

По нашем Кривичном закону, за кривичну одговорност код прикривања потребно је да учинилац зна да је ствар прибављена кривичним делом или да је могао знати да је ствар прибављена кривичним делом. На основу ове одредбе у закону узима се да учинилац код прикривања може бити умишљајни или нехатни (65). Умишљај се састоји у свести односно знању да је ствар која се прикрива прибављена кривичним делом и да се у погледу такве ствари врши прикривање. Није потребна свест о томе којим је кривичним делом ствар прибављена, довољно је ако је учинилац знао да је ствар прибављена извршењем неког кривичног дела уопште. Свест о томе да је ствар прибављена кривичним делом мора постојати у моменту извршења радње прикривања. Нехат у смислу овог кривичног дела постоји ако је учинилац дела могао знати да је ствар прибављена кривичним делом. Да ли је учинилац то могао знати треба ценити према околностима случаја. На пример, цена по којој се ствар продаје, количина и врста ствари, околност да такве ствари или у тој количини то лице не би могло поседовати, итд. Слично се узимало и по ранијем Југословенском кривичном закону (66).

7. — Могућ је стицај између прикривања и подржавања, тј. пружања помоћи учиниоцу после извршења дела, а исто тако између прикривања и изнуде, преваре и фалсификовања исправе (67).

Више радњи прикривања од стране истог лица у погледу једне или више ствари произашлих из истог кривичног дела чине реални стицај. Продужено кривично дело може постојати само под условом да постоје сви елементи потребни за продужено кривично дело. Али је немогуће продужено кривично дело између прикривања и пружања помоћи учиниоцу после извршења кривичног дела (68).

Др. Јанко Ђ. Таховић

О КАПАРИ У ДУБРОВАЧКОМ ПРАВУ КРАЈЕМ XIII И ПОЧЕТКОМ XIV ВЕКА

1. Прописи о капари у Дубровачком статуту и њена примена у свакодневном правном животу у Дубровнику крајем XIII и у XIV веку показују извесне особености и разлике како у поређењу са правима земаља са којима су Дубровчани тог времена долазили у ближи додир, тако и у односу на римско-византиско право које је претстављало основу дубровачког облигационог права. Услед тога ова установа дубровачког права заслужује да буде посебно проучена.

(65) J. Таховић: Кривично право, *op. cit.*, стр. 355; Коментар, *op. cit.*, 265 IV.

(66) T. Живановић: *op. cit.*, § 76 V 2.

(67) A. Schönke — H. Schröder: *op. cit.*, § 259 XI.

(68) A. Schönke — H. Schröder: *op. cit.*, § 259 XI.

Као што је познато, капара може да има различите функције. Правна историја и упоредно право показују да је она служила или служи као начин на који и неформални, неутуживи споразуми добијају правну заштиту, затим као одустаница, као знак да је уговор закључен, као средство за обезбеђење уговора и као посебна форма закључења уговора (1).

Улогу прибављања правне заштите споразумима који нису утуживи имала је капара у старом грчком праву. Познато је да је куповина и продаја била у грчком праву реалан уговор, тако да споразумом уговорних страна о будућој размени робе и новца међу њима још није настајао облигациони однос. Да би такав споразум учинили обвезним, Грци су прибегавали давању капаре. Полагање капаре при закључењу споразума о будућој куповини и продаји имало је за последицу да је лице, које се обавезало на куповину и то не учини, губило дату капару, а лице које се обавезало на продају и не изврши преузету обавезу, било је дужно да врати њен вишеструки (обично двоструки) износ (2). Капара је, као што се види, имала овде сличну функцију као и *stipulatio poenae* у старом римском праву: главна обавеза (куповина и продаја) појављује се као услов чије наступање (неизвршење главне обавезе) даје право на наплату капаре. Ако услов не наступи, тј. ако уговорне стране изврше главну обавезу, сума новца положена на име капаре урачунавала се у цену (3).

Ову функцију капара је имала и у грчком праву доцнијег, хеленског периода, па је као таква примењивана и у свакодневном правном животу у источним провинцијама римске империје (4). Ови локални обичаји имали су утицаја на прописе о капари у Јустинијановој кодификацији, на познату конституцију из 528 год. (С, 4, 21, 17, 2) и на схватање изражено у Институцијама (3, 23, рг.).

