

Meliha Powlakić*

Odgovornost notara za prouzrokovanu štetu u obavljanju notarske službe

Sadržaj

1. Uvod
2. Vrste odštetne odgovornosti i odgovornost notara
3. Pretpostavke deliktne odgovornosti
 - 3.1. Štetna radnja - povreda službene dužnosti
 - 3.1.1. Pojam „službena radnja“ notara
 - 3.1.2. Povreda službene dužnosti pasivnim ponašanjem
 - 3.1.2.1. Radnje van okvira nadležnosti notara
 - 3.1.2.2. Odbijanje poduzimanja radnje koja ima očigledno nedozvoljen ili nečasni cilj
 - 3.1.2.3. Odbijanje službene radnje zbog razloga za izuzeće
 - 3.1.3. Isključenje odgovornosti notara
 - 3.1.4. Međuzaključak
 - 3.2. Protivpravnost
 - 3.3. Krivica
 - 3.4. Uzročna veza
 - 3.5. Šteta
4. Odgovornost za notarskog pomoćnika, zaposlena lica, zamjenika i vršitelja dužnosti notara
5. Zaključak

1. Uvod

U uporednom pravu prisutna je tendencija „privatizacije“ određenih funkcija koje su do sada izvršavali isključivo državni organi (uprava, sud), a koje se prenose na vršioce pojedinih privatnih profesija. Ovaj prenos javnih ovlaštenja motiviran je željom za efikasnijim obavljanjem određenih radnji, za šta su njihovi „privatni“ nosioci finansijski motivirani, rasterećenjem pravosuđa i drugih organa, ali i rasterećenjem budžeta.¹ Tipičan primjer za dejudicializaciju pravosudne funkcije u regionu je prenos određenih javnih ovlasti, prvenstveno u domenu

* Autorica je vanredna profesorica na Pravnom fakultetu u Sarajevu.

¹ Umjesto mnogih G. Stanković, Privatizacija sudske funkcije u postupku izvršenja, *Pravna riječ*, Banja Luka, 32/2012, s. (355 i dalje) 360.

vanparničnog postupka, na notare. Osim notara, u regionu je zamjetna tendencija prenosa ovlaštenja za provođenje izvršnog postupka na privatne izvršitelje.² Sasvim je razumljivo da svaka država koja određene javne ovlasti prenosi na određenu službu (npr. notare, sudske izvršitelje, stečajne upravitelje, neovisne geometre itd.) ima opravdan interes da se ta javna služba obavlja na način da tražiocima usluga usluge budu pružene kvalitetno i da im u vršenju javne službe ne bude prouzrokovana šteta.

Opće je pravilo da vršitelji određenih profesija odgovaraju za štetu koju prouzrokuju u vršenju svoje profesije. To opće pravilo važi i za notare u vršenju njihove profesionalne djelatnosti. Pitanje odgovornosti za štetu koju su nanijeli vršitelji određene profesije posebno je delikatno kod delegiranja nadležnosti sa javnih tijela na privatne nosioce javnih službi, odnosno kada je obavljanje određene profesije istovremeno i vršenje javne službe. U tom kontekstu nastali obligaciono-pravni odnos nije samo privatna stvar subjekata tog odnosa; nije samo oštećeno lice zainteresirano da dobije naknadu za pretrpljenu štetu, već je to i interes države. Taj se interes ogleda, između ostalog, i u propisivanju obaveznog osiguranja od odgovornosti za štetu prouzrokovanu vršenjem određene službe.³

Postavlja se i pitanje nije li odgovornost lica koja kao privatnu profesiju obavljaju jednu javnu službu, trebalo podvrgnuti istim pravilima odgovornosti koja se primjenjuju na slučaj prouzrokovanja štete aktima i tijelima organa uprave?⁴ Zakoni koji u BiH uređuju notarsku službu⁵ su međutim ovdje izričiti i tretiraju odgovornost notara kao građanskopravnu odgovornost; notar je obavezan naknaditi štetu prouzrokovanu vršenjem službene dužnosti po općim pravilima građanskog prava. U doktrini se smatra da bi odgovornost države za štetu mogla ugroziti samostalnost notara i sistem naknade koji se primjenjuje.⁶ Razlozi se prije svega mogu naći u činjenici da je notarska služba specifičan spoj privatne i javne službe i kod odgovornosti za štetu, pretegnula je njena karakteristika samostalne profesije. Elementi slobodne profesije u institutu notarijata dolaze do izražaja upravo u činjenici da notar notarsku službu obavlja za svoj račun, što znači da finansijski efekti pripadaju notar, ali da on snosi i rizik lošeg poslovanja. Upravo je to jedna od odlika latinskog tipa notarijata.⁷ Međutim, nema sumnje da upravo činjenica što notari obavljajući svoju profesiju istovremeno vrše i javnu službu⁸ daje ovoj

² G. Stanković (bilj. 1), s. 366.

³ U uporednom pravu postoje i drugačiji putevi za ostvarenje ovog cilja kao što je to npr. slučaj sa Francuskom i Belgijom gdje se predviđa garancija cijele notarske profesije, koja pretpostavlja postojanje regionalnih garantnih fondova, te centralnog garantnog fonda koji osnivaju notari tj. Komora. Više o tome D. Knežić-Popović, Karakteristike osiguranja od odgovornosti javnih beležnika u uporednom pravu, *Strani pravni život*, Beograd, 1-3/2006, ss. (458 i dalje) 470 i dalje.

⁴ Više o toj odgovornosti S. Pehar, Odgovornost države za štetu prouzrokovanu aktima i radnjama tijela uprave, *Zbornik radova, Peto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i prakse*, Mostar 2007, s. (671 i dalje) 676.

⁵ Zakon o notarima Federacije BiH, *Sl. nov. F BiH* 45/02 (dalje: ZNot F BiH), Zakon o notarima Republike Srpske, *Sl. gl. RS* 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11 (dalje: ZNot RS) i Zakon o notarima Brčko Distrikta BiH, *Sl. gl. BD BiH* 9/03, 17/06 (dalje: ZNot BD BiH).

⁶ K. Ivančević, Osiguranje javnih beležnika od profesionalne odgovornosti, *Revija za pravo osiguranja*, Beograd, 2/2012, s. (66 i dalje) 67.

⁷ K. Ivančević (bilj. 6), s. 68.

⁸ O prirodi notarske službe vidjeti više kod M. Povolakić, Osnovne značajke notarske službe u Federaciji BiH, *Pravni savjetnik*, Sarajevo, 4/2003, ss. (79 i dalje) 80 i dalje.

odgovornosti poseban pečat⁹, te odatle nastaju poteškoće kod prilagođavanja općih pravila ovom posebnom slučaju odgovornosti.

Kako bi se zaštitilo oštećeno lice koje je pretrpjelo štetu od lica koje obavlja određenu profesiju koja ima obilježja javne službe, naplata štete učinila sigurnijom i neovisnom o imovinskom stanju i solventnosti štetnika, kako bi time bilo ojačano povjerenje u određenu službu, ali i ona sama bila zaštićena, pravni poreci predviđaju obavezno osiguranje od odgovornosti. U doktrini je općeprihvaćeno da su razlozi obaveznog osiguranja notara: zaštita egzistencije notara, korisnika usluga i povjerenje u ovu službu,¹⁰ te ravnomjeran raspored štetnih posljedica.¹¹ U uporednom pravu je zamjetna tendencija da pravila o obaveznom osiguranju od odgovornosti općenito sve više dobivaju na značaju¹²; BiH kao da nije dio tog trenda. Nedopustivo je npr. da zakoni o zdravstvenoj zaštiti¹³ predviđaju samo fakultativno osiguranje od odgovornosti ljekara, javnih i privatnih zdravstvenih ustanova¹⁴ ili da relevantni zakonski tekstovi u oblasti osiguranja o obaveznom osiguranju nemaju opće odredbe. U Federaciji BiH se samo jedna odredba takvog općeg karaktera o obaveznom osiguranju „krije“ u Zakonu o osiguranju od odgovornosti za motorna vozila i ostale odredbe o obaveznom osiguranju od odgovornosti.¹⁵

BiH ovdje nije izuzetak i sva tri zakona o notarima u BiH predviđaju oboje, kako odgovornost notara za štetu koju prouzrokuju u vršenju notarske službe¹⁶, tako i obavezu notara da se osiguraju odgovornost¹⁷; obavezno osiguranje od odgovornosti je uvjet za imenovanje notara i vršenje notarske službe¹⁸.

Predmet ovog rada je analiza relevantnih zakonskih odredaba kojima je uređeno pitanje odgovornosti notara za štetu, kako onih općeg obligacionog prava, tako i zakona o notarima koji se ispoljavaju kao *lex specialis*. Cilj rada je da normativno-dogmatskom analizom zakonskih normi utvrdi da li je odgovornost notara uređena na adekvatan način. Pri tome se polazi od teze

⁹ Tako i D. Knežić-Popović (bilj. 3), ss. 458 i dalje.

¹⁰ K. Ivančević (bilj. 6), s. 66, L. Belanić, Osiguranje od odgovornosti odvjetnika (sa osvrtom na neka rješenja u poredbenom pravu), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 31/2010, ss. (263 i dalje) 265-266; D. Knežić-Popović (bilj. 3), ss. 462-463.

¹¹ S. Stanišić, Pravni odnosi u osiguranju od odgovornosti sa osvrtom na pravnu prirodu građanske odgovornosti osiguravača, *Pravna riječ*, Banja Luka, 32/2012, s. (209 i dalje) 210.

¹² S. Jovanović, Osiguranje profesionalne odgovornosti danas, *Revija za pravo osiguranja*, Beograd, 3/2006, s. (23 i dalje) 23; K. Ivančević (bilj. 6), s. 66, S. Simoniti, Uvođenje obaveznih osiguranja – Evropska unija i slovenačka iskustva u Udruženje za pravo osiguranja Srbije, „Evropski put“ Pravo osiguranja Srbije, posebno ugovora o osiguranju, *Zbornik radova sa savjetovanja održanog 10. – 11. aprila 2008 u Paliću*, ss. (70 i dalje) 70, S. Stanišić (bilj. 11), s. 211.

¹³ Npr. Zakon o zdravstvenoj zaštiti F BiH, *Sl. nov. F BiH* 29/97. Vidjeti o tome više kod M. Proso, Osiguranje liječnika od odštetne odgovornosti u hrvatskom i bosansko-hercegovačkom pravu, *Zbornik radova, Peto međunarodno savjetovanje „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i prakse“*, Mostar 2007, s. (689 i dalje) 697.

¹⁴ Nasuprot tome predviđeno je obavezno osiguranje advokata od odgovornosti – čl. 30 Zakona o advokaturi F BiH, *Sl. nov. F BiH* 25/02, 29/03, 18/05, 68/05.

¹⁵ *Sl. nov. F BiH* 24/05.

¹⁶ Čl. 58 ZNot F BiH, čl. 53 ZNot RS i čl. 37 ZNot BD BiH.

¹⁷ Čl. 59 ZNot F BiH, čl. 54 ZNot RS i čl. 38 ZNot BD BiH. Kod reguliranja obaveznog osiguranja notara od odgovornosti za štetu postoji samo jedno odstupanje u ZNot RS, koji ne sadrži odredbu o tzv. obavezni kontrahiranja, prema kojoj su osiguravajuća društva dužna zaključiti ugovor o osiguranju od odgovornosti s notarom koji im se za to obrati.

