

ГРАЂАНСКО ПРАВО У ПОКРЕТУ – ТРАНСФОРМАЦИЈА ПРЕ КОДИФИКАЦИЈЕ

Прилози за пројекат Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА, ТУМАЧЕЊА
И ПРИМЕНЕ ПРАВА

Уредници

Марија Караникић Мирић
Милош Живковић

Београд 2024.

ГРАЂАНСКО ПРАВО У ПОКРЕТУ –
ТРАНСФОРМАЦИЈА ПРЕ КОДИФИКАЦИЈЕ

Прилози за пројекат Правног факултета Универзитета у Београду
ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА, ТУМАЧЕЊА И ПРИМЕНЕ ПРАВА

Уредници

Проф. др Марија Караникић Мирић
Проф. др Милош Живковић

Рецензенти

Проф. др Владимир В. Водинелић
Проф. др Дејан Ђурђевић
Проф. др Татјана Јосиповић
Проф. др Драгор Хибер

Издавач

Универзитет у Београду – Правни факултет
Центар за издаваштво и информисање

За издавача

Проф. др Бојан Милисављевић

Уредник библиотеке

Проф. др Вук Радовић

© Универзитет у Београду – Правни факултет, 2024.

Сва права задржана. Ниједан део ове књиге не може бити репродукован, пре-
снимаван или преношен било којим средством – електронским, механичким,
копирањем, снимањем или на било који други начин без претходне сагласно-
сти аутора и издавача.

www.ius.bg.ac.rs

Лектор и коректор
Ирена Поповић

Технички уредник
Јован Ђорђевић

Припрема за штампу
Досије студио, Београд

Штампа
Донат граф, Београд

ISBN 978-86-6132-161-0

Тираж
200

Адреса редакције
Универзитет у Београду – Правни факултет
Центар за издаваштво и информисање
Булевар краља Александра 67
Тел./факс: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.132:347(082)
347.2/.6(082)

ГРАБАНСКО право у покрету – трансформација пре кодификације :
прилози за пројекат Правног факултета Универзитета у Београду Проблеми
стварања, тумачења и примене права / уредници Марија Караникић Мирић,
Милош Живковић. – Београд : Универзитет, Правни факултет, Центар за
издаваштво и информисање, 2024 (Београд : Донат граф). – 251 стр. ; 24 cm

Тираж 200. – Стр. 1–3: Предговор / уредници. – Напомене и библиографске
референце уз текст. – Библиографија уз сваки рад. – Summaries.

ISBN 978-86-6132-161-0

1. Караникић Мирић, Марија, 1976– [уредник] [аутор додатног текста]

а) Грађанско право – Реформа – Зборници б) Имовинско право – Зборници
в) Тумачење права – Зборници

COBISS.SR-ID 157591305

Милош ВУКОТИЋ*

УГОВОРНА КАЗНА: ГРАНИЦЕ КАЖЊАВАЊА У УГОВОРНОМ ПРАВУ

Уговорна казна је веома стара и веома добро позната установа уговорног права. Она појачаву заштиту повериочевих интереса и обезбеђује правну сигурност у уговорним односима. Пошто је уговорна казна средство притиска на дужника, право поставља ограничења и контроле које треба да заштите равнотежу у правним позицијама повериоца и дужника. У овом раду се приказују та ограничења и говори о њиховом значају с обзиром на функције уговорне казне и потребу да се дужник заштити од неправичних оптерећења. У раду се приказује и начелна разлика између континенталних и англосаксонских права у приступу уговорној казни. Аутор закључује да је уговорна казна корисна установа која олакшава закључење уговора, обезбеђује испуњење уговорних обавеза и олакшава накнаду штете, те да границе кажњавања нису постављене претерано строго, али да стварају неизвесност у погледу пуноважности и висине казне, чиме се угрожава остварење њених циљева.

Кључне речи: *Уговорна казна. – Обезбеђење. – Уговорна одговорност. – Накнада штете.*

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, vukotic.pfbg@gmail.com.