Али, с обзиром да је у Јустинијановом праву за уговор о куповини и продаји била довољна проста сагласност воља, капара се овде по својој функцији битно разликује од капаре грчког права. Она је Јустинијановом праву средство одустанка од већ пуноважног уговора; ако је дата капара, и купац и продавац могу одустати од уговора, с тим што је купац губи, а продавац враћа удвостручену. Према тумачењу које данас преовлађује, одустати се могло како од уговора који је закључен само усмено, тако и од *venditiones*

(1) Капара која је у старим правима — јеврејском, римском и многим другима — полагана приликом закључења веридбе (*arrha sponsalia*) није овде узета у разматрање.

(2) E. v. Jagemann: Die Daraufgabe. Vergleichende Rechtsstudie, Berlin, 1879, стр. 1—13; M. Talamanca: L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano, Milano, 1953, стр. 3—35; V. Arangio-Ruiz: La compravendita in diritto romano, Napoli, 1954, стр. 17—18.

(3) У грчком праву, за разлику од римског, капара се увек давала у новцу и претстављала је делимичну исплату цене. — Pringshelm: The Greek Law of Sale, Weimar, 1950, стр. 234 и даље.

(4) R. Taubenschlag: Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes, Mélanges Cornil, II, Paris, 1926, стр. 507 и даље.

cum scriptura, све до тренутка док није састављена исправа (5). То је, према терминологији коју су створили средњовековни правници, *arra poenitentialis*, и она се среће у доцнијој византиској пракси (6), у неким другим средњовековним правима (7) и, изузетно, у неким модерним законодавствима (8) (одустаница нашег права).

У римском класичном праву капара је имала сасвим другу улогу. Она је служила само као знак да је уговор закључен, као *signum* или *argumentum venditionis*. Према средњовековној терминологији, капара са оваквом функцијом назива се *arra confirmatoria* и примењује се у статутарним правима у Италији (9). Многа савремена права дају капари у првом реду ову функцију, па је и према Српском грађанском законнику (чл. 550) капара пре свега „знак тврђе уговора”.

У статутарним правима италијанских градова капари се даје нова улога. Она је према одредбама многих статута и зборника локалног обичајног права (10) не само знак да је уговор закључен, већ служи и као средство обезбеђења извршења уговора. Према прописима тих статута, ако је при закључењу уговора положена капара, па не дође до извршења уговора, страна која није крива моћи ће да бира између тужбе за испуњење уговора и одустанка од њега, с тим што ће јој припасти капара. Капара, дакле, не служи као одустаница, јер уговорне стране немају права да бирају између извршења уговора и њеног губитка, већ она служи да појача уговор, тиме што ће у случају неизвршења уговорних обавеза недужна страна имати на расположењу две могућности — да поднесе тужбу за извршење уговора, или да се задовољи износом положеним на име капаре. Познато је да и у нашем данашњем праву (чл. 550 Срп-

(5) P. Collinet: *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, I, Paris, 1912, стр. 85—113; V. Arangio-Ruiz: нав. дело, стр. 101—105, где се истиче да је код *venditiones sine scriptura* капара имала исту улогу као и у грчком праву, јер је полагана приликом усменог договора уговорних страна, а пре састављања исправе, дакле пре него што се сматрало да је уговор коначно закључен. — Супротно мишљење има R. Monier: *Manuel élémentaire de droit romain*, II, Paris, 1936, стр. 172, који сматра да је код уговора који се закључују усмено улога капаре била само конфирмативна.

(6) M. Talamanca: нав. дело, стр. 81; R. Monier: нав. дело, стр. 173.

(7) На пример, у млетачком праву. Млетачки статут не садржи прописе о капари, али је по обичајном праву уговорна страна која одустане од уговора губила положену капару, односно морала је да је врати удвостручену. V. M. Ferro: *Dizionario del diritto commune e Veneto*, Venezia, 1878, том I, стр. 328.

(8) Члан 1590 Code civil-а тумачи се у француској доктрини и пракси екстензивно, тако да се, са малим изузецима, сматра да је капара по правилу средство одустанка од уговора. Planiol-Ripert: *Traité pratique de droit civil français*, том X, Paris, 1956, стр. 234—248.

(9) A. Pertile: *Storia del diritto italiano*, Torino, 1893, Vol. IV, стр. 473; E. Besta: *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, стр. 147 и даље. Пример за капару са овом функцијом пружа поред осталог статут града Рима, I, 112, који прописује: „*Datio arae in quolibet contractu perficiat emptioem, nec liberetur emptor volens arrham amittere, nec venditor volens eam reddere*”.