¹⁸ Čl. 30 st. 4 ZNot F BiH, čl. 24 st. 4 ZNot RS i čl. 9 st. 4 ZNot BD BiH.

da veoma oskudna regulativa navedenih pitanja (samo dvije odredbe općeg obligacionog prava reguliraju pitanja koja imaju vezu sa profesionalnom odgovornosti, a zakoni o notarima sadrže samo jednu zakonsku odredu o posebnoj odgovornosti notara) nije dovoljnada potpuno i adekvatno uredi ovo pitanje, te da bi u ovom slučaju i prenormiranost bila poželjnija od podnormiranosti. Posljednje naročito zbog činjenice da je notarska profesija relativno nova pravnička profesija u BiH i da će se primjenjivači prava po prvi put suočiti sa pitanjima naknade štete zbog propusta u obavljanju notarske službe. Do sada u sudskoj praksi u Federaciji BiH nije bilo brojnih sporova za naknadu štete koju su prouzrokovali notari, prema podacima Notarske komore F BiH¹⁹ samo su dva slučaja presuđena do sada.²⁰ Analiza tih presuda je pokazala da nije neproblematično prilagoditi opća pravila obligacionog prava i osiguranja od odgovornosti notara, o čemu će na pojedinim mjestima u radu biti više riječi. Pri tome treba voditi računa da ovaj podatak o malom broju presuda za posljednjih šest godina od kada notari i djeluju u Federaciji BiH može samo stvoriti privid da takvih slučajeva nije bilo. Štete koje uzrokuju notari su u pravilu „zakašnjele“ štete ili štete sa odgodom (na njemačkom: *Spätschaden*) i smatra se da one nastupaju otprilike pet godina nakon poduzete službene radnje.²¹

Činjenici da je sudska praksa za sada sporadična, te da se radi o jednom potpuno novom kompleksu pitanja u oblasti odgovornosti za štetu, treba dodatida u obligacionom pravu u BiH ne postoji jedinstven i razrađen *corpus* pravila o profesionalnoj odgovornosti općenito, te da se doktrina nije time detaljnije bavila, kao ni pitanjima obavezne odgovornosti. Ovaj rad nema nit može imati ambiciju dati odgovore na sva kompleksna pitanja odgovornosti notara kao posebne profesionalne odgovornosti, djelovanja općih pravila odgovornosti za štetu na ovaj specifični oblik odgovornosti, kao i obaveznog osiguranja od odgovornosti notara. Sasvim je sigurno da je ovo kompleks pitanja kojom se može baviti posebna monografija ili neki kompleksniji naučno-istraživački rad. Ovaj rad, zbog svog obima, može samo ukazati na dileme i sporna mjesta u relevantnim propisima i ima za cilj da u BiH bude uvod u diskurs o pitanjima odgovornosti notara.

Sva tri zakona o notarima u BiH određuju kao osnovno pravilo da notar za povredu svoje službene dužnosti odgovara po općim pravilima odštetne odgovornosti. Kako je zakon time izvršio samo uputu na opća pravila, ostavio je praksi i doktrini da razmotre kako se određena opća pravila odgovornosti ispoljavaju u slučaju jedne specifične profesionalne odgovornosti, što je, kako je rečeno u uvodu, zadatak ovog rada. Na ovom mjestu će biti data prvo uvodna razmatranja o vrstama odgovornosti za štetu općenito i o tome koja odgovornost dolazi u obzir u

¹⁹ Podaci datiraju iz augusta 2013.

²⁰ U jednom slučaju o kome je već povodom žalbe odlučio u drugoj instanci Kantonalni sud u Zenici (43 0 P 01756812 Gž. od 19. 09. 2012) predmet spora je bilo izvršenje obaveze notara da utvrdi identitet stranaka, a sud je analizirao pretpostavke odgovornosti notara za štetu, te postojanje uzročne veze između povrede službene dužnosti i nastupjele štete. U ovom je slučaju tužena strana bio samo notar koji je navodno prouzročio štetu, dok su u drugom slučaju, nedavno presuđenom pred Općinskim sudom u Tuzli (32 0 P 024138 07 P od 27. 06. 2013) tuženi, kao solidarni dužnici naknade štete, bili obuhvaćeni pored notara, osiguravajuće društvo i Notarska komora F BiH. U ovom slučaju se raspravljalo o obavezama notara prilikom utvrđivanja valjanosti i vjerodostojnosti punomoći jedne od stranaka.

²¹ Ch. Zimmermann, *Risikomanagement im Notariat, Erkennen, Vermeiden und Reduzieren von Haftungsgefahren* in P. Hanau et al. (Hrsg.), *Notar als Berufung, Festschrift für Stefan Zimmermann*, Bonn, 2010, s. 436. To stvara poteškoće i kod obaveznog osiguranja od odgovornosti. Tako S. Jovanović, *Osiguranje od odgovornosti – ugovorno pokriće po sistemu nastanka uzroka ili datuma postavljanja odštetnog zahteva, Revija za pravo osiguranja: časopis za teoriju i praksu osiguranja*, Beograd, 1/2002, s. (33 i dalje) 34.

slučaju odgovornosti notara (2). Budući da će se izvršiti opredjeljenje za deliktnu, subjektivnu odgovornost (3) biće analizirane neophodne pretpostavke te odgovornosti i njihove specifičnosti kod odgovornosti notara: štetna radnja (3.1), protivpravnost (3.2) krivica (3.3), uzročna veza (3.4) i šteta (3.5). U posebnom poglavlju će biti razmotrena odgovornost notara za njegove pomoćnike i sve uposlene u notarskom uredu, te za njegovog zamjenika (4).

2. Vrste odštetne odgovornosti i odgovornost notara

Odgovornosti notara zakoni o notarima u BiH posvećuju samo jednu zakonsku odredbu predviđajući da je notar odgovoran naknaditi štetu²² koju je drugom prouzrokovao povredom svoje službene dužnosti i da se ta odgovornost ravna prema općim pravilima odgovornosti, a ona su sadržana u Zakonu o obligacionim odnosima (dalje ZOO)²³.

Kao jedno od općih načela obligacionog prava propisano je načelo zabrane prouzrokovanja štete: svako je dužan da se uzdrži od postupaka kojima može drugom prouzrokovati štetu²⁴, pa tako i notar. Kao sankcija za povredu ovog načela propisana je obaveza štetnika da štetu naknadi, ukoliko ne postoje eksculpirajući razlozi koji variraju zavisno o tome da li se radi o deliktnoj²⁵ ili ugovornoj odgovornosti²⁶, objektivnoj²⁷ ili subjektivnoj odgovornosti²⁸. Takođe opće je načelo obligacionog prava kojim je predviđeno kako se ponašaju učesnici obligacionih odnosa u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava – oni su dužni da se ponašaju sa pažnjom koja se u prometu zahtjeva za pojedine vrste obligacionih odnosa, a kada su u pitanju subjekti koji izvršavaju svoju profesionalnu djelatnost, dužni su postupati sa povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka)²⁹. Najzad, ZOO predviđa da se određeno lice može osigurati od odgovornosti.³⁰ Utoliko jedino odstupanje od općih pravila obligacionog prava učinjeno u zakonima o notarima u BiH predstavlja propisivanje obaveze osiguranja odgovornosti notara.

Iz rečenog slijedi da bi već iz općih pravila obligacionog prava sadržanih u ZOO slijedila odgovornost notara za štetu prouzrokovanu u obavljanju svoje profesionalne djelatnosti, tako da

²² Ovaj rad se bavi jedino ovom vrstom odgovornosti notara tj. građanskopravnom odgovornosti, pri čemu notar može za istu radnju odgovarati i disciplinski i krivično, ukoliko su ispunjene propisane pretpostavke za te vrste odgovornosti.

²³ Zakon o obligacionim odnosima objavljen je u *Sl. l. SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89, 57/89. Zakon o obligacionim odnosima preuzet je u pravni poredak BiH i primjenjuje se u cijeloj BiH ali po različitim pravnim osnovama. U RS-u je temelj za primjenu ZOO čl. 12 Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske. Osim toga je ZOO u RS-u neznatno mijenjan i dopunjavan (*Sl. gl. RS* 17/93, 74/04). Na teritoriji današnje F BiH važi temeljem čl. 5 Ustava Federacije BiH, prema kome svi zakoni koji su bili na snazi u momentu stupanja na snagu Ustava Federacije BiH ostaju na snazi i dalje se primjenjuju ukoliko nisu u suprotnosti sa tim Ustavom. Inače je ovaj Zakon u pravni poredak Republike BiH preuzet Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, koja je kasnije potvrđena kao zakon, *Sl. l. RBiH* 2/92, 13/93.

²⁴ Ovo je načelo kao jedno od osnovnih načela obligacionog prava predviđeno čl. 16 Zakona o obligacionim odnosima.

²⁵ Čl. 154 st. 1 ZOO, te čl. 159, 161-163 ZOO.

²⁶ Čl. 263 ZOO.

²⁷ Čl. 177 ZOO.

²⁸ Vidi bilj. 25.

²⁹ Čl. 18 st. 2 ZOO.

³⁰ Čl. 940 i 941 ZOO.

je zakonska odredba o odgovornosti notara za štetu prema općim pravilima obligacionog prava mogla bez ikakvih konsekvenci biti izostavljena iz zakona o notarima; njen regulatorni sadržaj ne nudi ništa novo što već nije regulirano Zakonom o obligacionim odnosima. Da odredbe nema, logičnim i sistemskim tumačenjem odredaba ZOO bi se došlo do potpuno istog rezultata. Budući da zakoni o notarima ne sadrže nikakva posebna pravila, kao uostalom ni neki drugi zakon, jedino moguće rješenje i jeste odgovornost prema općim pravilima odgovornosti za štetu. Ipak, obje ove odredbe imaju svoje opravdanje jer zakonski tekst biva potpuniji zaokruživanjem svih aspekata notarske djelatnosti i uspostavljanjem linka prema Zakonu o obligacionim odnosima. Ovdje se stoga ne kritikuje uvrštavanje ovih odredaba u zakone o notarima u BiH, već činjenica da su ove odredbe oskudne, budući da ne daju nikakav putokaz kako primijeniti opća pravila odgovornosti na jedan vrlo specifičan slučaj, kao što je odgovornost notara. U tom smislu zakoni o notarima nisu u pravom smislu *lex specialis* u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima, što se može smatrati propustom zakonodavca. Ovdje je bilo pravo mjesto u zakonu predvidjeti određena specifična pravila za odgovornost notara, kao i za opredijeliti se prema kojoj vrsti odgovornosti se ravna odgovornost notara.

Naime, uputa na opća pravila odgovornosti za štetu³¹ nije dovoljno precizna, jer su opća pravila obligacionog prava o odgovornosti za štetu različita, zavisno o kojoj vrsti odgovornosti se radi. Prvi je propust zakonodavca da se nije opredijelio za vrstu odgovornosti notara, a time i za pravila koja važe za tu vrstu odgovornosti. Kantonalni sud u Zenici, odlučujući po žalbi o zahtjevu za naknadu štete zbog povrede službene dužnosti notara³², argumentirao je da treba primijeniti opća pravila odgovornosti za štetu, pri čemu je sud primijenio opća pravila deliktne subjektivne odgovornosti. Međutim, ovo je pitanje u zakonu potpuno otvoreno, a donoseći odluku sud nije problematizirao ovo pitanje i bez ikakve argumentacije opredijelio se za deliktnu odgovornost notara koja bazira na pretpostavljenoj krivnji (subjektivna odgovornost). Ovdje sud nije postupio pogrešno, ali je postupio „po osjećaju“ da takva vrsta odgovornosti najprije dolazi u obzir. Sud pri tome uopće nije bio svjestan ove neriješene dileme, kao ni činjenice da u doktrini i uporednom pravu ima i drugačijih promišljanja i rješenja.

I u doktrini se konstatira da je ovo pitanje otvoreno.³³ Nažalost čak i autori koji ovo pitanje postavljaju polaze od toga da se i za odgovornost notara traže standardne pretpostavke odgovornosti (protivpravna radnja, šteta, krivica, uzročna veza)³⁴, čime se ti autori automatski opredjeljuju za deliktnu i subjektivnu odgovornost.