1. УВОД

Уговорна казна служи као обезбеђење испуњења уговорне обавезе и као накнада штете за случај да се покаже да је то обезбеђење неделотворно. Основна намера уговорника јесте да се дужник оптерети обавезом плаћања казне ако поступи супротно некој својој уговорној обавези. Слобода уговарања дозвољава тај начин обезбеђења или учвршћења обавезе јер облигационо право полази од дужности испуњења обавеза онако како оне гласе. У том смислу, уговорна казна завређује позитивну оцену, као средство које санкционише дужност испуњења обавезе. Уговорна казна, међутим, није ограничена на вредност повређене обавезе или на штету коју поверилац трпи због кршења уговора: она се одређује паушално и њен износ може да буде већи од имовинског интереса повериоца у датом случају. Зато се и каже да је она казна.¹ Дугује се независно од настанка и висине штете и њен је основни задатак да застраши дужника не би ли он уредно испунио своју обавезу. Уговорна казна лако може да прерасте у средство неоправданог притиска на дужника или неоправданог богаћења повериоца. Због тога већина правних система познаје правила о границама и контроли уговорних казни. У овом тексту се истражују најважнија правила о границама уговорних казни, која се тичу начина уговарања, контроле висине и пуноважности одредаба о уговорним казнама. Правила о пуноважности уговора уопште, као што су правила о неопходном обиму сагласности и манама воље, остају изван овог истраживања.

Границе кажњавања на основу споразума странака могу да се посматрају на неколико нивоа. Прво, уговорне казне могу да буду непосредно забрањене за одређене врсте потраживања (на пример, у српском праву, за новчане обавезе) или уопште (као што је то у англосаксонским правним системима). Друго, дозвољене уговорне казне подлежу различитим облицима контроле. Постоје посебна правила која се односе на споразуме о уговорној казни: о форми споразума, о уговарању путем општих услова пословања, о одређености казне и обавезе која је њоме обезбеђена. Осим тих правила, многи правни системи познају и правила којима се непосредно задира у споразум о уговорној казни тако што се суд овлашћује да измени износ казне или да сасвим

¹ Споразум којим се унапред одређује обавеза дужника у случају да повреди неку другу обавезу може да се квалификује као уговорна казна или као паушално одређена накнада. Те две установе није једноставно разликовати јер су обе у стању да остваре исте функције, ипак то разликовање је понекад неопходно због различитих правних режима који важе за казну и за паушалну накнаду. Вид. Kötz 2017, 275–277.

одбије примену казне када се противи добрим пословним обичајима. Границе кажњавања су постављене и другим правилима, као што је повериочева обавеза у сопственом интересу да резервише право да захтева уговорну казну када прими неуредно испуњење. Из овог кратког прегледа постаје јасно да право гледа на уговорну казну са неповерењем и да се зато она може нападати са разних страна. Уговорна казна је начелно дозвољена, али подлеже строжој контроли од других одредаба уговора. То не треба да чуди јер се историја грађанског права неумитно кретала од казних ка одштетним санкцијама, па је данас једно од основних начела грађанскоправне одговорности да се она заснива с циљем накнаде штете, а нипошто с циљем кажњавања одговорног лица. Уговорна казна се тешко уклапа у тај систем јер је страно тело у систему грађанскоправне одговорности. На свом опстанку она најпре има да се захвали великом значају начела слободе уговарања. Аргументи који се истичу против кажњавања у грађанском праву значајно губе на тежини када се кажњавање заснива на слободној вољи одговорног лица. Али онда се поставља тешко и важно питање границе те слободе јер право да се уговори казна лако може да се изопачи у злоупотребу права и неправичан притисак на дужника.

Зашто је неопходна судска контрола уговорних казни ако су те одредбе слободно закључене? Приликом уговарања казне јавља се један важан психолошки проблем. Савесни дужник полази од претпоставке да ће правилно испунити своју обавезу и зато нема снажан психолошки подстицај да се брине о висини уговорене казне (Brendler 2019, 17–18). С друге стране, дужник зазире од преговарања о висини уговорне казне јер придавање значаја том питању може да пошаље негативан сигнал другој страни да дужник рачуна с тим да неће испунити своју обавезу (Brendler 2019, 18). Дужници су зато склони да олако пристају на високе уговорне казне. Таквим понашањем они шаљу поруку да верују у своју способност да испуне преузету обавезу, што је пресудно важно за поверење у трговачком промету. У економској анализи права тај ефекат уговорне казне се истиче као једна од њених главних функција. Она треба да буде маркетиншко средство, да пошаље јасну поруку да дужник не сумња у своју способност да испуни оно што је уговорено (Doralt 2021, 2–3). Зато је неопходно да правни систем пружи посебну заштиту од олако прихваћених уговорних казни.