(10) Тако према већини статута италијанских градова. E. Besta: нав. дело, стр. 146 и A. Pertile: нав. дело, стр. 474. На пример у зборнику права града Пизе (Const. usus pis. civ. 36) каже се да ако је приликом закључења куповине и продаје дата капара и купац хоће да раскине уговор, продавац ће одлучити да ли ће поднети тужбу за извршење уговора или ће се задовољити капаром.

ског грађанског законика и чл. 908 Општег грађанског законика) капара има ову функцију.

Најзад, капара је у неким правима и посебна форма закључења уговора. У раном средњовековном праву у Италији, у време када куповина и продаја још није била консенсуалан уговор, полагање капаре претстављало је једну од форми закључења овог уговора (11), и то у неким провинцијама обавезну форму при куповини и продаји непокретности (12).

2. Дубровачки статут посвећује капари две главе.

Прва се налази у седмој књизи Статута (Ст. VII, 37), међу прописима који се односе на поморско право, и има у виду капару коју полажу трговци приликом закључења уговора о закупу брода.

Други текст је у осмој књизи Статута (Ст. VIII, 17), што показује да је нешто доцнијег датума (13) и односи се на уговоре који су обухваћени заједничким термином *mercatum*. Овај се термин употребљава у дубровачким изворима обично у значењу уговора о куповини и продаји (14), али му је значење некад и шире (15), тако да би се могло закључити да овај други пропис има у виду све уговоре који трговци закључују у оквиру своје професионалне делатности, као и сваки други уговор о куповини и продаји. Према томе, иако је донет после првог текста овај други текст је општи текст.

И један и други текст разликују две врсте капаре, капару од једног фолара и капару већу од једног фолара, и приписују им различите функције.

Ако се на име капаре положи само један фолар, она служи као знак да је уговор закључен, а код уговора о закупу брода још и као обавезна форма закључења уговора. Капара већа од једног фолара имала је улогу одустанице.

Конфирмативна улога капаре од једног фолара произилази јасно из оба текста:

(11) G. Astuti: I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Milano, 1952, стр. 229—230 и 350 и даље.

(12) Consuet. Neapoli. tit. 30: „Venditionis contractus super stabilibus est nullus ipso iure, nisi artha data fuerit, vel tradita rei venditae possessio“. Наведено према G. Astuti: нав. дело, стр. 230.

(13) Као што је познато, осма књига Дубровачког статута отворена је после његове прокламације (после 1272). Глава VIII, 17 није датирана, као што нема датума ниједна глава испред ње (изузев друго, накнадно дописаног дела главе VIII, 14); а прва глава осме књиге која има датум је глава XXII од 7 јула 1275. С обзиром да су главе у осмој књизи Статута сврстане хронолошки, овај пропис о капари донет је после 1272, а пре 7 јуна 1275.

(14) У Статуту се термин *mercatum* употребљава у значењу уговора о куповини и продаји на следећим местима: Ст. VI, 17 (продаја соли у виду трговине), Ст. VI, 59—61 (забрана трговине са Далматинцима), Ст. VIII, 22 (о трговини на кредит), Ст. VIII, 40 и 83. — Према речнику Du Cange: *Glossarium mediae et infimae Latinitatis*, Tomus V (Niort-Londres, 1885), *mercatum* је „contractus emptiois vel venditionis (nostris „marché“)“.

(15) На пример у Статуту у тексту који се овде даље наводи о уговору о закупу брода — *De mercato quod sit de paulo et agris* — Ст. VII, 37. У архивском материјалу се *mercatum* може наћи у значењу уговора о превозу робе — в. документ објављен у збирци Г. Чремошкина: Историјски споменици дубровачког архива, Београд, 1932, документ бр. 414 — али и уговор о куповини и продаји непокретности — в. објављен документ у збирци G. Čremoškina: *Spisi Dubrovačke kancelarije*, Zagreb, 1951, књ. I, документ бр. 309.

„Ако неко закључи *mercatum* и за тај *mercatum* положи капару од једног фолара, *mercatum* је у сваком случају чврст и не може се покајати” (16) (Ст. VIII, 17, 1).

„(1) Трговци који желе да узму у закуп неки брод или барку, дужни су да плате на име капаре један фолар, у присуству бродског писара, да би посао био чврст, а писар је дужан да забележи да је капара дата, као и све оно што је међусобно уговорено. (2) И ако трговац или трговци хоће да напусте тај брод или барку дужни су да власнику плате целу закупнину, у висини како је уговорено, сваки за свој део” (17) (Ст. VII, 37).

