom postupku, samo na osnovu notarskog otpravka u svrhu izvršenja. Time se izbjegavaju dugi i skupi parnični postupci, te potreba za dokazivanjem da dužnik duguje određeni novčani iznos. To nadalje, a gledajući sa stanovišta ekonomske analize prava, dovodi nas do zaključka da olašanjem realiziranja povjeriočevih potraživanja dolazi do uštede vremena, troškova i energije, smanjuje se naplata finansijskog toka, olakšava plasman novčanih sredstava i onemogućava dužnika u neizvršavanju svojih obaveza. Neizostavno je spomenuti i rasterećenje sudova, minimalne troškove za povjerioca, ali i za dužnika (oslobađa se budućih troškova vođenja parničnog postupka). Kroz notarski obrađenu izvršnu ispravu, povjerioci - davaoci kredita (najčešće banke) stječu veći stepen sigurnosti, jer su svjesni da je njihov novčani plasman zaštićen, čime se isti potiču na buduća ulaganja i ekonomsku razmjenu dobara.⁷⁰

69 Za uspostavljanje zakonske hipoteke nije potreban pristanak vlasnika nekretnine, sve u skladu sa odredbama Zakona o poreskoj upravi FBiH (Sl.n. FBiH br. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14, 91/15 i 44/22) -prema Presudi Vrhovnog suda Federacije BiH broj: 10 0 U 002088 14 Uvp od 15.03.2018. godine – dostupno na: <https://www.pravobih.com/za-uspostavljanje-zakonske-hipoteke-nije-potreban-pristanak-vlasnika-nekretnine-t968.html> pristup: 07.09.2023. godine

70 Salerno Cardillo, F. (2010). *Javnobilježnička isprava kao jamstvo investicija, instrument osiguranja za javne registre i ovršna isprava*, tema II na XXVI Međun

Izvršni naslov notarski obrađene isprave je „revolucionarna zaštita povjerioca“ i upravo je ova djelatnost notara dala najvažnije rezultate, imajući u vidu da se u BiH godišnje sačini oko deset hiljada notarski obrađenih izvršnih isprava.⁷¹

Kroz notarski obrađen ugovor o hipoteci, koji je ujedno i izvršna isprava, notar, dakle, štiti ne samo povjerioca, nego i dužnika na način da neće biti u obavezi da plaća parnične troškove, a uz to kroz pristajanje na podvrgavanje na neposredno prinudno izvršenje nad cjelokupnom svojom imovinom, obezbjeđuje da ukoliko mu preostane manji iznos koji duguje založnom povjeriocu, da se povjerilac namiri iz nekog drugog sredstva obezbjeđenja, bez potrebe da se provodi izvršenje na nekretnini.

Izuzev značaja koji notarski obrađena izvršna isprava ima u okviru domaćeg pravnog sistema, neizostavna je i njena važnost kod prekograničnih imovinskopравnih odnosa, a koja se ogleda u njoj jednostavnijoj upotrebi i provedbi. Tu se u prvom redu misli na izvršenje u stranoj državi. Naime, priznanje i izvršenje strane notarski obrađene izvršne isprave je često jednostavnije u odnosu na postupak priznanja i izvršenja sudskih odluka⁷², pa samim tim i lakše izvršenje i namirenje za povjerioca.⁷³

5. RECENTNA ODLUKA USTAVNOG SUDA FBiH U-15/10

-predviđanje potencijalnih scenarija kao posljedica iste-

Zakonodavac u oba entiteta i Brčko distriktu je inicijalno određene pravne poslove, između kojih je i hipoteka, kao što je već gorenavedeno, smjestio pod notarsku ingerenciju. Svaka norma zakona ima određeni cilj, a univerzalno je da se zaštititi interes određenog lica bilo da se radi o građanskopravnim poslovima ili postupcima koji se vode po službenoj dužnosti. Kada je riječ o poslu hipoteke, ali i o drugim pravnim poslovima

arodnom Kongresu javnih bilježnika u Marakešu, Maroko, Javni bilježnik br. 33, str. 49-51.

71 Powlakić, M., *op. cit.*, str. 304;

72 Kod sudskih odluka za koje se upotrebljava institut priznanja i izvršenja u sistemu međunarodnog privatnog prava.

73 Rijavec, V. (2022). „Izvršni javnobilježnički akt u prekograničnim slučajevima s naglaskom na pravu EU“, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 19, Mostar 2022., str. 69. - 80. (Potvrdila i naša sudska praksa, vidjeti više u Presudi Županijskog suda u Širokom Brijegu broj 008-GŽ-06-000 278 od 7.9.2006. godine)

koji za predmet imaju sticanje ili prenos stvarnih prava na nekretninama, pored važnosti u unutrašnjem pravnom prometu, imaju i značajnu ulogu kada je u pitanju prekogranični promet. U prilog tome svakako govori i nastojanje formiranja jedinstvene mreže zemljišnoknjižnih registara država članica u Evropskoj uniji.⁷⁴ Konkretno, pojačana pravna sigurnost koja se vezuje za određeni institut je najčešće u korelaciji sa novčanom vrijednošću istog i kretanjima na tržištu. Jasno je da nepokretnosti predstavljaju jedno od najvrjednijih (materijalizovanih) dobara, a zajmovi su izražena novčana vrijednost. Zadatak država je daza takve vrijednosti pružiodgovarajuće garancije u pogledu odgovornih lica, podobnih isprava i učinkovitih postupaka, tačnije da stvori pravni okvir koji je za građane najpouzdaniji. Upravo zbog savremenih promjena koje su se desile na tržištu kredita u EU, a radi unificiranja pravnih sistema u pogledu uspostava hipoteke, javio se termin Eurohipoteke.⁷⁵

