

Enes Bikić* / Alaudin Brkić*

MATERIJALNE I PROCESNOPRAVNE POSLJEDICE NEDOSTATKA FORME UGOVORA U PRAVNOM PROMETU NEKRETNINA

SAŽETAK

U ovom radu se iznose problemi i posljedice koje su nastajale pogrešnom primjenom pravila o konvalidaciji i konverziji ugovora u pravnom prometu nekretnina zbog nedostatka zakonom propisane forme. Davanjem prednosti faktičkim stanjima i stvarnoj namjeri ugovornih stranaka sudska praksa je nastojala dodatno osnažiti izvršene, usmeno ugovorene obaveze iz različitih ugovora na nekretninama, zanemarujući postojanje općih uslova za njihovu pravnu valjanost i razloge propisivanja forme *ad solemnitatem*. Tim putem stvorena je tanka linije između poboynosti i ništavosti a formi ugovora na nekretninama oduzet značaj radi koga je ona i propisana što je otvorilo niz bespotrebnih rasprava i sudskih postupaka. Odluke visokih sudskih instanci najbolji su pokazatelj takvog stanja a procesna sredstva zaštite bilo savjesnih ili nesavjesnih stranaka protivna prinudnim propisima. Interesantan segment razrade predstavlja i analiza nasljednopravnih ugovora prema postojećim propisima u BiH te složenost problematike prividnih ugovora u pravnom prometu nekretnina. Uvođenjem službe latinskog notarijata promijenjeno je i shvatanje o formi ugovora na nekretninama s ciljem revitalizacije pravne sigurnosti i zaštite interesa sudionika u pravnom prometu.

Ključne riječi: kvalifikovana pismena forma, forma *ad solemnitatem*, notarski obrađena isprava, ništavost, poboynost, konvalidacija, konverzija, prividan ugovor i restitucija.

* Doc.dr.sc., Pravni fakultet Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru

* Mr.sc., Pravni fakultet Univerziteta u Zenici

1. Forma ugovora o prodaji nekretnina

Pod ugovorom o prodaji podrazumijeva se takav sporazum kojim se prodavac obavezuje da stvar koju prodaje preda kupcu tako da kupac stekne pravo raspolaganja, odnosno pravo vlasništva, a kupac se obavezuje da prodavcu plati cijenu.¹ Zavisno od predmeta ovaj ugovor može biti zaključen na pokretnim, nepokretnim stvarima i pravima (npr. stvarna prava, obligaciona prava, autorska prava, prava industrijskog vlasništva itd). Ako za predmet ima nekretnine ugovor o prodaji je formalan, dvostranoobavezan, ekvivalentan, i kauzalni pravni posao.² Osnovna obaveza prodavca je da nekretninu koju prodaje preda u posjed kupcu i izda tabularnu ispravu za valjan prenos prava vlasništva a obaveza kupca da prodavcu isplati odgovarajući iznos novca na ime prodajne cijene.³ Da bi ugovor o prodaji na nekretninama mogao biti pravni temelj stjecanja prava vlasništva, on mora biti kauzalni. Naime iz njega mora biti moguće vidjeti, ne samo da je volja upravljena na prijenos prava vlasništva određene stvari sa otuđivatelja na stjecatelja, nego i koji je pravni razlog (*causa*) toga prijenosa.⁴ Kauza nema isključivo ni ekonomski ni psihološki već pravni cilj koji stranke nastoje postići izvršenjem ugovornih obaveza.⁵ U pravilu ugovor o prodaji zasniva se na principu neformalnosti, osim u slučaju kada za predmet ima nekretnine što zahtijeva da saglasnost stranaka bude izražena u zakonom propisanoj formi (*ad solemnitatem*).⁶ Bez obzira na razloge koji su uticali na propisivanja forme *ad solemnitatem* ugovor o prodaji nekretnina mogao je biti zaključen kako u pismenom tako i usmenom obliku. U traženju odgovora na situaciju kada su stranke zaključile ugovor o prodaji nekretnina u usmenom obliku sudska praksa je nastojala svojim pojedinačnim odlukama zaštititi savjesnog ugovarača, a formi ugovora

¹ Ugovor o prodaji je najvažniji ugovor kojim se prenosi vlasništvo i ima sličnosti prevashodno sa drugim ugovorima kojima se prenosi vlasništvo (ugovorom o razmjeni, prodajnim nalogom, ugovorom o poklonu, ugovorom o zajmu i ugovorom o djelu). O tome: D. Veljković, Ugovori u privredi sa sudskom praksom, primjerima ugovora i tužbama za ostvarivanje prava iz tih ugovora (prvo izdanje), Poslovni biro, Beograd, 2008, 627-628.

² Vidi: A. Bikić, Obligaciono pravo (posebni dio), Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2005, 8-9.

³ Vidi: P. Simonetti, "Prijenos prava vlasništva i učinci pravnog posla o otuđenju tuđe nekretnine u građanskom pravu Republike Hrvatske, Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske", Pravna misao, br. 5-6/2006, 18.

⁴ Vidi: N. Gavella, at al. Stvarno pravo, Informator, Zagreb, 1998, 323; i M. Vedriš, Osnovi imovinskog prava, II-izdanje, Informator, Zagreb, 1977, 257.

⁵ "Kod dvostranoobveznih ugovora jedna strana se obavezuje zbog izvršenja obaveze druge strane. To je ono što je evidentno kod svih ugovora ove vrste i što predstavlja neposredni pravni cilj obaveživanja. To je, dakle, kauza u pravnom smislu riječi. Ali, treba reći da iza tog neposrednog pravnog cilja stoje različite pobude i da su one najčešće ekonomske prirode..." (opširnije o tome: S. Perović, "Pobude za sklapanje ugovora", Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, br. 7/2009, 20-26.

⁶ Uopšte o formi u ugovornom pravu: Z. Meškić, A. Brkić, "Svrha forme ugovora u pravnom prometu nekretnina", Pravna misao, br. 3-4/2010, 15-20. 8-10; "U savremenim pravnim sistemima je sve više formalnih ugovora. Taj trend je u francuskoj uočen još krajem XIX vijeka, pa se počelo govoriti o svojevrsnoj *renesansi formalizma u ugovornom pravu*" (vidi: D. Nikolić, Uvod u sistem građanskog prava, sedmo izdanje, Centar za izdavačku djelatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2006, 129).

ra ostaviti značaj koji faktički ona treba da ima.⁷ Time je dodatno liberalizovano načelo slobode u pravnom prometu nekretnina što je imalo višestruke implikacije na ažurnost postojeće zemljišnoknjižne evidencije.⁸ Od velike koristi nije bila ni odredba Zakona o obligacionom odnosima (skraćeno: ZOO) kojom se propisivala obavezna pismena forma za ugovor o prodaji na nekretninama.⁹ Glavni nedostatak navedene odredbe je u nepotpunosti forme (propisivanju pismenog oblika samo za privrednopravnu prodaju) i ne navođenju organa koji vrši ovjeru potpisa ugovornih strana. Takva nepreciznost je otklonjena odredbama Zakona o prometu nekretnina (skraćeno: ZPN) kao *lex specialis propisu* kojim se za punovažnost pismenog zaključnog ugovora o prodaji na nekretninama (građanskopravna i privrednopravna prodaja) zahtijevala i ovjera potpisa na sudu.¹⁰

⁷ Prema čl. 6. Uredbe o uknjiženju prava svojine na državnoj nepokretnoj imovini od 11. jula 1947., socijalistička društvena svojina može da se stekne i bez upisa tog prava u zemljišne knjige (izuzetak od formalnog načela). "Ako je reč o uknjiženju društvene svojine koju država stiče na osnovu pravnog posla, nije se tražila ovjera takvog ugovora, nego samo da je sastavljen u pismenoj formi, bez ikakve obaveze upisa prava svojine u zemljišne knjige." O tome: A. Gams, *Stvarno pravo*. Nolit, Beograd, 1952, 165. "Da bi se moglo uzeti da postoji pismeni ugovor o kupoprodaji u smislu čl. 9. Zakona o prometu zemljišta i zgrada potrebno je da pismeno bude sačinjeno u formi ugovora i da su u istom jasno i određeno naznačene stranke-prodavač i kupac, predmet kupoprodaje kupovna cijena, kao i da sadrži potpise ugovarača." (vidi: odluka Vrhovnog suda NRS, Gž. br. 2636/59 od 11. marta 1960., Zbirka sudska odluka iz oblasti građanskog prava, 1972, 118.).

⁸ Brojni su razlozi uticali na ažurnost i tačnost zemljišno-knjižne evidencije: izvanknjižni promet stvarnih prava na nekretninama; neaktivnost ili nedovoljna saradnja između katastra i gruntovnice; nepodnošenje prijedloga za promjenama i usklađivanjem zemljišnoknjižnog stanja sa faktičkim stanjem na terenu; nepostojanje sankcija; odsustvo jedinstvenih propisa; neodgovarajuća odnosno nedefinirana koncepcija zemljišne knjige: duge rasprave o svrsishodnosti, opravdanosti i organizaciji zemljišnoknjižne evidencije; prenaplašen interes za naplatu poreza itd. U materijalu Economic Commission for Europe – Land Administration Guidelines (With Special Reference to Countries in Transition, Unites Nations – New York and Geneva, 1996), izričito se navodi da sistem registriranja nekretnina treba da omogući: garantiranje vlasništva i sigurnost posjedovanja; funkcionalnost sistema oporezivanja zemljišta i vlasništva; osiguranje i sigurnost kreditnih odnosa; razvijanje tržišta nekretnina (upravljanje, unaprijeđenje, planiranje i infrastrukturni razvoj); zaštitu okoliša i statističkog mjerenja itd.

⁹ Vidi: čl. 455. Zakona o obligacionim odnosima ("Službeni list SFRJ", broj 39/78; i "Sl. list RBiH", br. 2/92, 13/93 i 13/94). Ovaj član ZOO je indikativan jer se jedino u njemu pominju nepokretne stvari. Opširnije o tome: S. Perović, D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva, Kulturni centar Gornji Milanovac – Pravni fakultet u Kragujevcu, Beograd, 1980, 24-25; usp.: B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, knjiga III, Zagreb, 1978, 1512-1516; i Ž. M. Perić, *O ugovoru o prodaji i kupovini*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, 66-464. "Na nepokretnostima koje su predstavljale zemljišno-knjižna dobra, njihovo prenošenje u vlasništvo se moglo zasnovati na usmenom sporazumu" (vidi: odluka Okružnog suda u Beogradu Gž. 84/96, br. 12005/96, od 24. aprila 1997. godine, Sudska praksa, br. 9/1998). "Ne može se tražiti utvrđivanje prava svojine na nepokretnosti na osnovu zaključenog predugovora" (vidi: odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4348/97). Sudske odluke navedene prema: T. Krsmanović, *Stvarno pravo i promet nepokretnosti*, Beograd, 1998, 55.

¹⁰ Vidi: čl. 9. Zakona o prometu nekretnina ("Službeni list SR BiH", broj 38/78, 4/89, 29/90, 22/91) kojim je bila predviđena pismena forma ugovora i ovjera potpisa od strane suda.

U novom Nacrtu ZOO (skraćeno: Nacrt ZOO)¹¹ sadržinski se neznatno dopunjuje iznesena odredba ZOO upotrebom formulacije: “potpisi ugovornih strana moraju biti ovjereni od nadležnog organa“.¹² Upotreba pravnog termina “nadležni organ“ je suvišna ako se sagledaju sve promjene koje su nastale uvođenjem latinskog notarijata i forme notarski obrađene isprave na osnovu Zakona o notarima FBiH (skraćeno: ZNot FBiH),¹³ Zakona o notarima RS (skraćeno: ZNot RS)¹⁴ i Zakona o notarima Brčko Distrikta BiH.¹⁵ Time je nekadašnja nadležnost suda u pogledu ovjere potpisa ugovorača prestala a uvedena je posebna forma notarske obrade za pojedine pravne poslove.¹⁶ Notarima su data i isključiva ovlaštenja da sačinjavaju ugovore o prodaji na nekretninama što je strankama oduzelo mogućnost da bilo same ili preko drugih profesionalnih lica (advokata) sačinjavaju privatne isprave i podnose notarima na ovjeru. Dakle, cjelokupnu operaciju od sačinjavanja ugovora o prodaji nekretnina do ovjere potpisa ugovorača vrši isključivo notar. Ipak, pojedinačni i palijativni pristupi vođeni potrebom ubrzanja pravnog prometa na nekretninama i neograničenim djelovanjem principa autonomije volje često znaju da zanemare razloge propisivanja određenih oblika forme i formalnosti vezanih za publicitet pravnih poslova naknadnim osnaženjem kroz primjenu pravila o konvalidaciji.¹⁷

1.1. Konvalidacija ugovora o prodaji nekretnina

Pored izričitog zakonskog propisa u sudskoj praksi su postojala oprečna stanovišta o razlozima propisivanja forme i ocjene pravovaljanosti ugovora u pravnom prometu nekretnina.¹⁸ Tako je pitanje nedostatka forme ugovora o prometu nekretnina postalo predmet rasprave na proširenoj zajedničkoj

¹¹ Prva bezuspješna inicijativa za usvajanje novog ZOO u BiH pokrenuta je 16.06.2003. godine objavljenim Nacrtom Zakona obligacionom odnosima FBiH/RS. Reforma ove važne oblasti društvenih odnosa je revitalizirana krajem 2009. godine u BiH s ciljem ispunjenja preuzetih obaveza iz potpisanog sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom Unijom i afirmacije ekonomskih sloboda unutar jedinstvenog ekonomskog prostora. Tako je Vijeće ministara, na osnovu većine glasova 10.12.2009. godine usvojilo novi prijedlog Zakona o obligacionim odnosima i bezuspješno uputilo na daljnju proceduru u Parlamentarnu skupštinu BiH koja je dala negativan odgovor. Osnovne razloge njihovog neusvajanja treba tražiti u složenoj političkoj situaciji i snažnim otporima prenošenju zakonodavnih nadležnosti na državni nivo.

¹² U Nacrtu ZOO iz 2003. godine je namjerno ili nenamjerno bila izostavljena odredba koja se tiče forme ugovora o prodaji nekretnina. Nasuprot tome, novi Nacrt ZOO sadrži odredbu o formi u čl. 512 koja glasi: “ugovor o prodaji nepokretnih stvari mora biti zaključen u pismenoj formi, a potpisi ugovornih strana moraju biti ovjereni od nadležnog organa“. Ova odredba trpi ozbiljne zamjerke jer izraz “nadležni organ“ može upućivati na nadležnost suda a ne notara koji ima isključivu nadležnost prilikom sačinjavanja i ovjere ugovora u pravnom prometu nekretnina.

¹³ Zakon o notarima FBiH (“Službene novine Federacije FBiH“, 45/02).

¹⁴ Zakon o notarima RS (“Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 86/04).

¹⁵ Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH (“Službeni glasnik Brčko Distrikta“, br. 9/03, i 17/06).

¹⁶ O tome: Z. Meškić, A. Brkić, 20-24.

¹⁷ O tome: Z. Meškić, A. Brkić, 11-12.