Осим тог проблема, слобода преговарања о износу и условима плаћања уговорне казне не постоји у бројним случајевима у којима уговорници немају једнаке преговарачке позиције. Правна једнакост није довољна да заштити учеснике на тржишту од негативних последица тржишне и преговарачке неједнакости. У пракси се често дешава да

један уговорник мора да пристане на услове другог јер неопходну чинидбу не може добити од неког трећег лица, или барем не под повољнијим условима, или је то просто потрошачки уговор у којем потрошач нема времена, знања ни могућности да утиче на услове пословања трговца. Зато уговарање казне путем општих услова пословања и у потрошачким уговорима подлеже посебним ограничењима.

2. ИСТОРИЈСКИ УВОД

Установа уговорне казне потиче из римског права у којем је уживала велики углед међу правницима као средство које олакшава и осигурава санкционисање различитих обећања (Zimmermann 1996, 95–96). Казнена стипулација (*stipulatio poenae*) била је једноставан начин да се једностраним формалним обећањем избегну трошкови и тешкоће одређивања висине износа на који дужник треба да буде осуђен (Милошевић 2014, 315–316). Пошто је римско право било спутано процесним формама, и казнене стипулације су биле начин да се обезбеди правна заштита интересима који иначе нису могли да буду предмет облигације, као што су неимовински интереси или интерес да се нешто учини у корист трећег лица (Zimmermann 1996, 97). Правни историчари сматрају да су казнене стипулације одиграле пресудну улогу у развоју облигационог права тако што су утирале пут непосредној правној заштити интереса који у почетку нису могли да буду предмет стипулације (Zimmermann 1996, 98–102). Тако се временом, посредним санкционисањем путем казnenих стипулација, ширио круг правом признатих и заштићених интереса. Казнена стипулација се временом све више схватала као несамостална, акцесорна стипулација која служи обезбеђењу главне обавезе из друге стипулације или уговора. Римски правници нису успоставили јасна и општеприхваћена правила о односу између главне обавезе и обавезе из казнене стипулације, али су добро разумели да тај однос мора да буде уређен и да поверилац не сме да буде у позицији да кумулира те захтеве. У већини текстова налазимо правило да право на испуњење главне обавезе и право на плаћање казне стоје у једноставном алтернативном односу (поверилац мора да се одлучи за једно од тих права и на то право је ограничен), али постојало је и флексибилније решење за случај да обезбеђена обавеза потиче из

уговора *bonae fidei*: поверилац је онда могао да користи тужбу из уговора да захтева накнаду за износ штете који није био покривен износом казне (Zimmermann 1996, 101–102).²

Римско право није имало развијену идеју о заштити дужника и није познавало могућност смањења сувише високе казне – слободно уговорене казне важиле су без изузетка. Правници су, међутим, олакшавали притисак уговорних казни на други начин, најпре правилима о томе када поверилац губи право да захтева казну. Тако, према тумачењу чувеног правника Целза, поверилац губи право на казну ако дужник испуни своју обавезу након што је право на казну настало, али пре него што је утужено (Zimmermann 1996, 110–112). Ако поверилац прими испуњење након истека рока односно након што је његово право на казну настало, сматра се да је његов интерес задовољен испуњењем и да је отпала потреба да се врши притисак на дужника, па се зато гаси и право на уговорну казну. Осим тог уступка дужнику који испуни своју обавезу са закашњењем, римски правници су препознали потребу да олакшају положај дужника и када делимично испуни обавезу. У случају делимичног испуњења обавезе, дужник је имао да плати само сразмеран део уговорене казне, а од преосталог захтева повериоца био је заштићен приговором преваре – *exceptio doli* (Zimmermann 1996, 112–113).³ Према томе, може се рећи да је римско право било наклоњено повериоцу, да није допуштало никакво мешање у слободно уговорене казне, али и да није било слепо за ситуације у којима би строго инсистирање на плаћању уговорене казне у пуном износу било неправично с обзиром на понашање повериоца и дужника. Приступ римских правника одликује се посредном заштитом дужника јер њихова интервенција није дирала у суштину споразума о казни – казна одређена вољом странака није могла да се мења – него се остваривала тумачењем услова под којима се дугује исплата казне. Тако су римски правници, не дирајући у оно што бисмо данас назвали слободом уговарања, омогућили веома ефикасну заштиту дужника у неким случајевима.

Уговорна казна је ушла у европске правне системе путем рецепције римског права, док је однос према уговорној казни обликован под утицајем канонског права. Строги приступ римског права, који је најпре водио рачуна о интересима повериоца, постепено је напуштен у корист правичнијег приступа који је узимао у обзир и интересе

² Вид. D. 19, 1, 28.