Odlukom Ustavnog suda FBiH br. U-15/10 od 02.12.2015. godine su utvrđene sporne i da nisu u skladu sa Ustavom FBiH određene odredbe Zakona o notarima⁷⁶, a kasnijom odlukom US FBiH br. U-22/16i odredbe pojedinih zakona koji su u relaciji sa notarskom službom. Ono što ne iznenađuje mnogo, obzirom na složeni pravni sistem BiH, ali svakako intrigira pravnike, pa i širu publiku u BiH, jeste da su donijete oprečene odluke najviših sudova u RS, odnosno u BD, u odnosu na Odluku Ustavnog suda FBiH. Da li je odlukom Ustavnog suda FBiH osnovano odlučeno da „cijena“ utvrđene diskriminacije advokata i drugih lica koja su bila isključena

74 Uvođenjem pojma zemljišnih knjiga na stranice e-pravosuđa, predstavljene su Evropske službe za informacije o zemljištima (EULIS) i Evropsko udruženje zemljišnih knjiga (ELRA), kao dvije mreže zemljišnih knjiga koje djeluju na evropskom nivou. U ovoj mreži svoje informacije o zemljištima i nekretninama trenutno pruža pet država članica, dok je deset država članica u različitim fazama povezivanja sa službom EULIS, te se predviđa širenje registra i izvan država članica. ELRA je neprofitno udruženje u skladu s belgijskim zakonima i njena je glavna svrha razvoj i razumijevanje uloge zemljišnih knjiga na tržištu nekretnina i kapitala, kao razne aktivnosti u vezi učinka evropskih propisa na zemljišne knjige i njihove korisnike. Izvor: <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/32581> i https://e-justice.europa.eu/108/EN/land_registers__eu_level

75 Lhevi A. (2019) *Property Law in globalizing world*, Cambridge University Press, str.112

76 Utvrđuje se 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 („Službene novine Federacije BiH“, broj: 45/02), nisu u skladu sa Ustavom Federacije Bosne i Hercegovine.



iz sklapanja poslova prenosa prava na nepokretnostima do donošenja predmetne Odluke, treba biti naplaćena ukidanjem ekskluziviteta notarske obrade ovih pravnih poslova!? Da li navedeno otvara put ka značajnijoj pravnoj nesigurnosti!? Podnosilac zahtjeva Ustavnom sudu FBiH za ispitivanje ustavnosti pomenutih odredaba, između ostalog navodi da je ključni princip poslovanja advokata i notara konkurencija kvaliteta i cijene.

Međutim, da bi kvalitet dvije profesije ili generalno učinak položaja dva subjekta u pravnom sistemu bio podložan ocjeni, potrebno je da se radi o licima kojasa u istoj kategoriji, tj. da imaju ista ovlašćenja u pravnom prometu, a što u pravnom poretku BiH, kada su u pitanju notari i advokati, nije slučaj. Obzirom da se radi o dvije neusporedive službe, i samipreduslovi i parametri za kvalitet i odgovornost ovih subjekata u konkretnoj zakonskoj regulativi nisu isti. Advokati su, u pravilu privatna služba, a notari obavljaju javna ovlaštenja. Kada je riječ o cijeni usluge, nju diktira ili tržište ili sama država i određena ograničenja cijena nisu isključena. U svakom slučaju smatramo da mjerenje kvaliteta izostaje, jer za isto nema osnova.

Ono što je zajedničko za ove dvije profesije jeste građanskopravna odgovornost ustanovljena za propuste u službi, s tim da se ipak radi o proširenoj odgovornosti kada je u pitanju notarskaslužba.⁷⁷

Uglavnom, čini se da srž Odluka US FBiH, kada je riječ o neustavnosti odredbi čl.73. Zakona o notarima FBiH i kojom je između ostalog normirana i neophodnost notarske obrade ugovorakoji za predmet imaju sticanje ili prenos stvarnih prava na nepokretnostima (pa i ugovora o hipoteci), se svodi na dva presudna razloga. Prvi razlog je da se ovom normom čini diskriminacija na štetu drugih lica - diplomiranih pravnika sa položenim pravosudnim, magistarskim ispitom ili doktoratom, koji su, prema mišljenju US FBiH, sa istim, ako ne i većim stručnim znanjem, te sposobnostima i moralnim kompetencijama, osposobljeni za pružanje istih ili

⁷⁷ Član 43. Zakon o advokaturi FBiH: Za pruženu pravnu pomoć strankama advokati u advokatskim društvima odgovaraju po općim pravilima o odgovornosti. Član 56. istog Zakona: Advokati, koji obavljaju djelatnost advokata kao pojedinci, u zajedničkoj advokatskoj kancelariji ili advokatskom društvu kao i advokatski pripravnici individualno su odgovorni za savjesno vršenje svoje djelatnosti i čuvanje ugleda advokature.