Pri tome bi postojali argumenti i u prilog ugovorne odgovornosti³⁵. Pretpostavka ugovorne odgovornosti jeste postojanje ugovora između notara i njegovih stranaka. Međutim, kod odgovornosti notara koji obavlja javnu funkciju, ne treba primarno polaziti od toga da između njega i stranka biva zaključen ugovor o pružanju određene usluge i izvršavanju naloga, kao što je to slučaj sa advokatskom profesijom. Slijedi iz prirode notarske službe, koja notara čini neovisnim zastupnikom obiju stranaka istovremeno, da osnov za vršenje određene službene

³¹ U zakonu neprecizno formulirano kao opća pravila naknade štete.

³² Vidi bilj. 20.

³³ D. Knežić-Popović (bilj. 3), s. 463.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ U francuskom pravu notar može odgovarati i po pravilima deliktne i po pravilima ugovorne odgovornosti, što zavisi od toga da li postoji ugovor sa klijentom. Navedeno prema K. Ivančević (bilj. 6), s. 68.

radnje ne može biti u ugovoru zaključenom sa jednom strankom; u najmanju ruku bi obje strane trebalo smatrati kao jednu jedinstvenu ugovornu stranu.

U prilog tvrdnji da se ne može poći od postojanja ugovora između notara i klijenta, kao što je to npr. slučaj sa advokatom i njegovim klijentima, jeste i pitanje tehnike eventualnog zaključenja ugovora sa notarom. ZOO predviđa da se ugovor između lica koje je ponudilo da vrši naloge za obavljanje određenih poslova, kao i sa licem u čiju poslovnu djelatnost spada vršenje takvih poslova, može zaključiti i njegovim potpuno pasivnim držanjem odnosno njegovom ćutnjom,³⁶ osim ako to lice nije odmah odbilo ponudu (npr. advokat). Citirana odredba nije primjenjiva na notare: oni ne nude svoje usluge, a pri tome ne mogu ni odbiti vršenje službene radnje, osim ako postoje zakonom propisani razlozi. Nadležnom organu, pa i notar, stranke se mogu obratiti za izvršenje određene radnje koja je njihovoj nadležnosti i oni su ovlašteni snagom povjerene im nadležnosti ali i ujedno i obavezni da poduzmu tu radnju, bez da o tome mora biti zaključen ugovor. Ovdje dolazi do izražaja priroda notarske službe kao javne službe. Iz rečenog slijedi da bi se odgovornost notara trebala prosuđivati u pravilu po pravilima deliktne odgovornosti.

Međutim, moglo bi se razmišljati i o kvazi kontraktnoj odgovornosti notara. Iako između notara i stranke ne postoji ugovor, odista nastaje situacija slična onoj koja nastaje na osnovi ugovora o vršenju određenih usluga. O profesionalnoj odgovornosti ima smisla govoriti samo kod profesionalnog vršenja usluga, pri čemu se ne može govoriti o profesionalnoj odgovornosti npr. kod posloводства bez naloga ili stjecanja bez osnova. ZOO potkrepljuje ovaj zaključak, jer u članu 18 propisuje da je učesnik u obligacionim odnosima pri izvršavanju obaveze iz svoje profesionalne djelatnosti dužan ponašati se sa pažnjom dobrog stručnjaka. To bi značilo da pažnju dobrog stručnjaka možemo zahtijevati samo od lica za koga je nastala obaveza vezana za njegovu profesionalnu djelatnost, pri čemu, po prirodi stvari, samo ugovor može biti izvor takve obaveze. U prilog ovoj vrsti odgovornosti govori i jednostavna činjenica da određeni odnos, koji zahtjeva profesionalne vještine, znanje i pažnju postoji između notara i stranke već prije nastanka štete, i neovisno o njenom nastanku. Naime, većina odnosa između notara i klijenta nikada neće dovesti do nastanka obligacionog odnosa prouzrokovanjem štete. Kako obaveze prema klijentu postoje neovisno o tome, to govori u prilog postojanja određenog (kvazi)obligacionog odnosa među njima. Na žalost, ZOO ne sadrži pravila za takvu vrstu odgovornosti.

Postoje situacije u kojima je u obavljanju službene dužnosti notara veoma izražen ugovorni element i gdje odnos postoji samo između notara i jedne stranke. Primjer za takvo što je depozitna funkcija notara, gdje jedna stranka povjerava notar određene vrijednosti, dokumente ili novac na čuvanje. U ovakvoj radnji bi se mogao na prvi pogled vidjeti i ugovor o depozitu. Ipak, na obavljanje depozitne funkcije notara ne primjenjuju se odredbe kojima je reguliran ugovor o ostavi (depozitu), budući da je zakonom precizno uređeno kako notar obavlja depozitnu funkciju.³⁷

Takođe je moguće da testamentom notar bude postavljen za izvršitelja testamenta. Izvršitelj testamenta može biti i svako drugo punoljetno lice koje ne vrši javnu funkciju, temelj ovlaštenja svakog izvršioca testamenta je u testamentu kao pravnom poslu, a prava i obaveze za svakog vršioca testamenta, pa i notara, propisane su u zakonima koji reguliraju nasljedno pravo. U ovom slučaju bi se moglo pledirati za ugovornu odgovornost notara. Ali praktična razlika neće biti

³⁶ Čl. 42 st. 4 ZOO.

³⁷ Čl. 111-114 ZNot F BiH, čl. 107-110 ZNot RS, čl. 85-88 ZNot BD BiH.

značajna: u BiH se krivica pretpostavlja i kod ugovorne i kod deliktne odgovornosti, a s obzirom na stupanj njegovog obrazovanja i stručnosti nije moguće prilikom izvršavanja obaveze zasnovane na temelju pravnog posla od njega tražiti manji stupanj pažnje i blaže procjenjivati standard dobrog stručnjaka, nego prilikom obavljanja službenih radnji.

Ako se na osnovu rečenog „sa pola srca“ opredjeljujemo za deliktnu odgovornost notara, otvara se slijedeće pitanje, a to je da li notar odgovara po principu subjektivne ili objektivne odgovornosti, što zakoni o notarima takođe ne određuju. Protiv objektivne odgovornosti bi govorila činjenica da nisu ispunjeni uvjeti koje ZOO traži za objektivnu odgovornost, a to su opasna stvar i vršenje opasne djelatnosti iz kojih potiče povećana opasnost po okolinu.³⁸ Iako notarsku djelatnost ne možemo *stricto sensu* svrstati u opasnu djelatnost koja je osnov objektivne odgovornosti, ipak možemo konstatovati da je njegov položaj takav da bi mogao izazvati opasnost „po okolinu“ shvaćenu u širokom smislu, ovdje i kao pravno okruženje i pravni promet. Ideja koja stoji iza objektivne odgovornosti za opasne stvari ili djelatnosti je ideja odgovornosti za povećan rizik. Budući da opasne stvari i djelatnosti povećavaju rizik od nastanka štete, teret odgovornosti biva prebačen na onoga ko ima koristi od upotrebe opasnih stvari i vršenja opasnih djelatnosti. Princip je vrlo jednostavan – čija korist toga i rizik.³⁹ Upravo bi ova logika mogla biti primijenjena i na notarsku službu. Na imenovane notare se, nakon što ispune sve propisane uslove, alocira jedan značajan dio pravosudne djelatnosti i istovremeno stvara jedan poseban položaj „na tržištu“. Taj položaj, kada su u pitanju određeni poslovi i radnje, koji mogu biti obavljani samo od strane notara, mnogi često povezuju sa monopolskim položajem, što ne bi bilo ispravno.⁴⁰ Međutim, povjerana im služba, ipak omogućava značajni povlašteni položaj na tržištu i participiranje u značajnim приходima. Pri tome postoje mogućnost da se povredom službene dužnosti ugrozene samo interesi drugih lica veći opći interesi npr. pravna sigurnost koja je jedan od osnovnih ciljeva uvođenja notarske službe.⁴¹ Stoga bi bilo mjesta i za objektivnu odgovornost notara, ali bez izričite zakonske upute, teško da će sudovi ići u tom pravcu.

U uporednom pravu je problem prepoznat i uočljiv je trend pooštrenja odgovornosti notara.⁴² Cijela dilema je ipak ublažena u BiH, budući da je, prihvatanjem sistema pretpostavljene krivice, subjektivna odgovornost općenito pooštrena, a to se onda odražava i na odgovornost notara. Generalno se u obligacionom pravu BiH u izvjesnoj mjeri briše razlika između subjektivne i objektivne odgovornosti, jer se nakon donošenja ZOO odgovara po principu pretpostavljene a ne dokazane krivice. Preneseno na djelatnost notara to će značiti da se presumira da je šteta koju je jedno lice pretrpilo u vezi sa službenom radnjom notara posljedica njegove krivnje, te je teret dokaza da krivnja ne postoji na notaru. Osim toga, njegova odgovornost je pooštrena još po jednom osnovu. Notareva odgovornost je profesionalna odgovornost. Za razliku od situacije prije donošenja ZOO, u aktuelnom obligacionom pravu u BiH pažnja notara, kao stepen krivice, se prosuđuje strožije – kao pažnja dobrog stručnjaka. O tome više pod 3.3.

³⁸ Čl. 154 st. 2 ZOO.

³⁹ O advokatskoj službi kao izvoru opasnosti za klijente i opravdanju pooštrenja odgovornosti vidjeti kod D. Belanić (bilj. 10), s. 264.

⁴⁰ Ch. Seger, *Lex est quod notamus – O uvođenju latinskog notarijata u tranzicijskim zemljama Istočne i Jugoistočne Evrope*, *Nova pravna revija*, Sarajevo, 1-2/2010, s. (19. i dalje) 25.

⁴¹ U ovom smislu i Ch. Zimmermann (bilj. 21), s. 436.

⁴² U tom smislu D. Knežić-Popović (bilj. 3), s. 461.

U tom smislu opća pravila obligacionog prava u BiH o odgovornosti za štetu već sadrže pravila za koja se zalaže trend pooštrenja odgovornosti notara. Ipak, ostaje otvoreno pitanje pravne prirode odgovornosti notara. U doktrini se ističe da je to poseban vid odgovornosti⁴³, ali se ne daju argumenti o kakvoj odgovornosti se radi niti se obrazlažu odlike te posebne odgovornosti.

Na osnovu rečenog, trenutno stanje propisa, a i put kojim je krenula sudska praksa upućuju na deliktnu odgovornost notara, te će u daljim izlaganjima biti analizirane pretpostavke za takvu odgovornost notara.

3. Pretpostavke deliktne odgovornosti

3.1. Štetna radnja - povreda službene dužnosti

Kako notar odgovara za štetu prouzrokovanu vršenjem službene dužnosti štetna radnja može biti samo povreda službene dužnosti. Budući da štetna radnja općenito može biti i aktivna (činjenje) i pasivna (propuštanje, nečinjenje)⁴⁴ i notar može nanijeti štetu kako vršenjem službene dužnosti (npr. izvršena notarska obrada i u ugovor unijete nezakonite klauzule, odata službena tajna), tako i nevršenjem službenih radnji (neutvrđivanje identiteta stranke, nevršenje pouke strankama o rizicima posla itd.). U ovom dijelu rada će se prvo izložiti pitanja definiranja službene radnje (3.1.1), a zatim pitanje povrede službene radnje pasivnim držanjem (3.1.2). Na kraju će biti riječi o tome kako se notar može zaštititi od odgovornosti (3.1.3).

3.1.1. Pojam „službena radnja“ notara

Iz formulacije da notar odgovara za štetu uzrokovanu povredom službene dužnosti zaključuje se da notar odgovara samo za štetu koja nastaje u vezi sa vršenjem službene dužnosti notara odnosno uslijed nepravilnog vršenja ili propuštanja vršenja službene dužnosti. Za svaku drugu štetu koja se takvom ne može kvalificirati notar će odgovarati, ali ne po pravilima profesionalne odgovornosti. Ovo je važno takođe i kod odgovornosti za uposlenike notara (s. 4.) jer i za njih odgovara samo ako je u pitanju šteta nastala „u radu i vezi sa radom“⁴⁵. Stoga je prvo pitanje kod odgovornosti notara utvrditi da li se radilo uopće o službenoj dužnosti, a zatim da li je došlo do njene povrede, što bi predstavljalo štetnu radnju. Zakoni o notarima ne sadrže niti jednu odredbu koja bi mogla precizirati o kakvim povredama službene dužnosti se radi. Neće biti lako uvijek razgraničiti da li je šteta prouzročena povredom službene dužnosti ili ne npr. notar saopći trećima tvrdnje o određenoj osobi, koje je saznao u vezi sa svojom službom, ali koje nemaju nikakve veze sa poslom koji je ta treća osoba poduzela kod notara, ili notar u svom uredu pripremajući poduzimanje službene radnje ili u njenom toku nanese uvredu jednom licu itd.