¹⁸ Oprečna stanovišta sudske prakse prije i nakon donošenja pravila o konvalidaciji ugovora (čl. 73. ZOO) su iznesena kod: B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim odnosima, knjiga I, Zagreb, 1978, 335-341.

sjednici Saveznog Vrhovnog suda bivše Jugoslavije.¹⁹ U ovakvim situacijama važno je pravno pravilo građanskog prava o restituciji, tj. uzajamnom vraćanju datih prestacija, ali je ono izazvalo dileme da li će u uslovima opadanja kupovne moći novca i ranijih inflatornih tendencija, restitucija dovesti do neosnovanog obogaćenja prodavca, odnosno osiromašenja kupca. Pravilo o restituciji uzajamnih davanja iz nevažećeg ugovora vrijedi kod slučaja zablude, nedostatka u saglasnosti volje i slično, kad ugovor po materijalnoj suštini ne postoji, a ne i u slučaju ništavosti ugovora zbog nedostatka forme.²⁰ Polazište da ugovorne strane nekada i zbog neukosti pribjegavaju usmenoj formi, ili, u pravilu, zbog neukosti, ne znaju šta predstavlja bitne elemente ugovora o prodaji na nekretninama opravdanim je nametnulo pitanje: kakve posljedice će nastati iz ugovora koji se zbog nedostatka pismene forme smatraju apsolutno ništavim? Tim povodom je rukovodeći se načelom savjesnosti i poštenja u pravnom prometu, Savezni Vrhovni sud bivše Jugoslavije ustanovio zabranu restitucije ukoliko su usmeno zaključeni ugovori o prodaji nekretnina bili izvršeni.²¹ Ako bi se u ovakvim slučajevima dopustilo poništenje ugovora to bi ugrozilo načelo savjesnosti i poštenja, jer bi jedna ugovorna strana uvijek mogla da se pozove na nedostatak forme i na taj način izigra prvobitni cilj zaključenja ugovora.²² I sudska praksa novijeg datuma nastavila je da slijedi ranije stavove sudskih instanci u pogledu ugovora o prenosu prava vlasništva na kojima potpisi ugovarača nisu bili ovjereni pred

¹⁹ Nakon održane rasprave Savezni vrhovni sud u aprilu 1961. godine usvojio je interesantan zaključak: "izvršenjem nevažećih ugovora o prometu nepokretnosti zbog nedostatka forme nastaje jedno pravno stanje, koje ne dovodi do svojine pribavioca, ali je ono, u skladu s pravnim pravilima imovinskog prava o sticanju svojine održajem, moglo odložiti sticanje svojine po ovom osnovu kad za to bude nastupio odložni uslov (...) vremenski rok od dvadeset godina." Odluka se nalazi u radu: H. Kramarković, "Forma ugovora o prodaji nepokretnosti", *Pravni život*, vol. 41, br. 11-12/91, 1397-1398.

²⁰ Povreda javne interesne sfere oličene u javnom poretku povlači tzv. apsolutnu ništavost pravnog posla (...) trebalo bi da svaka ugovorna strana nakon poništaja nađe u poziciji u kojoj bi se nalazila da ugovor nije zaključen. U tom smislu, kao primarno je prihvaćeno načelo restitucije. Izuzetno, sud može odbiti zahtjev nesavjesne strane za povraćaj onoga što je drugoj strani dala na ime ispunjenja obaveze iz ugovora koji je protivan javnom poretku (jednostrana restitucija) a može donijeti i odluku da se predmet prestacije oduzme u korist opštine (zabrana restitucije). O primjeni načela restitucije: D. Nikolić, 138-139.

²¹ "U takvom slučaju nastaje jedno stanje, jedna promjena u imovinskim odnosima koja odgovara volji stranaka i koju zbog toga te iste stranke ne mogu narušavati odnosno takav svoj zahtjev ne mogu ostvariti putem suda" (rješenje Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 1677/65. Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava, Beograd, 1972, br. 131, 104). "U slučaju spora među strankama u kome se ističe nedostatak oblika prema čl. 9. Zakona o prometu zemljišta i zgrada ("Sl. List FNRJ", br. 26/54) treba imati u vidu, takođe sigurnost i poštenje u pravnom saobraćaju. Razlozi sigurnosti i poštenja u pravnom prometu ukazuju da prodavac ne može tražiti poništaj ugovora i vraćanje u pređašnje stanje samo zbog nedostatka forme zaključenog pravnog posla kada je prodatu nepokretnost u posjed kupca predao, a ovaj njemu kupovnu cijenu platio, sve prema njihovom sporazumu. Usmeno zaključeni ugovor o prometu nepokretnosti ne može se realizovati sudskim putem. Kad je usmeno zaključeni ugovor o prometu nepokretnosti izvršen u cjelini ili pretežno dijelom ne može se tražiti povraćaj u pređašnje stanje" (vidi: stav sa savjetovanja Vrhovnog suda Jugoslavije od 18. i 19. juna 1968. godine, navedeno prema: H. Kramarković, 1397).

²² Vidi: D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, deveto izdanje, Beograd, 1996, 288-290; usp.: A. Bikić, *Obligaciono pravo-opći dio*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Sarajevu, 2007, 105-106.

domaćim sudovima. Ako je bila moguća konvalidacija usmeno zaključenih ugovora o prometu nekretnina onda je razložno i donekle normalno rukovodeći se postojanjem dokumenta o obavezama stranaka i prirodnom nedostatka propisane forme dopustiti i konvalidaciju pismenih ugovora kojima nedostaje sudska ovjera potpisa.²³ O tome su neki sudovi u više navrata upozoravali ne samo radi repariranja štete koja je nastajala za društvenu zajednicu već i radi suzbijanja nezakonitih i nemoralnih postupanja pojedinaca a ponegdje čak i nekih službi.²⁴ Shodno odredbi ZPN nedostatak ovjere u pismenim ugovorima o prenosu prava vlasništva oduzimao bi svako pravno dejstvo.²⁵ Kvalifikovana pismena forma bila je propisana samo za ugovore o prenosu prava vlasništva kako bi se ostvarila uknjižba prenesenog prava u katastar nekretnina, odnosno zemljišnu knjigu.²⁶ Ukoliko bi se to doslovno tumačilo onda bi po strani ostali ugovori kao pravni osnovi prenosa stvarnih prava na nekretninama. Neovisno što ZPN nije propisivao formu za ugovore o prenosu prava stvarne služnosti, postojanje formalne isprave bio je uslov za upis u katastar nekretnina zbog nedostatka drugog odgovarajućeg načina sticanja.²⁷ To pokazuje da subjektivni elementi (volje, svijesti, namjere) ugovornih strana, po prirodi stvari, ne mogu nadomjestiti propisani oblik pravnog posla.²⁸ Ova zakonska odredba odnosila se i na ugovarače pravna lica, pa i na ona koja su imala u cjelini ili djelimično društveni, kasnije državni, kapital. Kvalifikovana pismena forma se morala poštovati i prilikom zaključenja predugovora na nekretninama. Propisi o formi glavnog ugovora važe i za predugovor ako je propisana forma uslov punovažnosti ugovora.²⁹ Ukoliko nakon pismenog zaključenja predugovora ne bi uslijedila ovjera potpisa ugovornih stranaka pred nadležnim sudom, pravni posao bi ostao bez

²³ O tome: L. Karamarković, "Konvalidacija ugovora o prometu nepokretnosti kojima nedostaje forma", *Pravni život*, vol. 42, br. 9-10, 882-884; i I. Mojević, "Aktuelna pitanja konvalidacije pisanih ugovora o prometu nepokretnosti kojima nedostaje sudska ovjera potpisa", *Časopis za pravnu teoriju i politiku "Advokatura"*, br. 7-8/02, 26.

²⁴ Vidi: informacija Okružnog suda u Doboju i Opštinskog suda u Sarajevu za period od 1. januara do 31. marta 1983. godine, objavljena u *Biltenu sudske prakse* br. 1/83, 40-41.

²⁵ Vidi: čl. 9. st. 2. 3. i 4. ZPN; i čl. 1. Zakona o izmjenama i dopunama ZPN ("Službeni list RBiH", broj 18/94) i njegovu primjenu u sudskim odlukama: Vs FBIH, Rev. 64/97, od 25. 2. 1998. godine (Bilten Vs FBIH 1/98, 24); i Vs FBIH, Pž. 232/97, od 21. 10. 1997. godine (Bilten Vs FBIH 2/97, 27); usp.: presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 3605/96 od 1. oktobra 1996. godine; presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 1019/97 od 21. maja 1997. godine; presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 2853/97 od 3. juna 1997. godine; presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4114/97, od 30. septembra 1997. godine, "Sudska praksa", br. 9/1998; Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 3434/98 od 19. novembra 1998. godine.

²⁶ Vidi: čl. 116. i 118. Zakona o premjeru i katastru nekretnina SR BiH ("Službeni list SR BiH", br. 22/84); i § 36 - 39 bivšeg Zakon o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije ("Službene novine Kraljevine Jugoslavije", br. 146 - LIII/1930).

²⁷ Usp: čl. 51. Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 37/90) i čl. 97. tač. 8. Zakona o premjeru i katastru nekretnina SR BiH.

²⁸ Vidi: Stav Građansko-privrednog odjeljenja Vs BiH, od 26. 2. 1988. - *Bilten Vs BiH* 1/88, 123.

²⁹ Vidi: čl. 45. st. 2. ZOO.

pravnog dejstva.³⁰ Okolnost da su osnovne ugovorne obaveze (isplata cijene i predaja predmeta u posjed) izvršene, mogli su dovesti do konvalidacije (ako se uzme da je predugovor po svom sadržaju ugovor).³¹ Očigledno da je napušten cilj propisane kvalifikovane pismene forme rukovođen zabranom konvalidacije ne samo usmeno već i pismeno zaključenih ugovora kojima je nedostajala ovjera potpisa.³² Ovo posebno proizilazi iz prijelaznih odredbi ZPN gdje su mogli ispunjenjem ugovornih obaveza u određenom vremenskom periodu konvalidirati ugovori o prometu nepokretnosti zaključeni u pismenom obliku bez ovjera potpisa na sudu.³³ Ukoliko bi se dopustilo poništenje takvih ugovora tada bi posjednik bio dužan vratiti vlasniku spornu nekretninu. Suprotno rješenje bi omogućilo da savjestan posjednik zadrži nekretninu pod uslovom da je obaveze iz pravnog osnova ispunio ili na osnovu proteka vremena dokazao pretpostavke dosjelogosti.³⁴

³⁰ Usp: presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 258/98 od 15.4.1988. godine; presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3805/92 od 20.10.1992; presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 6029/94; presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 471/96 od 13.2.1996. godine; Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 6047/99 od 6.9.2000; i Odgovor utvrđen na sjednici Odjeljenja za privredne sporove Višeg privrednog suda u Beogradu od 15. oktobra 2001.

³¹ Vidi: odluka Vs FBiH, Pž. 39/96, od 30. 6. 1997. godine (Bilten Vs FBiH 2/97, 28); usp.: Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 359/2006 od 24.5.2006. godine;

³² Na neujednačen stav naše sudske prakse mnogo ranije je ukazao prof. Perović koji ističe da bi u tom slučaju "svrha forme trebala da bude osnovni kriterij u pronalaženju rješenja" (Vidi opširnije: S. Perović, "Pravo svojine", Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada – tom-II, Beograd, NIU Službeni list SFRJ, 1978, 1066-1067; D. Stojanović, 282-287).

³³ Vidi: čl. 46. ZPN i Zakona o izmjenama i dopunama čl. 3. ZPN ("Službeni list RBiH", broj 18/94 i 33/94) dozvoljena je kovalidacija pismeno zaključenih ugovora bez ovjere potpisa stranaka pred sudom do 15.7.1994. godine.

³⁴ Razlikovanje dvije vrste dosjelogosti – redovne i izvanredne, potiče još od Justinijana, svjedočeći o tome da je on u pravni institut dosjelogosti spojio dva do tada samostalna pravna instituta, naime uzukapiju (kojom se posjed pretvara u pravo) i longi temporis praescriptio (kojom zastarjeva vlasnički zahtjev). Opširnije vidjeti: A. Romac, Rimsko pravo – II izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1987, 169-170; i M. Šarac, Z. Lučić, Rimsko privatno pravo, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2006, 139. "Pravo svojine na nepokretnosti putem održaja stiče se savjesnom i zakonitom državinom i protekom vremena od 20 godina. Savjestan je držalac onaj koji drži uvjerenju da je on vlasnik te nekretnine bez obzira što je ona u zemljišnim knjigama upisana na drugo lice" (vidi: odluka Vrhovnog suda Vojvodine Rev. 582/86 od 20. VIII 1986, "Sudska praksa", br. 4/87, 34.). Naime, čl. 29. i 55. Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90) sadrži odredbu gdje se dosjelošću ne može steći pravo vlasništva, odnosno pravo stvarne služnosti na stvari u društvenom vlasništvu. Pravo vlasništva dosjelošću na zemljištu koje je upisano u zemljišnim knjigama kao društveno vlasništvo priznat će se ako je stečeno dosjelošću do 6. IV. 1941. godine (vidi: odluka Vrhovnog suda Hrvatske Rev 2658/87 od 16. IV. 1988, "Sudska praksa", br. 12/89, 36.). "Povlašćeni održaj, tj održaj kojim se stiče pravo vlasništva na nepokretnostima za kraće vrijeme (10. godina) i pod povoljnijim uslovima dolazi do primjene samo onda kada potencijalni sticalac ima državinu nepokretnosti. Bez držvine nepokretnosti, koja je neophodan uslov za sticanje svojine održajem, svojina se ne može steći, makar navedeni sticalac imao tapiju kroz svo vrijeme potrebno za održaj" (vidi: odluka Vrhovni sud Srbije Rev 117/69 od 20. V. 1969. godine). "Protivljenje vršenju služnosti može biti izraženo u bilo kojem obliku kojim vlasnik nekretnine opterećene služnošću izražava stav da nije saglasan sa vršenjem služnosti. Protivljenje je jedna od pretpostavki sticanja stvarne služnosti dosjelošću – čl. 30. st. 3. Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90) i čl. 388. ZOO" (vidi: odluka Vrhovnog suda Hrvatske Rev 1366/87 od 18. II. 1988, "Sudska praksa", br. 7/89, 31.). Sudske odluke su navedene prema: R. Petaković, Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima sa sudskom praksom, Poslovni biro, Beograd, 1980, 34-36.

1.2. Primjena pravila o konvalidaciji u parničnom postupku

Procesno gledano, od prirode i karaktera tužbenog zahtjeva usmjerenog na priznanje materijalnopравnim posljedicama koje su nastale perfektuacijom pismeno zaključenog ugovora kome nedostaje sudske ovjera ovisilo je i donošenje meritorne sudske odluke.³⁵ Ako tužilac inicira deklarativni sistem zaštite s ciljem utvrđenja ništavog pravnog odnosa (nedostatak forme ili prividan ugovor) kojeg su stranke izvršile u cjelosti a tuženi prizna tužbeni zahtjev kojim se to pravo ostvaruje ne postoji materijalnopравni osnov za donošenje presude na osnovu priznanja.³⁶ U tom slučaju sud će odbiti tužbeni zahtjev posjednika zbog ništavog pravnog osnova i raspolaganja protivnog prinudnim propisima što ne označava potpunu nemogućnost efikasnog vođenja parnice ali po drugačijem pravnom osnovu.³⁷ Polazeći od zaštite interesa stranaka sudska praksa znatno je odstupila od propisane strogosti forme u pravnom prometu na nekretninama dajući preimućstva savjesnim držaocima da postojeće faktičko stanje konvalidiraju.³⁸ To se najbolje može vidjeti u parničnim predmetima koji se odnose na oživotvorenje pretpostavki iz zakonskog osnova za stjecanje prava vlasništva putem dosjeloosti gdje tužitelj zahtijeva od suda da se utvrdi stjecanje prava vlasništva u njegovu korist i istovremeni prestanak takvog prava u odnosu na tuženika

³⁵ Za razliku od sticanja prava svojine na osnovu pravnog posla koje se stječe tek upisom u javne knjige, po osnovu održaja sticalac postaje vlasnik po sili zakona i to samim nastupanjem uslova propisanih za ovaj način stjecanja, bez upisa u javne knjige“ (vidi: presuda Vrhovnog suda Vojvodine Rev 19/89 od 18. I. 1989. “Sudska praksa“, br. 6/89, 37.). “Tuženi su kao zakoniti i savjesni posjednici po pravilima imovinskog prava održajem stekli pravo svojine na nepokretnosti jer je njihov prednik kupio suvlasnički dio tužilaca i isplatio mu kupovnu cijenu, pa su tuženi protekom vremena više od 20 godina održajem stekli svojinu. Otuda zahtjev tužilaca kao suvlasnika za utvrđenje prava suvlasništva i diobu nepokretnosti nije osnovan“ (vidi: odluka Vrhovnog suda BiH Rev. 492/87 od 9. VI. 1988. “Informator“, br. 3676/3677, 5.).