Zakon o notarima u poglavlju „Naknada štete“: Notar je dužan naknaditi štetu, koju je drugom prouzrokovao povredom svoje službene dužnosti. Za prouzrokovanu štetu notar odgovara po općim pravilima za naknadu štete. Notar odgovara i za štetu koju je prouzrokovao notarski pomoćnik ili drugo uposljeno lice u njegovoj kancelariji. Notar odgovara za štetu koju učini zamjenik notara, u skladu saodredbama člana 47. stav 5. ovog zakona.

sličnih usluga, pri čemu se nejednakost pred zakonom i diskriminacija na najočigledniji način manifestira u odnosu na sva ova navedena lica. Drugi razlog je da obaveza plaćanja troška notarske obrade isprave, ne ostavlja mogućnost građanima da izaberu drugu opciju, jer su konkretni poslovi stavljeni pod isključivu nadležnost notara. Ovim, US FBIH smatra da se građanima uskraćuje pravo da imaju jednak pristup javnim službama i da se uopće diskriminišu, promatrano kroz prizmu normi člana II.A.2.Ustava Federacije Bosne i Hercegovine.

U Odluci, između ostalog, u obrazloženju, konstatuje se i da su advokati i notari *javne službe*, a što bi moglo biti predmet ispitivanja.⁷⁸ Prema entitetskim zakonima o advokaturi, advokatura je nezavisna profesionalna djelatnost, koja se bazira na pružanju stručne pravne pomoći i nije sporno da se radi o privatnoj djelatnosti i da advokat zastupa interese jedne strane, svoje stranke. Stoga, već u samom startu bi trebalo uočiti diskrepancu između notarske službe kojoj su povjerena određena javna ovlaštenja i advokature koja štiti privatne interese, bar kada je fokus zaključenje pravnih poslova u vezi sa nepokretnostima.

U Odlukama US FBIH se često pominje riječ legitimnost, odnosno legitiman cilj. Pretpostavka da su zakonodavne vlasti oba entiteta i BD pri donošenju zakona o notarima i određenja obavezne notarske obrade pravnih poslova, koji za predmet imaju promet ili zalaganje nepokretnosti, imali predstavu da je zaštita prometa nepokretnosti i osnivanje pravna istima u javnom interesu zbog samog značaja i vrijednosti poslova i da je, stoga, bilo u interesu društva, ograničiti slobodu zaključenja ovih poslova u smislu dodjeljivanja notarima i upravo je to bio legitiman cilj.

Apelacijom prema Ustavnom sudu su se obratili advokati FBIH, ali je US BIH zauzeo stanovište da odluka entitetskog ustavnog suda o usaglašenosti zakona ili drugog općeg akta sa entitetskim ustavom, predstavlja konačan i obavezujući akt, a entitetski ustavni sud je za takva pitanja posljednji autoritet.⁷⁹

Kada se govori o stajalištu Ustavnog suda RS po pitanju ispitivanja analognih odredaba Zakona o notarima RS, u pogledu stvarnih prava na nepokretnostima, US RS nije prihvatio inicijativu za ispitivanje ustavnosti. Mišljenje Vlade koje je izraženo i navedeno u odluci US je da u pravnom

78 Prema riječima M. Povelakić, postavlja se i ozbiljno pitanje argumentacije presude US FBIH iz 2012. Izvor <https://www.fokus.ba/vijesti/bih/povlaci-kic-presuda-ustavnog-suda-o-zakonu-o-notarima-zasluzuje-naucnu-analizu/452659/>

79 Odluka US BIH od 16. februara 2018. godine, u predmetu broj AP 2567/16

sistemu, uvođenjem notarijata, se stvara veća pravna sigurnost upravo jer je notar samostalan i nezavisan nosilac javnih ovlaštenja, jednako zastupa interese svih stranaka u postupku notarske obrade isprava. Pored navedenog, Vlada ističe da je na notare, kao javnu službu, država prenijela dio javnih ovlaštenja, a zadržala je pravo nadzora nad sprovođenjem ovog zakona, kao i da vrši druga zakonom predviđena ovlaštenja.

Gotovo isti ishod kao u Odluci RS, nakon ispitivanja Zakona o notarima BD, je postignut i u Odluci Apelacionog suda BD. Između ostalog, AS BD ističe da je namjera zakonodavca bila da notarijat bude posebna javna služba, da isprave koje sačinjava notar su javne isprave, a konkretno, obrada pravnog posla hipoteke, prema propisanim uslovima dobija svojstvo izvršne isprave, što umnogome doprinosi efikasnosti realizacije prinudne naplate povjeriočevih potraživanja. U Odluci je bitno istaknuta i činjenica da notar nema pravo da vrši drugu profesionalnu djelatnost i da izričito ne može biti advokat.

Poznato je da Odluke US FBiH br. U-15/10 i br. U-22/16 nisu provedene do današnjeg dana i da nisu izvršene izmjene postojećeg Zakona o notarima FBiH. Od trenutka donošenja tih Odluka, forma notarski obrađene isprave više nije bila obavezujuća forma, već je ona sada stekla svojstvo fakultativnosti. To drugim riječima znači da pravni poslovi koji za predmet imaju sticanje i prenos vlasništva i drugih stvarnih prava na nepokretnostima, više ne moraju biti sačinjeni u formi notarski obrađene isprave, ali ukoliko to stranke žele, one se dobrovoljno mogu obratiti notaru da ih isti sačini u takvoj formi. Zapravo, od tog trenutka postalo je nejasno u kojoj formi sačinjavati navedene pravne poslove da bi oni bili pravno valjani i provodivi u zemljišnim knjigama i drugim registrima nekretnina.

