

Demirel Delić*

Odluka Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine o neustavnosti Zakona o notarima

Sadržaj

1. Predmet spora – Presuda u predmetu U-15/10
2. Prikaz rješenja Ustavnog suda Republike Srpske za ocjenjivanje ustavnosti člana 68 (istovjetan čl. 73 Zakona o notarima FBiH) Zakona o notarima RS
3. Dopis Notarske komore Federacije BiH uredu Visokog predstavnika
4. Ispitivanje ustavnosti člana 6 stav 2 Zakona o notarima FBiH – test diskriminacije
 - 4.1. Da li navod o diskriminaciji potpada pod jedno od prava iz Ustava FBiH?
 - 4.2. Različito tretiranje
 - 4.2.1. Usporedna grupa
 - 4.2.2. Negativne posljedice
 - 4.2.3. Da li je različito tretiranje zasnovano na jednom od svojstava/statusa oštećene kategorije?
 - 4.3. Postojanje legitimnog javnog interesa/cilja
 - 4.4. Princip adekvatnosti i proporcionalnosti
 - 4.4.1. Adekvatnost mjere
 - 4.4.2. Proporcionalnost
5. Ocjena saglasnosti člana 27 Zakona o notarima FBiH sa Ustavom FBiH
 - 5.1. Da li navod o diskriminaciji potpada pod jedno od prava iz Ustava FBiH?
 - 5.2. Različito tretiranje
 - 5.2.1. Usporedna grupa
 - 5.3. Numerus clausus odredba
6. Neustavnost člana 73 Zakona o notarima FBiH
7. Zaključak

1. Predmet spora – Presuda Ustavnog suda Federacije Bosne i Hercegovine u predmetu U-15/10

Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine (Ustavni sud FBiH), većinom glasova¹, donio je 2. decembra 2015. godine presudu² u predmetu broj U-15/10, po zahtjevu (od 19. aprila 2010.

* Autor je diplomirani pravnik i asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

godine) Potpredsjednice Federacije Bosne i Hercegovine³ za ocjenu ustavnosti člana 6 stav 2⁴, 27⁵, te člana 69 do 73 Zakona o notarima FBiH. Zahtjev za ocjenu ustavnosti, nakon održane javne rasprave⁶ svodio se na tvrdnju da osporeni članovi Zakona o notarima FBiH nisu u skladu sa članom II.A.2 (1.c), d), k) i l) Ustava Federacije Bosne i Hercegovine (Ustav FBiH)⁷, a u vezi sa članom VII.3 Ustava FBiH⁸ i Aneksom na Ustav FBiH⁹. Zahtjev se zasniva na pretpostavci da postoji zakonom propisana/uspostavljena direktna diskriminacija advokata u odnosu na notare, u smislu eliminacije slobodnog disponiranja građana vlastitim pravima i odlučivanja od koga će tražiti pravne usluge. Iz zahtjeva se može zaključiti da se pozivanje na postojanje diskriminacije zasniva na ustavnim odredbama¹⁰. Dalje, tvrdnja o povredi principa zabrane diskriminacije se uobičajenom metodologijom ispitivanja navoda o diskriminaciji u zahtjevu obrazlaže različitim tretiranjem dvije uporedne kategorije. Naime, u zahtjevu se tvrdilo da advokatska i notarska služba predstavljaju uporedne grupe, jer obje predstavljaju javnu službu, koja djeluje u skladu sa najvišim stručnim i profesionalnim standardima, a usmjereni su na pružanje stručne pravne pomoći fizičkim i pravnim licima u ostvarivanju i zaštiti njihovih prava, obaveza i pravnih interesa. Dalje se tvrdilo da je zakonskim tekstom normotvorac, suprotno

¹ Ustavni sud FBiH je odlučivao u sastavu: Domin Malbašić, predsjednik Suda, Sead Bahtijarević, Vesna Budimir, Mirjana Čučković, dr. sc. iur. Šahbaz Džihanović, Aleksandra Martinović, prof. dr. Edin Muminović i dr. sc. Kata Senjak.

² Presuda Ustavnog suda FBiH je objavljena 19. 01. 2016, a strankama dostavljena 11. 04. 2016.

³ Zahtjev za ocjenu ustavnosti je podnijela Spomenka Mičić.

⁴ Čl. 6 Zakona o notarima FBiH (Sl. n. FBiH 45/02) glasi: „Za vrijeme prelaznog perioda od osam godina nakon stupanja na snagu ovog zakona, polaganju notarskog ispita može pristupiti lice, koje je nakon položenog pravosudnog ispita, u smislu čl. 26. st. 4. ovoga zakona, radilo najmanje pet godina na pravnim poslovima, kao i lice koje ispunjava pretpostavke iz st. 2. ovoga čl”. Nakon isteka prelaznog perioda iz st. 1 ovoga člana polaganju notarskog ispita može pristupiti samo lice, koje je najmanje tri godine provelo na radu kao notarski pomoćnik u smislu čl. 42 st. 1 ovoga zakona.

⁵ Čl. 27 Zakona o notarima (bilj. 4) glasi: „Na prijedlog rukovodioca kantonalnog organa uprave nadležnog za poslove uprave i pravosuđa, vlada kantona određuje broj potrebnih notara za područje kantona, kao i njihovo službeno sjedište. Službeno sjedište notara je općina ili grad koje odredi Vlada kantona. Nakon formiranja Notarske komore Federacije Bosne i Hercegovine prilikom određivanja broja notarskih mjesta kao i prilikom utvrđivanja službenih sjedišta pribavlja se mišljenje notarske komore. Broj notara određuje se prema broju stanovnika koji žive na području kantona, pri čemu se po pravilu na 20.000 stanovnika treba otvoriti jedno notarsko mjesto, uzimajući u obzir i godišnji broj isprava koje se notarski obrade. Dvije ili tri općine koje imaju manji broj stanovnika od broja koji je utvrđen u st. 4. ovoga čl, mogu imati jednog notara”.

⁶ Javna rasprava u predmetu je održana 14. 10. 2015, iako je prvobitno zakazana za 21. 12. 2010, ali je iz procesnih razloga odložena na neodređeno vrijeme.

⁷ Čl. II.A.2 Ustava FBiH glasi: „Federacija će osigurati primjenu najvišeg nivoa međunarodno priznatih prava i sloboda utvrđenih u aktima navedenim u Aneksu. Posebno: (1) Sva lica unutar teritorija Federacije uživaju sljedeća prava: c) na jednakost pred zakonom; d) zabranu svake diskriminacije na osnovu rase, boje kože, spola, jezika, vjere ili uvjerenja, političkih i drugih stavova, nacionalnog ili socijalnog porijekla; l) na osnovne slobode: (...) slobodu na rad; (...)”.

⁸ Čl. VII.3 Ustava FBiH glasi: „Međunarodni ugovori i drugi sporazumi koji su na snazi u Federaciji, te opća pravila međunarodnog prava čine dio zakonodavstva Federacije. U slučaju nesaglasnosti međunarodnog ugovora i zakonodavstva, preovladava međunarodni ugovor”.

⁹ Aneks na Ustav FBiH sadrži 22 međunarodnopravna akta koji služe kao instrumenti za zaštitu ljudskih prava, a imaju snagu ustavnih odredbi.

¹⁰ Inkorporisanim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima koji su u normativno-hijerarhijskoj strukturi iznad zakonskih odredaba – Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

evropskom i domaćem konkurencijskom pravu, uspostavio monopolski položaj notara za izuzetno širok krug pravnih poslova i radnji, za čije obavljanje su, prema stavu podnosioca zahtjeva, jednako kompetentni i advokati. Uspostavljanje monopolskog položaja i isključivanje konkurencije znanja, sposobnosti, kvaliteta i cijena u pružanju pravnih usluga ne može se, prema tvrdnjama podnosioca zahtjeva, označiti kao legitiman cilj zakonodavca u smislu javnog interesa. Isticalo se i da odredbe člana 69 do 73 Zakona o notarima FBiH propisuju neopravdano obimnu listu pravnih poslova isključivo rezervisanih za djelovanje notara¹¹. Naročito je akcentiran član 73 Zakona o notarima FBiH koji propisuje pravne poslove za koje je obavezna notarska obrada isprava, u suprotnom pravni poslovi sa ispravama koje nisu notarski obrađene su ništavi. Zahtjevom se, dalje, isticalo da zakonsko rješenje ne ispunjava uvjete adekvatnosti i proporcionalnosti, a koji predstavljaju obavezne kategorije svakog normativnog akta. Na osnovu svega, podnosioci zahtjeva su Ustavnom sudu FBiH predložili da donese presudu kojom bi se utvrdilo da sporni članovi Zakona o notarima FBiH nisu u skladu sa Ustavom FBiH i da danom objavljivanja presude u „Službenim novinama FBiH“ prestanu važiti.