³⁶ “Priznanje tužbenog zahtjeva samo po sebi ne proizvodi dejstvo odluke. Ono predstavlja samo osnov za donošenje presude na osnovu priznanja, ukoliko su ispunjeni uslovi.“ (vidi: M. Čizmović, B. Đurićin, Građansko procesno pravo, četvrto izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 1997, 253.) “Njegova ovlaštenja se svode samo na ispitivanje potrebnih pretpostavki za donošenje presude i da li je u konkretnom slučaju dozvoljeno disponiranje.“ (vidi: B. Starović, R. Keča, Građansko procesno pravo, Novi Sad, 1995, 278.) Ako tuženi do zaključenja glavne rasprave prizna tuženi zahtjev, sud će bez daljeg raspravljanja donijeti presudu kojom usvaja tužbeni zahtjev (čl. 180. st. 1. ZPP). Ovdje je bitna tuženikova procesna volja da bude presuđeno onako kako tužilac predlaže. Presuda na osnovu priznanja donosi se samo u parnici u kojoj za predmet spora važi načelo dispozicije. Sud neće donijeti ovu presudu ako se tužbom traži izricanje neke pravne posljedice koja je zakonom zabranjena ili je protivna javnom poretku. Protivnost sa javnim poretkom javlja se u slučaju raspolaganju sa nepokretnostima u suprotnosti s propisima o prometu zemljišta i zgrada. Važna je i odredba zakona po kojoj priznanje ostaje bez dejstva, ako tuženi opozove priznanje, a to može da učini i bez pristanka tužiočevog do donošenja presude. (Vidi: V. Rajović, M. Živanović, R. Momčilović, Građansko-procesno pravo, Pravni fakultet u Banja Luci, Banja Luka, 2001, 105; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, Građansko procesno pravo – petnaesto izmjenjeno i dopunjeno izdanje. Savremena administracija, Beograd, 1999, 269-270; i S. Kamhi, Građanski sudski postupak, Sarajevo, 1967, 329-321).

³⁷ “U slučaju postojanja više pravnih osnova za stjecanje prava svojine na istoj na sticaocu je pravo izbora pravnog osnova po kome će svoje pravo svojine realizovati u sudskom postupku“ (vidi: sudska odluka VSV, Rev. 19/89 od 18.1.1989, SP, 6/89.).

³⁸ Vidi: S. Perović, D. Stojanović, 123-124.

kao pravnog prethodnika.³⁹ Cilj ovih tužbi je da se utvrdi postojanje prava ili pravnog odnosa koji do momenta podnošenja tužbe nije postojao između parničnih stranaka. U praksi postoje različita mišljenja o prirodi tužbenog zahtjeva koji se ističe u tužbama koje su upravljene na dokazivanje pretpostavki dosjelogosti određenih materijalnim pravom u korist titulara koji nastoji sudskim putem da ostvari zaštitu novonastalog pravnog odnosa. Teško je usvojiti shvatanje da tužbeni zahtjevi imaju konstitutivno dejstvo ako se zna da nastanak stvarnopravnog odnosa ovisi od ispunjenja pretpostavki materijalnog prava a sudska odluka služi samo kao deklaracija faktičkog stanja.⁴⁰ Zbog toga i postoji sukob u odnosima između pravne prirode tužbenih zahtjeva kojim se osigurava zaštita različitih faktičkih stanja, sudske odluke i konstitutivnog dejstva upisa u zemljišne knjige koje djeluje *erga omnes*. Ako se tužbeni zahtjev iz tužbe posmatra kao konstitutivan za ostvarenje promjene i nastanak odnosa potrebna su dva akta: "tužba kojom tužilac ističe svoje pravo na promjenu s prijedlogom da je sud izrekne i presuda kojom se to traženje usvaja".⁴¹ Tada tužbeni zahtjevi iz tužbe proizvode učinak u času pravosnažnosti. Ovako koncipiranim tužbama ne protivi se materijalna pravosnažnost te presude, nego promjena koja dejstvuje *erga omnes* (presuda se izvršuje sama po sebi).⁴² Izvršenje odluke "konzumira

³⁹ Opšte pravilo o pravnom prethodniku iz čl. 41. st. 1. ZZK FBiH i RS glasi: "upis u zemljišne knjige dozvoljen je samo uz saglasnost osobe koja je u vrijeme podnošenja zahtjeva upisana u zemljišnu knjigu kao nosilac prava vlasništva ili nekog drugog stvarnog prava koje se prenosi, mijenja ograničava ili briše". Identično pravilo se nalazi u čl. 40. ZRZPZ BD BiH koje glasi: "upis u zemljišne knjige može se izvršiti samo protiv lica koje je u času podnošenja prijedloga za upis upisano u zemljišnoj knjizi kao nosilac prava na koji se upis odnosi, i samo ako je to lice u propisanoj formi postavilo zahtjev za takav upis, odnosno saglasilo se sa takvim upisom". Sadržaj opšteg pravila o zemljišno-knjižnom prethodniku je posljedica pretpostavke koja proizilazi iz načela pouzdanja u zemljišne knjige. Generalno gledano, ključni problem pojave izvanknjižnog stjecanja stvarnih prava i negacije načela zemljišno-knjižnog prava (posebno načela pouzdanja) odnosi se na pitanje odnosa između stjecatelja koji su nekretninu stekli na originarni način bez upisa u zemljišne knjige i dosadašnjih titulara, koji se još uvijek vode u zemljišnim knjigama kao vlasnici tih nekretnina. U slučajevima izvanknjižnog stjecanja stvarnih prava na nekretninama radi se o zakonom predviđenim izuzecima koji nastaju usljed originarnog načina stjecanja "po samom zakonu." To čini razvidnim stajalište Josipović kojim "primjena pravila o zaštiti povjerenja u potpunost treba u uređenom i ažurnom zemljišno-knjižnom sustavu biti vrlo rijetka iznimka od pravila, pa bi i slučajevi kad je moguće izvanknjižno stjecanje, promjena i prestanak stvarnih prava na nekretninama trebali biti samo iznimke od pravila da se prava stječu, mijenjaju i prestaju tek upisom u zemljišnu knjigu" (vidi: T. Josipović, "Izvanknjižno stjecanje i prestanak stvarnih prava na nekretninama – usklađivanje zemljišno-knjižnog stanja", Nekretnine kao objekti imovinskih prava – aktuelnosti u stjecanju i raspolaganju pravima na nekretninama, Narodne novine, Zagreb, 2005, 27.).

⁴⁰ O tome: I. Kaladić, "Uknjižba prava vlasništva stečenog dosjelošću na nekretninama", Pravo i porezi, br. 4/2000, 28 i dalje; B. Vilušić, "Uknjižba prava vlasništva na nekretninama na temelju sudskih odluka", Hrvatsko sudstvo, br. 7/98, 28-34.

⁴¹ Vidi: B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 191.

⁴² "Pravna promjena koju izriče konstitutivna presuda ostvaruje se trenutkom nastupanja formalne pravno-snažnosti prema objema strankama" (vidi: V. Rajović, M. Živanović, R. Momčilović, 108). "Sudske presude po konstitutivnim tužbama djeluju prema svima (*erga omnes*) jer određeni pravni odnos preinačuju ili ukidaju, tako da je stvaralačka uloga suda i najviše ispoljena u odlučivanju po konstitutivnim tužbama." (vidi: S. Kamhi, 176).

se nastupanjem njene pravomoćnosti“.⁴³ U tome se ogleda velika sličnost između deklarativnih i konstitutivnih tužbi i njima komplementarnih sudskih presuda. Kod deklarativnih tužbi mora postojati pravni interes, dok pravo na podnošenje konstitutivne tužbe imaju samo subjekti kojima je priznata pravna moć.⁴⁴ U svakom slučaju nema mjesta tužbama i tužbenim zahtjevima kondemnatornog sadržaja ukoliko se želi postići uknjižba utvrđenog stvarnog prava na temelju sudske odluke.⁴⁵ Ko stekne određeno stvarno pravo na nekretnini po osnovu zakona ili sudske odluke, ovlašten je da zahtijeva upis tako stečenog prava u zemljišnoj knjizi.⁴⁶ Sudska odluka kojom je utvrđeno oživotvorenje zakonskih pretpostavki postojanja odgovarajućeg stvarnog prava dostavlja se zemljišno-knjižnom sudu s nalogom da se izvrši promjena u zemljišnim knjigama. To znači da se odvaja ispunjenje zakonskih pretpostavki stjecanja po osnovu zakona koje ima konstitutivno dejstvo utvrđeno deklarativnom sudskom odlukom od konstitutivnog dejstva upisa u zemljišne knjige. Na ovaj način definisan odnos između zakonskih pretpostavki dosjelnosti koji određuje prirodu tužbenog zahtjeva i dejstvo sudske odluke, ne isključuje i njeno razmatranje kao pravnog osnova upisa u zemljišne knjige. U Zakonu o zemljišnim knjigama entiteta BiH (skraćeno: ZZK FBiH/RS) i Zakonu o registru zemljišta i prava na zemljištima Brčko Distrikta BiH (skraćeno: ZRZPZ BD BiH) propisano je konstitutivno dejstvo samo za upis u zemljišne knjige.⁴⁷ Restriktivno tumačenje pojedinih odredbi ZZK FBiH i RS moglo bi dovesti do rezonovanja da nije moguće stjecanje vlasništva putem dosjelnosti, ukoliko takvo stjecanje nije praćeno i upisom u zemljišne knjige.⁴⁸ Takve sumnje otklonjene su preciznim odredbama o temporalnom dejstvu ZZK FBiH/RS u pogledu stjecanja prava vlasništva putem dosjelnosti. Pravo vlasništva stečeno putem dosjelnosti prije stupanja na snagu ZZK FBiH/RS je *ex lege* a upis u zemljišne knjige čisto deklarativne

⁴³ O tome: S. Triva, Građansko parnično-procesno pravo, treće prerađeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1978, 469 – 473; B. Čalija, Izvršno procesno pravo, Sarajevo, 1980, 10 (odnos izvršnog i parničnog postupka).

⁴⁴ “Pravne moći su konkretne pravne mogućnosti da se izjavom volje stvori nova pravna situacija. Izraz pravna moć (koja se upotrebljava u teoriji) nije distinktivan u odnosu na apsolutna i relativna prava, za koja se takođe može reći da su pravne moći u smislu pravne vlasti...” (vidi: O. Stanković, V. Vodinec, Uvod u građansko pravo, knjiga prva, Nomos, Beograd, 1992, 135-136; i D. Nikolić, 235).

⁴⁵ Neki autori je nazivaju i preobražajnom koju ZPP ne predviđa kao posebnu, ali se njene specijalnosti priznaju u sudskoj praksi i teoriji (vidi: V. Rajović, M. Živanović, R. Momčilović, 56.); Presuda kojom se preobražajna tužba usvaja dejstvuje samo za budućnost (*ex tunc*) ali ima i povratno dejstvo (vidi: B. Poznić, V. Rakić –Vodinec, 191).

⁴⁶ Kao osnov za upis prava vlasništva u zemljišne knjige, i bez pristanka dotadašnjeg vlasnika, može služiti i sudska presuda, u kojoj se utvrđuje da je uknjiženi vlasnik dužan trpjeti uknjižbu vlasništva na novog vlasnika. (vidi: D. Knežević, B. Plakalović, 57.).

⁴⁷ Vidi: čl. 5. ZZK FBiH/RS i (“Sl. nov. FBiH”, br. 19/03); čl. 5. Zakona o zemljišnim knjigama RS BiH (“Sl. gl. Republike Srpske”, br. 67/03); i čl. 5. Zakon o registru zemljišta i prava na zemljištima Brčko Distrikta BiH (“Sl. glasnik Distrikta Brčko”, br. 11/2001).

⁴⁸ Vidi: J. Weike, L. Tajić, Komentar Zakona o zemljišnim knjigama, Privredna štampa, Sarajevo, 2005, 267-278.

prirode.⁴⁹ Nakon stupanja na snagu ZZK FBiH/RS traži se uknjižba u zemljišne knjige.⁵⁰ Prema tome, stjecanje stvarnih prava na nekretninama po osnovu dosjelogosti utvrđeno deklarativnom sudskom odlukom dobiva karakter apsolutne zaštite tek izvršenim upisom u zemljišne knjige.⁵¹ Time zakonsko oživotvorenje pretpostavki dosjelogosti konstitutivno djeluje samo u korist titulara dok sudska odluka u momentu materijalne pravosnažnosti i izvršene promjene u zemljišnim knjigama djeluje *erga omnes*.

2. Pojam ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života

U trenutku ostaviteljeve smrti dolazi do nasljeđivanja, pa ono što je pripadalo ostavitelju prelazi na njegove nasljednike.⁵² Međutim, određena lica žele da prenesu svoju imovinu iz različitih motiva na pripadnike svoje porodice još za svog života, a ne tek nakon smrti (npr. sprečavanje sukoba između budućih nasljednika, prenos poslova na pripadnike porodice koje budući ostavitelj nije u mogućnosti više obavljati itd). Takvu želju mogu realizirati zaključenjem ugovora o poklonu, što nije uvijek i definitivno jer postoji mogućnost da nužni nasljednici zahtijevaju pravo na nužni dio obračunavanjem nakon smrti poklonodavca vrijednosti učinjenog poklona i njihovog nužnog nasljednog dijela. Ono što je neki od zakonskih nasljednika dobio kao poklon uračunat će se u njegov nasljedni dio, pa će manje steći nasljeđivanjem. To znači da nije moguće putem poklona neposredno urediti odnose između potencijalnih nasljednika i nakon smrti poklonodavca isključiti ustanovu nasljeđivanja. Za takvo što je "potrebno da s ugovorom o darovanju bude povezano i odricanje potencijalnih nasljednopравnih ovlaštenika od svih njihovih budućih nasljednih prava u pogledu onoga što je

⁴⁹ Vidi: čl. 89. st. 1. ZZK FBiH/RS.

⁵⁰ Vidi: čl. 82. st. 2. ZZK FBiH/RS.

⁵¹ Vidi: J. Weike, L. Tajić, 269.

⁵² U trenutku delacije kao najbitnije pravne činjenice "nasljednik postaje ovlaštenik svih onih apsolutnih i relativnih prava koje mu je on ostavio pod uslovom da preživi ostavioca, a dotle faktičko i pravno postoji samo pravna moć". O tome: B. Vizner, "Da li univerzalnom cesijom nastaje i zakonska cesija", Pravni život, br. 11/1977, 58., i N. Gavella, "Je li nasljednik nosilac subjektivnog nasljednog prava", Zbornik PFZ, 32 (3-4) 1982, 351-367.). Upotrebom formulacije "ako zakonom nije drukčije određeno" otvoren je prostor za primjenu ustanove "ležećeg nasljedstva, koju poznaju oni nasljednopравni sistemi, u kojima je "nasljedstvo bez gospodara", a to znači imovina bez nosioca, i to od momenta otvaranja nasljedstva do momenta punovažnog prihvatanja nasljedstva od strane nasljednika. To je ustanova koja stvara poteškoće upravo zbog toga što odvaja imovinu koja se pojavljuje kao nasljedstvo od nosilaca te imovine za sve vrijeme dok se ona pojavljuje kao ležeće nasljedstvo (vidi: D. Stojanović, D. Pop-Georgiev, Komentar Zakona osnovnim svojinskopравnim odnosima – drugo prošireno izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1983, 123. Suprotnost u odnosu na ležeću ostavine postoji kod "zaostavštine bez nasljednika koja postaje društvena svojina". (vidi: odluka Vrhovni sud Srbije Rev 1917/88 od 18.X 1988, "Pravo-teorija i praksa", br. 1/90, 92), navedeno prema: R. Petaković, 40. "Načelo ipso iure stjecanja zaostavštine znači da mora odmah u trenutku smrti ostavioca doći do spajanja zaostavštine sa imovinom nasljednika. Spajanje za neko vrijeme može biti odloženo ili se može, ako je već nastupilo, ukinuti npr. odvajanjem zaostavštine od nasljednika." O tome: A. Finžigar: "Nasljeđivanje", Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada – tom-II, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, 360 i dalje.

objekt darovanja, što nije moguće primjenom propisa o nasljeđivanju“.⁵³ Međutim, takva mogućnost je postojala u Zakonu o nasljeđivanju SR BiH (skraćeno ZN SRBiH)⁵⁴ zaključenjem punovažnog ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života.⁵⁵ Navedeni propis još se primjenjuje u FBiH iako se očekuje stupanje na snagu novousvojenog Zakona o nasljeđivanju FBiH (skraćeno: ZN FBiH)⁵⁶ koji će označiti prestanak njegove dugogodišnje primjene. Takav iskorak učinjen je u Republici Srpskoj stupanjem na snagu novog Zakona o nasljeđivanju (skraćeno: ZN RS).⁵⁷

2.1. Zaključenje ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života

Da bi ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine kao dvostrani pravni posao bio punovažan potrebno je ispuniti opšte pretpostavke valjanosti koje se traže za punovažnost pravnih poslova i specifične pretpostavke u pogledu subjekata, sadržaja i forme tog pravnog posla.⁵⁸ Tako je krug osoba koje učestvuju u zaključenju punovažnog ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine ograničen formulacijom da “predak može pravnim poslom među živima ustupiti i razdijeliti svoju imovinu djeci i drugim potomcima“.⁵⁹ Tumačenjem navedene formulacije dolazimo do zaključka da ne mogu zaključiti punovažan ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine osobe koje se nalaze izvan ovog kruga i koje nakon smrti ustupioca nisu ovlaštene da ga naslijede.⁶⁰ Na pravne učinke ugovora utiče i učešće svih lica unutar označenog kruga koja stiču određene koristi ili se odriču kao budući nasljednici, te postojanje imovine (imovinska prava) kojom ustupitelj raspolaže u momentu njegovog nastanka.⁶¹ U suprotnom, ništav je ugovor kojim bi predmet ustupanja bila imovina koja nakon smrti ostavitelja ulazi u zaostavštinu. Takav ugovor je zabranjen u našem pravu jer se kvalificira kao ugovor o

⁵³ Vidi: N. Gavella, *Nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1986, 360.