Као што се види, полагање капаре је према првом тексту факултативно („Ако неко [...] положи капару“). Уговорне стране могу да плате капару од једног фолара ако то желе, али она нема никаквог утицаја ни на настајање уговора, ни на његову даљу судбину: када је уговор једном закључен, он постаје „чврст” и ни једна уговорна страна не може више од њега одустати. Текст наглашава да је уговор чврст „у сваком случају” (*omnimodo*) — дакле било да је капара положена, било да није и посебно истиче да се уговорне стране не могу више „покајати”, што значи да капара нема улогу одустанице. Она је, према томе, само знак да је уговор закључен.

Према другом тексту, капара је саставни део обавезне форме за закључење уговора о закупу брода („дужни су да плате на име капаре један фолар“). За испуњење потребне форме у којој се овај уговор према прописима Статута закључује потребно је још и да бродски писар убележи све одредбе уговора у бродску књигу (Ст. VII, 3, ст. 1). Даља функција овако положене капаре је и код овог уговора само конфирмативна. Као ни у првом случају, ни овде се једном закључени уговор не може више раскидати. И у овом тексту се каже да се капара даје да би уговор био „чврст“, а у следећем ставу се понавља, експлицитније него у општем тексту, да се од уговора не може одустати: купац ће бити дужан да одговори својој обавези, без обзира да ли ће користити закупљени брод или не (Ст. VII, 37, ст. 2). Притом више купаца стоје према власнику брода у подељеном облигационом односу и сваки плаћа закупнину само за свој део. Од ове обавезе купац ће бити ослобођен једино ако умре пре него што је отпочео утовар (*ib.* ст. 4), односно ако је робу пре своје смрти делимично утоварио, платиће закупнину само за одговарајући део (*ib.* ст. 5) (18).

(16) „Si aliquis fecerit mercatum cum aliquo et pro ipso mercato dederit arram unum follorum, mercatum ipsum sit omnimode firmum, et penitere non possit”. Статут, VIII, 17, цитирано према изд. Вогишић — Јиречек, Загреб, 1904.

(17) „(1) Mercatores qui nauigare voluerint navem aliquam vel lignum, debent dare unum foliarum pro arris, in presencia scribani navis, quod mercatum sit firmum, et scribanus teneatur scribere ipsas arras et pacta omnia que in simul fecerint. (2) Et si mercator vel mercatores valent dimittere ipsam navem vel lignum, emendare debeat patrono totum naulum de quanto ipsi habuerint nauicatum, quilibet pro parte sua”.

(18) „(4) Et si aliquis illorum qui nauicassent navem vel lignum, moritur antequam poneret in nave et arras dedisset, nihil debeat satisfacere patrono de naulo. (5) Et si aliquid in naulo posuisset, volumus quod solvere debeat secundum rationem mercium que intus fuerint posite”.

Капара већа од једног фолара имала је, напротив, улогу оду- станице. Уговорна страна која је положила капару могла се осло- бодити уговора с тим што је друга уговорна страна задржала прим- љену капару.

У глави о закупу брода стоји:

„Али ако на име капаре дају више од једног фолара, па- трон брода треба да се држи капаре” (19) (Ст. VII, 37, ст. 3).

Иако овај текст није довољно прецизан, он је, када се повеже са претходним реченицама (20), разумљив: закупца брода дужан је да плати уговорену закупнину и у случају када неће да користи за- купљени брод, али ако је дао капару већу од једног фолара, патрон не може да тражи од њега исплату закупнине, већ се мора задово- љити примљеном капаром (21).

У глави која говори о капари која се полаже при закључењу осталих уговора, изричито се каже да уговорна страна која да ка- пару већу од једног фолара може да одустане од уговора:

„Али ако да два или више фолара, или нешто друго на име капаре, може се покајати, но ипак дужан је да врати удво- стручену капару” (22) (Ст. VIII, 17, ст. 2).

Међутим, питање је да ли је и друга уговорна страна, она која је примила капару већу од једног фолара, могла да раскине уговор.

Код уговора о закупу брода Статут не говори ништа о праву патрона брода да се враћањем удвостручене капаре ослободи уговор- них обавеза. На основу тога би се могло закључити да је од уговора могао да одустане само закупца брода.