U odgovoru koji je dostavio Predstavnički dom Federacije Bosne i Hercegovine¹² istaknuto je da je ovakav zahtjev u cjelosti neosnovan. Navedeno je da je svrha donošenja osporenog zakona bila postizanje legitimnih ciljeva u općem interesu, a prevashodno: povećanje stepena pravne sigurnosti u oblasti prometa nekretninama i registraciji poslovnih subjekata, rasterećenje sudova i organa uprave i pouzdanje u javne registre nekretnina i poslovnih subjekata. Zakon o notarima FBiH je, kako je dalje navedeno, dio kompletne reforme zakonodavstva kojoj je pristupljeno sa namjerom prilagođavanja nacionalne legislative evropskim integracionim procesima uz učešće Vijeća Evrope i potpunu usaglašenost na razini Bosne i Hercegovine¹³. Argumetujući neosnovanost tvrdnje o postojanju diskriminacije u odgovoru se pošlo od člana 2 Zakona o notarima FBiH: „Služba notara je javna služba koju obavljaju notari, koji su samostalni i nezavisni nosioci te službe“. Izveden je zaključak da je karakter javne službe ključna razlika između notarske i advokatske djelatnosti. Naime, advokatska djelatnost nije uređena kao javna služba, iako jeste samostalna i nezavisna djelatnost koja pruža pravnu pomoć. Zakonom o notarima FBiH je, kako je dalje navedeno, prenešen dio javnopravnih ovlaštenja na notare, uz obavezu notara da nezavisno i nepristrasno obavljaju djelatnost uz podjednako vođenje računa o interesima svih svojih stranaka u postupku notarske obrade isprava. Dalje, naglašeno je da notar ima položaj službenog lica i u tom svojstvu osigurava i čuva dokaznu snagu i izvršnost notarski obrađenih isprava. Prema tome, u suštini, u odgovoru se argumentiralo da advokatura i notarska služba ne predstavljaju uporedne grupe, u odnosu na koje neistovjetan tretman, sa negativnim posljedicama po jednu od njih, dovodi do diskriminacije.

¹¹ Činjenica je da notari u Bosni i Hercegovini imaju daleko šira ovlaštenja u odnosu na rješenja u regionu. M. Pvlakić, Izvještaj za BiH, *Nacionalni izvještaji o notarskoj službi u zemljama Jugoistočne Evrope*, Sarajevo 2009, s. (59 i dalje) 65.

¹² Ustavni sud FBiH je u skladu sa Zakonom o postupku pred Ustavnim sudom FBiH pozvao i Dom naroda Parlamenta FBiH, da kao suprotna stranka u postupku dostavi odgovor na zahtjev podnosioca, ipak Dom naroda to nije učinio u propisanom roku.

¹³ U istovjetnom tekstu su doneseni i Zakon o notarima Republike Srpske i Brčko distrikta BiH. Istaknuta činjenica o istovjetnom normativnom okviru je opredjeljujuća za prikaz ustavnosudske odluke u Republici Srpskoj, koja, razmatrajući identična pravna pitanja upućuje na suprotan zaključak. Navedeno ukazuje na ozbiljnu diskrepancu u smislu pravne (ne)sigurnosti u pravnom sistemu BiH.

Dalje, u odgovoru se istaklo i da je notarska služba na jednak način dostupna svim građanima, koji ispunjavaju zakonom propisane uslove, pa su neosnovanim ocjenjeni navodi podnosioca zahtjeva da član 6 stav 2 i član 27 Zakona o notarima FBiH nisu usklađeni sa Ustavom FBiH. U odnosu na član 73 Zakona o notarima FBiH, ukazano je na stav 5 prema kojem je uslovljenost obavezne notarske obrade isprava ograničenog trajanja, sve dok ne bude zamijenjena posebnom regulativom koja izričito, u cjelini ili u dijelovima, stavlja van snage preostale odredbe iz predmetnog člana. Zakonodavac, kako je dalje navedeno, nije isključio mogućnost advokatima da učestvuju u pripremi akata za notarsku obradu ili ovjeru isprava, pa ni eventualno zastupanje stranaka pred notarima. U odgovoru je utvrđeno da pravo na imovinu advokata, iz člana 1 Protokola 1 uz EKLJP nije povrijeđeno, i ako je došlo do ograničenja prava advokata, takvo ograničenje je propisano zakonom i u javnom je interesu. Ovo je, između ostalog, argumentirano time da se pravom na imovinu štiti samo postojeća, a ne i mogućnost njenog sticanja ubuduće. Za potvrdu iznesenih stavova iznešeni su statistički podaci o povećanim prihodima advokata u Federaciji Bosne i Hercegovine od kada je uspostavljena i počela sa radom notarska služba. Osim toga, istaknuto je i da Ustavni sud Republike Srpske nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka za ocjenjivanje člana 68 Zakona o notarima Republike Srpske koji je identičan članu 73 predmetnog zakona.

2. Prikaz rješenja Ustavnog suda Republike Srpske za ocjenjivanje ustavnosti člana 68 (istovjetan član 73 Zakona o notarima FBiH) Zakona o notarima RS

Ustavni sud Republike Srpske (Ustavni sud RS), 31. maja 2006. godine, donio je rješenje kojim nije prihvatio inicijativu za pokretanje postupka za ocjenjivanje ustavnosti člana 68 Zakona o notarima Republike Srpske (Zakon o notarima RS). Član 68 Zakona o notarima RS-a je istovjetan ranije citiranom članu 73 Zakona o notarima FBiH. Inicijativa je imala za cilj utvrđivanje neustavnosti navedenog člana Zakona o notarima RS zbog prekoračenja ovlaštenja, u smislu dodjele pojedinih tradicionalnih advokatskih poslova notarima. Propisivanjem obaveznosti notarski obrađene isprave, po mišljenju podnosioca inicijative, služba notara je stavljena u monopolistički položaj na štetu advokature. U odgovoru na inicijativu koji je dala Vlada Republike Srpske, navedeno je da normiranje kao u članu 68 Zakona o notarima RS, kojim su određeni pravni poslovi za čiju je pravnu valjanost obavezna notarska obrada isprava, ne isključuje mogućnost da advokati sačinjavaju ugovore koji podliježu notarskoj obradi i ovjeri. *Ratio* zakonodavnog rješenja je u činjenici da notarski obrađeni akti dobivaju snagu izvršne isprave, te su podobni za uknjižbu u javne knjige. Ovakvo rješenje doprinosi stvaranju većeg stepena pravne sigurnosti, jer notar kao samostalni i nezavisni nosilac javnih ovlaštenja, jednako zastupa interese svih stranaka u postupku notarske obrade isprava. Vlada Republike Srpske primjećuje da je na notare, kao javnu službu prenijela dio javnih ovlaštenja, a zadržala pravo nadzora nad sprovođenjem zakona, uz druga zakonom predviđena ovlaštenja, kao što su imenovanje notara, utvrđivanje tarife o regulisanju naknada i nagrada za rad notara.

Ustavni sud RS je, u postupku ocjenjivanja ustavnosti pošao od odredbe Ustava RS-a kojom se utvrđuje da Republika uređuje i obezbjeđuje sistem javnih službi. On je zaključio da je zakonodavac notarsku službu uredio kao javnu službu, koju obavljaju stručna lica kao samostalni i nezavisni poslovi ove djelatnosti, te da je ovo cjelishodno s obzirom na javni interes. Ustavni sud RS-a je zaključio da se navedenom odredbom obezbjeđuje veća pravna sigurnost u pravnom sistemu uz ekonomičniju zaštitu prava fizičkih i pravnih lica. Ustavni sud RS-a je zauzeo stav da

odredba člana 68 predmetnog zakona predstavlja isključivo stvar cjelishodne procjene zakonodavca. Imajući u vidu značaj pravnih poslova za koje je propisana obavezna forma notarski obrađene isprave, Ustavni sud RS je zaključio da vrijednost javne isprave i njena dokazna snaga predstavljaju opredjeljujući argument u korist postojećeg propisa. Ovakvim zakonskim rješenjem po ocjeni Ustavnog suda RS-a nije doveden u pitanje Ustavom utvrđen položaj advokature. Ustavni sud RS-a je tumačeći inicijativu došao do zaključka da se indikretno postavlja pitanje povrede prava na rad lica koja se bave advokatskom djelatnošću. U vezi s tim zaključio je da Ustav ne garantuje obim prava na rad. Naime, ovo načelo podrazumijeva pravo da svaki građanin ima mogućnost da obezbijedi sredstva za život radom koji je slobodno izabrao ili prihvatio, ali da konkretan okvir i obim poslova koji ulaze u advokatsku djelatnost nisu decidirano propisani Ustavom, jer je isključiva nadležnost zakonodavca da uredi pitanje organizacije i rada advokatske djelatnosti.