⁵⁴ Vidi: **Zakon o nasljeđivanju** SFRJ (Službeni list SFRJ br. 20/55. od 11. 05. 1955 koji je stupio na snagu: 12.07.1955) i Zakon o nasljeđivanju SRBiH (“Sl. list. SR BiH”, br. 7/80. i 15/80 – prečišćeni tekst). ZN SRBiH je preuzet Uredbom sa zakonskom snagom (“Sl. list RBiH”, br. 2/92) u pravni poredak BiH. Navedeni propis se još primjenjuje u FBiH.

⁵⁵ Postojanje ovog instituta ima svoje opravdanje u francuskom pravu koje ne poznaje ugovor o doživotnom izdržavanju koje poznaje naše i švajcarsko pravo. N. Subotić-Konstatinović, “Ugovor o ustupanju i raspdjeli imovine za života”, Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada – tom-III, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, 587.

⁵⁶ Predstavnički dom Parlamenta FBiH je usvojio Nacrtr Zakona o nasljeđivanju 20.10.2009. godine. Konačan tekst Zakona o nasljeđivanju usvojio je i Dom naroda Parlamenta FBiH na 28. sjednici održanoj 28.01.2010. godine. Kako se radi o znatnom zahvatu u ranije nasljednopravno uređenje njegovo stupanje na snagu je odloženo za određen vremenski period.

⁵⁷ Zakon o nasljeđivanju RS (“Sl. glasnik RS”, br. 1/09).

⁵⁸ Pravni posao da bi imao dejstvo ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života mora biti *inter vivos* i besplatan. O tome: N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2008, 430-431

⁵⁹ Vidi: čl. 109. ZN SRBiH; usp.: čl. 156. ZN FBiH i čl. 128. ZN RS.

⁶⁰ Vidi: N. Subotić-Konstatinović, 584.

⁶¹ Vidi: čl. 111. st. 1. ZN SR BiH; čl. 158. st. 1. ZN FBiH i čl. 125 st. 1 ZN RS.

nasljeđivanju.⁶² To ne znači da ustupitelj ne može prema sebi ili svom bračnom drugu ugovoriti pravo plodouživanja na svim ustupljenim stvarima, ili na nekim od njih, ili ugovoriti doživotnu rentu u naturi ili novcu, ili doživotno izdržavanje ili kakvu drugu naknadu.⁶³ U tom slučaju ne radi se o naknadi za ustupljenu imovinu, već ugovaranju tzv. tereta (nalog, modus) koji se može predvidjeti kod besplatnih pravnih poslova.⁶⁴

2.2. Kvalifikovana forma ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života

Za punovažnost ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine potrebno je da očitovanje volje svih ugovornih strana bude učinjeno u zakonom propisanom obliku. Na osnovu ZN SRBiH uslov punovažnosti ovog ugovora bio je uslovljen sastavljanjem pismene isprave (sadržaj ugovora i potpis ugovarača) koja je morala biti ovjerena od strane sudije.⁶⁵ Na to se nadovezivala i dužnost sudije da prilikom ovjere pročita ugovor i upozori ugovarače na njegove posljedice.⁶⁶ Ova posljednja radnja nije bila predviđena kao pretpostavka punovažnosti jer njeno propuštanje nije povlačilo ništavost ovjerenog ugovora.⁶⁷ Uslov punovažnosti ugovora bila je ovjera potpisa ugovornih strana od strane sudije. U suprotnom, nastupala je ništavost ugovora koji bi ovjerio službenik suda a ne sudija. Time je bila posebno naglašena uloga sudije prilikom ovjere potpisa ugovarača. Prije uvođenja notara u našem pravu kod ovjere ovog ugovora postojala je tzv. solemnizacija (potvrđivanje) privatnih isprava koje su sačinjavale same stranke ili profesionalna stručna lica (advokati). Prilikom ovjere ugovora sudac je morao da utvrdi identitet stranaka na osnovu legitimacije koju je izdao nadležan organ (lična karta) ili svjedočenjem dvaju svjedoka čiji je identitet utvrđen legitimacijom.⁶⁸ Najčešće su stranke podnosile na čitanje i ovjeru tekst ugovora koji se nalazio u privatnoj ispravi sačinjenoj van suda. Međutim, nisu postojale nikakve prepreke da stranke usmene izjave i tekst ugovora sačine u formi sudskog zapisnika. U tom slučaju nije se tražila ovjera

⁶² Vidi: čl. 111. st. 2. ZN SRBiH; čl. 158. st. 2. ZN FBiH i čl. 130 st. 2. ZN RS.

⁶³ Vidi: čl. 114. st. 1. ZN SRBiH; čl. 161. st. 1. ZN FBiH i čl. 133. st. 1. ZN RS.

⁶⁴ O tome: M. Živanović, Modifikacije pravnih poslova (uslov, nalog i rok), Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Banja Luka, 2005, 85-90; S. Perović, Obligaciono pravo, knjiga prva, Beograd, 1980, 605.

⁶⁵ Vidi: čl. 110. st. 2. ZN SRBiH.

⁶⁶ Vidi: čl. 110 st. 3. ZN SR BiH.

⁶⁷ Vidi: M. Kreč, Đ. Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, Narodne novine, Zagreb, 1964, 337. Nasuprot tome, neki autori su polazili od stroge interpretacije norme i smatrali da nepoštivanje navedene obaveze suca povlači ništavost ugovora (vidi: B. Blagojević, O. Antić, Nasledno pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1988, 347.

⁶⁸ Disolucijom bivše Jugoslavije i nastankom samostalne i nezavisne države BiH pristupilo se donošenju novih propisa iz domena ličnog statusa njenih državljana, i to: Zakon o državljanstvu BiH ("Službeni glasnik BiH" broj 4/97, 13/99, 41/02, 6/03, 14/03, 82/05); Zakon o prebivalištu i boravištu državljana BiH (Službeni glasnik BiH", br. 32/01); Zakon o jedinstvenom matičnom broju ("Službeni glasnik BiH", br. 32/01); Zakon o ličnoj karti državljana BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 32/01, 16/02 i 32/07); Pravilnik o obrascu lične karte i podacima sadržanim u ličnoj karti državljana BiH ("Službeni glasnik BiH", br. 39/02).

ugovora koji je prethodno sačinio sudija već je jedino postojala dužnost sudije da konstatira u sudskom zapisniku da ga je pročitao strankama i upozorio na njegove posljedice. Ona očitovanja koja nisu ispunjavala formalnopravne pretpostavke (pismeni oblik i ovjera sudije) bila su ništava.⁶⁹

2.3. Notarska obrada ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života

Uvođenjem latinskog notarijata zamijenjen je opisani koncept kvalifikovane forme ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine (nekretnine) formom notarski obrađene isprave. Time je došlo do konkurencije forme koju propisuje ZN SRBiH i ZNot FBiH.⁷⁰ Sukob forme će prestati stupanjem na snagu ZN FBiH kojim se predviđa da ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine mora biti sastavljen u pisanom obliku i notarski obrađena isprava koju će notar pročitati strankama i upozoriti na njene posljedice.⁷¹ Takav problem ne postoji u ZN RS jer se izričito propisuje forma notarski obrađene isprave i isključuje ranija preventivna odnosno savjetodavna funkcija sudije prilikom ovjere ovog ugovora. Na ovaj način ZN RS je i formalnopravno otklonio problem međusobne konkurentnosti forme. Razlog tome leži u činjenici da se zakonodavac prilikom donošenja ZN RS rukovodio odredbama ZNot RS koje ovu ulogu povjeravaju isključivo notarima.⁷² Kako se radi o ugovoru koji rijetko nastaje u praksi problem neusaglašenosti pozitivnih propisa nije izazvao ozbiljne poteškoće. Prilikom sastavljanja ali i ovjere potpisa notar ima obavezu da utvrdi identitet stranaka, sposobnost za zaključenje ugovora, stvarnu i ozbiljnu volju ugovarača, da pročita tekst konačne isprave koja sadrži sporazum stranaka i objasni smisao i posljedice pravnog posla.⁷³ Neizvršenje navedenih radnji od strane notara prilikom sastavljanja notarski obrađene isprave u kojoj se nalazi sporazum ugovarača o ustupanju i raspodjeli imovine prema ZN RS koji upućuje na ZNot RS neće dovesti do njegove punovažnosti ukoliko se tim povodom kasnije pojavi spor pred sudom.⁷⁴ Suprotno tome, u hrvatskom pravu ovaj ugovor može biti sastavljen na različite načine.⁷⁵ Tako stranke mogu: sačiniti privatnu ispravu i ovjeriti je kod nadležnog suca, izvršiti solemnizaciju kod javnog bilježnika ili pristupiti sačinjavanju javnobilježničkog akta.⁷⁶

⁶⁹ Vidi: čl. 67-73. ZOO.

⁷⁰ Vidi: čl. 73. st. 1. tač. 4. ZNot FBiH.

⁷¹ Vidi: čl. 157. st. 2. ZN FBiH.

⁷² Vidi: čl. 129. st. 2. ZN RS; i čl. 70. ZNot RS.

⁷³ O tome: M. Povlakić, C. Schalast, V. Softić, Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini, Njemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Sarajevo, 2009, 142-159.

⁷⁴ Vidi: čl. 129. st. 2. ZN RS; i čl. 68. st. 2. ZNot RS.

⁷⁵ Vidi: N. Gavella, V. Belaj, 428.

⁷⁶ Vidi: čl. 106. st. 3. Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 48/03) i čl. 57-58. Zakona o javnim bilježnicima Republike Hrvatske ("Narodne novine", br. 78/93, 29/94 i 16/07). Po tome se hrvatsko nasljedno i javnobilježničko pravo razlikuje od nasljednog i notarskog prava koje se primjenjuje na pravnom području BiH.

2.4. Konverzija ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života

Ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine je mogao zbog nedostatka ovjere suca konvertovati u ugovor o poklonu ukoliko su bile ispunjenje potrebne pretpostavke za njegovu punovažnost.⁷⁷ Nije nužno da prilikom zaključenja ovog ugovora prisustvuju sva lica koja se mogu pojaviti kao potencijalni nasljednici. Oni mogu i naknadno pristupiti ako prvobitno nisu sudjelovali u zaključenju ugovora što ima utjecaja na ocjenu njegove punovažnosti. Ako neki od ustupiteljevih potomaka ili njegov bračni drug daje saglasnost naknadno, moraju to učiniti u zakonom propisanom obliku.⁷⁸ Neovisno od nedostatka njihove saglasnosti na prvobitno zaključen ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine moguće je primjeniti pravila o konverziji ako navedena lica prestanu da pretenduju kao potencijalni nasljednici (umrli prije ostavitelja, odrekli se, postali nedostojni ili isključeni iz nasljeđivanja, itd.).⁷⁹ Takvu mogućnost ne treba nikako shvatiti u apsolutnom smislu jer nedostatak ovjere od strane suca odnosno notara povlači apsolutnu ništavost ugovora pa dopuštenost konverzije *in concreto* zavisi prvenstveno od rezultata ispitivanja i istinskog utvrđivanja stvarne namjere ugovornih strana. Međutim, potrebno je upozoriti na distinkciju između nedostatka valjane saglasnosti ostaviočevih potomaka i njegovog bračnog druga. U prvom slučaju, dijelovi imovine koji su ustupljeni nasljednicima bez saglasnosti ostalih potomaka smatraju se poslije smrti pretka kao učinjeni pokloni.⁸⁰ To znači da, ne samo potomak koji nije dao svoj pristanak, nego i oni koji su dali svoj pristanak imaju pravo da nakon ostaviočeve smrti nasljeđuju kao da je ostavilac poklonio a ne ustupio i rasporedio svoju imovinu.⁸¹ Svi oni koji su oštećeni u svom nužnom nasljednom dijelu imaju pravo da zahtijevaju namirenje svoga nužnog nasljednog dijela vraćanjem u ostavinsku masu onoga što im je ostavitelj imao namjeru ustupiti, a kasnije je postalo poklonom.⁸² Takođe, oni koji nasljeđuju na osnovu zakona imaju pravo da zahtijevaju da se ostalim nasljednicima uračuna u njihov nasljedni dio ono što su primili od ostavioca na osnovu ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine, jer je to postao ugovor o poklonu. U pravnoj teoriji postoje različita stanovišta u pogledu valjanosti ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine kojem nedostaje saglasnost reprezentanta jedne od ugovornih strana u čijem interesu postoji pravo predstavljanja. Neki autori smatraju da nastupa ništavost i konverzija ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine u ugovor o poklonu, dok drugi polaze od njegove valja-

⁷⁷ O tome: Z. Meškić, A. Brkić, 12-13.

⁷⁸ Usp.: čl. 110 st. 4. ZN SR BiH; čl. 157. st. 3. ZN FBiH i čl. 129. st. 3. ZN RS.

⁷⁹ O tome: D. Đurđević, "Zakon o obligacionim odnosima i ugovori u nasljednom pravu", Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, br. 2/2009, 54-56; M. Kreč, Đ. Pavić, 337; usp.: čl. 110 st. 1. i 5. ZN SR BiH; čl. 157. st. 1. i 4. ZN FBiH i čl. 129. st. 1. i 4. ZN RS.

⁸⁰ Vidi: M. Kreč, Đ. Pavić, 341; usp.: čl. 113. st. 1. ZN SR BiH; čl. 160 st. 1. ZN FBiH i 132. st. 1. ZN RS.

⁸¹ Vidi: N. Gavella (1986), 364.

⁸² Vidi: čl. 119. st. 1. i 2. ZN SR BiH; čl. 166. ZN FBiH i čl. 18. st. 1. i 2. ZN RS.

nosti i protežu dejstvo izjave ugovorne strane kojom se odriče od nasljedstva na njegove potomke koji imaju pravo predstavljanja.⁸³ Smatramo da je drugo stanovište opravdano jer sprečava konkurentnost ostvarenja prava reprezentanata po osnovu predstavljanja (nasljeđivanje ustupioca) i povrede nužnog nasljednog dijela (vraćanje ustupljene imovine radi njegovog namirenja). U drugom slučaju, ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine na koji nije pristao samo bračni drug ustupitelja relativno se konvertira u ugovor o poklonu. To znači da za sve ostale koji su mu pristupili važi kao ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života.⁸⁴ Ako bračni drug ne bude obuhvaćen ustupanjem i raspodjelom imovine, njegovo pravo na nužni dio ostaje neokrnjeno.⁸⁵ On ima pravo da mu za osnovicu obračuna kod izračunavanja njegovog nužnog nasljednog dijela bude cjelokupna vrijednost ustupljenih imovinskih prava koja bi ušla u ostavinu. U tom slučaju ustupanje i raspodjela imovine ostaju punovažne, samo se prilikom utvrđivanja vrijednost zaostavštine radi određivanja nužnog dijela preživjelog bračnog druga dijelovi ostaviočeve imovine koji su ustupljeni njegovim potomcima smatraju poklonom.⁸⁶

2.5. Učinci ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života

Punovažno zaključeni ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine proizvodi dvije vrste pravnih učinaka: obligacionopravne i nasljednopravne.⁸⁷ Obligacionopravni učinci ustupanja i raspodjele imovine ogledaju se u prenosu imovinskih prava sa ustupioca na ugovarače kao potencijalne nasljednike prije njegove smrti uz mogućnost pridržavanja određenih prava za sebe, bračnog druga ili treća lica.⁸⁸ Lica na koja su prenesena određena stvarna prava postaju njihovi titulari izvršenom tradicijom ili upisom u zemljišne knjige. Učinci nasljednopravne prirode ogledaju se u tome da se nakon smrti ostavioaca neće ono što je ustupljeno uzimati u obzir prilikom nasljeđivanja.⁸⁹ To ukazuje da su pravne karakteristike i unutrašnja struktura ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine zasnovane na kombinaciji jednih i drugih učinaka osnovni kriteriji njegovog razlikovanja u odnosu na ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o poklonu. Ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine iako je dozvoljen u našem nasljednom pravu zbog svih naprijed navedenih osobina i pravnih dejstava koja proizvodi ima ograničenu primjenu. Neovisno od toga, smatramo korisnim njegovo postojanje u našem

⁸³ Vidi: O. B. Antić, Z. B. Balinovac, Komentar Zakona o nasljeđivanju, Nomos, Beograd, 1996, 482-483; i M. Kreč, Đ. Pavić, 342-343.