Друкчије је код осталих уговора. У цитираном тексту Ст. VIII, 17, ст. 2, каже се да се „покајати” може онај ко је дао капару — гла- голи *dederit* („дао је”) и *possit* („може”) имају исти субјект. Али у дру- гом делу ове реченице као последица одустанка од уговора наведена је обавеза да капара буде враћена у двоструком износу, што ни у ком случају не може претстављати обавезу оне уговорне стране која је капару положила, већ стране која ју је примила. Глаголи *possit* и *teneatur* имају, очигледно, различите субјекте. Види се да је текст непотпун и да су испуштени како последица одустајања од уговора оне стране која је дала капару, тако и разлог обавезе да се врати *arrhas duplicatas* — удвостручена капара.

Отуда се, и поред лоше стилизације ове главе Статута, може рећи да су код осталих уговора полагањем капаре веће од једног фо-

(19) „(3) Si vero darent pro arris ab uno follaro supra, patronus navis se tenere debeat ad arras”.

(20) Цитираним овде напред — в. примедбу (17).

(21) Овај пропис на исти начин тумачи и V. Brajković: *Étude historique sur le droit maritime privé du littoral yougoslave*, Marseille, 1933, стр. 176—177.

(22) „Si autem dederit duos follaros vel plures, vel aliquid aliud pro arris, possit penitere, teneatur tamen arras restituere duplicatas”.

лара обе уговорне стране добијале право да уз губитак капаре односно враћање њеног удвострученог износа одустану од уговора. Код тих уговора је, дакле, у потпуности примењиван режим *arrhae poenitentialis* византиског и других средњовековних права.

3. Као што се види, оригиналност прописа о капари у Дубровачком статуту састоји се у томе што се према вредности положене капаре разликује њена функција. Ни у једном праву које је могло извршити извештај утицај на дубровачко право није примењиван такав режим капаре, нити се слични прописи могу наћи у статутима других далматинских градова.

Остали статуди наших далматинских градова, уколико се у њима уопште спомиње питање капаре, или одређују да ће њена улога бити само конфирмативна (23), или према вредности предмета уговора разликују да ли ће бити конфирмативна или одустаница (24). Једини изузетак чини статут острва Корчуле, који скоро дословно понавља текст одговарајуће главе Дубровачког статута (25), што је, међутим, вероватно последица утицаја дубровачког права на локално право Корчуле.

У недостатку потребних извора веома је тешко објаснити услове и утицаје који су довели до стварања ових занимљивих правила о капари у дубровачком праву.

Са извесном сигурношћу могло би се закључити једино да капара као средство одустанка од уговора значи примену Јустинијановог, односно византиског права (26). *Arrha poenitentialis* примењује се, такође, и у правима оних земаља са којима Дубровчани, у доба када је донет Статут и у деценијама непосредно после тога, највише долазе у додир, и која су у области облигационих односа била под непосредним утицајем византиског права — а то су млетачко право и право у градовима средњовековне Србије (27). Врло је вероватно

(23) То су статуди градова Скадрина (глава 6), Сплита (III 96), и Котора (глава 298). Прописи о капари у прва два статута су много прецизније формулисани него што је то учињено у Дубровачком статуту. Према Сплитском статуту капара се даје у присуству два сведока и „ни купац ни продавац не могу раскинути уговор“. О капари према Которском статуту види напомену (34).

(24) Задарски статут, III, 25 и 26. Ако је дата капара, обе уговорне стране могу одустати од уговора уз њен губитак, односно уз враћање двоструког износа положеног на име капаре. Изузетак чине уговори о куповини и продаји покретних ствари чија је вредност мања од двадесет фунти млетачких динара, када је капара само знак да је уговор закључен. После извршене предаје предмета уговора ни у ком се случају више не може одустати од њега, а купац, који не исплати цену у уговореном року плаћа зајезне камате.

(25) Статут острва Корчуле, II, 38: „Si quis mercator [...] dederit unum denarium parvum pro armis, mercatum sit firmum et venditor teneatur dare et emptor recipere merces; et ab uno denario supra si aliquis dederit arras, illi, pro quo remanebit mercatum, teneatur solvere alteri parti arras in duplum“.

(26) Не улазећи у питање да ли је реч о неком континуитету римско-византиског права у Дубровнику, или о рецепцији римског права.

(27) За режим капаре у млетачком праву види напомену (?). — О утицају византиског права на млетачко в. А. Albertoni: *Diritto bizantino, diritti balcanici, diritto italiano*, Roma, 1930; F. Brandileone: *Il diritto bizantino nell'Italia meridionale dall'VIII al XII secolo*, Bologna, 1886. — Према Синтагми Матије Властара (која је долуше нешто млађа од Дубровачког статута) ако купац раскине уговор, губи дату капару, а ако то учини продавац, мора је вратити удвостручено. Ст. Новаковић: Матије Властара Синтагма, Београд, 1907, Глава Д — О коуплени и продаји, Закони градски (стр. 80).