³ Занимљиво је да слично правило о дељивости уговорне казне налазимо у нашим Општим узансама. Вид. Узансу бр. 253 Општин узанси за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54.

дужника. Канонски правници су се залагали за опште ограничење висине уговорних казни, полазећи од оправданог интереса повериоца, што је утицало на промену схватања о функцијама уговорне казне – уместо казнене функције, на прво место је ступила одштетна функција (Brendler 2019, 29).

Током епохе природног права развила се идеја да поверилац треба да буде ограничен на накнаду штете у случају повреде уговорне обавезе, односно да уговорна казна не треба да буде средство богаћења повериоца на штету дужника (Brendler 2019, 29–30). Уговорна казна је могла да опстане само као уговором предвиђена накнада штете за случај повреде уговора, па је суду дато овлашћење да смањи њен износ ако се испостави да су уговорници преценили висину штете (Brendler 2019, 29–30). Ипак, за разлику од енглеског права, у европском *ius commune* уговорна казна никада није забрањена нити је потпуно изгубила своју превентивну функцију као средство притиска на дужника. С друге стране, енглеско право је прихватило начело да су уговорне казне забрањене, али су зато судови либерално тумачили одредбе којима се унапред уговара износ накнаде штете у случају повреде уговора.

Прва кодификација у којој је дошла до изражаја тенденција заштите дужника уговорне казне било је пруско Општеземаљско право из 1794. године. Том кодификацијом су уведена два механизма заштите дужника, која се и даље срећу у европском праву. Занимљиво је да је пруски законодавац дефинисао уговорну казну (*Conventionalstrafe*) као унапред уговорени износ накнаде за *интерес* друге стране у случају неуредног испуњења уговора.⁴ Пошто уговорна казна није само казна већ и унапред одређена накнада за случај повреде уговора, поверилац је ограничен на износ уговорне казне и не може да захтева више, независно од износа штете коју је заиста претрпео.⁵ Уговарање казне штити интересе обеју страна тако што ствара извесност у погледу износа који ће се дуговати у случају повреде уговора. Поверилац, међутим, сноси ризик да му штета неће бити надокнађена у пуном износу. Општеземаљско право није предвидело могућност повећања претерано ниско одређене казне. Законодавац је ставио акценат на заштиту дужника. Осим тог правила, уведена је и могућност судског смањења претерано високе казне. Уговорна казна није могла да буде већа од двоструке вредности повериочевог стварног интереса и суд је био дужан да смањи претера-

⁴ ALR, § 292.

⁵ ALR, § 293.

ну уговорну казну на тај највећи допуштени износ.⁶ То правило није важило за интересе који нису процењиви у новцу.⁷ Иако та правила делују непотпуно и круто са становишта данашњег права, она су била важан корак у развоју правила о уговорној казни, а нарочито у заштити дужникових интереса (Brendler 2019, 30–31). Правила о заштити дужника која данас срећемо у европским правима слична су решењима из пруског законика, разликују се само по много већој флексибилности.

3. ФУНКЦИЈЕ УГОВОРНЕ КАЗНЕ

Уговорној казни се традиционално признају две функције: 1) функција обезбеђења потраживања притиском на дужника и 2) функција накнаде штете која настане услед повреде обавезе. У теорији је спорно да ли уговорна казна има функцију кажњавања. Под том функцијом се подразумева одмазда или ретрибуција за скривљено понашање. Према већинском становишту у правној теорији, уговорна казна нема ретрибутивну функцију сличну кривичним казнама зато што је предвиђена за мање значајне повреде (повреда уговорне обавезе) и зато што се дугује независно од степена кривице дужника који није испунио своју обавезу (Brendler 2019, 46–48). У српском праву обавеза плаћања уговорне казне уопште није условљена кривицом дужника јер се за повреду уговорне обавезе одговара објективно,⁸ тако да то још мање може бити функција кажњавања. Уговорна казна је обезбеђење потраживања и унапред предвиђена накнада поверичевог интереса за случај да то обезбеђење не буде ефикасно.

⁶ ALR, § 301. Суд није имао слободу да смањи уговорну казну на износ који је сматрао оправданим у датом случају већ је морао да смањи казну на износ двоструке вредности поверичевог интереса. Суд је, међутим, имао слободу оцене вредности поверичевог интереса, тако да је упитна ефикасност таквог ограничења судске контроле. Вид. Brendler 2019, 31.