Prema nekim mišljenjima osiguranje od odgovornosti ne bi pokrivalo radnje i djelovanje koji su zabranjeni notarima, jer se tu ne radi o službenim dužnostima notara pa ni odgovornosti zbog povrede profesionalne dužnosti.⁴⁶ Sa ovim se mišljenjem ne bismo mogli složiti, jer su određene službene dužnosti notara formulirane kao zabrane. Notaru je tako zabranjeno da se bavi

⁴³ Tako npr. K. Ivančević (bilj. 6), s. 68.

⁴⁴ A. Bikić, *Naknada štete*, Sarajevo 2010, s. 21.

⁴⁵ Čl. 171 st. 1 u vezi sa čl. 170 st. 1 ZOO.

⁴⁶ D. Knežić-Popović (bilj. 3), s. 467.

posredovanjem, da u ugovore unosi protuzakonite odredbe, da postupa ako postoje razlozi za njegovu isključenje itd. Sve ove zabranjene, protuzakonite radnje definiraju njegovu profesionalno djelovanje i stranke mogu pretrpjeti štetu upravo zato što je notar bio lično zainteresiran za posao pri kojem je posredovao pa nije upozorio jednu od stranaka na sve rizike, što nije bio nepristrasna strana, jer se nije izuzeo od poduzimanja određene radnje na šta je bio dužan itd. Budući da je odgovornost notara za povredu profesionalne dužnosti pooštrena (pod 3.3), oštećena stranka bi bila čak u gorem položaju kada se postupanje protivno nekoj zabrani ne bi tretiralo kao povreda službene dužnosti. Osim toga isključiti odgovornost za ovakve radnje imalo bi za posljedicu isključenje i obaveze osiguravatelja od odgovornosti da nadoknadi štetu proisteklu iz navedenih radnji, što bi bilo protivno nesmetanom obavljanju notarske službe kao i ciljevima obaveznog osiguranja. U praksi bi bilo često veoma teško razlikovati o kakvom djelovanju notara se radi, što bi vodilo sporovima. Samo ukoliko je protuzakonitim djelovanjem notara koje nema nikakvu vezu sa njegovom profesionalnom djelatnosti nekome nastala šteta, tada notar odgovara po drugim osnovama odgovornosti, a ovakve štete nisu pokrivena osiguranjem od profesionalne odgovornosti.

Povredom službene dužnosti mogla bi se smatrati povreda bilo koje obaveze notara precizno definirane zakonima o notarima ili pravilnicima o obavljanju notarske službe. U tom slučaju takva radnja ima i nesumnjiv karakter protupravnosti, kao jednog uvjeta za građanskopravnu odgovornost (pod 3.2). Niti jedan zakon ne može biti tako precizan i obiman da minuciozno definira svaku radnju, tako da je povredu službene dužnosti uvijek lako utvrditi jer bi to bila direktna posljedica ponašanja protivnog jednoj izričitoj zakonskoj normi. U zakonima o notarima ima opisno i široko postavljenih zahtjeva notarima, i samo prema okolnostima konkretnog slučaja, moći će se utvrditi da li se neko ponašanje, unaprijed nespecificirano u zakonu, može tretirati kao povreda službene dužnosti.

Dobar primjer za ovo su odredbe koje reguliraju postupak notarske obrade. U ovom postupku notar, između ostalog, mora ispitati pravu volju stranaka, objasniti im situaciju, njihove izjave jasno i nedvosmisleno sastaviti, paziti da se isključe zabune, da neiskusne i nevješte stranke ne budu oštećene.⁴⁷ Ova odredba daje samo okvir za postupanje notara, a konkretna obaveza notara će biti različita zavisno od slučaja do slučaja. Ako se za primjer uzme obaveza da neiskusna i nevješta stranka ne bude oštećena, onda je bitno prvo da notar ocijeni pravilno da li je jedna stranka u tom položaju; to će sigurno biti slučaj kada je jedna stranka potrošač, a kao druga ugovorna strana se pojavljuje profesionalac ili trgovac, kao što je npr. banka, investitor i prodavač stanova za tržište itd. i koje ugovor zaključuje u obavljanju profesionalne djelatnosti. Nije unaprijed moguće reći šta sve notar mora u određenom slučaju poduzeti da neiskusna i nevješta stranka ne bude oštećena. To će zavisiti od prirode samog posla i svojstava stranaka. Dokaz da notar nije poduzeo sve kako se to ne bi desilo (i time povrijedio svoju službenu dužnost) traži na drugoj strani suca koji između ostalog, dobro poznaje prirodu notarske djelatnosti kako bi mogao razumjeti koje su sve radnje u konkretnom slučaju bile potrebne da se zaštiti slabija strana: da li je notar identificirao sve rizične situacije, da li je predložio najsigurniji put za obje stranke, a nije se priklonio prijedlogu jače strane, da li je ugovor tako koncipiran da stvara simetrične obaveze stranaka, da li je dopustio da jedna stranka u potpunosti izvrši svoju činidbu bez potrebnog osiguranja od druge strane itd. Ovo posljednje će uvijek biti slučaj kada notar stranke nije upozorio da ne treba platiti činidbu u cijelosti bez da je izvršenje obaveze

⁴⁷ Čl. 80 st. 4 ZNot F BiH, čl. 75 st. 4 ZNot RS, čl. 53 st. 4 ZNot BD BiH.

druge strane osigurano (npr. savjetovao je jednu stranu da ne isplatiti punu kupoprodajnu cijenu odmah po potpisu ugovora, bez prethodne predbilježbe u zemljišnoj knjizi ili deponovanja cijene na povjerenički račun notara).

Sa ovim u vezi se može postaviti pitanje da li odgovornost notara postoji ako je stranku zaštitio na određeni način, a mogao je to učiniti i na drugi, možda efikasniji, način. Tako je npr. notar savjetovao prodavcu da ne dozvoli upis prenosa vlasništva na kupca u zemljišnu knjigu prije nego li ovaj plati cijenu. Savjetovao je stranke da se kupcu izda samo otpravak u izvodu, bez *clausule intabulandi*. Prodavac i kupac zamijene otpравke i kupac dobije potpuni otpravak i podnese zahtjev za upis. Da li bi ovdje imalo mjesta tvrdnji da bi prodavac bio bolje zaštićen da je notar predložio drugi red koraka (predbilježba, isplata cijene, uknjižba) ili barem neizdavanje niti jednog otpравka strankama do potpune isplate cijene? Različite varijante ove hipotetičke situacije su moguće u praksi, i zahtijevaće od suda veliko poznavanje suštine notarske službe, ali i vještinu kod određivanja elemenata odgovornosti (ovdje npr. pitanje adekvatne uzročnosti ili pak konkurirajuće uzročnosti pema članu 206 stav 3 ZOO).

Posebno je pitanje da li se kao povreda službene dužnosti može tretirati savjetovanje stranke nakon kojeg nije uslijedila notarska obrada? U njemačkom pravu se poslovi savjetovanja, koji su poduzeti u okviru nadležnosti notara, smatraju kao vršenje službene dužnosti, pa čak i kada notarska obrada nije ni bila namjeravana.⁴⁸ Za ovakvo tumačenje bi se trebalo zalagati i u našem pravu. Čak ako praksa i ne prihvati ovakvo tumačenje nesumnjivo će u svakom slučaju notar odgovarati po općim pravilima odgovornosti, pa se čini da za samu naknadu štete pitanje nema nekog praktičnog značaja. Ipak, kod pitanja da li je nešto službena radnja ili nije razlika bi mogla postojati kod ocjene stepena krivnje. Naime, u obavljanju svoje profesionalne djelatnosti notar mora postupati sa povećanom pažnjom (pod 3.3). Međutim, nije izvjesno da li ovdje postoji značajna razlika u određivanju stepena krivnje notara, jer je veoma upitno da li se i u jednom postupanju notara koje ima određenu vezu sa njegovom službenom djelatnošću može apstrahirati činjenica da je on profesionalac vrhunске stručnosti; taj se kvalitet neće moći „zaboraviti“ kod bilo koje njegove odgovornosti. Međutim, kvalifikacija radnje notara kao službene radnje ima značajne posljedice u vezi sa obaveznim osiguranjem.

Pod službenim radnjama notara treba razumjeti i radnje koje on obavlja izvršavanjem komesarijalne djelatnosti. Odlukom suda ili drugog organa notaru može biti povjereno vršenje određenih poslova koji su u skladu sa njegovom djelatnošću (popis i pečačenje ostavinske imovine i stečajne mase, procjena i javna prodaja pokretnih stvari i nekretnina u vanparničnom postupku, osobito dobrovoljne prodaje, razdioba prodajne cijene u izvršnom postupku)⁴⁹. U ovim situacijama se radi o vršenju službenih dužnosti, samo njihovo vršenje na notara nije preneseno temeljem zakona već odlukom određenog organa, a na temelju zakonskog ovlaštenja.

Notaru je dozvoljeno da vrši vrlo ograničeni broj sporednih djelatnosti, a među njih spadaju funkcija izvršioca testamenta, staratelja ili druge službe na osnovu odluke organa.⁵⁰ Ukoliko mu je jedna od pomenutih dužnosti povjerena odlukom nadležnog organa, vršenje te djelatnosti treba smatrati vršenjem službene dužnosti. Međutim, za izvršitelja testamenta notar može biti postavljen na osnovu testamenta upravo zato što kao notar uživa nesumnjiv ugled, ali on ovu

⁴⁸ Ch. Zimmermann (bilj. 21), s. 435.

⁴⁹ Čl. 72 ZNot F BiH, čl. 67 ZNot RS, čl. 46 ZNot BD BiH.

⁵⁰ Čl. 56 ZNot F BiH, čl. 51 ZNot RS, čl. 31 ZNot BD BiH.

djelatnost tada vrši na osnovu volje testatora (pravnog posla). U njemačkoj doktrini se u ovoj djelatnosti notara ne vidi njegova službena djelatnost, već odgovornost podčinjena obligacionom pravu.⁵¹ Takvo razlikovanje u našem pravu ne postoji, jer notarsko pravo upravo, kako je izloženo pod 2, a i prethodno u ovom odjeljku, upućuje na opća pravila obligacionog pravca. Dakle, i na ovom mjestu je vidljivo, da bi bilo nužno izgraditi posebna pravila odgovornosti notara, jer se u bosansko-hercegovačkom pravu briše razlika između odgovornosti notara kao nositelja javne službe i odgovornosti notara kao jednog subjekta građanskog prava. Ipak, iako notar odgovara uvijek po istim pravilima, razlika postoji u tome što obavezno osiguranje od odgovornosti pokriva samo štetu nastalu vršenjem službene djelatnosti.

Praksa, a i doktrina, će u jednom dugom procesu morati identificirati pojedine povrede službene dužnosti. Interesantan je ovdje primjer njemačkog prava, gdje je službena obaveza notara proširena na poznavanje judikature i stručne literature, za šta se treba zalagati i u BiH.⁵² U principu se ova obaveza može izvesti iz općeg načela obligacionog prava da učesnik u obligacionom odnosu u izvršavanju svoje profesionalne djelatnosti mora postupati povećanom pažnjom tj. pažnjom dobrog stručnjaka, a što pretpostavlja i pažnju prema svojoj edukaciji i informiranosti, kao i iz odredaba zakona o notarima koji propisuju obavezu kontinuirane edukacije⁵³.