⁸⁴ Vidi: N. Gavella, V. Belaj, 431.

⁸⁵ Vidi: čl. 115. st. 2. ZN SR BiH; čl. 162. st. 2. ZN FBiH i čl. 134. st. 2. ZN RS.

⁸⁶ Vidi: čl. 115. st. 3. ZN SR BiH; čl. 162. st. 3. ZN FBiH i čl. 134. st. 3. ZN RS.

⁸⁷ Vidi: N. Subotić-Konstatinović, 586.

⁸⁸ Vidi: N. Gavella (1986), 363.

⁸⁹ Vidi: M. Kreč, Đ. Pavić, 339; E. Hašić, B. Kresić, 87

pravu ako se imaju u vidu nasljednopravna dejstva koja nema ugovora o poklonu i lukrativni cilj suprotan ugovoru o doživotnom izdržavanju.

3. Pojam ugovora o doživotnom izdržavanju

Ugovor kojim se jedan ugovarač obavezuje da doživotno izdržava drugog ugovarača, ili neko treće lice, a u kome drugi ugovarač izavljuje da mu ostavlja svu svoju imovinu ili jedan njen dio u nasljeđe nije ugovor o nasljeđivanju, nego ugovor o otuđenju uz naknadu cijele ili dijela imovine koja pripada primaocu izdržavanja u vrijeme zaključenja ugovora, čija je predaja davaocu izdržavanja odložena do smrti primaoca izdržavanja.⁹⁰ Prema samoj zakonskoj kvalifikaciji ugovor o doživotnom izdržavanju nije ugovor o nasljeđivanju. Takav ugovor je zabranjen u našem pravu.⁹¹ Osim ugovora o nasljeđivanju u našem pravu zabranjen je i ugovor o budućem nasljedstvu ili legatu, te ugovor sa sadržinom testamenta.⁹² Od pravila o ništavosti ugovora o nasljeđivanju postoji izuzetak u slučaju kada se potomak sa svojim pretkom zaključi sporazum u formi notarski obrađene isprave ili sudskog zapisnika kojim se odriče od otvorenog nasljedstva.⁹³ Tradicionalni koncept ništavosti ugovora o nasljeđivanju i nekih drugih pravnih poslova u vezi s nasljeđivanjem preuzimaju i novija nasljednopravna uređenja Republike Hrvatske i Crne Gore.⁹⁴ U pravnoj

⁹⁰ Ugovor o doživotnom izdržavanju je dvostranoobvezan, naplatan, aleatoran, strogo formalan (vidi: čl. 120. st. 1. ZN SR BiH; čl. 167. st. 1. ZN FBiH i čl. 139. st. 1. ZN RS) i apsolutnog dejstva ugovor (vidi: čl. 121 ZN SR BiH; čl. 168. ZN FBiH i čl. 140. ZN RS).

⁹¹ Vidi: čl. 106 ZN SR BiH; čl. 153. ZN FBiH i čl. 125. ZN RS.

⁹² Vidi: čl. 107-108. ZN SR BiH; i čl. 154-155 ZN FBiH i čl. 126-127. ZN RS.

⁹³ Identične formulacije sadrži čl. 138. ZN SR BiH i čl. 158. ZN RS propisujući za punovažnost ovog sporazuma pismeni oblik i ovjeru od strane sudije koji ima dužnost prilikom ovjere da pročita sporazum i upozori pretka i potomka na njegove posljedice. Značajnu novinu u odnosu na iznesena rješenja predstavlja čl. 185 novog ZN FBiH koji propisuje alternativno formu za sporazum o odricanju od budućeg nasljeđivanja, i to: notarski obrađene isprave ili sudskog zapisnika.

⁹⁴ "Bezimno su nišetni svi a/ugovor o nasljeđivanju (čl. 102. ZN RH), b/ugovor o zapisu (čl. 103. st. 2. ZN RH), c/ugovor o sadržaju oporuke (čl. 104. ZN RH) te d/ugovor o pravnom raspolaganju nasljedstvom ili zapisom kojem se netko nada od sugovornika ili još žive osobe (čl. 103. st. 1. ZN RH), naime ugovori usmjereni na otuđenje ili bilo kakvo pravno raspolaganje onim što se očekuje da će to-pošto ostavitelj umre-jedan od ugovornika steći na temelju nasljednog prava ili prava na zapis. U pogledu nekih pravnih poslova u vezi s nasljeđivanjem hrvatsko nasljedno pravo ima nešto blaži stav, pa su oni u pravilu nišetni, ali bi mogli postati valjani ako ispunjavaju zakonom određene posebne pretpostavke za to. Tako je to s a/ ugovor o odreknuću od nasljedstva koje još nije otvoreno (čl. 134. ZN RH), ugovor o ustupu i raspodjeli imovine za života (105-115. ZN RH) te c/ ugovor o ustupanju nasljednog dijela prije diobe"... (vidi: N. Gavella, V. Belaj, 421-423); "U crnogorskom pravu zabranjen je ugovor o nasljeđivanju, ugovor kojim neko otuđuje nasljeđe ili legat kome se nada i ugovor sa sadržinom testamenta (vidi: čl. 121-123. Zakona o nasljeđivanju - "Službeni list Crne Gore", br. 74/2008 od 5.12.2008. godine). Pored ovih ugovora postoje i dozvoljeni ugovori koji imaju značaj za pravni položaj nasljednika: ugovor o odricanju od nasljedstva koje nije otvoreno (ugovor o odricanju od budućeg nasljeđa) ugovor o ustupanju i raspodjeli za imovine za života i ugovor o doživotnom izdržavanju. Ugovor o odricanju od budućeg nasljeđa je klasičan nasljednopravni institut, koji su u uporednom pravu reguliše nasljednopravnim normama i izučava u okviru nasljednog prava. Nasuprot ugovoru o odricanju od budućeg nasljeđa, ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života i ugovor o doživotnom izdržavanju su obligacioni ugovori koji mogu posredno oblikovati položaj nasljednika" (vidi: tome: D. Đurđević, 49).

teoriji i sudskoj praksi postojala su različita određenja pravne prirode ugovora o doživotnom izdržavanju.⁹⁵ Najprihvatljivim se, međutim, može smatrati ono mišljenje prema kojem se ugovor o doživotnom izdržavanju smatrao kao inominantan kontrakt koji se s obzirom na svoj sadržaj i konkretnu činjeničnu situaciju u jednom slučaju može sasvim približiti ugovoru o doživotnoj renti, dok u drugom slučaju ne mora s tim ugovorom imati gotovo ništa zajedničko, a u jednom i drugom slučaju može imati više ili manje izražene elemente besplatnosti.⁹⁶

3.1. Kvalifikovana forma ugovora o doživotnom izdržavanju

Prije donošenja ZN SRBiH ugovor o doživotnom izdržavanju mogao je biti zaključen na način da vlasnik nekretnine kao primalac izdržavanja prenese vlasništvo nekretnine na davaoca izdržavanja u momentu zaključenja ugovora ili samo preda nekretninu na korištenje davaocu izdržavanja, a odgodi prenos vlasništva nakon svoje smrti.⁹⁷ Težište diferenciranja jedne i druge vrste ugovora je momenat kada prema ugovoru treba izvršiti prijenos vlasništva, a ne momenat faktičke predaje.⁹⁸ Prvi slučaj je bio rijedi u praksi, dok se u drugom slučaju “zaključeni ugovor gledao kao jedan od oblika ugovora o darovanju za slučaj smrti”.⁹⁹ Tako je u ZN SRBiH normirana samo prva varijanta ugovora o doživotnom izdržavanju.¹⁰⁰ Takvo opredjeljenje zakonodavca je doprinosilo nastanku niza sporova u slučaju odluke primaoca izdržavanja da raspolaže sa predmetom ugovora o doživotnom izdržavanju.¹⁰¹ U prvom slučaju forma ugovora o doživotnom izdržavanju bila je znatno strožije naravi u odnosu na sve druge varijante ovog ugovora.¹⁰² Tako su postojale značajne razlike u pogledu strogosti forme između ugovora ko-

⁹⁵ N. Subotić-Konstatinović, “Ugovor o doživotnom izdržavanju”, Enciklopedija imovinskog prava i udruženog rada – tom-III, NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, 520-521.

⁹⁶ Vidi: M. Kreč, Đ. Pavić, 365.

⁹⁷ U određenju pojma ugovora o doživotnom izdržavanju nisu preuzeta rješenja iz švicarskog Zakonika o obligacijama (čl. 521. st. 1.) koja dozvoljavaju prenos imovine prije smrti primaoca izdržavanja niti šire određenje njegove unutrašnje sadržine iz čl. 943. st. 1. Skice za Zakonik o obligacijama. (vidi: D. Đurđević, 58).

⁹⁸ Vidi: M. Kreč, Đ. Pavić, 374; i N. Gavella, V. Belaj, 431.

⁹⁹ Vidi: N. Gavella (1986), 363; usp.: D. Đurđević, 59.

¹⁰⁰ Takav pristup je bio uslovljen praktičnim razlozima, jer su redaktori ZN SFRJ nastojali njegovim regulisanim izvršiti precizno razgraničenje u odnosu na ugovor o nasljeđivanju. (vidi: D. Đurđević, 58.)

¹⁰¹ “Primalac izdržavanja ostaje sopstvenik sve do svoje smrti imovine koja je predmet ugovora, iz čega proizilazi da je imovinu mogao slobodno otuđiti. U konkretnom slučaju primalac izdržavanja je to i učinio, jer je nepokretnosti koje predstavljaju predmet ugovora zamijenio za sporni stan. Nakon toga, primalac i davalac izdržavanja nisu izvršili noveliranje ugovora o doživotnom izdržavanju, kako bi ugovorom obuhvatili sporni stan kao predmet ugovora, iako su to mogli učiniti, ali u formi u kojoj je zaključen i osnovni ugovor” (Vrhovni sud Srbije, Gzz. 407/01 od 07.04.2001. godine).

¹⁰² O ovom pravnom pitanju nije zauzet jedinstven stav, te je tako sudska praksa kod ugovora gdje se prenos imovine vrši odmah nakon sklapanja ugovora zauzela stanovište da je za “punovažnost ugovora dovoljna ona forma koja se u određenom slučaju traži za prenos vlasništva na stvari tog ugovora, tj. samo sudska ovjera” (odluka bivšeg Saveznog suda, Rev. 1350/59. od 22.03.1960).

jim se imovina primaoca izdržavanja prenosi nakon njegove smrti u vlasništvo davaoca izdržavanja i ugovora kojim se ta imovina prenosi još za života primatelja.¹⁰³ Time je sudska praksa kreativno djelovala i znatno proširila zakonski pojam ugovora o doživotnom izdržavanju.¹⁰⁴ Neovisno od nastojanja sudske prakse u ZN FBiH odnosno ZN RS nije predviđena mogućnost prenosa imovine prije smrti primaoca izdržavanja što predstavlja ozbiljne zamjerke zakonodavcima. Na osnovu ZN SRBiH propisana je forma sudskog testamenta za ugovor o doživotnom izdržavanju kojim primalac izdržavanja ostavlja u nasljeđe svoju imovinu ili jedan njen dio davaocu izdržavanja, ali zakon nije isključio ni zaključenje ugovora o ustupanju imovine ili njenog dijela za života primaoca izdržavanja. Ugovor o doživotnom izdržavanju je u smislu odredbi ZN SRBIH morao biti sastavljen u pismenom obliku i ovjeren od strane sudije koji je prilikom ovjere imao dužnost pročitati ugovor i upozoriti ugovarače na njegove posljedice.¹⁰⁵ Postupku ovjere su trebali da prisustvuju obje ugovorne strane.¹⁰⁶ Ukoliko je ovjera izvršena za jednu a ne i za drugu stranu ugovor ne postoji, dok u slučaju odvojene ovjere potpisa ugovarača ugovor postoji.¹⁰⁷ Pravne učinke je proizvodio i ugovor o doživotnom izdržavanju "izvršavan duži vremenski period koji sudija nije pročitao ugovaračima, ali pod uslovom da je ovjerio njihove potpise."¹⁰⁸ Prilikom donošenja ZN SRBiH nije izričito naglašeno da li je ništav ugovor o doživotnom izdržavanju kojemu nedostaje pismena forma. Kako su pismeni oblik i ovjera od strane sudije ugovora o doživotnom izdržavanju kumulativno određeni uslovi za njegovu punovažnost, to ne čini razložnim shvatanje da

¹⁰³ U društvenoj stvarnosti ugovor o doživotnom izdržavanju je mogao biti sastavljen tako da dio imovine ili cijela imovina primaoca izdržavanja prelazi na davaoca izdržavanja u času smrti davaoca, što ne isključuje i zaključivanje ugovora o doživotnom izdržavanju na osnovu koga imovina, ili dio imovine, primaoca prelazi na davaoca izdržavanja prije njegove smrti. Za valjanost takvog ugovora važe opšti propisi o formi ugovora o prometu prava na nekretninama, ali se analogno primjenjuju pravila o raskidu ugovora o doživotnom izdržavanju (vidi: čl. 123. st. 2. ZN SRBiH; i čl. 125. st. 2. ZN SFRJ). Iznescena varijanta ovog ugovora je potvrđena u sudskoj praksi (vidi: odluka Vrhovnog suda BiH rev. 500/82 od 16.12.1983. godine/objavljena u Biltenu sudske prakse br. 1/83, 27). Za ovaj drugi ugovor zakon ne "propisuje posebnu formu, pa je u skladu sa načelom neformalnosti ugovora, punovažan i neformalan ugovor o doživotnom izdržavanju, ako posebni zakon za pravni promet pojedinih dobara ne propisuje posebnu formu" (Vs BiH, Gvl. 4/91, od 23. 5. 1991. - Bilten Vs BiH 3/91, 87).

¹⁰⁴ O formi ugovora o doživotnom izdržavanju: E. Bikić, "Ugovor o doživotnom izdržavanju u pravu Bosne i Hercegovine", Pravna misao, br. 9-10/2006, 44.

¹⁰⁵ Vidi: čl. 120. st. 2. i 3. ZN SR BiH (forma ugovora o doživotnom izdržavanju) i čl. 110. st. 2. i 3. ZN SR BiH (forma ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života).

¹⁰⁶ "U postupku pred prvostepenim sudom utvrđeno je da je između tuženog kao davaoca izdržavanja i sada pokojnog. kao primaoca izdržavanja, zaključen 14.09.1994. godine ugovor o doživotnom izdržavanju. Iako je sastavljen u pismenoj formi i potpisan od sudije, ugovor nije sačinjen u propisanoj formi. Naime, postupajući sudija je sporni ugovor ovjerio bez prisustva stranaka, ugovor im nije prethodno pročitao, niti je stranke upozorio na posljedice ugovora. Stranke nisu potpisale ugovor u prisustvu sudije, već naknadno, tako da ovjera potpisa stranaka na spornom ugovoru od strane sudije zapravo nije ni izvršena. Kako sporni ugovor nije zaključen na način i pod zakonom propisanim uslovima propisanim, ugovor je u smislu čl. 70. stav 1. ZOO ništav" (Vrhovni sud Srbije, br. Rev.3439/96 od 12.12.1998. godine).

¹⁰⁷ Vidi: VSBiH, Rev-364/88. od 18.5.1989. godine.