3. Dopis Notarske komore Federacije BiH uredu Visokog predstavnika

Po prijemu presude Ustavnog suda FBiH 11. aprila 2016. godine, Notarska komora FBiH se, 15. aprila, dopisom obratila Uredu Visokog predstavnika u Bosni i Hercegovini sa primjedbama na odluku najviše sudske instance u pravnom poretku nezavisne i međunarodno priznate države. Notarska komora je u ovom dopisu ukazala na osporene odredbe Zakona o notarima FBiH, uz kraći uvod o historijatu uvođenja i funkciji notarijata u pravnom poretku Bosne i Hercegovine. Prva primjedba na Presudu U-15/10 se odnosi na činjenicu da je nakon stupanja na snagu predmetnog zakona, Parlament FBiH postepeno usvojio niz drugih *lex specialis* zakona (Zakon o stvarnim pravima, Porodični zakon, Zakon o nasljeđivanju, Zakon o registraciji poslovnih subjekata...) u kojima je kao obaveznu, propisao formu notarski obrađene isprave za pojedine pravne poslove. Sukcesivnim stupanjem na snagu tih posebnih zakona, sukcesivno je prestajala i primjena odredbi člana 73 u tačkama 1-5. Na taj način je, shodno posljednjem stavu odredbe člana 73 Zakona o notarima FBiH prestao da važi i pravni osnov za sačinjavanje pravnih poslova u vezi sa prometovanjem nekretninama. Iz ovoga slijedi da posljednjih nekoliko godina pravni osnov za obaveznu formu notarski obrađene isprave nije član 73 predmetnog zakona, već su to materijalnopravne odredbe, u redovnoj parlamentarnoj proceduri donešenih posebnih zakona. Ti zakoni su, kako se navodi u dopisu, *lex posteriori* i *lex specialis*, a član 73 je njihovim stupanjem na snagu u tom dijelu, po sili zakona prestao da važi. Navodi se da je u postupku pred Ustavnim sudom FBiH više puta istaknuta iznesena argumentacija, ali da tu tvrdnju Ustavni sud FBiH nije niti uzeo u razmatranje, pa je prema tome paušalno razmatrao pitanje ustavnosti normi koje su *ex lege* prestale da važe.

Dalje, u dopisu je kritikovan stav da su notari i advokati uporedne grupe, bez uzimanja u obzir (ne)istovjetnost kvaliteta isprava koje sastavljaju. Notari, kako je navedeno, kao nosioci javne službe na koje je država prenijela određeni dio javnopravnih ovlaštenja, u okviru svojih nadležnosti sačinjavaju javne isprave, dok advokatske isprave nisu ništa drugo do privatne isprave. Ovo će biti predmetom detaljnije analize u nastavku rada, ali smatram na ovom mjestu bitnim istaći da je ovaj argument potpuno zanemaren u obrazloženju odluke Ustavnog suda FBiH.

U dopisu je potencirana i stručna osposobljenost i vrhunske pravne kvalifikacije koje svaki notar nužno mora da posjeduje, zbog zahtjevnosti notarskog ispita i generalno funkcije notarijata u

pravnom poretku¹⁴. Istovremeno, dopisom je kritikovana podnositeljica zahtjeva Ustavnom sudu FBiH, zato što „*bez vidljivog pravnog interesa podnosi apelaciju (...) sasvim je jasno da su jedini pravni interesi za apelaciju zapravo privatne (materijalne) prirode*“. U opširnom dopisu koji je potpisao Predsjednik Notarske komore FBiH, osam puta se pominje apelacija i apelaciona nadležnost Ustavnog suda FBiH. Slično je i u medijskim istupima članova Notarske komore po objavljivanju presude. Sve ukazuje na elementarno nepoznavanje nadležnosti i uloge ustavnog sudstva¹⁵. Zbog terminološke korektnosti, mora se istaći da apelaciona nadležnost postoji u ustavnopravnom poretku Bosne i Hercegovine (Ustavni sud Bosne i Hercegovine) i podrazumijeva nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude nekog suda. To vodi ka zaključku da osoba koja smatra da je konačnom presudom u „njenom“ sudskom predmetu došlo do kršenja neke ustavne odredbe, može pokrenuti postupak pred Ustavnim sudom¹⁶. Predmetno pitanje, postavljeno pred Ustavnim sudom FBiH, se predstavlja aptraktnu ocjenu ustavnosti, jer se aktivno legitimisane osobe (u pravilu nosioci najvažnijih funkcija, u smislu obnašanja vlasti u državi) obraćaju sa zahtjevom Ustavnom sudu da Sud ocijeni da li je bilo koja odredba nekog zakona u skladu sa Ustavom. Zbog toga, suprotno navodima Notarske komore FBiH u konkretnom predmetu nije neophodo da postoji „vidljiv“ pravni interes Potpredsjednice FBiH (podnositeljice zahtjeva). U pitanju je postupak koji ima karakter objektivnog postupka, u kome pokretač postupka ne dokazuje povredu vlastite pravne pozicije, ili pozicije bilo kojeg konkretnog pravnog subjekta.

Dopisom je kritikovano i „naknadno“ proširenje posljedica ustavnosudske odluke i na posebne odredbe (druge zakone koji su naknadno usvojeni); ističe se da je u pitanju „nevideni pravni skandal“, jer se izlazi van okvira zahtjeva.

Predmetom analize u dopisu je obrazloženje Ustavnog suda FBiH „koje je svedeno na nekoliko stranica“, a koje „većinom sadrži nepravničke i proizvoljne konstatacije“. Postavlja se pitanje, zašto Ustavni sud FBiH nije prihvatio argumentaciju Notarske komore i zakonodavca o značajnom doprinosu notarijata promociji principa pravne sigurnosti, efikasnosti pravosuđa, odbijajući je kao neutemeljenu i statistički nedokazanu, a samoinicijativno zaključuje da je stvarnost mnogo drugačija od one koja se pokušava prikazati od Notarske komore. Ustavni sud FBiH zaključuje: „Činjenica je da ne postoje relevantne analize ili dokazi da je uspostavljenjem notarske službe, kao javne službe (kako to navodi predstavnik donosioca osporenog Zakona o notarima FBiH), Federacija Bosne i Hercegovine ispunila zacrtane legitimne ciljeve u pogledu povećanja stepena pravne sigurnosti u oblasti prometa nekretnina i osnivanja, te registracije privrednih subjekata u pogledu ažuriranja i tačnosti, odnosno pouzdanja u javne registre, te rasterećenja sudova i organa uprave, putem preveniranja sporova i putem izvršnih notarskih

¹⁴ O zahtjevnosti i značaju notarskog ispita K. Senjak, Organiziranje notarskog ispita u Bosni i Hercegovini, *Zbornik radova sa regionalne konferencije o notarijatu*, Skoplje 2009, ss. 3 i dalje.

¹⁵ Indikativni su medijski istupi: Notarska profesija nije privatna i u skladu je sa preporukama Vijeća Evrope, dostupno na: <http://vijesti.ba/clanak/306783/notarska-profesija-nije-privatna-i-u-skladu-je-sa-preporukama-vijeca-evrope>, očitavanje 04. 09. 2016. Također, medijski nastup članice Notarske komore FBiH Vesne Softić u dijaloškoj emisiji „Ja biram goste“, dostupno na: <http://www.tv1.ba/produkcija/formati/ja-biram-goste/27629-video-ja-biram-goste-sa-vesnom-softic-1-5-2016.html>, očitavanje 04. 09. 2016.

¹⁶ N. Ademović/J. Marko/G. Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, s. 205. Pojmovi sud i presuda su autonomni u ovom smislu.

isprava, koje imaju snagu pravomoćnih presuda, *jer je stvarnost mnogo drugačija*¹⁷. Utvrđivanje postojanja diskriminacije advokatske djelatnosti „bez provedenog testa diskriminatorstva”, ocjenjuje se kao nedopustivo.

Istaknutu kritiku iz dopisa smatram utemeljenom, naročito s obzirom na ulogu i značaj ustavnosudskih odluka za pravnu sigurnost i promociju ključnih vrijednosti društveno-pravnog poretka jedne države. Cjelokupna akademska zajednica, pravni praktičari i teoretičari, ali i generalno građanstvo se prilikom ocjene o pravnoj poziciji oslanjaju na odluke najviših sudskih instanci. Teorijski, značajan segment očuvanja pravne sigurnosti je obrazloženje odluke, kako bi građani bili u mogućnosti predvidjeti posljedice vlastitog djelovanja, a naročito značajan aspekt utemeljenog obrazloženja jeste prihvatanje odluke u smislu obrazloženja kojem se ne može staviti prigovor. Proizvoljna odluka najviše sudske instance ugrožava pravni poredak, ne doprinosi promociji pravne sigurnosti, a šire posmatrano podriva osjećaj povjerenja društva u profesionalne kvalitete sastava najznačajnije sudske instance! Dopisom se ukazuje da je nejasno obrazloženje Ustavnog suda FBiH u smislu značaja i opravdanosti notarske obrade isprava i kvalitete takve isprave. Mišljenja sam da je ova primjedba, također, utemeljena. Naime, prilikom obrazlaganja neustavnosti spornih odredaba Zakona o notarima FBiH, Ustavni sud FBiH nije niti pominjao navedene argumente. Značaj i razlika javne i privatne službe, javnopravna ovlaštenja i nepristrasnost su apsolutno zanemareni prilikom odlučivanja, što je izuzetno problematično sa aspekta sveobuhvatnosti pravne odluke.