да је ова функција капаре у дубровачком праву старија и једина у старом дубровачком обичајном праву — *consuetudo* (28) да би, крајем XIII века, била модификована, односно допуњена новим прописима Статута (29).

Што се тиче капаре од једног фолара, питање се поставља не само зашто се поред капаре-одустанице уводи и капара која је само знак да је уговор закључен, већ и откуда је дошло до тога да је баш капари од једног фолара дата ова друга улога.

Конфирмативна улога капаре од једног фолара не би се могла непосредно довести у везу са одговарајућим принципом римског класичног прва, који се понавља на једном месту у Василикама (30), али није примењиван у свакодневном правном животу у Византији. Не изгледа вероватно ни да би се порекло капаре од једног фолара могло наћи у неким правним обичајима словенских племена (31).

Много вероватније, напротив, изгледа да је капара од једног фолара, која служи само као знак да је уговор закључен, требало да задовољи нове потребе правног саобраћаја у условима живљих робно-новчаних односа и развијеније трговине који постоје у Дубровнику овог периода.

Чињеница је да трговина и живљи робно-новчани односи захтевају већу сигурност правног саобраћаја и, у складу са тим, извесност да уговорне стране неће моћи да отступе од једног закљученог уговора. Са продирањем принципа да је консенсуална форма довољна за закључење уговора, у италијанском средњовековном праву улога капаре се такође своди на конфирмативну. У правима италијанских градова шири се учење да је капара само *signum venditionis* и да се уговор не може раскидати. Болонски нотар Роландино унео је у своју чувену збирку нотарских формула и формулу за *contractum arrhale*, у којој се поред осталог наглашава да када је једном дата капара, ни једна од уговорних страна не може више одустати од уговора (32), а Статути, као што је речено овде напред, доносе одгова-

(28) У прилог томе би говорила и стилизација одредаба о капари у Статуту: прво се јасно и довољно детаљно одређује да се од уговора не може одустати ако је положена капара од једног фолара, па се затим непотпуно и недовољно јасно каже да је капара већа од једног фолара одустаница. Добија се утисак да је законодавац сматрао да је ова друга капара довољно позната и да о њој не треба подробније говорити.

(29) Према F. Callaso-у, чије је мишљење данас опште прихваћено, улога градских статута у доба трговачког процвата италијанских градова је да мењају и допуњују обичајно право локалним прописима. F. Calasso: *Introduzione al diritto commune*, Milano, 1951, стр. 59 и даље. — И за Дубровачки статут се може рећи да је поред прикупљања већ постојећих прописа доноси нове који су прилагођавали дубровачко право новим условима, а пример за то дају и прописи о капари. Исто тако би се и за друге статуте наших далматинских градова могло рећи да дајући капари конфирмативну улогу негирају њену ранију улогу одустанице.

(30) Basil. XIX, 1, c. 33. — Насупрот томе на другим местима, напр. Basil, XXII, 1, cap. 76 — капара је *acta poenitentialis*.

(31) Поготово ако се усвоји да је у старом дубровачком обичајном праву примењивана само капара-одустаница, а да је капара од једног фолара доцнијег датума. Осим тога, у недостатку извора практично је немогуће ма шта доказати о евентуалном утицају словенског обичајног права на дубровачке прописе о капари.

(32) Rolandino Passageri, *notario de Bologna* (siglo XIII), Aurora, ed. Istituto Colegio notarial de Madrid, Il congresso internazionale del notariato latino, Madrid, s.a. — Cap. I, 1, Instrumentum arratum.

јуће прописе о томе. Притом није искључено да су правници, тражећи решење за нове потребе, полазили од оног дела текста Јустинијанових институција (III, 23) који говори о конфирмативној улози капаре.

На сличан начин и из истих разлога је и у Дубровнику капара од једног фолара имала за циљ да у уговорима који се склапају у трговини, у циљу веће стабилности уговора, замени капару-одуста-ницу.

У прилог таквом гледишту говорила би и чињеница да Статут, доносећи правила о капари од једног фолара, има у виду *mercatum*, уговор који закључују трговци, било да трговац закупује брод, било да продаје и купује робу или склапа неки други посао. И архивски материјал показује да се капара од једног фолара полагала увек при закључењу уговора у трговини, а нису нађени подаци да се давала и приликом склапања уговора о куповини и продаји непокретности (33).

