

динствене казне малолетничког затвора пунолетном лицу за кривична дела која је извршио као пунолетан било би неприхватљиво јер би усвајањем оваквог решења пунолетна лица за кривична дела извршена после пунолетства (можда чак и знатно времена касније после пунолетства) била осуђивана на малолетничку казну само због тога што су и као малолетници извршили неко кривично дело које је из било којих разлога остало не-пресуђено.

С обзиром на напред изложено, несумњиво је, да недостатак изричитих прописа у КЗ којима би се регулисало питање одмеравања казне за кривична дела у реалном стицају у случајевима када су нека од њих извршена пре а нека после пунолетства учиниоца може да створи тешкоће у судској пракси. То може да доведе до различитог поступања од стране појединих судова јер постојећи прописи КЗ не дају основа за изналагање најцелисходнијих решења у свим ситуацијама које могу да настану при одмеравању казне у оваквим случајевима. Стога би уношење једне изричите одредбе у КЗ, која би ово питање на најцелисходнији начин прецизно регулисала, било потребно и оправдано.

Др. Мирослав Ђ. Ђорђевић

КАПАРА

— Њено одређивање и могућност смањења од стране суда —

I. — „[...] Ни у ранијим ни сада важећим правним правилима није предвиђено до које би висине капара, ако је дата у новцу односно до које би вредности, ако је тада у другим стварима, могла износити. То је препуштено вољи и споразуму странака, а капара чија висина у новцу износи половину купопродајне цене [...] није противна ни добрим обичајима ни нашем поретку [...]“ — (Врх. суд НР Б. и Х. Гж72/57 од 9. 10. 1957. *Правни живот*, бр. 3—4/1958, с. 48—49.)

II. — „Уговорени износ капаре од 200.000.— дин је упадљиво велик према износу куповне цене од 725.000.— дин. — [...] Показује се очевидно правилним гледиште да се на овај начин може смањивати и пресуђивати обавеза дужника о капари кад је она уговорена у претерано високом износу.“ — (Сав. врх. суд Рев. 149/58 од 17. 4. 1958—*Збирка суд. одлука*, књ. III/1, с. 94—96.)

1. — У наведеним деловима одлука наших врховних судова покренута су занимљива питања одређивања висине капаре и могућности њеног смањења од стране суда у случају кад је она прекомерно одређена.

Судови су заузели различите ставове: Врховни суд НР Босне и Херцеговине сматра да капара чија висина у новцу износи половину купопродајне цене није прекомерна и не противи се добрим обичајима, те је пуноважна, док Сав. врх. суд сматра да се капара чија висина износи и испод једне трећине купопродајне цене може смањити као прекомерна. — Да би се могао заузети став по овим питањима, потребно је осврнути се на природу и функцију капаре у нашем праву.

Капара је она сума новца или нека друга имовинска вредност коју при закључењу уговора даје једна страна другој или обе стране међусобно дају као знак да је уговор закључен и као средство осигурања његовог извршења. Из природе капаре излази да она има у нашем праву двоstrуку функцију: 1) да служи као знак да је уговор закључен и 2) да служи осигурању да ће се уговор извршити (1). Она, дакле, долази у реална средства обезбеђења извршења облигација.

2. — Уговарање капаре као споредне обавезе припада странама-уговорницама. Оне се споразумевају о капари и одређују њену висину по својој слободној вољи. Принцип допуштености уговарања капаре изражен је код нас у узанси број 43 Општих узанса за промет робом на следеће начин: „Странке могу уговорити капару“ (2). Странкама такође припада право да слободно одреде њену висину. Ни Опште узансе за промет робом а ни правила наших старих грађанских законика, као ни страни грађански законници не садрже прописе о одређивању висине капаре и о евентуалној граници уговарања висине капаре.