Iako je kritika odluke u dopisu usmjerena i na nepostojanje roka i osnove za daljnja postupanja u pogledu izmjene spornih odredaba, smatram da presudu Ustavnog suda FBiH upravo treba shvatiti kao nalog zakonodavnom tijelu da pronade adekvatno rješenje koje će uzimajući u obzir argumente iz obrazloženja odluke doprinijeti adekvatnijem i proporcionalnom rješenju u sveopćem interesu.

4. Ispitivanje ustavnosti člana 6 stava 2 Zakona o notarima – test diskriminacije

Ustavni sud FBiH je u svojoj odluci zauzeo stav da pomenuti član 6 stav 1 i 2 Zakona o notarima FBiH nisu u skladu sa Ustavom FBiH i Aneksom Ustava FBiH. Obrazloženje Ustavnog suda FBiH o neustavnosti člana 6 stava 2 Zakona o notarima FBiH zasniva se na tome, da navedeni član Zakona o notarima FBiH predviđa mogućnost polaganja notarskog ispita isključivo za lica koja obavljaju posao notarskog pomoćnika u trajanju od tri godine. Naime, članom 26 Zakona o notarima FBiH je propisano da za notara može biti imenovano samo lice koje kumulativno ispunjava uslove sadržane u ovom članu od stava 1 do 6, te poseban uslov - položen notarski ispit propisan pod stavom 7 istog člana. Time se, prema mišljenju Ustavnog suda FBiH, „*vrši diskriminacija*“¹⁸ svih drugih lica da pod jednakim uslovima mogu obavljati notarsku službu,

¹⁷ V. pretposljednji paragraf Odluke Ustavnog suda FBiH U-15/10. Dostupno na: <http://www.ustavnisudfbih.ba/>, očitavanje 04. 09. 2016. Citirano obrazloženje Ustavnog suda FBiH će biti predmetom analize u nastavku rada.

¹⁸ Kvalitet sudske odluke je uslovljen i stilom izražavanja, te stepenom podudarnosti jezika sa standardima pravopisa. Ustavnosudske odluke u tom smislu treba da odražavaju duh i jezik društva, uvažavajući pravila pravopisa, istovremeno štiteći vlastiti jezik, jer je u pitanju tijelo koje bi trebalo predstavljati skup najeminentnijih pravnih stručnjaka. Poseban dio analize je posvećen nepridržavanju pravopisnih standarda u obrazloženju odluke Ustavnog suda FBiH.

odnosno uživati osnovne slobode, kao što su jednakost pred zakonom, pravo na imovinu, pravo na rad, te pravo građana na jednak pristup javnim službama¹⁹.

4.1. Da li navod o diskriminaciji potpada pod jedno od prava iz Ustava FBiH

Na pitanje, je li opravdano da se notari biraju samo iz reda notarskih pomoćnika, može se odgovoriti provođenjem antidiskriminacionog testa. Antidiskriminacioni test se sastoji iz četiri koraka. Odgovor na svako od postavljenih pitanja mora biti pozitivan (kumulativni uslovi) da bi se utvrdilo da zakonodavac nije konkretnom odredbom uspostavio nedozvoljenu diskriminaciju. Prije svega, treba ispitati da li navod o diskriminaciji potpada pod jedno od prava iz Ustava BiH. Uskraćivanje prava svim licima da polažu notarski ispit, izuzev onim licima koja su obavljala posao notarskog pomoćnika u periodu od tri godine, može se podvesti pod ograničenje prava na pristup javnoj službi, i prava na rad tih lica²⁰. Odredba nedvosmisleno normira da samo specijalizirani i praktičnim radom educirani notarski pomoćnici imaju pravo pristupa notarskom ispitu, čime se ostali pravници (sudije, advokati i drugi) praktično onemogućavaju da pristupe javnoj notarskoj službi.

4.2. Različito tretiranje

Postojanje različitog tretmana se ustanovljava u odnosu na neku uporednu grupu. Različito tretiranje može biti utvrđeno isključivo ukoliko odgovori na tri potpitanja u ovoj fazi testa budu pozitivni.

4.2.1. Uporedna grupa

Da bi neko mogao dokazati da postoji različit tretman, prvo mora naći grupu sa kojom se može uporediti²¹. U konkretnom slučaju, u cilju utvrđivanja postojanja diskriminacije koja proizilazi iz člana 6 stav 2 Zakona o notarima FBiH, kao uporednu grupu sa notarima možemo uzeti advokate i sudije, jer ispunjavaju sve ostale uvjete iz člana 26 Zakona o notarima FBiH²². Član 6 stav 2 onemogućuje svim pravnim stručnjacima, advokatima, čak i sudijama, da pristupe notarskom ispitu, ukoliko ne ispunjavaju pomenuti uslov. Dakle, neophodno je da se objektivno sagleda opravdanost isključivanja ravnopravnog prava pristupa notarskom ispitu i kandidatima koji imaju

¹⁹ Sva navedena prava su dio Ustava FBiH, a zahtjev je u supstancijalnom dijelu usmjeren na tvrdnju o povredi svakog od istaknutih.

²⁰ Prava su regulisana čl. II.A.2 (1) Ustava FBiH i Aneksom na Ustav FBiH.

²¹ Ademović/Marko/Marković (bilj. 16), s. 25.

²² Čl. 26 Zakona o notarima FBiH (bilj. 4) glasi: „Za notara može biti imenovano samo lice koje kumulativno ispunjava sljedeće uvjete: 1. da je državljanin Bosne i Hercegovine, 2. da ima poslovnu sposobnost i ispunjava opće zdravstvene uvjete kao službenik organa uprave, 3. da je diplomirao na pravnom fakultetu u Bosni i Hercegovini ili prije 06. 04. 1992. na pravnom fakultetu u bivšoj Jugoslaviji. Ukoliko je diploma stečena na pravnom fakultetu u nekoj drugoj državi, ovaj uvjet se stiče nakon nostrifikacije diplome od nadležnog organa, 4. da je položilo pravosudni ispit u Bosni i Hercegovini ili prije 06. 04. 1992. u bivšoj Jugoslaviji. Ukoliko je pravosudni ispit položen u nekoj drugoj državi, ovaj uvjet se stiče nakon priznavanja tog ispita od strane Federalnog ministarstva, 5. da nije osuđivano na kaznu zatvora za krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava, protiv službene ili druge dužnosti ili za drugo krivično djelo izvršeno s umišljajem, koje u vrijeme imenovanja još nije brisano iz kaznene evidencije koju vodi nadležni organ, 6. da nije član neke političke partije, i 7. da ima položen notarski ispit.

neophodan staž na poslovima sudaca, tužilaca, advokata i drugih pravničkih profesija, samo zbog praktičnog profesionalnog usavršavanja na drugim specijaliziranim pravničkim poslovima²³.

4.2.2. Negativne posljedice

Da bi različit tretman vodio prema diskriminaciji određene grupe (npr. advokata u odnosu na notare), neophodno je da takav tretman proizvodi negativne posljedice na potencijalno diskriminisane. Uzimajući u obzir činjenicu da advokati, a ni drugi pravni stručnjaci ne mogu pristupiti notarskom ispitu ukoliko ne ispunjavaju uslov iz člana 6 stav 2 Zakona o notarima FBiH, očigledno da za njih postoje negativne posljedice u pogledu nemogućnosti obavljanja notarskog posla, i na taj način ostvarivanja novčane dobiti kroz rad u službi.

4.2.3. Da li je različito tretiranje zasnovano na jednom od svojstava/statusa oštećene kategorije

Različito tretiranje advokata i drugih pravnih stručnjaka u odnosu na notare, mora biti zasnovano na jednom od svojstava ili statusa²⁴ potencijalne žrtve diskriminacije. U konkretnom slučaju svojstvo ili status na kojem se zasniva različit tretman pomenutih uporednih grupa jeste njihovo profesionalno zanimanje (u smislu praktičnog profesionalnog usavršavanja u specijaliziranim pravničkim profesijama). Postavljanjem uslova da je za pristup notarskom ispitu neophodno radno iskustvo notarskog pomoćnika u određenom vremenskom periodu, onemogućava pravnike, koji su praktično iskustvo stekli u drugim institucijama/službama, da pod jednakim uvjetima ostvare pravo na rad u određenom zanimanju.