⁷ ALR, § 302.

⁸ У теорији је природа уговорне одговорности спорна, али већу тежину имају аргументи у прилог објективне одговорности. Дужник уговорне обавезе не може да се ослободи одговорности доказујући да није крив, да се понашао онако како би се понашао разуман и пажљив човек у истим околностима. Дужник може да се ослободи одговорности само ако докаже да није могао да испуни обавезу због више силе (околности које није могао спречити, избећи или отклонити). Више о томе: Karanikić Mirić 2024, 723–727.

Српска правна теорија и српски законодавац истичу одштетну функцију као главну или примарну функцију уговорне казне, док се обезбеђење потраживања ставља у други план (Јанковец 1993, 297–298). Законске одредбе о уговорној казни налазе се у делу у којем се говори о уговорној одговорности за штету,⁹ а немогућност кумулирања уговорне казне и накнаде штете јасно показује да је накнада штете укључена у износ уговорне казне.¹⁰ Фаворизовање одштетне функције уговорне казне одражава социјалистички друштвени систем у којем је Закон о облигационим односима настао. У том систему и уопште у начину размишљања тадашњих правника акценат је био на заштити дужника и на избегавању неправичних оптерећења. Било је важно оправдати уговорну казну као установу која олакшава накнаду штете, па тек онда дозволити да се она користи и у сврху притиска на дужника. Обезбеђујућа функција, међутим, није напуштена, а то се јасно види и из законских одредаба које кажу да се казна дугује независно од тога да ли је поверилац заиста претрпео штету.¹¹ Законодавац није предвидео диспозитивно правило према којем би уговорна казна била максималан износ накнаде за повериоца, као што то чине неки други правни системи наклоњени дужницима. У Закону о облигационим односима уговорна казна је уређена на уравнотежен начин, као средство притиска на дужника које подлеже општим и врло флексибилним ограничењима. Ни правна теорија није била искључиво наклоњена одштетној функцији уговорне казне. Константиновић је критиковао судску праксу и наглашавао да уговорна казна није само паушално одређена накнада него и средство притиска на дужника, једна врста приватне казне (Константиновић 1982, 521).

Када се говори о функцији накнаде штете, важно је поменути да уговорна казна има и функцију уштеде трошкова и за уговорнике и за правосуђе. Када се унапред одреди износ који ће дужник имати да плати у случају повреде уговорне обавезе, избегавају се тешкоће доказивања претрпљене штете. То, међутим, није главни циљ уговорне казне јер поверилац има право да захтева штету у износу који премашује висину казне и онда мора да поднесе терет и трошкове доказивања штете. Уговорна казна најпотпуније остварује функцију процесне ефикасности када се предвиди да ће она бити највећи износ

⁹ Правила о уговорној казни налазе се у трећој глави Закона о облигационим односима, у првом одсеку који носи наслов „Право на накнаду штете“.

¹⁰ 300, чл. 275, ст. 2.

¹¹ 300, чл. 275, ст. 1.

на који ће поверилац имати право у случају повреде уговора. Онда је то одредба којом се комбинују уговорна казна и одредба о ограничењу уговорне одговорности.¹²

4. КОНТРОЛА ПРИЛИКОМ УГОВАРАЊА КАЗНЕ

У многим правним системима постоје посебна правила о начину на који се казна може уговорити. Она се односе на акцесорност уговорне казне (везаност за главну обавезу), одређеност уговорне казне, начин на који се казна уговара (општи услови пословања) и на форму споразума о уговорној казни. Та правила имају циљ да сагласност о уговорној казни буде заснована на слободној и потпуно информисаној одлуци уговорника.

Прво ограничење за уговарање казне произлази из њене акцесорности, из њене везаности за главну обавезу. Законодавац изричито предвиђа да споразум о уговорној казни дели судбину обезбеђене обавезе.¹³ Казна може да се уговори само као обезбеђење постојеће пуноважне обавезе. Одредба којом се предвиђа казна за неиспуњење неодређене, немогуће или недопуштене чинидбе остаје без правног дејства како се не би десило да ништава обавеза буде посредно изнуђена, путем уговорне казне (Karanić Mirić 2024, 802–803). Иако је законодавац предвидео уговорну казну као акцесорну, несамосталну обавезу, слобода уговарања омогућава да се закључи и уговор о самосталној казни односно да се дужник обавезе да ће платити одређени износ под условом да не изврши одређену чинидбу, која иначе није предмет постојеће обавезе. У том случају обавеза плаћања уговорне казне је примарна и самостална, али је условљена неким другим понашањем дужника. Такве казне су дозвољене све док се посредно санкционишу дозвољене чинидбе, али ако се предвиди казна за случај неизвршења неке недозвољене чинидбе или за случај неплаћања одређене новчане обавезе, онда таква одредба нема правно дејство (Karanić Mirić 2024, 806). Краће речено, без обзира на технику уговарања, уговорна казна мора да буде усмерена на дозвољено понашање дужника. За разлику од историјске улоге уговорне казне као начина да се допуни