Стога је правилно становиште изнето у решењу Врх. суда НР Б. и Х. да „ни у ранијим ни сада важећим правним правилима није предвиђено до које би висине капара, ако је дата у новцу односно до које би вриједности, ако је дата у другим стварима, могла износити“. Али се не бисмо могли да сложимо да „капара чија висина у новцу износи половину купопродајне цене није противна добрим обичајима ни нашем поретку.“ Уговарање капаре стварно није противно основама нашег правног, политичког и друштвено-економског поретка, али се не може рећи да, ако је капара уговорена у прекомерном износу, то одговара нашим данашњим схватањима. Ако би се допустило да странке могу уговарати капару у прекомерном износу, капара би добила функцију приватне казне, а наше друштво је далеко од тога да би допустило примену те санкције. У нас, и уговорна казна која по својој функцији представља грађанску санкцију у случају потпуног односно делимичног неизвршења уговора не може бити прекомерно одређена и може се снизити на захтев дужника (3); тим пре ово правило треба да се примени и на капару која има сасвим другу функцију: да осигура извршење уговора предајом одређене имовинске вредности у својину од стране дужника повериоцу. Сем тога, уговарање високог износа капаре значило би претерано економско оптерећење и осиромашење једне стране, а присвајање без противдавања и обогаћење на другој страни. Уго-

(1) Функција капаре се кроз историју мењала а ни данас у појединим законодавствима није јединствена. Тако у швајцарском праву (чл. 158 Зак. о облигацијама) капара је само знак да је уговор закључен, док у немачком праву (§§ 336 и 338 Нем. грађ. зак.) она има и казнену функцију (за даваоца капаре), а у француском праву (чл. 1590 Code civil-а) има искључиво функцију одустанице, а у грчком праву (чл. 402 Грч. грађ. зак.) она представља накнаду штете. И наша судска пракса је била колесљива и давала капари различите функције. Међутим, данас је заузет чврст став о њеној двострукој функцији: знака да је уговор закључен и осигурања његовог извршења. Према Општим узансима за промет робом капара представља и форму закључења уговора (в. узансу број 43, ст. 2).

(2) И судска пракса се о томе изјаснила за уговоре који се закључују између физичких и грађанских правних лица: „Установа капаре са свима њеним последицама није у супротности са начелима нашег социјалистичког поретка, јер је капара предвиђена у чл. 43—47 Општих узанса. Кад установа капаре важи у социјалистичком сектору онда се она има признати и у приватном сектору“ (Врх. суд НР ВиХ Гзз 19/54 — „Правни живот, бр. 10-11/1955, с. 36—37).

(3) В. узансу бр. 252 Општих узанса за промет робом.

варање прекомерне капаре довело би до експлоатације једне стране од друге, што је свакако у спуротности са схватањима нашег друштва.

3. — Против изнетих навода могао би се ставити приговор да саме странке треба да воде рачуна о својим интересима и да не уговарају прекомерну капару. Међутим, изгледа нам да је потребно допустити мешање суда као представника општих друштвених интереса и у овом случају и не допустити могућност експлоатације једне стране од друге и при уговарању прекомерне капаре. Ако би се дозволило прекомерно уговарање капаре, њена функција би се изменила и она би постала једна врста приватне казне а тиме би несумњиво био повређен и друштвени интерес. Капара има за задатак да обезбеди уговорну дисциплину и нормално поштење у промету а не да омогући лично богаћење на рачун туђег рада и стицање имовинских вредности без противдавања, чак и од стране савесне странке према кривој — несавесној странци.