3.1.2. Povreda službene dužnosti pasivnim ponašanjem

Poseban vid nevršenja službene dužnosti jeste odbijanje notara da poduzme štetnu radnju. Naime, notar kao nosilac javne funkcije nije slobodan odbiti preduzimanje službene radnje⁵⁴, osim ako se od njega traži poduzimanje radnje van okvira nadležnosti notara (vidjeti pod 3.1.2.1) ili se njegovo sudjelovanje traži radi postizanja očigledno nedozvoljenog ili nečasnog cilja⁵⁵ (vidjeti 3.1.2.2) ili postoje razlozi za izuzeće notara (3.1.2.3).⁵⁶

3.1.2.1. Radnje van okvira nadležnosti notara

Ovakve radnje notar može poduzeti ako nisu suprotne sa njegovom službenom dužnosti i ako ne spadaju u krug sporednih djelatnosti koje su mu zabranjene. Budući da je granica vrlo fluidna a zabranama pokriven značajan dio dodatnih aktivnosti, notar u prihvatanju vršenja ovakve radnje treba biti veoma oprezan. Ukoliko odbije njeno vršenje i bude tužen za štetu notar će u konkretnom slučaju prigovorom dokazivati da određena radnja nije bila službena radnja notara, na čije poduzimanje je bio obavezan.

⁵¹ Za samo građansku odgovornost notara u ovom slučaju Ch. Zimmermann (bilj. 41), s. 439.

⁵² *Beck'sches Notarhandbuch*, München 2006, s. 1167, Rdnr. 1.

⁵³ Čl. 32 st. 1 tač. 7 ZNot F BiH, čl. 26 st. 1 tač. 7 ZNot RS, čl. 11 st. 1 tač. 7 ZNot BD BiH.

⁵⁴ Čl. 51 ZNot F BiH, čl. 45 ZNot RS, čl. 30 ZNot BD BiH.

⁵⁵ Čl. 53 ZNot F BiH, čl. 48 ZNot RS, čl. 32 ZNot BD BiH.

⁵⁶ Čl. 52 ZNot F BiH, čl. 46 ZNot RS, čl. 31 ZNot BD BiH.

3.1.2.2. Odbijanje poduzimanja radnje koja ima očigledno nedozvoljen ili nečasni cilj

Zakonska odredba je neprecizna, jer bi upućivala na odbijanje radnje koja samo cilja na nešto nedozvoljeno ili nečasno, pa bi jezičkim tumačenjem odlučujući faktor za odbijanje radnje bila namjera stranaka, a ne objektivna svojstva same radnje. Notar često neće moći suditi o cilju stranaka, ali će biti siguran da je određena radnja nedozvoljena (jer je prema definiciji ZOO protivna ustavom utvrđenim načelima, kogentnim normama i moralu društva; ovo posljednje bi moglo biti i sinonim i za nečastnu radnju). Naravno, u određenim slučajevima može imati saznanja i o nedozvoljenom i nečasnom cilju pri čemu sama radnja nije takva: npr. stranka prodaje određenu nekretninu, ali notar ima saznanje da to čini u cilju izigravanja povjerenika, ili se radi o dvostrukoj prodaji već prodane nekretnine, čime bi bio povrijeđen prvi kupoprodajni ugovor ili stranke ugovor prikazuju kao poklon, da bi izbjegle ponuditi nosioca prava preče kupovine itd. Navedene radnje nisu po sebi nedozvoljene ili nečasne (prodaja, poklon) ali jeste njihov cilj. U oba slučaja (radnja nedozvoljena ili nečasna ili je cilj radnje takav) je notar dužan odbiti poduzimanje službene radnje, a u postupku za naknadu štete će to dokazivati i time osporavati postojanje štetne radnje i njenu protivpravnost.

Kada je u pitanju odbijanje poduzimanja službene radnje, jer je notar smatrao da ona ide za postizanjem nedozvoljenog ili nečasnog cilja, teret dokaza bi, prema općim pravilima, bio na oštećenoj stranci koja će morati dokazati da radnja nije imala nedozvoljen ili nečastan cilj i da odbijanje nije bilo opravdano. Međutim ispravnije bi bilo da notar dokazuje pozitivne činejnice (da je radnja imala nečastan i nedopušten cilj i da je odbijanje bilo opravdano). Ovakav raspored tereta dokaza bio bi logična posljedica obaveze na poduzimanje službene radnje (pravilo) koja se može odbiti samo u zakonom definiranim slučajevima (izuzetak). Na ovom mjestu je vidljivo da opća pravila odgovornosti primijenjena na notara ne znače optimalnu zaštitu stranaka.

3.1.2.3. Odbijanje službene radnje zbog razloga za izuzeće

Notar ne smije poduzeti službenu radnju ni kada postoje uslovi za njegovo izuzeće. Kada su u pitanju razlozi za izuzeće o kojima je odlučio nadležni organ⁵⁷ takva je odluka dovoljan dokaz da notar nije ni smio poduzeti određenu službenu radnju. Međutim, sama zakonska odredba, identična u sva tri zakona o notarima, koja uređuje izuzeće notara nije sasvim nedvosmislena, ali se može tumačiti tako da nadležni organ ne mora uvijek odlučiti o izuzeću notara.⁵⁸ U skladu sa pravilima upravnog postupka o izuzeću službenog lica koji se ovdje primjenjuju⁵⁹ ima razloga za stav da se notar, kao i službeno lice u upravnom postupku, u slučaju sumnje da postoje razlozi mora izuzeti i odbiti poduzimanje službene radnje. Sigurno će u nizu slučajeva stranke to prihvatiti i zatražiti uslugu od drugog notara i bez odluke nadležnog organa. Međutim, notar ne može biti siguran da se do momenta pružanja usluga drugog notara neće desiti određene okolnosti koje će stranci nanijeti štetu, do čega ne bi došlo da je notar poduzeo službenu radnju (npr. prilika za povoljnu kupovinu nekretnine nije iskorištena, jer je u međuvremenu prodavac nekretninu prodao drugome). Ako takva stranka podigne tužbu moraće dokazivati da su postojali razlozi za izuzeće. Stoga bi za notara bilo povoljnije da u svakom slučaju dobije odluku

⁵⁷ U F BiH je to rukovodilac kantonalnog organa za upravu, u RS-u ministar pravde, a u BD-u predsjednik Pravosudne komisije.

⁵⁸ Više o tome M. Povlakić, *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009, s. 95.

⁵⁹ Čl. 52 st. 1 ZNot F BiH, čl. 46 st. 1 ZNot RS, čl. 31 st. 1 ZNot BD BiH.

nadležnog organa o svom izuzeću. Takvo bi, međutim, postupanje opteretilo nadležne organe, a štetni događaj bi se mogao desiti do donošenja odluke nadležnog organa. Ako do postupka za naknadu štete dođe, jer je nadležni organ utvrdio da razlozi za izuzeće u konkretnom slučaju nisu postojali, dok je notar, do njegove odluke odbio poduzimanje radnje, smatramo da za sud to ne bi automatski značilo da postoji povreda službene dužnosti i, uz ispunjenje ostalih uvjeta, obaveza notara na naknadu štete. Naime, notar je prema zakonskim odredbama u slučaju sumnje da postoje razlozi za izuzeće dužan da odbije poduzimanje službene radnje. Stoga će ovdje biti presudno za obavezu naknade štete, kako ocijeniti stepen krivnje notara: namjerno odbijanje (bez ikakvih valjanih razloga ili bi se odbijanje moglo pripisati običnoj nepažnji (a ona će postojati kada notar nije pravilno procijenio postojanje razloga za izuzeće.

Ovdje će biti osnovno pitanje da li je ta sumnja bila opravdana i to je prigovor kojim se može braniti notar; ako je ona služila samo kao paravan da se neželjena radnja i stranka odbiju, postojaće notareva odgovornost, ali to sigurno neće biti lako dokazati. Neizvjesnost i pitanje opravdanosti sumnje može međutim postojati samo kada su u pitanju određeni razlozi za izuzeće u skladu sa propisima upravnog postupka. Npr. ako je u pitanju srodstvo sa strankom ili njenim zastupnikom to su objektivizirane činjenice, koja bi notar stranci trebao saopćiti, obrazložiti i sačiniti službenu zabilješku o tome. U pravilu će biti sporna situacija u kojoj notar može, kao i službeno lice u upravnom postupku, odbiti službenu radnju ako smatra da postoje drugi razlozi za izuzeće (npr. između jedne stranke u postupku i notara teče spor ili je vođen spor po nekom osnovu a u vezi službene radnje notara, notar i stranka imaju spor ili sukob o nekom pitanju izvan nadležnosti notara, ali koje bi moglo ugroziti ili dovesti u pitanje nepristrasnost notara, sa jednom strankom ili njoj bliskim licima je notar u posebno bliskim odnosima kao što su prijatelj, zaručnik itd.). Ovi razlozi za izuzeće, postavljeni kao pravni standard, mogu biti različito tumačeni i dovesti do toga da jedna stranka smatra da je pretrpjela štetu zato što se notar nije izuzeo, a morao je, te je time radnja notara bila ništava⁶⁰ ili se notar neopravdano izuzeo, pa joj je time nanesena šteta.

3.1.3. Isključenje odgovornosti notara

Jedan od razloga koji govori u prilog deliktne odgovornosti notara je nemogućnost isključenja ili ograničenja odgovornosti notara ugovorom sa strankama. Odgovornost notara za povredu službene dužnosti je imperativna, i mogućnost njenog isključenja nije predviđena. Iako je nemoguće odgovornost notara smanjiti ili ograničiti, notar ipak može poduzeti određene mjere samozaštite.

Budući da pravila o postupku notarske obrade postavljaju samo širok okvir za djelatnost notara u konkretnim slučajevima i veoma široko postavljaju standarde njegovog ponašanja, kako je gore na nekoliko primjera pokazano, u praksi se mogu otvoriti pitanja da li su postupci notara bili sa njima u skladu, odnosno da li postoji povreda službene dužnosti pa time i odgovornost notara. U nizu situacija će efikasan način da se notar u eventualnom docnijem postupku za naknadu štete zaštiti od prigovora povrede službene dužnosti prilikom notarske obrade biti pouke koje daje strankama o posljedicama pojedinih ugovornih odredaba ili koraka za provedbu ugovora, a koje pri tome precizno navede u samom tekstu notarski obrađene isprave.

⁶⁰ Čl. 52 st. 4 ZNot F BiH, čl. 46 st. 4 ZNot RS, čl. 31 st. 4 ZNot BD BiH.

Po samom zakonu je notar dužan poučiti stranke o pravnim posljedicama posla, a o one mogu biti u svakom konkretnom slučaju različite. Može se postaviti pitanje da li je dovoljna jedna uopćena formulacija o tome da je notar strankama objasnio posljedice i rizike posla koji poduzimaju ili je svaku pouku potrebno posebno specifikirati i unijeti u notarski obrađenu ispravu? Svojim potpisom stranke potvrđuju da ih je notar poučio o određenim pravnim posljedicama, da su one na njih pristale. Notarski obrađena isprava kao javna isprava u parničnom postupku se smatra i autentičnom i istinitom i ima punu dokaznu snagu javne isprave o izjavama datim pred notarom⁶¹; protudokaz upravljen na to da određene pouke nije bilo ili ne u određenom obimu je ovdje težak ali ne i nemoguć.

Pitanje unošenja u notarski obrađeni akt pouka koje notar daje strankama iznimno je važno upravo u vezi sa eventualnim docnijim postupcima za naknadu štete. Tako u Njemačkoj postoje procjene da najmanje jedna četvrtina slučajeva odgovornosti notara za štetu bazira na ovom osnovu.⁶² Notar je dužan dati pouke strankama⁶³ i ako to ne uradi čini povredu službene dužnosti. Međutim, od toga treba odvojiti pitanje da li je notar dužan date pouke unijeti u notarski obrađenu ispravu?