¹⁰⁸ Vidi: VSBiH, Rev-100/88. od 20.10.1988. godine.

se on može održati na snazi ako ne postoji neki od elemenata strogo propisane forme. Sve ovo ukazuje da nedostatak bilo pismene forme ili ovjere od strane sudije povlači ništavost tako zaključenog ugovora.¹⁰⁹ U protivnom, izigravanje cilja propisane forme ad solemnitatem kod ugovora o doživotnom izdržavanju bi prouzrokovalo niz neželjenih posljedica. Na pitanje da li se ugovor o doživotnom izdržavanju može zaključiti putem punomoćnika prvobitno se bivši Savezni Vrhovni sud Jugoslavije izjasnio negativno što je bilo u suprotnosti sa općim pravilom da se ugovori mogu zaključivati putem punomoćnika.¹¹⁰ Takvom stanovištu nema mjesta ako se svrha forme ugovora o doživotnom izdržavanju može postići na osnovu punomoći koja je izdana u zakonom propisanom obliku koji se zahtijeva za valjanost ovog ugovora.¹¹¹ Prilikom ovjere sudija je bio dužan upozoriti stranke na nejasne i nedvosmislene odredbe koje se nalaze u samom ugovoru radi prevencije eventualnih sporova. Ako stranke ne prihvate takve sugestije i ostanu pri ugovoru sudija je ugovor morao ovjeriti. Tom prilikom sudija je iznesene primjedbe i činjenicu da su stranke ostale pri ugovoru unosiо u sudski zapisnik. Uloga sudije nije bila usmjerena samo na zaštitu interesa stranaka već i postojećeg pravnog poretka. Tako je sudija morao da uskrati ovjeru ugovora koji je sadržavao odredbe suprotne prinudnim propisima ukoliko stranke ne odustanu od tih odredbi ili ih ne usklade s postojećim propisima.

3.2. Notarska obrada ugovora o doživotnom izdržavanju

Na samom početku rada notara pojavio se problem neusaglašenosti pozitivnih propisa u pogledu forme ugovora o doživotnom izdržavanju.¹¹² Naime, ugovore o prometu nekretnina sačinjava i ovjerava notar dok postoji duplicitet forme kod ugovora o doživotnom izdržavanju. Navedeni ugovor shodno odredbi ZN SRBiH ovjerava samo sudija nakon provedenog postupka provjere sadržine ugovora i davanja upozorenja ugovara-

¹⁰⁹ Isto stanovište iznosi: D. Đurđević, 52.

¹¹⁰ Vidi: M. Kreč, Đ. Pavić, 369-370.

¹¹¹ "U konkretnom slučaju, međutim, punomoć za zaključenje ugovora nije izdata u formi koju zakon propisuje za sam ugovor, jer sadržinu punomoći nije ovjerio sudija niti je primaoc izdržavanja bio upozoren od strane sudije na ozbiljnost posljedica posla za čije zaključenje izdaje punomoć advokatu. Iz ovih razloga - zbog nedostatka forme u kojoj je punomoć izdata - punomoćnik nije mogao punovažno zamijeniti primaoca izdržavanja prilikom zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju, pa je ništav ugovor koji je zaključio u njegovo ime i za njegov račun" (Vrhovni sud Srbije, Rev. 4632/96 od 03.12.1996. godine).

¹¹² S početka je veliki broj pravnika bio zainteresiran za ovaj novi institut (oko 700 u FBiH), ali je broj onih koji su željeli postati notari s vremenom opadao zbog određenih poteškoća prilikom polaganja ispita i ispunjavanja uslova za izbor i imonovanje. Početkom 2007. godine na dužnost je stupilo 88 notara u FBiH. Iako je predviđeno bilo za mnoga mjesta da u ista budu imenovani notari, niko (niti jedan pravnik s položenim notarskim ispitom) se nije prijavio da tamo bude imenovan za notara. U RS BiH su vrata 58 ovlaštenih notarskih kancelarija otvorena od 11. 3. 2008. godine. Ovim se prvi put uvodi stvarna praksa notarijata na prostoru BiH u poslovima izdavanja isprava i ugovora u prava kupovine i prodaje, privrednih djelatnosti, ali i ovjere dokumenata.

čima o njegovim posljedicama.¹¹³ Dakle, radi se o koliziji forme notarski obrađene isprave i forme propisane na osnovu ZN SRBiH. Opisani problem ne poznaje ZN RS jer zahtijeva formu notarski obrađene isprave za punovažnost ovog ugovora.¹¹⁴ Time je forma ugovora o doživotnom izdržavanju identična formi ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života. Nasuprot tome, do stupanja na snagu ZN FBiH notari bi trebali iz razloga ekonomičnosti, prevencije mogućih sporova i zloupotreba samo sačinjavati ugovore o doživotnom izdržavanju a pitanje ovjere prepustiti na stranu sudije.¹¹⁵ Na ovaj problem su sudovi u više navrata upozoravali.¹¹⁶ Neki autori ovo pitanje kolizije rješavaju u korist notarski obrađene isprave na osnovu primjene načela “kasniji zakon derogira raniji zakon” (lex posterior derogat legi priori) do stupanja na snagu ZN FBiH.¹¹⁷ Ako se uzme da ugovor o doživotnom izdržavanju nije nasljednopravne već obligacionopravne prirode onda je sasvim opravdano ovaj ugovor izuzeti iz materije nasljednog prava i svrstati među ostale imenovane ugovore u materiji obligacionog prava.¹¹⁸ Takav pristup je slijedio hrvatski zakonodavac prilikom donošenja Zakona o obveznim odnosima RH (skraćeno: ZOO RH).¹¹⁹ Posebno je značajno za hrvatsko nasljedno pravo što je

¹¹³ “Ništav je ugovor o doživotnom izdržavanju koji ovjeri službenik suda umjesto sudija” (VSBiH, Rev. 253/90 od 22.2.1991. - Bilten br. 1/90). Odluka navedena prema: E. Zečević, E. Pravila građanskog i porodičnog prava sa sudskom praksom, Samostalni sindikat službenika organa uprave i sudske vlasti Federacije FBiH, Sarajevo, 2000, 187.

¹¹⁴ Vidi: čl. 139. st. 2. ZN RS i čl. 68. st. 1. tač. 4. ZNot RS.

¹¹⁵ U čl. 167. st. 5. i 6. ZN FBiH se propisuje da ugovor o doživotnom izdržavanju mora biti sastavljen u formi notarski obrađene isprave koja će strankama biti pročitana i objašnjena prilikom sastavljanja. Prilikom ovjere notar će strankama pročitati ugovor o doživotnom izdržavanju i upozoriti ugovarače na posljedice ugovora što će se zapisati u tekstu ugovora.

¹¹⁶ Vidi: zapisnik sa sastanka sudija Kantonalnog suda u Novom Travniku i Kantonalnog suda u Sarajevu održanog dana 06.11.2007. u Kantonalnom sudu u Sarajevu.

¹¹⁷ Vidi: M. Povlakić, C. Schalast, V. Softić, 255.

¹¹⁸ “Ugovor o doživotnom izdržavanju nije nasljednopravnog karaktera, ali kao što smo već kazali, ima nekih zajedničkih tačaka sa naljeđivanjem, što je razlogom da ga u našem pravnom uređenju reguliraju norme sadržane u zakonima o nasljeđivanju.” O tome: N. Gavella (1986), 369-370. Za ugovor o doživotnom izdržavanju bitno je da to nije ugovor o nasljeđivanju (to je izričito navedeno u čl. 120. st. 1. ZN), već je to obligacionopravni ugovor o otuđenju imovine uz naknadu (vidi: E. Zečević, Pravila nasljednog prava sa sudskom praksom i obrascima za praktičnu primjenu, Logos, Sarajevo, 2002, 88-89). Ugovor o doživotnom izdržavanju je obligacioni ugovor i potrebno ga je razlikovati od ugovora o nasljeđivanju iz čl. 106. ZN. Opširnije o pravnim karakteristikama ugovora o doživotnom izdržavanju vidjeti: E. Bikić, 43-44.

¹¹⁹ “Prije je Zakon o nasljeđivanju RH uređivao samo ugovor o doživotnom uzdržavanju, ali je ugovor o dosmrtnom izdržavanju postojao u praksi kao neimenovan (inominantni) ugovor. ZOO ne djeluje retroaktivno jer prema njegovu čl. 1163. st. 1. njegove odredbe neće se primjenjivati na obvezne odnose koji su nastali prije stupanja na snagu ovog Zakona. To znači da se na ugovore o doživotnom izdržavanju koji su sklopljeni prije stupanja na snagu ZOO-a i dalje primjenjuje odredbe ZON-a. Postojeća regulativa ugovora o doživotnom i ugovora o dosmrtnom izdržavanju u hrvatskom pravu najbliža je švajcarskom Zakonu o obvezama iz 1911. godine (521-529). Prema tim pravilima ugovorom o doživotnom izdržavanju jedna se ugovorna strana obavezuje prenijeti svu svoju imovinu ili njezin dio na drugu ugovornu stranu, a druga se strana obavezuje uzdržavati saugovornika i o njemu se skrbiti do njegove smrti. Na sličan je način ugovor o doživotnom izdržavanju uređen i u Sloveniji. Prema slovenskom Obligacijskom zakoniku (Uradni list, br. 83/01) davatelj izdržavanja obavezuje se da će uzdržavati drugu stranu ili trećeg, a druga mu strana prepušta svu svoju imovinu ili njezin

ZOO RH preuzeo uređenje onih ugovora koji su tradicionalno smatrani nasljednopravnim ugovorima regulisanim Zakonom o nasljeđivanju (ugovor o doživotnom izdržavanju) ili pravnim pravilima (ugovor o dosmrtnom izdržavanju).¹²⁰ Navedeni argumenti čine opravdanim stajalište da se po uzoru na hrvatskog zakonodavca usvoji novi Nacrt ZOO za pravno područje FBiH.¹²¹ Da je nemoguće prevazići tradicionalne koncepte pokazuju i primjeri entiteskih zakonodavaca u BiH koji su navedene ugovore suvereno zadržali u svojim nasljednopravnim propisima.

4. Forma ugovora o poklonu

U pravnoj teoriji ugovor o poklonu se najčešće definira kao ugovor kojim jedna ugovorna strana (poklonodavac) predaje drugoj ugovornoj strani (poklonoprincu) u vlasništvo određenu stvar ili drugo imovinsko pravo, ili se obavezuje prenijeti joj vlasništvo na toj stvari, odnosno na tom imovinskom pravu i to sve bez ikakve naknade, a druga strana to prihvata.¹²² Ovaj ugovor predstavlja čestu pojavu u praksi a nije regulisan u ZOO kao imenovan ugovor.¹²³ To ne znači da ovaj ugovor nije uopšte regulisan u našem pravnom sistemu. Zbog postojanja pravne praznine na ugovor o poklonu se shodno čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije,¹²⁴ primjenjuju pravna pravila Austrijskog

dio, a ona obuhvaća nekretnine i pokretnine koje su namijenjene uporabi i korištenju nekretnine, s tim da se izvršenje odgađa do smrti primatelja uzdržavanja.“ O tome: V. Belaj, “Prestanak ugovora o doživotnom i ugovora o dosmrtnom izdržavanju”, *Liber amicorum Nikola Gavella – Građansko pravo u razvoju*, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007, 5 fn. 686-687.

¹²⁰ O tome: H. Kačer, “Neka (prijeporna pitanja?) hrvatskog oporučnog prava“, *Liber amicorum Nikola Gavella – Građansko pravo u razvoju*, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavelle, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2007, 714-719.

¹²¹ Prvobitno ponuđena odredba u čl. 1205. Nacrta ZOO od 2003. godine koja se tiče forme notarski obrađenog ugovora o doživotnom izdržavanju je suštinski dopunjena odredbama čl. 1080. novog Nacrta ZOO. Tako je notar dužan ispitati i utvrditi u postupku notarske obrade ugovora o doživotnog izdržavanju prije nego što sačini, pročita i upozori ugovarače na njegovu sadržinu: da li primalac izdržavanja shvata smisao i značaj ovog pravnog posla; da li primalac izdržavanja zna od čega se sastoji njegova imovina; i da li zna ko su mu nasljednici i šta im ostavlja u naslijeđe odnosno kojih nasljednjih prava ih lišava zaključenjem ugovora o doživotnom izdržavanju.

Posljedica nedostaka zahtijevane forme shodno čl. 73. st. 2. ZNot FBiH komplementarno je određena u odredbi čl. 1080 st. 3. Nacrta ZOO koja propisuje ništavost ugovora o doživotnom izdržavanju koji nije zaključen u formi notarski obrađene isprave.

¹²² Ugovor o poklonu je dvostrani pravni posao, inter vivos, jednostrano obavezan, dobročin i formalan ugovor ako za predmet ima nekretnine. O tome: A. Bikić (2007) 46-47; M. Vedriš, 290-291; i Perović, 610). “Ugovor o darovanju može biti bilo realan bilo konsenzualan ugovor...” (vidi: A. Prekušić, B. Ivančić, “Ugovor o darovanju nekretnine de lege lata i de lege ferenda-pobijanje paulijanskim tužbama, nasljednopravni i poreznopravni aspekti”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, vol. 26, br. 2/2005, 907).

¹²³ “Ovaj ugovor je gotovo u svim pravima imenovan (nominantan) ugovor...” (o tome: A. Prekušić, B. Ivančić, 905-906).

¹²⁴ “Sl. List. FNRJ“, br. 86/46.

građanskog zakonika (skraćeno: OGZ).¹²⁵ Ako se ugovor o poklonu bez stvarne predaje posmatra kao realan ugovor, tada ne dolazi do njegovog nastanka, a bez nastanka nema ni poboynosti, niti primjene pravila o konvalidaciji.¹²⁶ To znači, da je upitna mogućnost konvalidacije obećanja poklona koji nije izvršen niti zaključen u propisanom obliku. Realna forma nije oblik zaključenja ugovora o poklonu već način njegovog izvršenja kojim se ubrzava pravni promet a zanemaruju interesi stranaka. Konceptija realnih ugovora je napuštena u ZOO i usvojeno načelo konsensualizma od čega nije odstupio ni Nacr ZOO.¹²⁷ Inače, ukoliko su predmet ovog ugovora nekretnine, za njegovu punovažnost su bitne odredbe *lex specialis* propisa koje regulišu promet nekretnina.

4.1. Obavezna notarska obrada ugovora o poklonu na nekretninama

Uslov punovažnosti ugovora o poklonu na nekretninama je forma notarski obrađene isprave (*forma ad solemnitatem*). Zakonsko opravdanje leži u činjenici da ugovor o poklonu na nekretninama spada u pravne poslove

¹²⁵ Pravno pravilo § 943. OGZ glasi: "Iz darovne pogodbe, koja je učinjena samo usmeno bez pravne predaje darovne stvari, daroprimac ne zadobiva nikakva tužbenog prava. Ovo pravo treba da na pismenoj ispravi osnovano. Prema opće usvojenim pravilima građanskog prava za ugovor o darovanju bez prave predaje zahtijeva se pismena forma. Ovo zato, da bi se otežalo lakomisleno preuzimanje obaveze o darovanju, kada nije uslijedila i predaja darovane stvari. U interesu veće sigurnosti pravnog saobraćaja bivši zakon o javnim bilježnicima iz 1930 godine predviđa, da je valjanost ugovora o darovanju bez prave predaje potreban javnobilježnički akt... (iz rj. V. s. NRH od 3 augusta 1953 Gzz 107/53). Interpretacija teksta iz citiranog § 943 OGZ se nalazi u knjizi: M. Vuković, Opći građanski zakonik s novelama i naknadnim propisima, Školska Knjiga, Zagreb, 1955, 278-279. Opsežniji pregled primjene pravnih pravila OGZ-a, Opšteg imovinskog zakonika za knjaževinu Crnu goru i Srpskog građanskog zakonika na ugovor o poklonu iznosi: D. Knežević-Popović, "Ugovor o poklonu u jugoslavenskom pravu", Institut za uporedno pravo, Beograd, vol. 23, br. 1-3/1996, 276-280.