Nametnulo se, dakle, pitanje, koji zakonski propis sada primijeniti glede forme ugovora? Ako uzmemo u obzir princip neformalnosti ugovora koji je prihvaćen u našem ZOO⁸⁰, onda bismo mogli zaključiti da se pravni poslovi od donošenja navedenih Odluka Ustavnog suda FBiH mogu zaključivati u bilo kojoj formi. To doslovno znači da bi u obzir mogla doći i usmena forma! Ali ako protumačimo odredbe čl. 53. Zakona o stvarnim pravima FBiH⁸¹, onda je jasno da je kod ugovora o prometu nepokretnosti, pored valjanog pravnog osnova (najčešće ugovor) i valjane *klauzule intabulandi* –

80 Čl. 67-73 Zakona o obligacionim odnosima.

81 Pravo vlasništva na nekretninama na osnovu pravnog posla stiče se uknjižbom u zemljišnu knjigu ako zakonom nije drugačije određeno. – čl. 53. Zakona o stvarnim pravima FBiH (Sl. n. FBiH br. 66/2013, 100/2013 i 32/2019 – odluka US)

klauzule o prenosu prava vlasništva sa ranijeg vlasnika na novog, potrebno izvršiti i upis u zemljišne knjige. Na osnovu čega će se izvršiti taj upis?

Prije notarijata u BiH, u oblasti sticanja i prenosa stvarnih prava, primjenjivala se kvalificirana forma – pismena forma sa ovjerom potpisa ugovarača kod nadležnog suda. Polazeći od ovakve forme, a imajući u vidu da je uvođenjem notarske profesije ukinuta sudska ovjera ugovora, ovjeravanje je sada bilo moguće jedino kod notara. Međutim, odmah nakon donošenja predmetnih odluka Ustavnog suda FBiH, notari u Federaciji su zauzeli stav da neće vršiti ovjere potpisa na ugovorima o sticanju i prenosu vlasništva i drugih stvarnih prava. Preostala je, dakle, još mogućnost da se takva ovjera izvrši kod nadležnog organa uprave.

Ni zemljišnoknjižni uredi nisu sigurni kako tačno postupiti i šta prihvatiti da bude osnov za upis u nadležne knjige. Tako je praksa u FBiH postala različita, pa su neki registri nekretnina prihvatili i provodili ugovore sačinjene u običnoj pismenoj formi sa ovjerom potpisa kod općinskog organa, dok se takvoj praksi najduže uspio oduprijeti zemljišnoknjižni ured Općinskog suda u Sarajevu. Zbog toga je ovaj Ured, krajem prošle godine, zatražio od Vrhovnog suda FBiH rješavanje spornog pravnog pitanja. Vrhovni sud je usvojio zahtjev Općinskog suda u Sarajevu za rješavanje spornog pravnog pitanja, te izrazio pravno shvatanje prema kojem potpisi ugovarača na ugovorima o prenosu prava na nekretninama moraju biti ovjereni bilo od strane notara, bilo od strane suda kao uslov punovažnosti za upis u zemljišne knjige.⁸²

Shodno prednjem rješenju Vrhovnog suda, koje ima karakter privremenog rješenja, i ima se primjenjivati do donošenja izmjena Zakona o notarima FBiH, sticanje i prenos stvarnih prava na nekretninama se vrši u pismenoj formi, sa ovjerom potpisa kod nadležnog suda ili notara. Ovdje je važno naglasiti da su takvi ugovori privatne isprave, a notarsko ovjeravanje potpisa na ugovoru im ne daje svojstvo javne isprave, jer notar samo potvrđuje da je stranka u njegovoj prisutnosti vlastoručno potpisala pismeno, ili svoj potpis na njega stavila, ili da je potpis, koji je već na pismenu, pred njim priznala kao svoj.⁸³ Dakle, notar ne odgovara za sadržaj ugovora na kojem ovjerava potpise.

Koliko će se ovakvo stanje odraziti na pravnu sigurnost i kakve će posljedice ostaviti, ostaje nam tek da vidimo i možda svjedočimo pono-vnim slučajevima višestrukog prometa nepokretnosti, neprovodivim ugovorima, dugogodišnjim i neefikasnim parničnim postupcima i mnogim

82 Vidi fus notu br. 46

83 Čl. 95. st.1. Zakona o notarima FBiH

drugim problemima, zbog kojih je notarijat i uveden u našoj državi.

Za napomenuti je da postoji i problem interlokalnog sukoba zakona, obzirom da se u RS-u i BD i dalje zahtijeva obavezna forma notarski obrađene isprave kad su u pitanju nekretnine, a u Federaciji pismena forma sa ovjerom potpisa. Upravo ovako neujednačeni propisi na nivou jedne države mogu dodatno utjecati na pravnu sigurnost, pri čemu se nameće logično pitanje važenja ugovora o prometu nepokretnosti sačinjenih u FBiH, na području RS i BD.