Као аргумент против смањења прекомерне капаре могло би се навести и то да се дозвољавањем смањења прекомерне капаре штити несавесна (крива) страна која није извршила обавезе из уговора а вређа савесна страна. Овај аргумент не стоји јер несавесна страна треба да у сваком случају изгуби капару односно да да двоструку капару, али губитак капаре не сме да значи потпуну економску пропаст за дужника и угрожавање његове егзистенције. Као што у привичном праву важи правило да се у случају сумње тумачи у корист кривца (4), тако и у облигационом праву можемо усвојити правило да обавезу дужника можемо да смањимо у случају кад је она прекомерно одређена споразумом странака, па чак ако је у питању и несавесни дужник. Дужник који губи капару односно који предаје двоструку капару треба да осети и сноси последице повреде уговорне дисциплине али та грађанска санкција треба да буде правична, а она је правична ако је умерена. То не значи да не треба да постоји слобода уговарања при одређивању висине капаре али се не сме дозволити да се она претвори у своју супротност — злоупотребу те слободе и уговарање прекомерне капаре.

Не би смо могли да се сложимо са схватањем да је корисност капаре неупоредиво већа од евентуално њене неправичности (5). Капара треба да служи као средство обезбеђења извршења облигација а не као средство експлоатације једне стране од друге, па чак и кад је реч и о кривој страни. Капара мора да буде правично одређена. Уколико су је странке уговориле у прекомерном износу, неправична је и може да се захтева њено смањење.

4. — Савезни врховни суд је, у недостатку позитивних прописа о могућности смањења прекомерне капаре (6), применио правила која се односе

(4) У облигационом праву важи слично правило да се у случају сумње одредбе уговора тумаче у корист дужника.

(5) В. Радомир Ђуровић. О капари — смањење од стране суда, „Правни живот“, бр. 3.1961, с. 24—25.

(6) Занимљиво је да ни правила наших ранијих грађанских законика ни страни грађански законници не садрже прописе о смањењу прекомерно уговорене капаре. То је свакако утицај индивидуалистичких схватања о слободи уговарања и аутономији воље. Једини изузетак у том погледу представља Мађ. грађ. зак. од 1959 који садржи у § 245, ст. 3, следећу одредбу: „Суд може смањити претерано високу капару.“

на смањење претерано високе уговорне казне (7) и у том погледу је изједначио ова два правна средства. Међутим, треба имати у виду да уговорна казна и капара имају различите функције. Уговорна казна је првенствено накнада претпостављене штете а у другом плану средство осигурања извршења уговора (у делу који премашује вероватну штету), док је капара у првом плану знак да је уговор закључен и средство осигурања његовог извршења а у другом плану може заузети место накнаде штете (кад се поверилац задовољи задржавањем капаре и раскидом уговора). О сличности ова два различита правна средства може се говорити само утолико што и један и други имају и функцију вршења притиска на дужника да изврши своје обавезе. То им је заједничка улога. У случају неизвршења уговора захтев за плаћањем уговорне казне и задржавање капаре представљају алтернативу за захтев за накнаду штете и у том случају се ова два правна средства изједначају и могуће је путем аналогije применити правила о смањењу уговорне казне и на смањење прекомерне капаре. Али сматрамо да суд није морао ићи тим путем. Смањење прекомерне капаре могло би се извршити и позивањем на правила о неважећим правним пословима или на принцип правичности (8).

Пре свега, уговор са клаузулом о капари, која је у прекомерном износу одређена, може се нападати као зеленашки правни посао. Само је потребно да дужник који је уговорио прекомерну капару докаже да је клаузулу о капари уговорио у нужди, лакомеслености или недовољном искуству, које је поверилац искористио да би прибавио прекомерну имовинску корист. Како је капара, по својој правној природи, у првом реду средство осигурања извршења уговора а у другом заузима место накнаде штете, то она не сме да буде извор богаћења и средство експлоатације, па чак и кад је у питању несавесна уговорна страна (која није извршила своје уговорне обавезе, па је изгубила капару односно имала је да преда двоструку капару).

Прекомерно уговорена капара може се нападати и позивањем на принцип правичности као један од основних принципа на којима треба да се заснивају облигациони односи у нашем друштву. Не може се допустити уговарање прекомерне капаре ако је висина капаре несразмерна с обзиром на вредност правног посла и угрожени интерес повериоца а угрожава и егзистенцију дужника.