Unošenje određenih pouka je obavezno kada to zakon izričito propisuje. U pravu u BiH to su pouke o posljedicama nejasnih, nerazgovjetnih, dvosmislenih izjava⁶⁴, pouka o pravu zahtijevati pismeni prevod kao i njegovo prilaganje uz izvornik⁶⁵, pouka vezana za čitanje izvornika i priloga.⁶⁶ U njemačkom se pravu pretpostavlja da je notar dao pouke i kad nisu unesene u ispravu, aliu tom slučaju teret dokaza prelazi na notara.⁶⁷ Za pravo BiH odnosno za sigurnost notara i stranaka, kao i zbog principa pretpostavljene krivice, preporučuje se unošenje i svih drugih pouka koje je notar dao u konkretnom slučaju, budući da još nije izvjesno kako bi sud tumačio na kome leži teret dokaza. Stranka koja nije poučena može dokazati uzročnu vezu između izostanka pouke i štetne posljedice. Navođenja pouka u samom ugovoru na odgovarajućem mjestu ili u jednom poglavlju ugovora je bitno u svrhu dokaza i određivanja tereta dokaza. Ako je određena pouka unesena, bliže opisana u ugovoru koji je notarski obrađen, protudokaz treba ponuditi stranka koja tvrdi suprotno. I, kako je gore rečeno, protudokaz protiv javne isprave, koji je stranka odobrila i svojeručno potpisala je veoma težak.

Unošenjem pouke u ugovor se dokazuje samo da je pouka izvršena, ali ne i da je bila adekvatna. Naime, upitno je da li bi notar bio ekskulpiran ako samo pouči stranku o tome da je ugovor ili pojedine odredbe štetni za nju, a docnije se ispostavi da je ugovor poništen zbog prekomjernog oštećenja, prikrate vjerovnika ili čak zato što je zelenaški ugovor. Ovdje bi notar sigurno bolje postupio da je odbio obaviti službenu radnju jer se njome postiže očigledno nedopušten ili nečastan cilj. Isti je slučaj ako bi pouka notara bila samo formalna kao npr. u situaciji kada notar daje preciznu pouku o tome da je određena odredba ugovora za stranku štetna, a stranka u konkretnom slučaju nema izbora i njena je sloboda volje samo formalna (npr. ugovor između

⁶¹ Čl. 4. st. 4 ZNot F BiH, ZNot RS, ZNot BD BiH.

⁶² *Beck'sches Norahandbuch* (bilj. 52), s. 1450, Rdnr. 63.

⁶³ Čl. 81 ZNot F BiH, čl. 76 ZNot RS, čl. 55 ZNot BD BiH.

⁶⁴ Čl. 81 st. 2 ZNot F BiH, čl. 76 st. 2 ZNot RS, čl. 55 st. 2 ZNot BD BiH.

⁶⁵ Čl. 89 st. 6 ZNot F BiH, čl. 84 st. 6 ZNot RS, čl. 63 ZNot BD BiH.

⁶⁶ Čl. 80 st. 3 i 4 ZNot F BiH, čl. 75 st. 3 i 4 ZNot RS, čl. 54 st. 3 i 4 ZNot BD BiH.

⁶⁷ *Beck'sches Norahandbuch* (bilj. 52), s. 1452, Rdnr. 68.

slabije strane i moćne banke ili investitora gradnje)⁶⁸. Ovdje bi se moglo postaviti pitanje da li je notar adekvatno zaštitio slabiju stranku, što mu je takođe službena dužnost.

3.1.4. Međuzaključak

Iz rečenog slijedi da na prvi pogled „bezazleno“ pitanje šta predstavlja štetnu radnju odnosno povredu službene dužnosti ima dvije veoma važne konsekvence kada je u pitanju naknada štete. Ako je u pitanju izvršavanje ove profesionalne radnje, onda se od notara traži veći standard pažnje, čime oštećeni ima bolji položaj u procesu. Takođe od kvalifikacije određene radnje kao povrede službene dužnosti zavisi i pokrivanje štete od strana osiguravatelja. Za štete koje je jedno lice imenovano za notara uzrokovalo na drugi način ono će takođe odgovarati, ali one nisu obuhvaćene profesionalnom odgovornošću niti obaveznim osiguranjem.

3.2. Protivpravnost

Ovo je pitanje usko povezano sa prethodnim – ako se utvrdi da je u pitanju povreda službene dužnosti, onda je takva radnja samim tim i protivpravna. ZOO inače ovaj uslov odštete odgovornosti ne predviđa izričito, pri čemu u literaturi nema spora o tome da je protivpravnost nužna pretpostavka deliktne subjektivne odgovornosti i po ovom osnovu odgovornosti se za dopuštene radnje ne odgovara. Protivpravnost kao pretpostavka deliktne odgovornosti posredno proizilazi iz ZOO koji nanošenje štete drugome zabranjuje⁶⁹, a predviđa situacije u kojima je nanošenje štete dozvoljeno i ne povlači odgovornost (nužna odbrana, stanje nužde, dopuštena samopomoć itd.).⁷⁰

Protivpravnost sigurno postoji kada je notar neku radnju poduzeo protivno zakonu, pravilniku o radu notara ili eventualno drugim propisima ili je nije poduzeo, a bio je na to obavezan prema navedenim propisima (npr. nepoštovanje pravila o obavezi i načinu utvrđivanja identiteta stranaka, svjedoka i drugih involviranih lica, propuštanje obaveze pouke, prepuštanje službenih radnji zaposlenicima u notarijatu koje su u isključivoj nadležnosti samog notara, propuštanje da se utvrdi ovlaštenje na zastupanje, povreda obaveze kod depozitne funkcije, nepoštovanja pravila o vođenju povjereničkog konta za druge osobe, neuključivanje tumača ili svjedoka kada to zakon traži, odavanje službene tajne itd.). Vidjeti o tome pod 3.1.

⁶⁸ Notar u okviru poduzimanja službene radnje mora ostati neutralni treći. Ne smije se vezati za određenu banku ili investitora koji iz različitih razloga (stručnost notara, položaj ureda i sl.) višekratno biraju istog notara. To bi moglo smanjiti razinu opreza notara i dovesti do toga da jedna (i to upravo slabija strana) ispuni činidbu u cjelosti, a da je notar nije upozorio na rizike. U praksi u BiH još nije bilo ekstremnih slučajeva da investitor i graditelj stanova ne ispuni svoju obavezu i ne izgradi stan i ne prenese vlasništvo na kupca; u okolnostima sve veće krize u BiH mogu se očekivati stečajni investitora, što je već bio slučaj sa Slovenijom i Hrvatskom. Ali već su se događale situacije da je kupac platio cijenu, a investitor izgradio stanove bez ili mimo građevinske dozvole, tako da nije bilo osigurano spajanje na vodovodnu ili električnu mrežu. Ili da notar nije osigurao da investitor novac dat za kupovinu stana isplati svojoj banci na ime isplate svog kredita, tako da je kupac stekao stvar u vlasništvo, ali opterećenu globalnim finansiranjem investitora/gaditelja. Ovakve situacije su potpuno jasni slučajevi odgovornosti notara zbog povrede postupka notarske obrade koji nalaže zaštitu slabije stranke.

⁶⁹ Čl. 16 ZOO.

⁷⁰ A. Bikić (bilj. 44), s. 17.

U doktrini se postavlja pitanje, više teoretskog karaktera, da li je svaka povreda službene dužnosti istovremeno i protivpravna.⁷¹ Svaka povreda službene dužnosti je protivpravna, te će u svemu biti odlučujuće konstatovati šta je u konkretnom slučaju bila službena dužnost notara. Zato ovdje upućujemo na detaljnija izlaganja pod 3.1; pitanja službene radnje i njene povrede kao protivpravne radnje veoma su usko povezana.

Prema općim pravilima odgovornosti za štetu protivpravnost će morati dokazati oštećeni tj. tužilac. I na ovom mjestu se ukazuje da bi prema prirodi notareve odgovornosti obrnut teret dokaza koji bi ležao na notaru bio primjereniji. Notar koji je tužen za naknadu štete će se braniti prigovorom da se određeno postupanje nije kosilo sa propisanim obavezama ili da je nepostupanje dozvoljeno.

Neće svaka povreda službene dužnosti biti razlogom građanske odgovornosti notara; ona će nesumnjivo predstavljati povredu normi objektivnog prava, i može imati za posljedicu disciplinsku ili krivičnu odgovornost, ali za odgovornost notara za štetu neophodna je i povreda nečijeg subjektivnog prava ili interesa, odnosno nastanak štete.⁷²

3.3. Krivica

Opća pravila odgovornosti po osnovu krivice sadržana u ZOO polaze od principa pretpostavljene, a ne dokazane krivice.⁷³ Time se poboljšava položaj oštećenog lica. Po ovom pitanju nema razlike između deliktne i ugovorne odgovornosti u pravu BiH, a položaj štetnika kod deliktne odgovornosti nije dijametralno suprotan ni položaju štetnika kod objektivne odgovornosti. Kod objektivne odgovornosti se krivica štetnika naravno ne traži, ali mu se omogućava da dokazuje ekskulpirajuće uzroke.⁷⁴ Sigurno da takav stav zakonodavca slijedi iz temeljnog načela zabrane prouzrokovanja štete i obaveze naknade štete. Moglo bi se reći da time BiH slijedi trend pooštrenja i profesionalne odgovornosti notara, ali pri tome ne treba gubiti iz vida da se radi o općem pravilu koje nije kreirano posebno za profesionalnu odgovornost općenito, pa ni za profesionalnu odgovornost notara.

U pravu BiH se odgovara za svaku nepažnju, grubu (*culpa lata*) i običnu (*culpa levis*), a razlika je u teretu dokaza. Teret dokazivanja leži na štetniku, konkretno na notaru, a ne na oštećenom licu.⁷⁵ Na notaru će ležati teret dokaza da nije kriv za povredu službene dužnosti. Prema ZOO svaki štetnik, a tako i notar, mora dokazati da šteta nije pruzrokovana namjerno niti iz grube nepažnje. Kako je rečeno svaki štetnik odgovara za namjeru, grubu nepažnju i za običnu nepažnju, ali on ne mora dokazivati da je pristupio sa uobičajenom pažnjom, već samo da nije postupao namjerno ili sa grubom nepažnjom.

Ako zamislimo idealni tipus notara, to bi značio da se uopće i ne pretpostavlja da notar namjerno može pogrešno vršiti službene radnje ili ih namjerno, bez opravdanog razloga, ne vrši. U praksi će se ipak sigurno češće postavljati pitanje da li je notar nešto previdio, tj. da li je bio nepažljiv i

⁷¹ D. Knežić-Popović (bilj. 3), s. 463.

⁷² U tom smislu i A. Bikić (bilj. 44), s. 16.

⁷³ „Ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice“ – čl. 154 st. 1 ZOO.

⁷⁴ Čl. 177 ZOO.

⁷⁵ Neki autori zanemaruju ovu činjenicu pa polaze od obrnute pretpostavke, a to je da oštećeno lice mora dokazati štetu, što je u suprotnosti sa ZOO. Tako K. Ivančević (bilj. 6), s. 68.

to grubo nepažljiv. Budući da se radi o povredi službene dužnosti koju obavlja profesionalac vrhunskih profesionalnih kvaliteta, od notara se mora tražiti da postupa sa povećanom pažnjom, tako da će se njegova pažnja ili nepažnja nužno mjeriti strožijim mjerilima. Kada je u pitanju odgovornost notara može se postaviti pitanje da li uopće može postojati obična nepažnja, ili je svaka nepažnja stručnjaka tako visokih profesionalnih kvaliteta kao što je notar – gruba nepažnja? Smatramo da će veoma teško biti razgraničiti grubu od obične nepažnje notara, i da nije opravdano u slučaju odgovornosti notara teret dokaza uvjetovati vrstom nepažnje; teret dokaza bi trebao biti uvijek na strani notara, ali to primjena općih pravila za odštetnu odgovornost ne dozvoljava.