Могућа је претпоставка да је обичај да се при склапању уговора да један фолар капаре, како би се тиме обележило да је уговор закључен, настао прво код уговора о закупу брода, служећи уједно као део обавезне форме закључења ових уговора. Трговци су затим то своје искуство преносили и на друге уговоре, па је најзад и Статут потврдио настали обичај, прописујући да ако се на име капаре положи само један фолар, она неће имати улогу одустанице.

На питање зашто је полаган баш један фолар није могуће одговорити на основу материјала којим се располаже. Податак да и Которски статут везује за капару од једног фолара одређене последице (34) указује само на локални карактер овог обичаја.

Извесно поређење би се, можда, могло учинити са трговачким обичајима у Италији, познатим под именом *Denaro del Dio* који се са-стојао у томе што се при закључењу уговора давала извесна мала сума новца у побожне сврхе као знак да је уговор закључен (35).

(33) На пример, капара од једног фолара положена је приликом закључења уговора о испоруци соли између дубровачке општине и Фредерика Теодори де Галубо, 13. августа 1284. Фредерик се обвезао да ће својим бродом отићи у Драч, набавити со и продати је дубровачкој општини по цени од 14 перпера по дубровачкој метарској центи. Општина је дужна да му плати уговорену цену у року од три дана од дана истовара соли. Стипулисана је уговорна казна од 100 перпера, коју плаћа уговорна страна која се не буде придржавала одредаба уговора другој уговорној страни. („[...] pro quo mercato datus fuerit unus follatus pro arta. Et predicta omnia una pars alteri observare promissit sub pena upp. C a parte non observante parti observanti solvendum.”) *Diversa Cancellariae*, II, 32/1. — Капара од једног фолара положена је и при закључењу уговора којим се Марин Посолчић обвезао Фуску Винколи да ће однети једно писмо дубровачког кнеза Добросаву Водачи — в. С. *Сremošnik: Spisi dubrovačke kancelarije*, бр. 745. — Капара већа од једног фолара полагана је обично код уговора о куповини и продаји непокретности и бродова. На пример, у имбревијатури уговора о куповини и продаји једне једрењаче, закљученог између Димитрија Соацина из Улпиња и Валтера Лафрасора из Варула забележено је да је Димитрије примио од купца Валтера на име делимичне исплате цене и на име капаре 20 перпера. Цена једрењаче је 100 перпера. На крају имбревијатуре дописано је да је купац исплатио и остатак цене и да му је предата једрењача. — Г. Чremoшник: *Историски споменици*, бр. 282.

(34) У Которском статуу спомиње се само капара од једног фолара. Ако је дата капара и сведоцима се докаже да се једна уговорна страна није држала уговорних одредаба, та ће страна морати да плати другој уговорној страни казну од 10 перпера; ако није положена капара, доказивање се не може вршити сведоцима („[...] testificatio autem sine arrhis non teneat nec valeat”) (Ст., глава 298).

4. На крају није без интереса навести неколико уговора о куповини и продаји из дубровачке праксе крајем XIII и прве половине XIV века, код којих је положена капара релативно велике вредности, а заслужују да се на њих обрати пажња, због посебних модалитета који су били уговорени.

21 марта 1283 закључен је уговор између Мартинусија Марина Растића из Улциња са Бартоломеом де Рубино из Млетака о испоруци дасака у вредности од 10 фунти великих млетачких солида. У уговору стоји да је Мартинусије примио на име капаре и као делимичну исплату цене три фунте великих солида. Ако даске не буду испоручене у уговореном року, уговор се раскида а продавац је дужан да врати удвостручену капару. Обе уговорне стране дале су јемце, и то купац да ће платити по извршеној испоруци остатак цене а продавац да ће вратити удвостручену капару ако не изврши испоруку у уговореном року (37).

23 марта 1281 продала је Драга, ћерка Матије Дончија својој сестри Доминики виноград за 124 перпера и примила одмах као капару 80 перпера. Доминика се обавезала да ће остатак цене исплатити у року од године дана, а ако то не учини уговор се раскида („*sine ulla condicione*“) и положена капара остаје продавцу (38).

28 октобра 1352 објављено је да је Марин Соркочевић продао Нику Мартинушићу виноград у Брену за 400 перпера. Марин је примио од купца одмах 100 перпера на име капаре („*pro capara et pro solutionis*“), под условом да се, ако купац не исплати преосталих 300 перпера у року од четири месеца, уговор раскида и капара остаје продавцу (39).