Buduća rješenja idu ka približavanju notarskoj praksi kakva postoji u regionu, tj. uvođenju postupka solemnizacije. Do donošenja navedenih presuda Ustavnog suda FBiH, u pravu BiH, nije bio predviđen postupak solemniziranja privatnih isprava, po čemu se domaći pravni poredak i razlikovao od drugih pravnih poredaka u regionu. Ovdje je pravo u BiH stajalo pod utjecajem njemačkog prava, obzirom da njemački propisi o notarima ne poznaju solemniziranu ispravu.⁸⁴ Upravo se uvođenjem postupka solemnizacije, anulira značaj forme notarski obrađene isprave, jer notar u okviru postupka solemnizacije, nema utjecaja na tekst isprave koju solemnizira.⁸⁵

Prijedlogom Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o notarijatu FBiH iz septembra 2019. godine⁸⁶, i to članom 10. izmijenjen je čl. 69, kojim su propisani poslovi notara i njegova nadležnost da poduzima notarsku obradu isprava, potvrđuje – solemnizira privatne isprave, izdaje potvrde, kao i da ovjerava potpise, rukoznake i prepise i obavlja druge poslove koji su mu zakonom dopušteni. Članom 11. izmijenjen je čl. 73. koji sada predviđa obaveznu notarski obrađenu formu za samo određene pravne poslove.

Za sve ostale pravne poslove, pa i one u vezi nekretnina, predviđen je postupak solemnizacije.⁸⁷ Ove isprave mogu sačinjavati svi (građani,

84 Powlakić, M., *op. cit.*, str. 251

85 Softić Kadenić, D., *op. cit.*, str. 523

86 Vidi: https://parlamentfbih.gov.ba/v2/userfiles/file/Materijali%20u%20proceduri_2020/Prijedlog%20zakona%20o%20izmjenama%20i%20dopunama%20Zakona%20o%20notarima%20bos.pdf (06.07.2023.godine)

87 Član 73a. (Pravni poslovi za koje je obavezna notarski potvrđena – solemnizovana privatna isprava) (1) Notar potvrđuje - solemnizuje privatnu ispravu kada je to zakonom određeno. (2) Pravni poslovi za koje je obavezna notarski potvrđena - solemnizovana privatna isprava su: a) pravni poslovi o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih partnera, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici, b) pravni poslovi, čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretnost

pravno obrazovani i pravno neuki, advokati, nadripišari, itd.) ali su dužni takvu ispravu donijeti notarima na potvrđivanje – solemnizaciju. Obzirom da se radi o potpunom novitetu u našem pravu, postavlja se pitanje kako, zapravo, izgleda taj postupak? Naime, nakon što mu stranke pridonesu ugovor u pismenom obliku (ugovor odštampan na papiru, napisan u skladu sa službenom upotrebom jezika i pisma i čije su margine dovoljno široke da se može povezati jemstvenikom⁸⁸), notar prema čl. 91a. Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama zakona o notarima FBiH, vrši potvrđivanje stavljanjem klauzule o potvrđivanju (solemnizaciona klauzula) koja je uslov za punovažnost pravnog posla. Njome notar potvrđuje da je strankama u njegovom prisustvu pročitana isprava, da su one izjavile da ta isprava u svemu i potpuno odgovara njihovoj volji i da su je svojeručno potpisale. Kada se prouči detaljno čl. 91b. koji propisuje sadržinu klauzule o potvrđivanju, dobijamo dojam da je notar izvršio notarsku obradu isprave. Sa ovakvim rješenjima, naš se zakonodavac najviše približio rješenju u RH, s tim što se u RH, kad su u pitanju poslovi sa nekretninama ne traži isključivo solemnizirana isprava, već kao upis u zemljišne knjige može poslužiti i ugovor u pismenoj formi sa ovjerom potpisa kod notara. Ali ono što karakteriše notare u RH jeste što oni imaju ekskluzivitet glede ovjere potpisa na takvim ugovorima.⁸⁹ 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.⁹⁰

Mogući scenariji u pravnom prometu u Federaciji BiH, nakon što stupe na snagu navedene izmjene zakonske regulative, jeste svakako povećanje broja pravnih poslova, tj. ugovora koji će advokati da sastavljaju.⁹¹ Iskrsava

ninama, c) osnivačka akta privrednih društava i utvrđivanje njihovih statuta, kao i svaka promjena statuta, d) ugovor o nasljeđivanju, ugovor o doživotnom izdržavanju, ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života, ugovor o odricanju od nasljeđa koje nije otvoreno.

88 Čl. 91d. Prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o notarima FBiH

89 U R. Hrvatskoj nema ovjere potpisa na sudovima, već jedino kod notara/ javnih bilježnika. Više o tome: Ernst, H./Josipović, T. (2009). *Javni bilježnici i javni registri*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 6/2009.

90 Povelčić, M., *op. cit.*, str. 251

91 Nije sporno ni do sada bilo da advokati sastavljaju nacрте ugovor kada su pitanju stvarna prava neposredno prije notarske izrade, da savjetuju svoju stranku koja ih angažuje kao i da je zastupaju istu kod notara, prikupljaju prethodnu dokumentaciju etc.



pitanja dovoljne nepristrasnosti i objektivnosti advokata kada je u pitanju zaštita „suprotstavljenih interesa“ ugovornih strana, a u jednom poslu npr. hipoteke, može biti svakako više učesnika sa tri uloge – konkretno: dužnik, založni dužnik i založni povjerilac. Da li će advokat kojeg angažira samo jedna strana zaista da vodi računa o rizicima koji mogu da nastupe za drugu stranu i da li će poučavati jednako i stranku koja ga plaća kao i onu koja ga ne plaća? Advokat je privatna služba i shodno zakonu je obavezan da zastupa interes stranke kojoj pruža pravnu podršku.