¹²⁶ "U hrvatskom pravu cilj propisivanja oblika javnobilježničkog akta odnosno ovjerovljene isprave za ugovor o darovanju bez prave predaje jest upozorenje darovatelja na pravne učinke darovanja (novi ZOO sadržava propis o obliku ugovora o darovanju bez prave predaje u čl. 482. st. 2.). Taj se cilj ostvaruje tako što će javni bilježnik, između ostalog, upozoriti ugovorne strane na učinke pravnog posla (čl. 57. i 59. ZJB RH). Kod ugovora o darovanju to je posebno važno za darovatelja, jer ga se na taj način štiti od olakog preuzimanja obveze ispunjenja činidbe za koju neće dobiti ništa. Stoga je upitno je li ugovor o darovanju bez prave predaje koji nije sklopljen u propisanom obliku, a ispunjen je u cijelosti ili pretežnom dijelu, konvalidirao. Naime, ovdje bi trebalo zaključiti da iz cilja zbog kojeg je oblik propisan ne proizlazi mogućnost konvalidacije (pretpostavke za konvalidaciju ugovora koji nije sklopljen u propisanom obliku predviđene čl. 294. novog ZOO-a nisu se mijenjale u odnosu prema čl. 73. ZOO). U vezi s tom materijom sporna može biti situacija u kojoj je darovatelj na temelju takvog ništetnog ugovora o darovanju bez prave predaje ipak predao imovinsku korist obdareniku, jer bi se tada akt ispunjenja možda mogao tretirati kao novo realno darovanje. To bi značilo da se takva situacija može podvesti pod konverziju (iz konsenzualnog u realno darovanje) ili sklapanje novog ugovora (realnog darovanja) u propisanom obliku i istodobno ispunjenje ugovorne obveze." (vidi: S. Nikšić, "Utjecaj razloga za preuzimanje obaveze na valjanost pravnog posla", Zbornik PFZ, vol. 56 (6), 2006, 65 fn. 1827; usp.: A. Prekušić, B. Ivančić, 908-909).

¹²⁷ Po prvi put ugovor o poklonu je predviđen u novom Nacrtu ZOO (čl. 704-716). Odredbe o formi ugovora o poklonu sadrži čl. 708. Nacrta ZOO kojim se za njegovu punovažnost zahtijeva da izjava volje poklonodavca (obećanje poklona) bude notarski obrađena, osim ako se poklon povodom zaključivanja ugovora o poklonu prenese u imovinu poklonoprimca (st. 1.). Ugovor zaključen bez pridržavanja ove forme je međutim punovažan ako je obećana činidba izvršena (st. 3.) Ovim se ne diraju propisi koji u pogledu datog predmeta poklona zahtijevaju pridržavanje posebne forme izjave jedne ili objiju strana (st. 4.).

upravljene na prenos ili sticanje vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama kojima se proizvode stvarnopravna dejstva tek izvršenim upisom u zemljišne knjige. Forma notarski obrađene isprave kod ugovora o poklonu iziskuje određen vremenski period u kojem poklonodavac ima mogućnost da preispita svoje pobude (*animus donandi*) i otkloni posljedice neželjenog postupanja (opoziv ugovora).¹²⁸ U protivnom, narušava se stabilnost pravnih odnosa i otvara put sudovima da pronalaze rješenja za koja ne postoje odgovarajuća zakonska pravila. Iz tih razloga usmeno zaključen ugovor o poklonu bez stvarne predaje nekretnine u posjed poklonoprимca ne predstavlja valjan osnov za prijenos prava vlasništva što *in ultima linea* onemogućuje i primjenu pravila o konvalidaciji.¹²⁹ Uporedno gledano, postoje znatne razlike između rješenja u BiH i Austriji. U austrijskom pravu za obećanje poklona na nekretninama ukoliko nedostaje forma notarski obrađene isprave nastaje valjana ali naturalna obligacija, što nije slučaj u domaćem pravu jer je uslov valjanosti ugovora o poklonu na nekretninama forma notarski obrađene isprave.¹³⁰ Na ovo pitanje je sudska praksa i prije uvođenja institucije latinskog notarijata dala negativan odgovor.¹³¹ To znači da pravni poslovi koji služe prenosu stvarnih prava na nekretninama moraju biti sačinjeni u formi notarski obrađene isprave i njihova ništavost sa aspekta normi obligacionog ili notarskog prava ima negativno djelovanje na učesnike koji žele postići stvarnopravne efekte.¹³²

5. Prividni ugovori u pravnom prometu nekretnina

Poseban problem sa dalekosežnim posljedicama u domaćem pravnom prometu su predstavljali tzv. simulirani ili fiktivni pravni poslovi, kao i neujednačenost sudske prakse prilikom njihove pravne kvalifikacije. Prividan (simulirani ili fiktivan) je onaj ugovor koji nije zaključen saglasnošću volja ugovornih strana, nego je nastao saglasnošću volje ugovornih strana da se

¹²⁸ Izjavu poklonodavca o opozivu poklona treba shvatiti kao jednostrano raskidanje ugovora, dok izjavu trećeg lica treba okvalifikovati kao pobijanje ugovora o poklonu koji je poklonodavac zaključio sa poklonoprимcem. O tome: B. Loza, *Obligaciono pravo-posebni dio, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Dom Štampe Zenica, Sarajevo, 1974, 64-65.

¹²⁹ "Dodatna pretpostavka valjanosti ugovora o poklonu jest i oblik pravnog posla. U germanskim pravnim sistemima kauza kod obveznopravnih ugovora, u većini slučajeva se javlja kao pretpostavka nastanka ugovora, a ne kao pretpostavka njegove valjanosti." O tome: S. Nikšić, "Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu" PFZ, vol. 56 (4), 2006, 1085.

¹³⁰ O tome: M. Povlakić, C. Schalast, V. Softić, 137-138.

¹³¹ "Usmeni ugovor o poklonu nekretnina ni po ranijem Zakonu o prometu zemljišta i zgrada nije proizvodio pravni učinak ali se mogao konvalidirati predajom poklona, što nije moguće po sadašnjem Zakonu o prometu nepokretnosti" (Vs BiH, Rev, 367/86, od 21. 5. 1987. – Bilten Vs BiH 2/87, 3). "Usmeno izvršen ugovor o poklonu nepokretnosti je ništavan ugovor koji ne proizvodi pravno dejstvo, te kao ni drugi ugovori o prometu nepokretnosti koji su sklopljeni u usmenoj formi poslije 17. januara 1975. godine ne mogu konvalidirati primjenom čl. 73. ZOO" (Vrhovni sud Srbije, Rev. 1037/89 od 30.04.1990. godine).

¹³² O tome: M. Povlakić, C. Schalast, V. Softić, 140-141.

samo stvori privid (fikcija) o zaključenju ugovora.¹³³ Zaključenjem prividnog ugovora kojim se prikriva neki drugi ugovor između istih ugovornih strana, nastupa relativna simulaciju kao oblik svjesnog nesklada između volje i očitovanja.¹³⁴ U tom slučaju postoji jedan ugovor koji stranke hoće i prividni ugovor koji ga prikriva, a koji ugovarači neće. U pogledu pravne kvalifikacije prividnih poslova u pravnoj teoriji postoji različita shvatanja.¹³⁵ U ZOO je određeno da prividan ugovor predstavlja vrstu ništavog pravnog posla koji ne proizvodi nikakvo dejstvo među ugovornim strankama.¹³⁶ Na osnovu ovakve kvalifikacije postoji neograničena mogućnost pozivanja ne samo ugovornih strana već i trećih lica na ništavost prividno zaključenog ugovora odnosno isključeno je zahtijevati poništenje prividnog ugovora koji je *ex lege* ništav.¹³⁷ Isticanje zahtjeva usmjerenog na poništenje ugovora ograničeno je rokovima i postoji u korist nevinog ugovarača samo kod poboynih (rušljivih) ugovora koji su imali određene nedostatake u vrijeme svog nastanka.¹³⁸ Ako prividni ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj drugi važi, ako su ispunjeni uslovi za njegovu pravnu valjanost.¹³⁹ Međutim, nije prividan onaj ugovor koji ugovorne stranke, samoga po sebi, eventualno ne bi zaključile (npr. neka osoba besplatno ustupi drugoj određenu imovinsku vrijednost putem ugovora o poklonu), ali to učine radi postizanja određenog imovinskog ili drugog dopuštenog cilja (stjecanje prava na razne novčane dodatke, oslobodenje od poreza, izbjegavanje oduzimanja stvari preko određenog maksimuma i dr.). Polazište da prividni ugovori ne mogu proizvesti dopuštene pravne učinke oduzima bilo kakav značaj okolnostima da je izvršena njegova prijava radi razreza poreza, ovjera potpisa ili upis u zemljišne knjige.¹⁴⁰ Ozbiljne poteškoće u praksi domaćih sudova nastajale su prilikom kvalifikacije prividnih ugovora o doživotnom izdržavanju ili ugovora o poklonu. Kad su stranke zaključenjem prividnog ugovora o doživotnom izdržavanju htjele prikriti ugovor o poklonu, tada je bilo potrebno prilikom

¹³³ Fiktivne pravne poslove treba razlikovati o putativnog pravnog posla, kod kojeg se stranke ili jedna od njih nalaze u "izvinjavajućoj zabludi", tj. nisu znale niti prema okolnostima slučaja mogle znati da su zaključile nevažeći pravni posao, što znači da su bile savjesne (vidi: Pravna enciklopedija – knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1985, 1335).

¹³⁴ O tome: A. Bikić (2007) 75; i M. Vedriš, P. Klarić, Građansko pravo, Narodne Novine, Zagreb, 1996, 112-113; D. Popov, D. Popov, Građansko pravo (opšti deo), Šesto izdanje, Centar za izdavačku djelatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, 256-257.

¹³⁵ O tome: D. Stojanović, 367-374. Neki autori prividne pravne poslove ubrajaju u nepostojeće jer se radi o nedostatku saglasne izjave volje (vidi: D. Popov, 255).

¹³⁶ Vidi: čl. 66. st. 1. ZOO.

¹³⁷ Vidi: (Vs RH, Rev. 3135/95, od 20. 10. 1999. – Izbor odluka 1/2000, 29).

¹³⁸ Vidi: čl. 111. ZOO (kad je ugovor rušljiv) i 112. ZOO (poništenje ugovora) u vezi s čl. 117. st. 2. ZOO (prekluzivni rok koji iznosi tri godine od dana zaključenja ugovora).

¹³⁹ Vidi: čl. 66. st. 2. ZOO.

¹⁴⁰ "Sudovi su pravilno primijenili materijalno pravo kad su prihvatili tužbeni zahtjev na uspostavu ranijeg zemljišnoknjižnog stanja - stanja prije provedbe uknjižbe temeljem prividnog pravnog posla - jer se na temelju takvog pravnog posla (kao osnova stjecanja - titulusa) ne može stjecati u ovom slučaju pravo vlasništva na spornoj nekretnini" (vidi: Vs RH, Rev. 2001/92, od 4. 12. 1991. – Izbor odluka 1993 – 50/83).

tumačenja predmetnog ugovora ispitati i namjeru stranaka, a ne držati se samo doslovnog značenja upotrebljenih izraza.¹⁴¹ U slučaju utvrđenja da je volja ugovornih stranaka bila upravljena na zaključenje ugovora o poklonu, a ne ugovora o doživotnom izdržavanju, onda ugovor o doživotnom izdržavanju nije ništav, nego važi kao ugovor o poklonu.¹⁴² To ne znači da će svaki ovjereni ugovor o doživotnom izdržavanju u svim slučajevima i biti konvertovati u ugovor o poklonu.¹⁴³ Ako se stane na stanovište da je riječ o poklonu, poklonjena imovina, slično imovini iz ugovora o doživotnom izdržavanju ne ulazi u zaostavštinu, ali se uzima u obzir prilikom izračunavanja nužnog nasljednog dijela“. Međutim, ako se stane na gledište da je riječ o ugovoru o doživotnom izdržavanju onda nema ničega od toga.¹⁴⁴ U svakom slučaju *animus donandi* bi mogao biti jedan od značajnih kriterijuma za razlikovanje ova dva ugovora.¹⁴⁵ Korektivna uloga suda dolazi posebno do izražaja prilikom zaključenja ugovora o poklonu kad volja stranaka nije bila da poklonodavac stekne vlasništvo poklonjene nekretnine, nego je zaključenje prividnog ugovora o poklonu imalo drugu svrhu.¹⁴⁶ Složenost ove tematike možemo sagledati kroz zaključenje prividnih ugovora o prodaji u usmenom obliku s ciljem prikrivanja ugovora o doživotnom izdržavanju. Ako je volja stranaka usmjerena na prenos prava vlasništva određene nekretnine u korist davaoca izdržavanja nakon smrti primaoca izdržavanja neophodno je ispuniti i formu *ad solemnitatem* koja se traži za valjanost ovog pravnog posla. Ukoliko je ona nedostajala ugovor o doživotnom izdržavanju nije važio, jer nije ispunjavao uvjete za pravnu valjanost. Kako je prividan ugovor o prodaji ništav, a ni prikriveni ugovor o doživotnom izdržavanju nije valjan, to ne postoji pravni osnov (*iustus titulus*) stjecanja prava vlasništva

¹⁴¹ Vidi: čl. 90. ZOO.

¹⁴² Vidi: odluke Vs RS, Rev. 54/99, od 30. 4. 1999. – Bilten 1/1999, 59; “Činjenica da je ugovor o doživotnom izdržavanju po svom sadržaju zapravo ugovor o darovanju ne čini taj ugovor ništavim, već vrijedi kao ugovor o darovanju“ (vidi: VsH, Rev, 151/89, od 22. 3. 1989. – Psp 46 – 71). “U toku postupka sud je utvrdio da je sporno da li je ugovor o poklonu pravno valjan i da li je isti zaključen u skladu sa zakonskim propisima. Takođe, sporno je da li je ugovor o izdržavanju fiktivni jer je u momentu zaključenja ugovora, prednica tužene bila nosilac stanarskog prava na stanu. Na osnovu provedenih dokaza Općinski sud je zaključio da je navedeni ugovor o poklonu po sadržaju i formi sastavljen u skladu sa čl. 9. ZPN valjan, dok je ugovor o izdržavanju koji su apelanti zaključili sa prednicom tužene 8. februara 1993. godine, u cijelosti fiktivan i ništav u skladu sa odredbom čl. 66. st. 1. ZOO“ (presuda Općinskog suda u Mostaru broj P. 277/02-I od 15. decembra 2004. godine je potvrđena od strane Kantonalnog suda u Mostaru broj Gž-320/05 od 26. avgusta 2005. godine, Vrhovnog suda broj Rev-1241/05 od 16. novembra 2006. godine i Ustavnog suda od 2. decembra 2009. godine u predmetu broj AP 909/07).

¹⁴³ O tome: N. Stojanović, “Ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života – zakonodavstvo, teorija i praksa“, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, br. LI/2008, 30-31.

¹⁴⁴ Vidi: M. Živanović, 91.

¹⁴⁵ Vidi: O. B. Antić, Z. B. Balinovac, 510-512. Pored namjere darežljivost (*animus donandi*) moraju se u svakom konkretnom slučaju uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, kao npr: da li je primaocu izdržavanja bilo zaista potrebno izdržavanje da li su ugovorne strane ujedno i lica koja se po zakonu moraju uzajamno izdržavati i sl.

¹⁴⁶ Vidi: Vs RH, Rev. 1303/91, od 17. 10. 1991. – Izbor odluka 1993 – 51/84.

sporne nekretnine.¹⁴⁷ Ipak, najčešće su prividni ugovori o prodaji nastajali kao rezultat nastojanja ugovornih strana da izbjegnju obavezu plaćanja poreza na promet nekretnina ili da se izigra pravo preče kupovine.¹⁴⁸ Tako su ugovorne strane u pismeno zaključenom ugovoru navodile jednu cijenu, dok je njihova stvarno izražena volja u usmeno postignutom dogovoru bila usmjerena na plaćanje druge, više cijene. Opisana situacija otvara iznova i pitanje pravne valjanosti ovako nastalih ugovora u pravnom prometu nekretnina. Na osnovu dosljedne primjene ZOO oba ugovora bi bila ništava. Ukoliko bi kupac isplatio cijenu iz pismeno zaključenog ugovora a odbio isplatu iz usmeno zaključenog ugovora na insistiranje prodavca rješenje konkretnog spora bi ovisilo od pravilne interpretacije odredbi ZOO.¹⁴⁹ Odluke domaćih sudova predstavljaju eklatantan primjer neznanja, zablude i nehtijenja da se na pravilan način shvati svrha forme ugovora kod prenosa stvarnih prava na nekretninama i osnovne razlike između ništavih i pobjavnih ugovora. Pogrešna su stanovišta domaćih sudova da se ugovaranjem niže cijene u usmeno zaključenom ugovoru ne vrijeđa interes poreskog organa u pogledu odmjeravanja visine poreza na promet nekretnina.¹⁵⁰ Na to upućuje i odredba ZZK FBiH/RS kojom se uknjižba u zemljišnim knjigama uslovljava dostavljanjem određenih dokumenata (npr. potvrda o plaćanju

¹⁴⁷ Vidi: Vs RH, Rev. 448/97, od 3. 9. 1997. – Izbor odluka 1/1998 – 26/66).