U uporednom pravu je takođe uočljiva tendencija ka pretpostavljenoj krivici notara.⁷⁶ Ima mišljenja da bi krivicu uopće trebalo izostaviti kod ovakve vrste odgovornosti, i da bi bilo dovoljno da stranka dokaže pretrpljenu štetu i vezu sa radnjom notara.⁷⁷ Ovo mišljenje je sasvim blisko shvatanju o objektivnoj odgovornosti notara. Za ovakvo šta nema uporišta u našem pozitivnom pravu, što ne znači da *de lege ferenda* ne bi trebalo razmišljati u ovom pravcu. I ovakva mišljenja potkrepljuju tezu da odgovornost notara treba procjenjivati po veoma strogim kriterijima, a da opće pravila odštetne odgovornosti ovdje nisu dovoljna.

ZOO, kako je rečeno ne sadrži opće odredbe o profesionalnoj odgovornosti. Ovaj Zakon od lica koje obavlja profesionalnu djelatnost traži pažnju dobrog stručnjaka,⁷⁸ ali to je samo jedno opće načelo. Kako je rečeno pod 2. ovo se načelo po prirodi stvari odnosi na ponašanje profesionalca koji pruža usluge po osnovu ugovora, te je u ovom kontekstu moguće zaboraviti obligacione odnose nastale na drugom osnovu. Međutim, ZOO sasvim sigurno nema izvorno u vidu ponašanje onoga ko profesionalno obavlja javnu službu, pri čemu između njega i lica kome pruža uslugu ne postoji nikakav obligacioni odnos. I ovo ukazuje na to da bi se odnos notara i stranke mogao tretirati kao kvazi ugovorni odnos, što upućuje na kvazi ugovornu odgovornost (pod 2).

Prije donošenja ZOO kod obavljanja profesionalne djelatnosti tražila se pažnja prosječnog stručnjaka, a ZOO je ovu odgovornost pooštrio postavljajući standard dobrog stručnjaka, a ovaj standard važi i za notara. Nasuprot tome u njemačkom pravu se od notara traži pažnjaprosječnog notara.⁷⁹ Unjemačkoj sudskoj praksi postoji veliki broj judikata koji se odnose na odgovornost notara te su izgrađeni standardi nepažnje – polazi se od shvatanja obaveza prosječnog notara u situaciji u kojoj se prosječni notar nalazio u momentu kada je počinio povredu službene dužnosti⁸⁰. Sudska praksa u BiH će morati izgraditi standarde ponašanja dobrog notara u određenoj situaciji, a to znači da će od notara tražiti maksimum pažnje strogo procjenjivati uvjete njegove odgovornosti. U uporednom pravu takav se zahtjev često postavlja, što ima za posljedicu prigovor da se od notara ne može tražiti da bude pravni supermen.⁸¹ S obzirom na nadležnosti i položaj na tržištu i rizike koji bi nastali nepravilnim vršenjem službenih radnji,

⁷⁶ D. Knežić-Popović (bilj. 3), s. 464.

⁷⁷ N. Šarkić, *Odgovornost javnih beležnika – notara*, Aktuelni problemi naknade štete i osiguranja, Budva 2004, s. 41 navedeno prema K. Ivančević (bilj. 6), s. 69.

⁷⁸ Čl. 18 st. 2 ZOO.

⁷⁹ Takav je slučaj sa profesionalnom odgovornosti općenito i u nekim drugim zemljama. Vidjeti kod K. Ivančević, (bilj. 6), s. 68.

⁸⁰ *Beck'sche Notarhandbuch* (bilj. 52), s. 1171, Rdnr. 17 i dalje.

⁸¹ R. de Valkeneer, *Précis du notariat*, deuxième édition, Bruxelles 2002, s. 260 navedeno prema D. Knežić-Popović (bilj. 3), s. 464.

standard pažnje koji bi trebali u BiH zahtijevati od notara sigurno bi trebao biti blizak baš tom idealu.

Određivanje krivnje prema tipičnom dobrom notaru znači da se njegova pažnja i namjera ocjenjuju *in abstracto* a ne *in concreto*. I u tome se ogleda pooštrenje odgovornosti notara. Prema ovakvom načinu određivanje pažnje nije moguće uzeti u obzir individualna svojstva pojedinog notara, i sljedstveno u konkretnom slučaju od njega tražiti manji stepen pažnje.

3.4. Uzročna veza

Između radnje notara koja se kvalificira kao povreda službene dužnosti i štete mora postojati uzročna veza. Nema posebnih specifičnosti u pogledu utvrđivanja uzročne veze u odnosu na opća pravila odgovornosti, ali to ne mijenja ništa na činjenici da je pitanje uzročne veze jedno od najkomplicovanijih pitanja odštetnog odnosno obligacionog prava.⁸² Uzročna veza između radnje notara i štetne posljedice mora biti dokazana od strane oštećenog lica. I ovdje bi se moglo razmišljati da li bi bilo adekvatnije na notara prebaciti teret dokaza i uvesti oborivu pretpostavku da šteta potiče od radnje notara, ako je povezana sa vršenjem službene dužnosti. Upravo činjenica koja od oštećenog traži ovaj težak dokaz, bitno otežava njegov položaj.

U jednom od dva pomenuta slučaja u kojima su sudovi u Federaciji BiH odlučivali o odgovornosti notara za štetu, Kantonalni sud u Zenici je ispravno argumentirao u vezi sa ovim pitanjem. U konkretnom slučaju tužilac je svoj tužbeni zahtjev bazirao na tvrdnji da je štetna radnja pogrešno utvrđivanje identiteta i povreda člana 82 stav 2 ZNot F BiH, a time i povreda službene dužnosti notara. Međutim, notar je ispravno utvrdio identitet kupca, a ne treće osobe, kojoj je kupac platio cijenu, pri čemu u ugovoru ne postoji obaveza na isplatu cijene toj trećoj osobi. Šteta koja je nastupila za kupca posljedica je činjenice da ispunjenjem pogrešnoj osobi nije prestala njegova obaveza prema prodavcu. Međutim sud je utvrdio da u konkretnom slučaju nedostaje uzročna veza, kao jedna od pretpostavki odgovornosti koje moraju biti kumulativno ispunjene. Kupac je ispunio trećoj osobi, čiji identitet notar odista nije utvrdio, pri čemu nije u ugovoru postojala obaveza ispunjenja toj osobi, a i kupac je znao da ta treće osoba nema punomoć za prijem kupoprodajne cijene. Prema stanovištu drugostepenog suda budući da notar u ugovoru nije pogrešno identificirao prodavca, da time nije doveo kupca u zabludu koji je cijenu isplatio pogrešnoj osobi, nedostaje uzročna veza između radnje notara i nastupjele štete. „Samo u situaciji da je na osnovu predmetnog kupoprodajnog ugovora tuženi kupoprodajnu cijenu isplatio osobi za koju je mislio da je prodavac, a koju je kao prodavca identifikovala tužena, notar, moglo bi se eventualno govoriti o postojanju uzročnosti između postupanja tuženog notara prilikom identificiranja prodavca i štete koju potražuje tužilac, uz ispunjenje svih ostalih uvjeta za odgovornost“.⁸³

Stajalište drugostepenog suda je ispravno. Ispitujući propisane opće pretpostavke za odštetnu odgovornost, utvrdio da ne postoji uzročna veza između štete i radnje notara. Međutim, začuđuje stajalište prvostepenog suda koji je nedostatak pažnje tužitelja stavio na teret notaru. Drugostepeni sud je razmatrao primjenu općih pravila o odgovornosti za štetu na odgovornost notara, što je prvostepeni sud očigledno propustio uraditi. U tom pravcu se odluka donesena po

⁸² Umjesto mnogih A. Bikić (bilj. 44), ss. 29 i dalje.

⁸³ Presuda Kantonalnog suda u Zenici citirana bilj. 20.

žalbi može pozitivno ocijeniti (apstrahirajući pri tome njen loš jezički i pravno-tehnički nivo, kao i relativno skromnu argumentaciju).

3.5. Šteta

U našem obligacionom pravu važi princip potpune naknade štete⁸⁴, tako da, ako izričito nije što drugo propisano zakonom, naknadom će morati biti pokrivena cjelokupna šteta. Budući da nema nikakvih posebnih restrikcija u zakonima o notarima, može se smatrati da je notar dužan naknaditi svaku štetu, imovinsku štetu i to i stvarnu štetu i izmaklu dobit, ali i neimovinsku štetu. Povreda notareve službene dužnosti će sigurno u pravilu biti imovinske prirode; ali ako notar prouzrokuje i neimovinsku štetu, u nedostatku posebnih pravila, bio bi je dužan nadoknaditi kao i svaki drugi štetnik.

Upitno će samo biti da li obavezno osiguranje pokriva i ovu štetu. Ovo se osiguranje u pravilu tretira kao osiguranje imovine.⁸⁵ Koju štetu i u kojem obimu će osiguravajuća društva naknaditi zavisice od općih uvjeta osiguranja od profesionalnih šteta općenito ili općih uvjeta osiguranja notara (ako ih ima) i od konkretnih ugovora zaključenih između osiguravajućeg društva i notara.⁸⁶

Odredbe ZOO ne govore o vrsti štete koju naknadauje osiguranik od obavezne odgovornosti, već samo o njenom obimu; bez obzira na visinu štete osiguranik je obavezan nadoknaditi štetu samo do maksimalno ugovorenog iznosa.

Oštećeni mora dokazati nastupanje štete. Za štetu uzrokovanu vršenjem službene radnje notar odgovara svojom cjelokupnom imovinom. Zbog javnopravnog karaktera njegove službe ova se odgovornost ugovorom ne može ograničiti.⁸⁷

4. Odgovornost za notarskog pomoćnika, zaposlena lica, zamjenika i vršitelja dužnosti notara

Notar odgovara za štetu koju su trećim licima prouzrokovala lica koja su kod njega zaposlena. Zakon ovdje ne donosi nikakve specifičnosti u odnosu na opću normu Zakona o obligacionim odnosima o odgovornosti za zaposlenike (*culpa in eligendo*)⁸⁸. I bez ove izričite odredbe odgovornost notara bi postojala po općim pravilima odgovornosti za zaposlenike. Bolje bi bilo da je zakonodavac ovu odredbu izostavio, budući da je ponovio samo jednu od odredaba ZOO koje se odnose na odgovornost lica koja obavljaju samostalnu djelatnost za štetu koju njihovi zaposlenici prouzrokuju u radu ili u vezi s radom. Stoga se postavlja pitanje da li je donoseći samo jednu odredbu i izdvajajući je iz konteksta opće odgovornosti za drugoga, zakonodavac želio isključiti primjenu onih nekoliko preostalih općih odredaba od odgovornosti za drugoga.

⁸⁴ Čl. 155 ZOO.

⁸⁵ U tom smislu i D. Belanić (bilj. 10), ss. 263, 290; K. Ivančević (bilj. 6), s. 73.

⁸⁶ Zakoni o notarima predviđaju mogućnost da ugovor o obaveznom osiguranju zaključi svaki notar pojedinačno ili preko notarske komore (čl. 59 st. 7 ZNot F BiH, čl. 54 st. 6 ZNot RS, čl. 38 st. 7 ZNot BD BiH). Prema podacima Notarske komore F BiH ova druga mogućnost u ovom entitetu nije korištena.

⁸⁷ Ch. Zimmermann (bilj. 41), s. 437.

⁸⁸ Čl. 170 i 171 ZOO.

Budući da zakoni o notarima ovo pitanje tako šturo i nepotpuno reguliraju, treba pledirati za primjenu općih pravila o odgovornosti u pitanjima koja nisu regulirana ovim posebnim zakonom.

Prije svega odredba ovog stava nije potpuno precizna jer ne ograničava odgovornost notara za uposlenike u njegovom uredu samo na onu štetu koja je nastala u vršenju rada kod notara. Iz odredbe o osiguranju od odgovornosti za štetu koja bi mogla nastati obavljanjem službene dužnosti koja obuhvata i osiguranje zaposlenih u notarskom uredu, kao i iz općih pravila odgovornosti za drugog (u ovom slučaju zaposlenika) na čiju primjenu upućuju zakoni o notarima⁸⁹ nema sumnje da odgovornost postoji samo za štetu prouzrokovanu vršenjem službe i radom odnosno u vezi sa radom kod notara.