Ono što zabrinjava, a izvjesno se nameće kao moguća opcija, jeste otvaranje prostora da, kako drugi pravници, tako inazovimo „nepravnici“, sastavljaju isprave koje se samo ovjeravaju i čiji sadržaj ne podliježe prethodnoj kontroli notara, advokata ili suda. Ono što zaista može biti sporno jeste da li su navedene osobe dovoljno stručne iz oblasti stvarnih prava i sposobne i voljne da pouče stranke o svim rizicima kod prometa nepokretnosti ili ugovorne hipoteke koji mogu da nastupe ili već postoje. Prema sadržaju Odluke US FBiH, da se primijetiti, da nije nigdje taksativno navedeno kojije tokrug pravnik koji mogu da sastavljaju isprave, osim advokata i notara (čija struka je neupitna) i šta bi prema mišljenju US FBiH trebalo da bude posao sastavljača isprava, kao i koje su granice odgovornosti tih lica.

Hipoteka u uslovima trenutno ustrojenih registara u BiH, zbog istorijski gledano razloga koji nisu išli u prilog formiranja stabilnosti istih, je vrlo osjetljiva u smislu neharmoniziranosti starog i novog premjera u pogledu oblika i površina nepokretnosti, neusklađenosti vanknjižnih i knjižnih vlasnika, velikog broja nikada neprovedenih upisa ili upisa koji su trebali da budu brisani, a starosti su i po stotinu i više godina, generalno zbog neraščišćenih imovinskopravnih odnosa. Ovo su neki od rizika na koje stranke prije zaključenja ugovora o hipoteci trebaju da budu upozorene, a upozorenje treba da bude dato od stručnog lica. U konačnici ko će, a ako ugovor sastavlja lice koje nije pravnik, da pouči stranku da ugovor treba knjižiti u registar i da samo knjiženjem nastaje hipoteka ili druga stvarna prava na nekretninama. A šta sa vanknjižnim nepokretnostima?

Projekcija datog načina zaključenja ugovora o hipoteci prema Odluci US FBiH, definitivno upućuje na inkrementaciju broja sporova u budućnosti, jer ništa za sada nije definisano u pogledu predupređenja ili eliminisanja ili svođenja na najmanju moguću mjeru opasnosti koji posao hipoteke nosi sa sobom. I manentno pitanje je naknada štete koju će stranke zahtijevati u situacijama nevaljanosti ugovora, a koje će biti uzročene novim poretком zaključenja pravnih poslova. Zamišljeni scenarij je da, uslijed povećanja

broja sporova zbog nevaljanosti ugovora o hipoteci, prvobitni cilj da se rasterete sudovi uvođenjem notarijata, neće biti postignut, a efekat bumeranga može dovesti do blokiranja rada sudske vlasti u FBiH.

U korelaciji sa štetom je upravo odgovornost lica koji su nadležni za sastavljanje isprava o hipoteci. Kao što je evidentno, sudija ne može lično da odgovara već se odšteta traži od države, a država može eventualno da postavi regresni zahtjev, pod uslovom da je sudija štetu prouzrokovao namjerno ili krajnjom nepažnjom.⁹²

U pogledu notarske odgovornosti, svjedoci smo da je u sudskoj praksi već potvrđena odgovornost notara upravo zbog pitanja pravne važnosti posla hipoteke.⁹³ Ono što ostaje kao pitanje je da li posljedica Odluke US FBiH može eventualno biti put kojim se otvaraju (ponovno) vrata nadripisarsta?!

Zaključak

Zadatak pravne države je da osigura da značajni pravni poslovi za privredni razvoj jedne zemlje dobiju pravni okvir koji će obezbijediti, kako brzinu i efikasnost zaključenja pravnog posla, tako i sigurnost titulusa i uspostavljenisistem odgovornosti lica tj. nadležnih organakojima su povjereni važni poslovi. Recentne sudske odluke US FBiH, koje su pomenute u radu, podstakle su analizu formi dobrovoljne hipoteke, koja je, nesumnjivo, unazad dvadeset i više godina mijenjala svoje oblike, a što je umnogome ovisilo i o razvoju društvenih odnosa. Nije se postavljalo pitanje odgovornosti suda ili drugih lica kada se hipoteka uspostavljala prema ranije važećem zakonu o izvršnom postupku i zakonu o vlasničkopravnim odnosima koji su naslijeđeni iz SFRJ, a dalo se vidjeti da je propusta kod ovih modaliteta uspostavehipoteke zaista bilo. Definitivno je da je, kada je u pitanju hipoteka, na način kako je bila regulisana ranije pomenutim zakonima, prevaziđena, a što su učinila kretanja na tržištu novca. Nasuprot nepostojanju postupaka o odgovornosti sudova ili trećih lica, koji su ranije sačinjavali hipoteku, notari se pozivaju na odgovornost za svoj rad.

92 Prema Zaključku građanskog odjeljenja Vrhovnog suda FBiH od 26.10.2009. godine. Izvor: Morait A. (2018) *Odgovornost notara za prouzrokovanje štete*, Anali Pravnog fakulteta u Zenici, br. 22/2018, str. 141.