Према томе, право суда да смањи претерану капару у складу је са основима нашег права. Стога би се сложили са ставом Савезног врховног суда да се „показује очигледно правилним гледиште да се на овај начин може смањивати и пресуђивати обавеза дужника о капари, када је она уговорена у претерано високом износу.“

5. — У вези са питањем смањења прекомерне капаре поставља се и питање, кад се има сматрати да је капара прекомерна. Вр. суд НР В. и Х.

(7) В. узансу бр. 252.

(8) Суд је ово имао у виду, што се види из следећег његовог става: „Уговарање и безусловна важност капаре у великом износу који прелази ову меру не служи уговорној дисциплини и поштењу у промету утолико што погодује појави интереса појединаца да у тежњи за богаћењем, шпекулишући са тешкоћама других, закључују уговоре не у жељи да буду извршени, него управо у очекивању да их уговорна странка неће извршити.“

сматра да није прекомерна капара која износи половину купопродајне цене, док Савезни врховни суд сматра да је прекомерна и капара која износи и испод једне трећине купопродајне цене. У пракси се капара уговарала и уговора у разној висини (9). Свакако би било нужно доношење прописа који би предвидели могућност смањења прекомерне капаре. Сматрамо да не би било целисходно и одредити границу висине капаре већ би било боље поставити критеријуме за одређивање случајева постојања прекомерне капаре. Свакако, основни критеријум би представљао однос капаре према купопродајној цени односно вредности предмета уговора, затим однос капаре према штети коју је претрпела невина страна, као и користи коју је постигла крива страна неизвршењем уговора и најзад, степен грађанске одговорности криве стране. Оваквим гипким критеријумима постигло би се да се капара заиста смањује само у оправданим случајевима да би се избегло фаворизовање криве стране на штету савесне стране. Стога би се могло догодити да није прекомерна капара која износи половину купопродајне цене а да буде прекомерна кад износи и испод једне трећине купопродајне цене, све у зависности од ситуације конкретног случаја. Уосталом, овакво гипко мерило за одређивање прекомерне капаре према ситуацији конкретног случаја већ је примењено и за одређивање прекомерне уговорне казне (10) и оно се показало као прикладно и еластично средство за расправљање спорова по питању смањења претерано високе уговорне казне пред нашим судовима.

За једну одређену капару може се рећи да је претерана ако је она много већа од накнаде коју би поверилац добио кад не би била стипулисана клаузула о капари већ би суд оцењивао насталу штету за повериоца. Потребно је дакле да је капара много већа од штете да би се могла са основном смањити. Јер треба имати у виду да је она по својој правној природи пре свега средство осигурања извршења обавеза. Ову своју основну функцију капара може успешно да изврши само ако је њен износ бар нешто већи од накнаде коју би дужник имао да да повериоцу. У том случају, она може да утиче на дужника да изврши своје обавезе са потребном пажњом. Стога, смањење прекомерне капаре требало би да се врши од стране суда само у изузетним случајевима и сагласно са основима нашег права.

Др. Љубиша Милошевић

(9) При купопродаји непокретности и покретних ствари преко Бироа за посредовање у промету непокретности и покретних ствари у Београду капара износи 10% купопродајне цене. В. Радомир Ђуровић: н. д., с. 26.

(10) В. узансу бр. 252, чл. 163 Швајц. зак. о облигацијама, § 343 Нем. грађ. зак. чл. 142 Грађ. зак. РСФСР, чл. 409 Грч. грађ. зак. — Нем. грађ. зак. и Грађ. зак. РСФСР садрже и критеријуме по којима се може вршити смањивање прекомерне уговорне казне од стране суда. Тако Грађ. зак. РСФСР поставља следеће критеријуме: 1) обим у коме је дужник испунио обавезе; 2) имовинско стање дужника и повериоца; 3) узимање у обзир не само имовинског већ и сваког другог повериоцевог интереса који заслужује пажњу.