4.3. Postojanje legitimnog javnog interesa/cilja

Naredni korak u provođenju antidiskriminacionog testa je utvrđivanje da li je različit tretman zasnovan na zakonu, te da li takav zakon slijedi legitiman javni interes. Sporni zakon u konkretnom slučaju je Zakon o notarima FBiH koji propisuje uvjete za pristup notarskom ispitu. Zakon ispunjava i sve uslove „kvaliteta“ zakona, u smislu pristupačnosti (objavljen je u Službenim novinama FBiH), predvidivosti (građani mogu samostalno i uz profesionalnu pravnu pomoć predvidjeti posljedice svog djelovanja), procjenjivosti (norma je jasna i zahtjevi koje nameće su procenjivi) i razumljivosti (svaki pravni tekst je formulisan pomoću termina koje je semantički egzaktno teško odrediti)²⁵. Zakon propisujući osporeni uvjet, nastoji (javni interes) osigurati garanciju za uspješan i kvalitetan rad budućeg notara. Budući da se notarski pomoćnik tokom rada osposobljava za specifične notarske poslove, te na taj način stiče neophodna znanja za vršenje notarskog zanimanja, što bi trebalo rezultirati kvalitetnijim obavljanjem pomenutog zanimanja u odnosu na sve ostala lica koja nisu imala tri godine iskustva kao notarski pomoćnici. Sumirajući naprijed navedeno, cilj normotvorca je da omogući praktičnu i direktnu primjenu stečenih specifičnih znanja koje su notarski pomoćnici stekli u toku pripreme za notarsko zanimanje, naročito zbog usložnjavanja društvenih i ekonomskih kretanja tranzicione države kakva je Bosna i Hercegovina. Dakle, osiguranje visokog stepena pravne sigurnosti i dobrog funkcionisanja javne službe je *raison d'être* zakonskog rješenja. Zbog toga, donosilac Zakona o

²³ M. Povlakić/C. Schalast/V. Softić, *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2009, s. 25.

²⁴ Svojstva koja su nabrojana u čl. II/4 Ustava BiH i članu 14 EKLJP nisu taksativne, već ilustrativne prirode, te predstavljaju najvažnije primjere. Ilustrativna priroda jasno se može potvrditi činjenicom da ti članovi završavaju izrazom „ili drugi status“.

²⁵ O kvaliteti zakona detaljnije Ademović/Marko/Marković (bilj. 16), s. 66.

notarima FBiH je procijenio da specijalizirani pravници u notarskoj službi mogu značajnije doprinijeti ulozi notarijata u državi. Prema tome, odredba o uvjetima pod kojima osoba može pristupiti notarskom ispitu, a reguliše je Zakon o notarima FBiH slijedi legitiman javni interes.

4.4. Princip adekvatnosti i proporcionalnosti

Sljedeće pitanje glasi: da li razlika u postupanju ima objektivno i razumno opravdanje? Odgovor na ovo pitanje dobiti će se ispitivanjem dva posljednja uvjeta u okviru antidiskriminacionog testa, a to su principi adekvatnosti i proporcionalnosti.

4.4.1. Adekvatnost mjere

Princip adekvatnosti je ispunjen ukoliko se preduzetom mjerom, zaista može postići određeni javni interes. U konkretnom slučaju to znači da je propisivanje spornog uvjeta za polaganje notarskog ispita u članu 6 stav 2 adekvatna mjera za kvalitetno obavljanje notarskog zanimanja od specijaliziranih pravnika za specifičnu djelatnost. Mjera zakonodavca može ispuniti cilj zbog kojeg je donešena, jer je zakonodavac propisao da lice koje želi ostvariti uslove za polaganje notarskog ispita, između ostalog, mora tri godine raditi kao notarski pomoćnik, kako bi samo lica koja su prethodno osposobljena za predviđene poslove mogla ostvariti pomenuti uvjet, a sve u cilju pružanja kvalitetnih usluga prilikom obavljanja notarskog posla. U vezi sa navedenim treba uzeti u obzir značaj i obim poslova koji su dodjeljeni isključivo notarima²⁶.

4.4.2. Proporcionalnost

Princip proporcionalnosti podrazumijeva ispitivanje opravdanosti primijenjenih sredstava (odredba člana 6 stav 2 Zakona o notarima FBiH) za ostvarenje cilja koji se želio postići normom. Prema tome, posljednji uslov, a to je uslov proporcionalnosti, nije ispunjen ukoliko zakonodavac nije iskoristio blaža raspoloživa sredstva za postizanje istog cilja. Odredba Zakona o notarima FBiH kojom je propisano da samo notarski pomoćnici, koji su tu funkciju obavljali tri godine imaju pravo da pristupe notarskom ispitu, u dijelu proporcionalnosti prvenstveno treba komparativno-pravno analizirati. Kao polaznu osnovu procjenjivanja opravdanosti osporene mjere analizirati ću rješenja drugih zakonodavaca²⁷. Tako, u Republici Hrvatskoj i Republici Srbiji notari mogu postati *sve osobe* koje imaju položen pravosudni ispit i koje su nakon polaganja tog ispita radile pet godina na pravnim poslovima²⁸. U Crnoj Gori zakonodavac se odlučio za slično rješenje, ali uz olakšavajuću okolnost, da od pet godina rada na pravnim poslovima, nakon pravosudnog ispita mora imati najmanje tri godine rada u pravnoj struci²⁹. U Republici Makedoniji pristup notarskom ispitu je dodatno liberaliziran, jer mu mogu pristupiti i osobe bez položenog pravosudnog ispita³⁰. Iz prikazanih rješenja čini se da se zakonodavac u Federaciji BiH odlučio za najstrožiju i normu koja najviše ograničava prava u regiji. Presuda Ustavnog suda FBiH u ovom dijelu nije naročito sporna, jer je rigidnost akta dozvoljena. Naime,

²⁶ Čl. 72 Zakona o notarima (bilj. 4).

²⁷ Senjak (bilj. 14), s. 5.

²⁸ Čl. 13 Zakona o javnom bilježništvu Republike Hrvatske, N. N. 78/1993, 29/1994, 16/2007; Čl. 25 Zakona o javnom bežništvu Republike Srbije, Sl. gl. RS 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015, 106/2015.

²⁹ Čl. 12 Zakona o notarima Republike Crne Gore, Sl. l. RCG 68/05, 49/08.

³⁰ Čl. 9 Zakonot za notarijat, Sl. v. RM 55/2007, 86/2008, 139/2009, 135/2011.

praksom Evropskog suda za ljudska prava je utvrđeno da države članice Vijeća Evrope uživaju široko polje slobodne procjene prilikom normiranja određenih oblasti, uz pridržavanje uspostavljenih minimalnih standarda (tzv. *margin of appreciation*). Ustavni sud FBiH, ipak, nije proveo test diskriminacije, niti je prikazao komparativna rješenja da bi ukazao na *ratio* vlastitog zaključka. Zbog toga je nejasno, na osnovu kojih argumenata je Ustavni sud FBiH utvrdio da je zakonodavac izašao van okvira Ustava FBiH, a to je ujedno i razlog za detaljan prikaz testa u analizi. Smatram da je zakonodavac u konkretnom slučaju, prihvatanjem kao polaznog osnova odredbu iz njemačkog Zakona o notarima, bez uzimanja u obzir specifičnosti BH notarijata napravio propust koji vodi ka zaključku o postojanju diskriminacije. Naime, notarijat u Njemačkoj ima dugu tradiciju, pa je opravdano uspostaviti navedeno ograničenje, uz širok dijapazon pravnih poslova koji se pružaju kao mogućnost ostalim kategorijama pravnika. Smatram da je zakonodavac u FBiH ukoliko insistira na kvalitativnom kriteriju, mogao propisati kao uslov za polaganje notarskog ispita, obavezno višemjesečno osposobljavanje za obavljanje notarskog zanimanja za sve zainteresirane (zainteresirani za polaganje notarskog ispita), nakon kojeg bi se provelo testiranje znanja i spremnost kandidata za polaganje notarskog ispita, a kojem bi mogle pristupiti sve osobe koje ispunjavaju opšte uslove propisane članom 26 Zakona o notarima FBiH. Takva mjera bi predstavljala blažu mjeru u odnosu na spornu mjeru, a u isto vrijeme bi se postigao isti cilj, te privilegija za polaganje notarskog ispita ne bi pripadala isključivo notarskim pomoćnicima. Predloženo zakonsko rješenje nije nepoznanica, čak ni u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu. Prema tome, propisivanje pomenutog uslova u članu 6 stav 2 Zakona o notarima FBiH predstavlja zakonom propisanu diskriminaciju u pogledu isključivanja ravnopravnog prava na pristup notarskom ispitu poslije isteka prelaznog perioda i kandidatima koji imaju neophodan staž na poslovima sudaca, tužilaca, advokata i drugih pravničkih profesija.