93 Presuda Vrhovnog suda broj 41 0 P 062350 19 Rev od 19. oktobra 2021. godine, koju je potvrdio i Ustavni sud BiH



Prepuštanje nedovoljnoj ili neadekvatnoj regulisanosti pravnog osnova sticanja sporazumne hipoteke, bez jasno definisanog kursa nadležnosti i odgovornosti, može biti put u „pravni ambis“ koji narušava interese založnih povjerilaca.

Literatura:

1. Bormann J./Hoischen N. (2016). *Ekonomski aspekti notarskih djelatnosti u zemljišnoknjižnom pravu*, Rheinische Notar-Zeitschrift (Stručni časopis Rajnske Notarske komore), 6. izdanje, br. 7-8/16, str. 345-350;
2. Ernst, H./Josipović, T. (2009). *Javni bilježnici i javni registri*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br.6/2009.
3. Knežić-Popović, D. (2016). *Evropski javni beležnici na vetrometini*, Pravni zapisi, god. VII, br. 2, Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd.
4. Knieper, R. (2017). *Ekonomski značaj notarskih isprava*, Studiju je naručila Međunarodna unija notara (UINL)
5. Krajina, Ž. (2019). *Notarske usluge koje koriste banke u osiguranju i naplati svojih potraživanja*, preuzeto sa: <https://www.pravobih.com/notarske-usluge-koje-koriste-banke-u-osiguranju-i-naplatti-svojih-potrazivanja-t280.html>, dostupno na dan: 13.09.2023.godine
6. Mojović, I. (2019). *Notarska javna izvršna isprava*, Pravo Bosne i Hercegovine, dostupno na: <https://www.pravo.bih.com/viewtopic.php?f=21&t=279> na dan 11.08.2023.godine
7. Povelakić, M. (2000). *Izvršnost javnobilježničkih akata*, Pravna misao, Sarajevo, br. 3-4
8. Povelakić, M. (2013). *Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 63, (2) 245-310, str. 306.
9. Rijavec, V. (2022). „Izvršni javnobilježnički akt u prekograničnim slučajevima s naglaskom na pravu EU“ Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 19, Mostar 2022., str. 69. - 80.
10. Softić Kadenić, D. (2020). *Posljedice prakse ustavnih sudova u BiH u vezi s nadležnostima notara po pravni režim nekretnina*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LXIII – 2020, str. 537
11. Softić Kadenić, D. (2019). *Vlasničkopravni položaj žena na nekretninama koje čine (van)bračnu stečevinu i uloga notara u jačanju njihovog položaja*,

- Centar za podršku organizacijama CENSOR;
12. Senjak, K. (2013). *Notarijat i izvršnost notarskih akata*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, 63, (2), str. 476 i 477;
 13. Salerno Cardillo, F. (2010). *Javnobilježnička isprava kao jamstvo investicija*, instrument osiguranja za javne registre i ovršna isprava, tema II na XXVI Međunarodnom Kongresu javnih bilježnika u Marakešu, Maroko, *Javni bilježnik br. 33*, str. 49-51.
 14. Škaljić, M. (2013). *Uloga i značaj latinskog tipa notarijata u oblasti stvarnih prava u Bosni i Hercegovini*, Sveske za javno pravo Fondacije Centar za javno pravo, Sarajevo, 2013., dostupno na: www.ceeol.com
 15. Živković M. (2009), *Novo hipotekarno pravo u Republici Srbiji*, u: *Stvarnopravna uređenja tranzicijski zemalja – stanje i perspektive*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str.
 16. Crnjanski, V, 2015, *Javnobeležnička isprava o zasnivanju hipoteke kao vrsta izvršne isprave*, Pravni zapisi, časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, str. 85-109.
 17. Crnjanski V. *Odnos izvršnog i vansudskog postupka*–, Pravni život Broj 12/2018 / Godina LXVII / Knjiga 610, str. 5-19
 18. Šago D. (2021), *Neki aspekti uloge javnog bilježnika kao povjerenika suda u sudskim postupcima u Republici Hrvatskoj*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 18, Mostar 2021., str. 173. – 192
 19. Ružička B. (2017), *Javnobilježničko založnopravno osiguranje i osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava temeljem sporazuma stranaka na neupisanim nekretninama*, Javni bilježnik, vol XXI, broj 44, Hrvatska javnobilježnička komora, Zagreb, str.119-139
 20. Medić D, Tajić H., (2008) *Sudska praksa iz stvarnog prava*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo
 21. Medić D. (2013), *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Panevropski univerzitet „APEIRON“ Banja Luka,
 22. Medić D. *Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke*, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 27, br. 1, str. 450
 23. Medić D. *Sticanje hipoteke na osnovu sporazuma pred sudom i notarski obrađene isprave*, Pravni život 10/2005, Beograd str. 457-470
 24. Stanković O, Orlić M, (1990), *Stvarno pravo (peto izmjenjeno i dopunjeno izdanje)*, Novinsko-izdavačka ustanova „Službeni list“ SFRJ, Beograd
 25. Bodiroga N, (2012), *Teorija izvršnog postupka*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd str. 343