¹⁴⁸ "Ubrzo poslije donošenja Zakona o prometu zemljišta i zgrada (1954. godine) koji je dozvolio slobodan promet prava na nepokretnostima, sudovi su se suočili sa ugovorima u kojima nije bila istinito označena cijena, bilo da se izbjegne veći porez na promet ili da se izigra imalac prava preče kupnje ili iz drugih razloga. U sudskoj praksi pedesetih godina kristalisala su se tri gledišta. Po jednom kupac je dužan da plati onu cijenu koja je označena u pismenom ugovoru, jer usmeni uglavak o cijeni, zbog nedostatka propisane forme ne obavezuje ugovarače. Po drugom gledištu kupac duguje usmeno ugovorenu cijenu, jer su upravo tu cijenu stranke htjele, a ne onu koju su označile u pismenom ugovoru. Jedan vrhovni sud, koji zastupa ovo gledište, ističe da je zakonom propisana konstitutivna pismena forma ugovora radi kontrole prometa prava na nepokretnostima, a ne radi cijene pa je punovažan i usmeni uglavak o cijeni. Drugi vrhovni sud, zastupnik ovog stava, poziva se na etičko načelo-savjesnosti i poštenja. Po trećem gledištu u tom slučaju ugovor je ništav jer usmeni uglavak o cijeni, koju su ugovarači htjeli, ne proizvodi pravne posljedice zbog toga što nije izražen u propisanoj formi, a pismeni uglavak o cijeni ne obavezuje ugovarače jer oni tu cijenu nisu htjeli. Ovo gledište je usvojeno u načelnom stavu na Proširenoj opštoj sjednici Saveznog vrhovnog suda od 17. aprila 1962. godine. Drugo gledište je potvrđeno Načelnim stavom Zajedničke sjednice bivšeg Saveznog suda, vrhovnih sudova republika, autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 23.10.1990. godine." (Vidi: M. Vedriš, P. Klarić, Građansko pravo, Narodne Novine, Zagreb, 1996, 107).

¹⁴⁹ Vidi: KS Sarajevo – Bilten SP KSS 2/2001, 25. Usp: "Prividan ugovor nema pravnog učinka među ugovornim stranama. U slučaju kada prividan ugovor prikriva drugi ugovor koji je ništav, oba ugovora nemaju pravnog učinka" (vidi: Vts RH, Pž. 1985/96, od 9. 9. 1997. - Zbirka 5 - 20).

¹⁵⁰ U prvostepenom postupku sud se pozvao na sudsko stanovište gdje ugovaranje više cijene od one naznačene u pismenom ugovoru, "što je postalo gotovo pravilo", ne ugrožava društveni interes "obzirom da poreski organi utvrđuju cijenu nezavisno od ugovora" (presuda Općinskog suda u Čapljini broj P-44/04 od 21. aprila 2006. godine). "Pravo svojine se stiče pod uslovima propisanim shodno odredbi čl. 33. Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90), pa na sticanje ovog prava nema uticaja okolnost što sticalac prava svojine nije platio porez na promet, jer valjanost ugovora nije uslovljena takvom okolnošću" (odluka Vrhovnog suda Republike Crne Gore Rev. br. 284/93, od 03.03. 1994. godine).

poreza na promet).¹⁵¹ Takođe, pogrešna su i ona shvatanja sudske prakse kojim nastaje obaveza kupca na usmeno ugovorenu ili pismeno ugovorenu cijenu,¹⁵² te ona kojim se dozvoljava oštećenoj strani da zbog prekomjernog oštećenja zahtijeva ispunjenje usmeno ugovorene cijene u visini stvarne vrijednosti nekretnine.¹⁵³ Nedostatak valjanog pravnog osnova spriječava mogućnost da se istaknuti zahtjev za poništenjem ugovora isključivo svede na postupak dokazivanja samo onih pretpostavki od kojih ovisi primjena pravila o prekomjernom oštećenju.¹⁵⁴ Ovakva i slična postupanja izazivaju

¹⁵¹ Naprimjer, čl. 15. Zakona o porezima za promet nekretnina Kantona Sarajevo ("Službene novine Kantona Sarajevo", broj: 10/99). U skladu sa odredbama čl. 3. ZZZK FBiH i RS uknjižba se ne može izvršiti prije nego se dostavi potvrda od strane poreske uprave da su izmirene poreske obaveze ili da je određeno lice oslobođeno od plaćanja ovakvih obaveza. Na taj način se sticanje vlasništva uslovljava plaćanjem državnih tražbina, te na prvi pogled izgleda, da ova odredba nije kompatibilna sa čl. 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima koji štiti imovinu. Kako se radi o sticanju prava vlasništva na nekretninama, isto je uslovljeno uknjižbom koja ima konstitutivno dejstvo (usp.: čl. 38. Zakon o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima FBiH, "Sl. nov. FBiH", br. 6/98; i čl. 5. ZZZK FBiH i RS). Dakle, prije uknjižbe nije postojalo pravo vlasništva na navedenoj nekretnini, a čl. 1. navedenog Protokola podrazumijeva zaštitu stečenog vlasništva. I dalje ostaje sporno, da li se sticanje prava vlasništva smije na navedeni način otežavati. Bez sumnje, upućene kritike čl. 3. st. 2. tač. 6. ZZZK FBiH i RS su i više nego opravdane, budući da sistem administrativnog izvršenja u cilju naplate poreskih dažbina ostavlja široke mogućnosti za prinudnu realizaciju neovisno od izvršene uknjižbe nekog stvarnog prava.

¹⁵² Pogrešan je zaključak u pogledu visine ugovorene prodajne cijene i kvalifikacije da je ne samo formalni ugovor već i usmeni dogovor u pogledu ugovorene cijene pravno valjan. Kako je cijena bitni element kupoprodajnog ugovora ona kod formalnih ugovora ne može biti usmeno ugovorena. Budući da je u pismeni ugovor unesena cijena, svaka usmena pogodba o drugom iznosu cijene je ništavna i pravno nevaljana. Takođe, tvrdnja tužitelja (prodavca) u pogledu usmeno dogovorene cijena "i kada bi bila tačna" ne može se prihvatiti kao pravno relevantna, jer se odnosi na bitan element ugovora, "a uz to bi dužnika dovela u nepovoljniji položaj". Stoga je pravno relevantna ona cijena koja je unijeta u pismeni ugovor, koju je žalitelj (kupac) prema tužitelju u cijelosti izvršio (presuda Kantonalnog suda u Mostaru, broj 007-0-GŽ-06-000 891 od 5. januara 2007. godine).

¹⁵³ Pogrešno je stanovište da usmeno preuzeta obaveza kupca na plaćanje većeg iznosa pravno ne obavezuje, jer je "suprotna dosadašnjoj pravnoj praksi i zauzetim stavovima sudske prakse". Zbog toga, prodavac kao tužitelj može "zahtijevati ispunjenje ugovora u visini stvarno ugovorene cijene koja je relevantna i za postojanje prekomjernog oštećenja (odluka Vrhovnog suda FBiH, broj 53-0-P-002060-07-Rev od 17. aprila 2008. godine).

¹⁵⁴ U našem pravu prekomjerno oštećenje predstavlja složen institut kojim se nastoji osigurati zaštita načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja ukoliko između obaveza ugovornih strana koje proizlaze iz dvostranih ugovora u vrijeme zaključenja ugovora postoji očigledna nesrazmjera. Oštećena strana ne može tražiti izmjenu ugovora. Druga strana, a ne oštećena, ima mogućnost izbora (*facultas alternativa*), i to tako što će pristati na poništenje ugovora ili će dopuniti svoju činidbu do stvarne vrijednosti i tako održati ugovor na snazi (vidi: čl. 135-140 ZOO). Do donošenja ZOO primjenjivan je institut oštećenja (prikrate) za više od polovine. Prema pravnim pravilima, kad vrijednost onoga što je jedna strana dala nije dostizala ni polovinu vrijednosti onoga što je ona primila, imala je pravo tražiti raskidanje ugovora i uspostavu ranijeg (prijašnjeg) stanja. Oštećena strana nije znala niti je morala znati za pravu vrijednost stvari (davanja), tj. oštećena strana nije znala za postojanje nesrazmjernosti. Po njemačkom pravu ugovor se ne poništava zbog lezije, nego zbog iskorištavanja jedne stranke po drugoj, a takva eksploatacija smatra se protivna dobrim poslovnim običajima. Donošenjem BGB-a uklonjeno je pravno sredstvo pobijanja ugovora zbog prikrate preko polovice i normirana ništavost pravnih poslova koji se protivne dobrim poslovnim običajima (§ 138. st. 2. BGB). Tako je Pothier prikazuje izrazito kao manju suglasnosti volje, a u Code civilu je opći propis o leziji (kojom se samo upućuje na regulaciju kod pojedinih ugovora) uvršten kao art. 1118 na kraj odjeljka o suglasnosti volja, gdje se govori o bludnji (error), prijevari (dolus) i prinudi kao manama volje (art. 1109-1117). U slučaju same objektivne lezije, ako ne bi podležala i mana volje oštećenog kontrahenta, ne bi se mogao tražiti raskid ugovora. Međutim, novija francuska praksa i doktrina, držeći se samo zakonskih pretpostavki art. 1674. i slij., počela je dozvoljavati

opravdanu sumnja i oprez ukoliko se prilikom kvalifikacije usmeno zaključenih ugovora u pravnom prometu nekretnina zanemare razlozi propisivanja forme i primjene instituti koji svoju primjenu ne zasnivaju na valjanom zakonskom osnovu nego isključivo na stanovištima usvojenim od strane visokih sudskih instanci.¹⁵⁵

Zaključak:

U materijalnom i procesnom smislu protek rokova i negativno držanje stranaka u slučajevima ništavosti ugovora u pravnom prometu nekretnina neće dovesti do primjene pravila o konvalidaciji, niti donošenja deklarativne presude ukoliko postoji zloupotreba procesnih prava i raspolaganje stranaka protivno prinudnim propisima. Jedino pravilno i pravično rješenje jeste da sud *ex officio* utvrdi u izreci sudske odluke ništavost ugovora zbog nedostatka zakonom propisane forme odnosno simuliranih ugovora koji ne ispunjavaju uslove za pravnu valjanost i naloži restituciju uzajamnih davanja s ciljem zaštite kako javnog tako i privatnog interesa ugovornih strana. To znači da se procesnim sredstvima u tako nastalim odnosima ne mogu postići apsolutni učinci preko odgovarajućih normi obligacionog prava već isključivo na osnovu normi stvarnog prava ukoliko je izvršena predaja nekretnine iz ništavog ugovora i dokazano oživotvorenje zakonskih pretpostavki po osnovu dosjelnosti. Tada se prvobitni osnov stjecanja modificira (izvršen ništav ugovor) putem sudske odluke koja predstavlja osnov za donošenje rješenja o upisu u zemljišne knjige sa dejstvom *erga omnes*. Za razliku od konvalidacije ugovora o prodaji zbog nedostataka forme ad solemnitatem domen primjene pravila o konverziji je sužen prevenstveno na prividne ugovore o doživotnom izdržavanju i ugovore o ustupanju i raspodjelu imovine kojima su nedostajale saglasnosti potomaka ostaviočevih, bračnog druga i reprezentanata ugovornika u čijem je interesu postojalo pravo predstavljanja. Opravdano je stajalište o zadržavanju ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine u našem pravu, te proširenju postojećeg zakonskog određenja pojma ugovora o doživotnom izdržavanju kako bi se omogućio i prenos imovine prije smrti primaoca izdržavanja. Problem međusobne konkurencije forme ugovora o doživotnom izdržavanju, te ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine u ZN SRBiH i notarski obrađene isprave propisane Znot FBiH i ZNot RS otklonjen je donošenjem ZN RS i primjenom načela *lex posterior*

raskid prodaje nekretnine zbog lezije, čim postoji objektivni nesrazmjer od 7/12 između prodajne cijene i vrijednosti nekretnine, bez obzira na to, da li se radi o nekoj mani volje na strani prodavaoca. O nastanku i različitim stavovima zakonodavca spram određenja instituta prekomjernog oštećenja opširnije: M. Horvat, at al. Hrestomatija rimskog prava – svezak I, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1998, 151-192.

¹⁵⁵ Naprimjer, pozivanje na Bilten sudske prakse da je "pravno valjan usmeni sporazum o cijeni iako je u pismenom ugovoru o prodaji označena druga cijena" (sudsko stanovište broj 2/90 XLXXX sa zajedničke sjednice sudova iz 1990. godine).

derogat legi priori do stupanja na snagu ZN FBiH. Ne ulazeći u pravnu prirodu ugovora o poklonu na nekretnina, nedostatak forme notarski obrađene isprave nije moguće naknadno osnažiti i sudskim putem ishoditi upis prava vlasništva u zemljišne knjige ako su stranke izvršile samo usmeno preuzete obaveze. Neuspjeli pokušaji usvajanja ZOO na nivou BiH ostavili su i dalje aktuelnim pitanje postojanja pravne praznine u regulisanju ugovora o poklonu na koji se shodno čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa primjenju pravna pravila OGZ-a. Uvođenjem notara u našem pravu objedinjeno je sačinjavanje i ovjera ugovora na nekretninama u formi notarski obrađene isprave, te naglašena društvena ulogu notara na polju efektivne kontrole zakonitosti pružanjem savjetodavnih usluga strankama o posljedicama pravnog posla s ciljem prevencije mogućih sporova i povećanja stepena sigurnosti u pravnom prometu. Može se kazati, da bi sudska praksa u uslovima nastalim uvođenjem institucije latinskog notarijata i forme notarski obrađene isprave trebala pozitivnije uticati na buduće učesnike u pravnom prometu i označiti prestanak tzv. vanrednog puta zaštite interesa savjesnih stjecatelja oslonjenih isključivo na načelo autonomije volje.

Enes Bikić / Alaudin Brkić

MATERIELL - UND PROZESSRECHTLICHEN FOLGEN DES FEHLENS DER VORGESCHRIEBENEN VERTRAGSFORM IM RECHTSVERKEHR MIT LIEGENSCHAFTEN

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit werden Probleme und Folgen behandelt, die durch die falsche Anwendung der Vorschriften über die Heilung und Umwandlung im Rechtsverkehr mit Liegenschaften wegen des Fehlens der gesetzlich vorgeschriebenen Form verursacht wurden. Durch die Bevorzugung der Tatsachen und des wahren Willens der Vertragsparteien, bemühte sich die Rechtsprechung die mündlich vereinbarten und erfüllten Vertragspflichten zusätzlich zu bekräftigen und vernachlässigte damit die allgemeinen Bedingungen für deren Rechtsgültigkeit sowie die Gründe für die Formvorschriften *ad solemnitatem*. Auf diesem Wege wurde eine dünne Grenze zwischen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit geschaffen und der Form der Liegenschaftsverträge die Bedeutung genommen, wegen der sie vorgeschrieben wurde, was zu einer Reihe von unnötigen Verhandlungen und Prozesse geführt hat. Die Entscheidungen der Gerichte in höheren Instanzen sind das beste Beispiel dafür und die Rechtsmittel der Parteien, seien sie gutgläubig oder nicht, verstoßen gegen zwingende Vorschriften. Einen interessanten Teil der Darstellung bildet die Analyse der erbrechtlichen Verträge im Lichte der geltenden Vorschriften von Bosnien und Herzegowina sowie die Komplexität der Problematik der Scheinverträge im Rechtsverkehr mit Liegenschaften. Mit der Einführung des lateinischen Notariats hat sich auch das Verständnis der Form der Verträge über Liegenschaften geändert mit dem Ziel der Wiederherstellung der Rechtssicherheit und des Schutzes der Parteien im Rechtsverkehr mit Liegenschaften.

Schlüsselwörter: qualifizierte Schriftform, Form *ad solemnitatem*, notariell beglaubigte Urkunde, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Umwandlung, Heilung, Scheinvertrag.