5. Ocjena saglasnosti člana 27 Zakona o notarima FBiH sa Ustavom FBiH

Ustavni sud FBiH je, također, utvrdio da član 27 Zakona o notarima FBiH, nije u skladu sa Ustavom FBiH, jer nije proporcionalan cilju koji se želi postići (Ustavni sud FBiH utvrđuje postojanje nedozvoljene diskriminacije advokatske djelatnosti)³¹. Ustavni sud FBiH je zaključio da član 27 Zakona o notarima FBiH nije u skladu sa odredbama Ustava FBiH kojima se propisuje da sva lica unutar Federacije imaju pravo na jednakost pred zakonom i pravo na slobodu na rad, sudjelovanje u javnim poslovima, te jednako pravo na pristup javnim službama, a da se zabranjuje svaka diskriminacija po bilo kojem osnovu³². Ustavni sud FBiH je izložio stav da navedena odredba nije u skladu niti sa međunarodnim ugovorima i drugim sporazumima koji su na snazi u Federaciji, te općim pravilima međunarodnog prava³³. Ustavni sud FBiH je zaključio da utvrđivanje broja notara (*numerus clausus* odredba) u uslovima tržišnog privređivanja ne promovira konkurenciju, kvalitet rada, cijenu pružanja usluga, te da radu notara kao javne službe sa nadležnostima propisanim zakonom, cilj treba biti da građanin po najpovoljnijim uslovima i u najkraćem roku može ostvarivati svoja prava.

³¹ Parlament FBiH je ostao kod stanovišta da je osporeni član Zakona u saglasnosti sa Ustavom FBiH i Aneksom Ustava FBiH.

³² Čl. II.A.2 Ustava FBiH.

³³ Navedeno nije u skladu sa čl. 14 i 17 EKLJP, čl. 1 Protokola br. 12 uz Konvenciju, čl. 25 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim stvarima, te čl. 2 Međunarodnog pakta o ekonomskim i socijalnim i kulturnim pravima.

U presudi je navedeno da se odredbom člana 27 Zakona o notarima FBiH dovodi advokatura u diskriminirajući položaj u odnosu na notarsku službu, jer advokatska služba nema takvih ograničavajućih propisa u svojoj organizaciji, te da se zbog toga građani dovode u nejednak položaj u pogledu njihovog prava jednakog pristupa navedenim službama. Mišljenje Ustavnog suda FBiH je da sporni član ne garantuje da će se notarska služba uspostaviti u korist građana na području Federacije, jer ne propisuje niti precizne uslove za uspostavu notarskih ureda, u smislu da ne propisuje obaveznost uspostave notarskog ureda prema brižljivo razrađenim kriterijima potreba korisnika notarskih usluga, obzirom na njihovo mjesto prebivališta ili sjedišta.

Ustavni sud FBiH razmatrajući član 27 Zakona o notarima FBiH, međutim, ne obrazlaže ovaj zaključak koristeći test diskriminacije. Štaviše, iznosi se, prema mom mišljenju, paušalna ocjena o postojanju diskriminacije advokatske djelatnosti, uz konstataciju da zakonsko određivanje broja notara na određenom području i broju stanovnika predstavlja nespojiv uslov sa slobodom usluga. Paušalna je, jer nije predstavljena analiza komparativnih rješenja, kojom bi se pružio jasan uvid u normativna rješenja drugih država, pregled primjerene prakse latinskog tipa notarijata za adekvatnost (ne)postojanja *numerus clausus* odredbi. U nastavku ću analizirati odluku i u ovom dijelu koristeći test i nužne korake koji se ispituju, istovremeno predstavljajući potencijalno primjerenija rješenja.

5.1. Da li navod o diskriminaciji potpada pod jedno od prava iz Ustava FBiH

Odgovor na pitanje da li je opravdano citirano zakonsko rješenje, dobiti ću provođenjem antidiskriminacionog testa. Negativan odgovor na neko od pitanja znači da je zakon izašao van ustavom dozvoljenih okvira, dakle, zaključak bi bio da je zakonodavac konkretnom odredbom uspostavio nedozvoljenu diskriminaciju. Ponovo, prvo ispitujem da li navod o diskriminaciji potpada pod jedno od prava iz Ustava BiH. Ograničavanje broja notara, može se podvesti pod pravo na pristup javnoj službi, i pravo na rad. Odredba člana 27 Zakona o notarima FBiH ukazuje na to da broj notarskih mjesta ograničava i kontroliše države.

5.2. Različito tretiranje

Sljedeći korak je utvrđivanje postojanja različitog tretmana u odnosu na neku uporednu grupu u analognoj situaciji³⁴.

5.2.1. Uporedna grupa

Sa ciljem utvrđivanja postojanja eventualne diskriminacije koja proizilazi iz člana 6 stav 2 Zakona o notarima FBiH, kao uporednu grupu sa notarima Ustavni sud FBiH je uzeo u razmatranje advokatsku profesiju. Naime, Ustavni sud FBiH je zaključio da su ove dvije profesije uporedne grupe u smislu osporene odredbe, jer im je cilj osiguravanje pružanja stručne, pravne pomoći fizičkim i pravnim licima u ostvarivanju i zaštiti prava, obaveza i interesa³⁵. Advokatska djelatnost nema ograničenja u pogledu broja advokata, iako se, po mišljenju Ustavnog suda FBiH, bavi pružanjem identičnih pravnih usluga. Zbog toga, Ustavni sud FBiH je zaključio da su u nejednakom položaju, čak i građani u pogledu pristupa i jednoj i drugoj službi.

³⁴ Da bi neko mogao dokazati da postoji različit tretman, prvo mora naći grupu sa kojom se može uporediti. V. Ademović/Marko/Marković (bilj. 16), s. 25.

³⁵ Čl. 2 i dalje Zakona o notarima (bilj. 4).

Naime, prilikom traženja pravne pomoći od advokata, građani uživaju blagodati apsolutno liberalizirane tržišne konkurencije, dok je u notarskoj djelatnosti broj notara limitiran, a samim tim i konkurencija znanja i cijena nije podudarna zahtjevima tržišta. Smatram da je Ustavni sud FBiH previdio ili zanemario značajan broj argumenata iznešenih u zahtjevu i nije ih razmotrio. Naime, argumentacija iz zahtjeva o notarskoj službi kao javnoj službi, na koju je država prenijela dio javnopravnih ovlaštenja, o kvaliteti notarskih isprava, nezavisnosti i samostalnosti notarske službe, o razlici u zastupanju interesa stranke i o neutralnom i nezavisnom savjetniku svih učesnika, je zanemarena³⁶. Nije sporno da interpretacija navedenih argumenata može biti tumačena na različite načine. Ipak, Ustavni sud FBiH u svom obrazloženju ne pruža mogućnost argumentativne ne/saglasnosti sa vlastitim pravnim stavom, jer nije pružen uvid u pravne razloge koji su bili opredjeljujući za donešeni zaključak. Iz obrazloženja se ne vidi da je stav zasnovan na analizi dvije profesije i kompatibilnosti njihove funkcije. Ustavni sud FBiH zauzima stav da su funkcije obje službe identične, jer je riječ o pružanju stručne pravne pomoći. Ipak, potencijalno ključna razlika, a to je da notar kao neutralni savjetnik svih učesnika u notarskoj obradi isprava, ima dužnost da nezavisno i neutralno savjetuje i predlaže pravno dopušteno i najpovoljnije rješenje problema koje odgovara interesima svih stranaka, iz predočenog u odluci nije uzeta u razmatranje. Općepoznato je da advokat štiti interese samo jedne strane u postupku. Država na notare prenosi i jedan dio javnopravnih ovlaštenja (o čemu ću nešto detaljnije pisati u analizi člana 73 Zakona o notarima FBiH), dok advokati nemaju to ovlaštenje. Također, notarski obrađene isprava imaju dokaznu snagu kao javne isprave, za razliku od privatne isprave koju sačini advokat, što je još jedna značajna razlika. Ovo u odluci Ustavnog suda FBiH, nažalost, nije razmotreno niti uzeto u obzir, pa čak ni spomenuto. Uzimajući u obzir sve navedeno moralo bi se zaključiti da advokatska djelatnost i notarska služba u kontekstu člana 27 Zakona o notarima FBiH ne predstavljaju uporedne grupe, prvenstveno zbog značajnih razlika u funkcijama dva pravnička zanimanja. Naročito je pravno problematično da u obrazloženju sud nije iznio ocjenu ovog pitanja, tako da je odluka u funkciji uspostavljanja pravne nesigurnosti.