26. Poljić A. Alispahić A. (2023), *Domaća i strana Sudska praksa broj 97*. Privredna štampa d.o.o. Sarajevo
27. Dojčinović D, Dojčinović Z. (2016), *Građansko privredno pravo sa sudskom praksom* Udruženje „Collegium Conditio“ Banja Luka
28. Okić M. *Odgovornost države za rad suda*, Zbornik radova Zaklade Zlatko Crnić, Zagreb, 2008, str.1-16.
29. Petrović A. Jukan E., *Obavezna forma ugovora nakon presude Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine U-22/16: neka otvorena pitanja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli, br. 1, 2019
30. Lhevi A. (2019) *Property Law in globalizing world*, Cambridge University Press, str.112
31. Morait A.(2018) *Odgovornost notara za prouzrokovanje štete*, Anali pravnog fakulteta br 22/2018, Pravni fakultet, Univerzitet u Zenici, str. 141.
32. Kurtić H. (2019) *Neustavnost notarski obrađene isprave za izradu pravnih poslova propisanih Zakonom o notarima i drugim posebnim zakonima*, Pravo i finansije, broj 7-8, str. 50-56
33. Dolović K., *Uloga javnog beležnika kod založnog prava na nepokretnosti*, Strani pravni život 2/2010,
34. Tajić H, (2009), *Građansko i privredno pravo u praksi sudova u BiH*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo
35. Živković M. (2010) *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd
36. Nasarre –Aznar S. (2004), *Looking for a model for a Eurohypothec*, January 2004

Zakoni i odluke:

1. Zakon o notarima Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, broj: 45/02)
2. Zakon o notarima Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11)
3. Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH („Službeni glasnik Brčko Distrikta“, br. 9/03 i 17/06)
4. Zakon o izvršnom postupku FBiH (“Službene novine Federacije BiH”, br. 32/2003, 52/2003 - ispr., 33/2006, 39/2006 - ispravka, 39/2009, 35/2012 i 46/2016 i “Službeni glasnik BiH”, br. 42/2018 - odluka Ustavnog Suda)
5. Zakon o poreskoj upravi FBiH (Sl.n. FBiH br. 33/02, 28/04, 57/09, 40/10, 27/12, 7/13, 71/14, 91/15 i 44/22) - Presuda Vrhovnog suda

- Federacije BiH broj: 10 0 U 002088 14 Uvp od 15.03.2018. godine
6. Zakon o stvarnim pravima FBiH (Sl. n. FBiH br. 66/2013, 100/2013 i 32/2019 – odluka US)
 7. Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o notarima FBiH, dostupno na https://parlamentfbih.gov.ba/v2/userfiles/file/Materijali%20u%20proceduri_2020/Prijedlog%20zakona%20o%20izmjenama%20i%20dopunama%20Zakona%20o%20notarima%20bos.pdf
 8. Odluke US FBiH br. U-15/10 i br. U-22/16
 9. Odluka Vrhovnog suda FBiH (br. 70 0 Dn 009610 22 Spp od 08.12.2022.)

Zakoni drugih država:

1. Zakon o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje, 54/2019, 9/2020 - autentično tumačenje i 10/2023 - dr. zakon)
2. Zakon o hipoteci Republike Srbije
3. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17)
4. Ovršni zakon Republike Hrvatske (NN 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22)
5. Zakon o javnom bilježništvu Republike Hrvatske (NN 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16, 57/22)

Ostali izvori.

1. <https://www.iusinfo.hr/aktualno/u-sredistu/32581>
2. https://e-justice.europa.eu/108/EN/land_registers__eu_level



CONTRACTUAL MORTGAGE UNDER THE “PROTECTION” OF A NOTARY, ATTORNEY, COURT OR A THIRD PARTY - A QUESTION OF SECURITY

Naida Gačanović, MA

PhD student at the Faculty of Law, University of Sarajevo

e-mail: naida.h.gacanovic@gmail.com

Jelena Čekić, MA

PhD student at the Faculty of Law, University of Sarajevo

e-mail: advokat.cekic@gmail.com

ABSTRACT

Mortgage is certainly an institute that intrigues worldwide a various legal circles. The reason for this is very simple, the mortgage is correlated with large property values: creditors' receivables and real estate which secured them. The increase in cross-border transactions, the development of information technology, the idea of creating a unique legal framework for mortgages, such as the current issue of Eurohypotheq, are factors that encourage the creation of a safe legal framework in Bosnia and Herzegovina. Looking at the legal solutions for the establishment of consensual mortgages from the beginning of Dayton Bosnia and Herzegovina until today, mortgages went through three stages: contractual and judicial mortgages, which had their roots in the enforcement and property-legal matter of the former SFRJ, then the notarized mortgage contract, and at the end, the stage that followed the Decision of the Constitutional Court in FBiH U-15/10. The question that arises is actually, which modality of consensual mortgage will exactly provide legal protection to the greatest extent as it is possible, and, as well, the question of the responsibility of the person under whose “patronage” is the title refer to constitution of the mortgage. Considering the aspiration towards the globalization of the right to secure receivables, it is important to know what will be the ratio legis of the amendment of the regulation after the decision of the Constitutional Court FBiH regarding legal transactions, in concreto, mortgages, what will be the consequences of the heterogeneity of the regulation of this issue in BiH and

whether the new law will provide sufficient legal security and be the basis for joining BiH to new global trends.

Keywords: *voluntary, judicial and contractual mortgage, notary form, pledging and sale of real estate, legal security*