Прва два уговора састављена су писмено и уговорним странама издате су нотарске карте. У трећем случају исправа још није била издата, већ је само забележено у канцелариску књигу да је продаја објављена.

У сва три случаја на име капаре положени су знатни износи — једна трећина, скоро две трећине и једна четвртина цене — и ка-

(35) *Denago del Dio* разликује се од капаре по томе, што се не даје другој уговорној страни, већ трећем лицу. У једном доцнијем периоду трговци су у својим радњама држали посебне касице, у које би купци убацивали новчић — *Denago del Dio*. Обичај да се при закључењу уговора даје мала сума новца у побожне сврхе, као знак да је уговор закључен, био је широко распрострањен у Ломбардији, Пијемонту и Тоскани, као и у неким другим областима у доба статутарних права. — E. Besta: нав. дело, стр. 147—148.

(36) У архивском материјалу из овог периода ретко се срећу документи у којима се спомиње капара. Ово би се могло објаснити чињеницом да су се уговори у поморству бележили у дневнике брода који нису сачувани, а остали великим делом у приватне књиге трговаца које такође нису сачуване. Осим тога могуће је да се капара полагала обично онда када је уговор закључиван само усмено.

(37) Г. Чремошник: Историски споменици, бр. 287.

(38) G. Čremošnik: Spisi Dubrovačke kancelarije, бр. 468.

(39) *Sententiae di Cancellaria*, I (год. 1352), фолио у почетку без броја. У документу се каже да је капара примљена „*hoc pacto et condicione*“ да ако купац не плати остатак цене у уговореном року, „*dicti upperperi quod dictus dominus Nico dedit pro capara et parte solutionis sint liberi et apsoluti dicti Marini*“, а „*venditio sit revocata et non valeat*“.

пара према томе има улогу коју даје Статут капари већој од једног фолара, тј. она је одустаница. Али, с обзиром да је у прва два случаја већ издата исправа, та два уговора се вероватно више не би могла раскинути само на основу тога што је дата капара, јер се ни према римско-византиском праву није више могло одустати од уговора када је исправа већ сачињена.

Међутим, сва три уговора садрже још и посебне одредбе у погледу рока за извршење обавезе једне од уговорних страна — у првом случају продавца, у друга два случаја купца — на основу којих се уговор раскида ако та обавеза не буде извршена у уговореном року. Рок је овде битан саставни део правног посла и уговор се раскида *ipso iure*. По томе што се раскид уговора везује за неиспуњење о року, ови уговори потсећају на фиксне послове у савременом праву (40). Само, за разлику од фиксних послова, овде се не оставља да се тек у случају раскида уговора расправља питање кривице уговорне стране која није испунила обавезу о року, и према томе и питање висине накнаде штете. Уместо тога, уговорна страна према којој није извршена обавеза у уговореном року добија капару; у првом уговору се чак и посебно истиче да продавац враћа купцу удвостручену капару „за накнаду штете и трошкова које је учинио“ (41).

Интересантно је да су и у римском класичном праву, као што сведоче два текста у Јустинијановој кодификацији (42), закључивани уговори о куповини и продаји са клаузулом према којој се уговор раскида у случају да купац не плати цену у уговореном року, а капара остаје продавцу.

Питање је где су дубровачки трговци налазили свој узор када су закључивали овакве уговорне клаузуле, али оне у сваком случају сведоче о релативној развијености дубровачког облигационог права у овом периоду.

Др. Јелена Цвејић

ОДУМИРАЊЕ ПРАВА И ЗАКОНОДАВНИ ОРГАНИ ВЛАСТИ

I. — Пратећи неке радове и дискусије у вези с одумирањем државе и права, стјече се дојам, да се читав проблем којипут посматра сувише једнострано и једноставно. Тежиште се поставља на

(40) Од *lex commissoria* ове се клаузуле разликују по томе, што према *lex commissoria* купац само придржава право да у случају да цена не буде плаћена о року тражи раскид уговора, али он исто тако може и да тражи испуњење, тј. исплату цене. Осим тога код *lex commissoria* раскид уговора се тражи зато што купац није извршио обавезу о року, а у првом случају се уговор раскида зато што то није учинио продавац.

(41) „Pro satisfactione dampnorum et expensarum factorum per eum [...]“.

(42) Scaevola, D. 18,3 fr. 6 и fr. 8 и конституција Каракале С IV, 54, Const. 1, A. 216. — R. Monier: нав. дело, стр. 171.