5.3. Numerus clausus odredba

Zakonska odredba člana 27 stav 4 Zakona o notarima FBiH o ograničavanju broja notarskih mjesta (*numerus clausus*) prema broju stanovnika na području kantona, iako, prema mom mišljenju ne diskriminira advokatsku djelatnost (suprotno zaključku Ustavnog suda FBiH) predstavlja normu sa ograničavajućim karakterom. Odluka zakonodavca da se opredijeli za rješenje prema kojem po pravilu na 20.000 stanovnika treba otvoriti jedno notarsko mjesto, nije iznenađujuća. Prilikom uspostavljanja notarijata u državama koje su se opredijelile za notarijat latinskog tipa to je standard prihvaćen u većini država. Ipak, pri propisivanju broja notarskih mjesta, zakonodavac mora voditi računa kako o tome da broj notarskih mjesta ne bude nedovoljan, tako i o tome da notarskih mjesta ne bude više nego što to zahtjevaju stvarne potrebe, u smislu obima notarskih poslova. Samo na takav način se obezbjeđuje siguran materijalni položaj notara koji garantuje njegovu nezavisnost³⁷. Zakonodavac u FBiH utvrđuje broj notarskih mjesta u kantonu na osnovu broja stanovnika na području kantona, te na osnovu broja notarski sačinjenih isprava u jednoj godini. Vodeći računa o navedena dva kriterijuma, određuje se broj notara na području jednog kantona, te se na taj način uspostavlja balans

³⁶ Povelakić/Schalast/Softić (bilj. 23), s. 14.

³⁷ *Ibid*, s. 51.

adekvatne dostupnosti notara korisnicima notarskih usluga i, s druge strane ekonomske obezbjeđenosti notara. Ograničavanje broja notarskih mjesta postoji skoro svugdje u svijetu, iako je savremena tendencija u Evropskoj uniji potpuna liberalizacija/deregulacija ove oblasti. Tako npr. u Republici Hrvatskoj na području jednog suda na 15.000 stanovnika mora biti najmanje po jedan javni bilježnik³⁸, dok je u Republici Srbiji taj broj 25.000³⁹. U Njemačkoj (u dijelovima države sa notarijatom latinskog tipa) na 9.000 stanovnika se u pravilu otvara jedno notarsko mjesto, kao i u Francuskoj. Zanimljiv je podatak da je u Holandiji od 1999. godine izvršena liberalizacija notarske službe, jer je načelo *numerus clausus* ukinuto⁴⁰. Prema tome, zakonodavac u Federaciji BiH se opredijelio za rigidno rješenje, koje je i razumljivo zbog činjenice da je notarijat nova djelatnost u državi, uz općepoznatu činjenicu da broj stanovnika u Bosni i Hercegovini u vrijeme uspostave notarijata nije bio statistički provjerljiv⁴¹. Zakonodavac bi trebao uzimajući u obzir dosadašnja komparativna iskustva procijeniti da li postoji opravdanost za zadržavanje ovakve odredbe ili korigiranje u skladu sa najboljom praksom.

Zbog svega navedenog, ostaje nejasno zašto se Ustavni sud FBiH *a priori* opredijelio za stav da je *numerus clausus* odredba diskrimirajućeg karaktera, budući da država uživa široko polje slobodne procjene pri donošenju zakonskog rješenja. Države sa apsolutno liberaliziranim sistemom pristupa notarskoj službi, bez *numerus clausus* odredbi, čine manjinu u međunarodnom pravnom poretku, zbog čega je bila od presudne važnosti, izostala, argumentacija za liberalno opredjeljenje Ustavnog suda FBiH. Iz obrazloženja Ustavnog suda FBiH nije vidljivo da su analizirane implikacije liberalizacije notarske službe na kvalitet notarskih usluga ili uticaj deregulacije na etičku svijest notara. Štaviše, jedan od presudnih argumenata za ukidanje *numerus clausus* odredbe u Holandiji je etablirana pravna sigurnost (institut notarske službe u Holandiji je uveden prije više od 170 godina), koja ne bi bila ugrožena liberalizacijom. Zbog toga, zaključak Ustavnog suda FBiH koji je *explicite* izložen u obrazloženju odluke o pravnoj (ne)sigurnosti kao hroničnom problemu pravnog sistema u FBiH, nije kompatibilan, niti teorijski podudaran sa svrhom proglašenja neustavnom sporne odredbe člana 27 stav 4. Postavlja se pitanje, zašto Ustavni sud FBiH nije razmotrio mogućnost „kontrolisane liberalizacije“⁴² notarske profesije (koji je svrsishodniji namjeri očuvanja kvaliteta pravne usluge i garantuje u značajnijoj mjeri ostvarenje principa pravne sigurnosti)?

³⁸ Čl. 16 st. 2 Zakona o javnom bilježništvu RH (bilj. 28): Ako na području zakonom određenog suda ima više od petnaest tisuća stanovnika, prema posljednjem službenom popisu, tada na području tog suda treba, u pravilu biti najmanje po jedan javni bilježnik za svakih započelih petnaest tisuća stanovnika.

³⁹ Čl. 15 st. 2 Zakona o javnom beležništvu RS (bilj. 28): Na područjima sa većom koncentracijom stanovništva i intenzivnijim privrednim poslovanjem broj javnobeležničkih mesta određuje se tako da se na svakih 25.000 stanovnika odredi po jedno javnobeležničko mesto.

⁴⁰ O pozitivnim učincima ukidanja *numerus clausus* odredbe, E. Oruč, Savremene tendencije u razvoju institucije notara, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, Zenica 8/2011, ss. (133) 141 i dalje.

⁴¹ Pvlakić/Schalast/Softić (bilj. 23), ss. 51 i dalje.

⁴² Kontrolisana liberalizacija u pogledu *numerus clausus* odredbe podrazumijeva povećanje broja notara, što odgovara zaključku Ustavnog suda FBiH o nužnosti konkurencije znanja, cijena, kvaliteta i usluga, uz državni nadzor nužnosti potreba pravnog prometa i kvaliteta rada notara.

6. Neustavnost člana 73 Zakona o notarima FBiH

Ustavni sud FBiH ocjenio je neustavnim i član 73⁴³ Zakona o notarima FBiH, zaključivši da navedeni član nije u skladu sa odredbama člana II.A.2 (1) i (2) Ustava FBiH, međunarodnim ugovorima i drugim sporazumima koji su sadržani u Aneksu Ustava FBiH, naročito u pogledu prava na jednakost pred zakonom, te zabranu diskriminacije po bilo kojem osnovu. Mišljenje Ustavnog suda FBiH, vezano za član 73 Zakona o notarima FBiH je da je zakonodavac na diskriminatorски način stavio u nepovoljan položaj diplomirane pravnike sa položenim pravosudnim, magistarskim ispitom ili doktoratom. Naime, nedozvoljenu diskriminaciju Ustavni sud FBiH je ustanovio analizom propisane obavezne notarske obrade isprava kao uslova za valjanost propisane liste pravnih poslova. Istovremeno, zaključio je da su i navedena lica također sposobna pružati iste usluge uz podjednaku, ako ne i veću kvalitetu⁴⁴. Osim toga, Ustavni sud FBiH u predmetnoj presudi, zaključio je, da se članom 73 Zakonom o notarima FBiH favorizuje notarska u odnosu na advokatsku djelatnost, u pogledu pravnih poslova za koje je obavezna notarska obrada isprava prema Zakonu o notarima FBiH, kao i prema nepoznatom broju drugih zakona, budući da član 73 Zakona o notarima FBiH propisuje da obaveza notarske obrade može biti predviđena i drugim zakonima⁴⁵, te u pogledu vrednovanja notarskih u odnosu na advokatske poslove. Ustavni sud FBiH u presudi navodi da su odredbe člana 73 Zakona o notarima FBiH u suštini temporalnog karaktera, jer je previđeno da su navedene odredbe važeće samo dok ne budu zamijenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava. Ovakvim zaključkom Ustavni sud FBiH je prethodno doneseno rješenje Ustavnog suda RS-a o identičnom pitanju apsolutno zanemario, što za posljedicu ima negativan uticaj na razvoj načela pravne sigurnosti u jednom pravnom poretku. Iako, Ustavni sud FBiH nema obavezu donošenja istovjetne odluke kao i Ustavni sud RS po istom pitanju, zabrinjavaju činjenica da se, prilikom odlučivanja, Ustavni sud FBiH nije obazirao na argumente koje je prethodno razmotrio Ustavni sud RS. Ostaje nejasno, da li je Ustavni sud FBiH ne/svjesno zanemario argumente pravne