U odnosu na sve druge zaposlene u notarskom uredu zakoni o notarima sadrže posebna rješenja kada je riječ o odgovornost i zamjenika notara. Odgovornost zamjenika notara uređena je na drugom mjestu u zakonskom tekstu⁹⁰ te u skladu sa tom odredbom oštećenoj stranci zbog povredu službene dužnosti zamjenika notara, pored zamjenika, odgovara i notar, kao solidarni dužnik. U internom regresnom odnosu između notara i zamjenika notara, obavezan je samo zamjenik notara. Odgovornost za zamjenika notara se razlikuje od odgovornosti za notarskog pomoćnika, stručnog saradnika ili druga zaposlena lica, koja je regulirana općim pravilima ZOO i prema kojoj samo notar odgovara trećima za svoje uposlenike, a od njih se može regresirati ako su postupali namjerno ili sa grubom nepažnjom.

Zamjenik se postavlja notaru u cilju nesmetanog obavljanja službe i zamjenik umjesto notara vrši sve službene radnje. Nesmetano obavljanje službe je u interesu građana, ali i samog notara jer će se za vrijeme njegove odsutnosti ili spriječenosti i dalje vršiti službene radnje od kojih efekti pripadaju notaru. Zbog posebnog položaja zamjenika opravdano je propisan izuzetak prema kome zbog povrede službene dužnosti trećem, odgovaraju solidarno notar i zamjenik notara, što se ne može tvrditi za pravilo o regresnoj odgovornosti, jer u internom odnosu između notara i zamjenika obavezan je samo zamjenik notara. Kada je u pitanju zamjenik notara, pravo regresa notara nije ničim ograničeno, bez obzira na stepen krivice zamjenika, tako da zamjenik odgovora i za običnu nepažnju. Kako ocijeniti ovu razliku u odnosu na odgovornost drugih uposlenika? Moglo bi se argumentirati da se radi o propustu zakonodavca, jer nema razloga da zamjenik notara odgovara po strožim pravilima odgovornosti nego notarski pomoćnik, stručni suradnik ili inače radnici i zaposlenici, pogotovo što zamjenik notara službu vrši na trošak notara, što istovremeno znači i u korist notara. Međutim, budući da za zamjenika može biti postavljan samo drugi notar ili pomoćnik u notarskom uredu, da zamjenik notara potpuno zamjenjuje notara i radi samostalno, ovakva strogost se opravdava njegovim visokim stručnim kvalitetama. Ista će argumentacija biti data niže i za vršitelja dužnosti notara. Odredba je sporna još iz jednog razloga. Čini se da je zamjenik notara uvijek „prepušten sam sebi“. Iako zakoni o notarima o tome ne sadrže izričitu odredbu, isključiva odgovornost zamjenika notara trebala bi da postoji samo u slučaju da i sam notar nije doprinio nastanku štete odnosno da nije kriv za štetu.⁹¹

Zakoni o notarima ne sadrže odredbe o odgovornosti za vršitelja dužnosti notara. I prilikom odgovora na pitanje kako odgovara vršitelj dužnosti notara, treba poći od prirode njegove funkcije. Obično se kaže da zamjenik notara mijenja i zastupa notara, a vršitelj dužnosti jedno

⁸⁹ Čl. 58 st. 2 ZNot F BiH, čl. 53 st. 2 ZNot RS i čl. 37 st. 2 ZNot BD BiH.

⁹⁰ Čl. 47 st. 5 ZNot F BiH, čl. 41 st. 5 ZNot RS, čl. 26 st. 5 ZNot BD BiH.

⁹¹ Tako *Beck'sches Notarhandbuch* (bilj. 52), s. 1172, Nr. 24.

notarsko mjesto. Budući da je odnos notara i zamjenika notara paralelan odnosu notarske komore i vršitelja dužnosti notara, trebalo bi ovu prazninu popuniti analognom primjenom propisa o zamjeniku notara. To bi značilo da prouzrokovanu štetu notarska komora i vršitelj dužnosti notara odgovaraju solidarno.⁹² Analognu primjena ovih pravila morala bi značiti da u internom odnosu odgovara samo vršitelj dužnosti notara. Ovo pravilo, s jedne strane zaslužuju kritiku (vršitelj dužnosti ne djeluje u svom interesu kao notar, već dužnost obavlja na trošak i za račun notarske komore⁹³). Ono se može pravdati samo činjenicom da za vršitelja dužnosti može biti postavljeno samo lice koje je i samo notar ili ispunjava uvjete za notara⁹⁴, što upućuje na stroge zahtjeve u pogledu njegove stručnosti.

5. Zaključak

Kod odgovora na pitanje kako notari odgovaraju za štetu nastalu povredom službene dužnosti neminovno bi bilo poći od specifične pravne prirode ove profesije, što bi opet vodilo zaključku da se radi o *sui generis* odgovornosti. Prenošnje javnih ovlaštenja sa države na notarsku profesiju daje pečat odgovornosti notara za štetu počinjenu vršenjem profesionalne djelatnosti.⁹⁵ U doktrini se smatra da je upravo zbog ovog pečata javne funkcije profesionalna odgovornost notara specifična o odnosu na odgovornost drugih profesija.⁹⁶

Čini se ipak da opća pravila odgovornosti na čiju primjenu zakoni o notarima u BiH upućuju, ne potkrepljuju ovakav zaključak. Problem predstavlja činjenica da su odredbe ZOO o profesionalnoj odgovornosti više nego skromne. Osim osnovnog načela obligacionog prava da se u obavljanju profesije traže veći standardni pažnje (pažnje dobrog stručnjaka), nema posebnih odredaba o ovoj vrsti odgovornosti, a odgovornost za štetu koju radnici kod lica koje samostalno obavljaju djelatnost prouzrokuju trećima u radu ili u vezi sa radom, regulirana je takođe samo sa dvije zakonske odredbe.⁹⁷ Iz upute na opća pravila odgovornostibi se osim toga mogao izvesti zaključak da zakonodavac ne želi predvidjeti nikakav poseban režim za odgovornost notara. Upravo takav stav zakonodavca može stvoriti probleme.

Analizirajući pretpostavke odštetne odgovornosti notara konstatirano je na nizu mjesta da opća pravila ili nisu dovoljna ili ih je teško prilagoditi ovom specifičnom vidu odgovornosti. To može izazvati probleme, bilo da oštećena lica ne dobiju adekvatnu naknadu, bilo što vodi dodatnom opterećenju sudova, da bez čvrstog putokaza u zakonu procjenjuju elemente odgovornosti notara. Oštećena stranka će biti konfrontirana sa težinom tereta dokaza (povreda službene dužnosti,

⁹² U njemačkom pravu izričito propisano da komora i vršitelj dužnosti odgovaraju solidarno za štetu prouzrokovanu trećim licima - § 61 I 2 BNotO. U tom smislu takođe *Beck'sches Notarhandbuch* (bilj. 52), s. 1172, Rdnr. 27.

⁹³ Čl. 36 st. 6 ZNot F BiH, čl. 30 st. 6 ZNot RS, čl. 15 st. 6 ZNot BD BiH.

⁹⁴ Čl. 36 st. 1 ZNot F BiH, čl. 30 st. 1 ZNot RS, čl. 15 st. 1 ZNot BD BiH.

⁹⁵ U tom smislu D. Knežić-Popović (bilj. 3), s. 460.

⁹⁶ D. Knežić-Popović (bilj. 3), ss. 460, 461; K. Ivančević (bilj. 6), s. 68.

⁹⁷ Čl. 171 ZOO. Ova odredba pri tome upućuje na odredbu koja je izvorno regulirala odgovornost organizacija udruženog rada za štetu koju prouzrokuju njihovi radnici (čl. 170 ZOO). Prilikom preuzimanja Zakona o obligacionim odnosima u RS-u učinjene su određene terminološke korekcije, pa se termin organizacija udruženog rada ima tumačiti kao pravno lice ili kao preduzeće (privredno društvo). Vidjeti npr. čl. 3, 10, 11, 14 Zakona o izmjenama i dopunama ZOO, *Sl. gl. RS* 17/93. U F BiH je Zakonom o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima termin „osnovna organizacija udruženog rada“ mijenjana je terminom „preduzeće“ (npr. čl. 5 Zakona o preuzimanju ZOO), što bi prema trenutno važećoj terminologiji u Federaciji BiH bilo privredno/trgovačko društvo.

protivpravnost, uzročna veza, nastupjela šteta), te bi kod ove profesionalne odgovornosti trebalo pledirati za potpun prenos tereta dokazivanja na notara i time olakšati položaj oštećenom licu. Primjenjivači zakona će biti prisiljeni da sami prilagođavaju opće pravila ovom specifičnom slučaju, što može dodatno opteretiti sudove, dovesti do nejedinstvene prakse. Iako su slučajevi o kojima su sudovi u Federaciji BiH od 2007. godine od uspostavljanja notarske službe pa do danas donijeli odluku o odgovornosti notara rijetki, upravo se u tim odlukama navedeni problem jasno očitava. On se može reflektirati i na spremnost osiguravatelja obaveznog osiguranja da naknadi štetu. To sve može imati negativne posljedice i za notarijat i subjekte kojima oni vrše usluge, a što bi se kosilo i sa ciljevima obavezne odgovornosti, koji su istaknuti u uvodu ovog rada.

Poseban tip djelatnosti (notarska djelatnost je privatna profesija kojoj su povjerena javna ovlaštenja) kakav pri tome prvi put postoji u pravu BiH, a pri tome je i jedinstven (u BiH ne postoje druge takve profesije kao u drugim zemljama npr. privatni izvršitelji) zaslužio je i posebna pravila o odgovornosti, prilagođena specifičnostima ove profesije. To važi i za profesionalnu odgovornost uopće – povećavanjem broja profesija koje slobodno pružaju usluge na tržištu u raznim sferama života, porastom broja obaveznih osiguranja koja pokrivaju rizike takvih profesija, nameće već potrebu da se ZOO dopuni detaljnijim odredbama o profesionalnoj odgovornosti.

Zusammenfassung

In Bosnien und Herzegowina sind verschiedene und wichtige Kompetenzen, insbesondere im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare übertragen worden. Diese Kompetenzübertragung wird durch eine freiberufliche Haftung sowie eine Haftpflichtversicherung begleitet.

In einer Situation, in welcher sich die bosnisch-herzegowinische Doktrin mit dieser Frage noch nicht auseinandergesetzt hat, aber bereits erste Haftungsfälle vor den Gerichtshöfen verhandelt werden, stellt sich diese Arbeit der Aufgabe, die Umrisse dieses besonderen Haftungsrechts zu skizzieren. Die gesetzliche Regelung der Notarhaftung ist im bosnisch-herzegowinischen Notarrecht sehr bescheiden. Es wurde lediglich auf allgemeine Regeln des Schuldrechtes hingewiesen. Dort gibt es wiederum keine besonderen Regeln über freiberufliche Haftung.

Die Arbeit geht von der Hypothese aus, dass eine Anpassung der allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechtes auf einen spezifischen Haftungsfall, in dem sich privat- und öffentlichrechtliche Elemente vermischen, nicht unproblematisch ist, und mit einem eventuellen Anstieg der Haftungsfälle die Gerichte zusätzlich belasten kann.

In der Arbeit wurden die Regeln über allgemeine Notarhaftungsvoraussetzungen mit dem Ergebnis analysiert, dass sie weder ausreichend noch auf diesen spezifischen Haftungsfall völlig anwendbar sind. Insbesondere wird die geschädigte Partei durch Beweislast in eine unterlegene Position gebracht. Aus diesem Grund spricht sich diese Arbeit für eine Beweislastumkehr bei freiberuflicher Haftung aus.