⁴³ Čl. 73 Zakona o notarima (bilj. 4): „Pravni poslovi koji za svoju pravnu valjanost zahtijevaju notarsku obradu isprava odnose se na: 1. pravne poslove o regulisanju imovinskih odnosa između bračnih drugova, kao i između lica koja žive u vanbračnoj životnoj zajednici, 2. raspolaganje imovinom maloljetnih i poslovno nesposobnih lica, 3. pravne poslove kojima se obećava neka činidba kao poklon s tim što se nedostatak notarske forme, u ovom slučaju, nadomješta izvršenjem obećane činidbe, 4. pravne poslove, čiji je predmet prenos ili sticanje vlasništva ili drugih stvarnih prava na nekretninama, 5. osnivačka akta privrednih društava i utvrđivanje njihovih statuta, kao i svaka promjena statuta. Pravni poslovi, za koje, protivno stavu 1 ovog člana, nisu sačinjene notarski obrađene isprave, ništavi su. Neovisno od odredbe st.1 ovog čl, obaveze notarske obrade isprava mogu biti predviđene i u drugim zakonima. Stranke imaju pravo zahtijevati notarsku obradu isprava i za druge pravne poslove, koji nisu navedeni u st. 1 ili 3 ovog čl. Odredbe ovog čl. vrijede samo tako dugo dok ne budu zamijenjene posebnom regulativom o obavezi notarske obrade isprava, koje ih izričito u cjelini ili u dijelovima stavlja van snage.“

⁴⁴ Formulaciju Ustavnog suda FBiH o diplomiranim pravnicima sa položenim pravosudnim, magistarskim ispitom ili doktoratom koji posjeduju ista, ako ne i veća stručna znanja, moralne kompetencije i sposobnosti, smatram, rječnikom Ustavnog suda FBiH „statistički neprovjerljivom“, pa zbog toga nije jasno zašto se Ustavni sud FBiH odlučio za ovaj argument kao jedan od odlučujućih pri donošenju odluke. Iz obrazloženja nije vidljivo na koji način je Ustavni sud FBiH zaključio da su i svi pomenuti pravници, podjednako ili čak sposobniji za obavljanje poslova iz čl. 73 Zakona o notarima FBiH, zbog toga nažalost, može se konstatovati da je riječ o paušalnoj procjeni ključnog argumenta.

⁴⁵ Kao što su: Zakon o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji Bosne i Hercegovine, Sl. n. FBiH 27/05, 68/05, 43/09 i 63/14; Zakon o stvarnim pravima, Sl. n. FBiH 66/13; Zakon o obligacionim odnosima, Sl. l. SFRJ 29/78, 39/85, 57/89, Sl. l. RBiH 2/92, 13/93, 13/94, Sl. n. FBiH 29/03 i 42/11; Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine, Sl. n. FBiH 80/14; Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Sl. n. FBiH 35/15; Zakon o vanpraničnom postupku, Sl. n. FBiH 2/98; Zakon o izvršnom postupku, Sl. n. FBiH 32/03.

sigurnosti, ekonomičniju zaštitu prava fizičkih i pravnih lica, dokaznu snagu i vrijednost javne isprave, široko polje slobodne procjene zakonodavca koje omogućava da o važnim pravnim poslovima dodijeli isključivu nadležnost službi sa javnopravnim ovlaštenjima? Ukoliko je riječ o svjesnom zanemarivanju argumenata jedne strane koji su iznešeni tokom postupka, odluka je neustavna i potencijalno „utuživa“ pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine. Ako je propust nesvjesne prirode, u tom slučaju uz prethodni zaključak, upitan je razvoj načela pravne države, a koji je povjeren „istaknutim pravnim stručnjacima“ bez adekvatnih znanja!

7. Zaključak

Obrazloženje ustavnosudske odluke treba predstavljati skup važnih/opredjeljujućih argumenata za pojedini zaključak do kojeg je došao Sud. Presuda Ustavnog suda FBiH o neustavnosti odredbi članova 6, 27 i 73 Zakona o notarima FBiH se zasniva na paušalno ustanovljenoj nedozvoljenoj diskriminaciji, bez uvažavanja statističkih podataka, komparativne analize razvoja i tendencija u oblasti notarijata. Naime, Ustavni sud FBiH je bez provođenja testa diskriminacije i uvažavanja argumenata obje strane, odnosno, bez detaljnog obrazloženja ustanovio da su uslovi za obavljanje notarske službe propisani članom 6 stav 2 Zakona o notarima FBiH neustavni i diskriminatorni. Postojanje nedozvoljene diskriminacije je potvrđeno u postupku provjere koji značajno odstupa od postupka kojim je Ustavni sud FBiH ustanovio diskriminaciju.

Argumentacija Ustavnog suda FBiH u vezi člana 27 je neutemeljena, a samim tim i potencijalno utuživa pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine. Naime, Ustavni sud FBiH je, također, bez provođenja testa diskriminacije zaključio da su advokati i notari uporedne grupe u analognoj situaciji. Pravno je neprihvatljiva argumentacija Ustavnog suda FBiH, koja apsolutno zanemaruje argumente o neistovjetnosti dvije službe zbog različitog položaja, vrijednosti i dokaznoj snazi isprava, te (ne)pristranosti. Upravo zbog navedenog nepostojanja uporedne grupe, ne može se utvrditi postojanje nedozvoljene diskriminacije za član 27. Ipak, analizirajući odredbu člana 27 stav 4 jasno je da *numerus clausus* odredba predstavlja ograničenje potpunoj liberalizaciji notarske službe. Ustavni sud FBiH je *a priori* zauzeo stav da ograničavanje konkurencije znanja, kvaliteta, usluga predstavlja neustavan čin. Zbog toga su prezentirana komparativna rješenja i tendencije, koje ukazuju da je *numerus clausus* odredba iz FBiH izuzetno rigidna, ali i uobičajena za latinski tip notarijata. Izuzetno liberalan stav Ustavnog suda FBiH, nažalost, nije potkrijepljen konkretnim statističkim analizama i procjenama uticaja potpune deregulacije ove oblasti. Zbog svega navedenog, odluka Ustavnog suda FBiH u vezi člana 27 je krajnje neuvjerljiva i neutemeljena.

Ustavni sud RS-a je odbio inicijativu o razmatranju ustavnosti odredbe člana 68 Zakona o notarima RS, koja je istovjetna sa članom 73 predmetnog zakona, a za koju je Ustavni sud FBiH utvrdio da je diskriminirajućeg karaktera. Očigledno je da se Ustavni sud FBiH ne trudi da svojim judikatima osigura jedinstvo pravnog poretka i da izbjegne različitu praksu u identičnim predmetima. Ovakva diskrepanca u sudovanju dvije najvažnije sudske instance posljedično utiče na nejedinstvenost pravnog poretka i na pravnu nesigurnost i destabiliziranje evropskog integracionog procesa, a sigurno ne ulijeva povjerenje građana u pravosudni sistem. Naročito je sporan izostanak razmatranja argumentacije Ustavnog suda FBiH iz odgovora na zahtjev, što potvrđuje zaključak o paušalno ustanovljenom postojanju zakonske diskriminacije.

Odluku diskvalificira jezik i nepoštovanje pravnih standarda u odluci. Za instituciju koja se bavi ustavnim sudovanjem to je više od previda, takav postupak je neprihvatljiv. Zaključujući npr. o opredjeljujućem argumentu Ustavni sud FBiH koristi termin „*vrši diskriminacija*” (!?) Diskriminacija se može uspostaviti normativnim aktom koji tretira jednake kategorije na nejednak način bez opravdanog cilja. Formulacija iz obrazloženju odluke da „*je uspostavljen nejednak tretman i zato se vrši diskriminacija*” je ispod svakog nivoa u pogledu pravnog jezika. Judikati najvažnije sudske instance treba da budu ogledalo i urnek za praktično postupanje nižih sudskih instanci, obrazovnih institucija, ali i za pravnike teoretičare. Egzaktno provođenje testa diskriminacije je od posebnog značaja i bez njega nema uvjerljivog stava o postojanju diskriminacije. Prema tome, bez provedenog testa i uz potpuno zanemarivanje argumenata jedne od stranaka, presuda predstavlja „paušalnu” ocjenu. Stav Ustavnog suda FBiH iz odluke, kojim se odbija argumentacija iz odgovora na zahtjev, a kojom su ponuđeni argumenti o notarijatu kao službi koja povećava stepen pravne sigurnosti su pravno nedopustivi. Naime, Ustavni sud FBiH je odbio argument da notarijat povećava stepen pravne sigurnosti u FBiH, „jer nema pouzdanih i relevantnih analiza (...) jer je stvarnost mnogo drugačija”. Nejasno je na osnovu kojih objektivno provjerljivih analiza Ustavni sud FBiH zaključuje da je stvarnost mnogo drugačija, a prethodno insistira na nepostojanju egzaktnih dokaza?!

U vezi sa dopisom Notarske komore FBiH, pojedini argumenti imaju uporište u komparativno-pravnim rješenjima. No, dopis Notarske komore Visokom predstavniku pokazuje da notari ne poznaju ustavni sistem BiH i tipove ustavnih tužbi. Činjenica koja samo obeshrabruje građane o čijoj sudbini bi jednom mogli odlučivati notari, advokati ili sudovi.