¹² Уговорна казна се разликује од паушално одређене накнаде штете по томе што право на казну не зависи од чињенице да је штета проузрокована, док је паушално одређена накнада само споразум о износу накнаде за случај да је штета заиста наступила. Вид. Хибер, Живковић 2015, 452.

¹³ 300, чл. 272, ст. 1.

неодговарајућа правна заштита неких споразума, савремена уговорна казна може да се односи само на оне чинидбе које могу да буду предмет уговора. Зато је и логично да је законодавац пошао од акцесорне уговорне казне као основног и најчешћег облика те установе.

Том општем ограничењу треба додати изричиту законску забрану уговорних казни којима се обезбеђују новчане обавезе.¹⁴ Она се објашњава потребом да се спречи сукоб између уговорне казне и затезне камате која се по закону дугује у случају неиспуњења новчане обавезе (Јанковец 1993, 303). Проблем је у томе што ово објашњење уопште није убедљиво. Пре свега, затезна камата није максимална дозвољена камата у случају задоцњења,¹⁵ а и поверилац има интерес да буде заштићен правом на уговорну казну и ако раскине уговор, а не само ако дужник закасни с исплатом новчане обавезе (Хибер, Живковић 2015, 427). Забрана уговарања казне за новчане обавезе имала би смисла само ако би постојао разлог да се не одступа од стопе затезне камате, а таквог разлога нема. Тачно је да је стопа затезне камата императивно одређена законом, али поверилац није ограничен том стопом нити има обавезу да захтева исплату затезне камате у пуном износу. Када законодавац предвиђа највећу дозвољену висину камате, оправдано је поставити питање највеће дозвољене висине уговорне казне како се не би изиграла правила којима се камата ограничава, али нема разлога да се начелно одрекне могућност уговарања казне за новчана потраживања (Хибер, Живковић 2015, 425–427).

У вези са тим ограничењем може да се јави питање, које у већини случајева није спорно, да ли је одређена обавеза новчана или неновчана обавеза. У пракси се не прихвата никакво екстензивно тумачење појма новчане обавезе, па се тако обавеза обезбеђења банкарске гаранције или обавеза отварања акредитива не сматра новчаном обавезом те су и уговорне казне за обезбеђење тих обавеза пуноважне. Овде се може навести и занимљив пример из српске арбитражне праксе у којем је одлучено да је обавеза купца у поступку приватизације према Агенцији за приватизацију да обезбеди исплату зарада запосленима неновчана обавеза која може да се обезбеди уговорном казном јер према повеоциу, Агенцији за приватизацију, не постоји обавеза плаћања новца (Hiber, Pavić 2013, 77 fn. 71).

¹⁴ 300, чл. 270, ст. 3.

¹⁵ 300, чл. 277, ст. 2.

Уговорном казном могу да буду обезбеђене све пуноважне обавезе, а не само оне које потичу из уговора. Важан пример налазимо у одлуци немачког Савезног суда о пуноважности уговорне казне којом се обезбеђује законска обавеза чувања пословне тајне.¹⁶ Иако су уговорне обавезе најчешћи предмет споразума о уговорној казни, нема препреке да се законом установљена обавеза ојача на тај начин. То је нарочито важно када треба унапред одредити последице повреде одређене обавезе јер би доказивање штете и процена њене вредности били изузетно тешки због природе интереса који се штити (то је управо случај с повредом обавезе забране конкуренције).

Осим одређености обавезе на коју се уговорна казна односи, неопходно је да и сама казна буде одређена. Законодавац препушта уговорницима да одреде казну у одређеном износу, процентуално, за сваки дан закашњења или на неки други начин.¹⁷ Та одредба оставља простора и за казну која је унапред неодређена по висини.¹⁸ Уговорници би могли да предвиде критеријуме за одређивање висине уговорне казне или да препусте одређивање висине независном стручњаку. Чак и ако уговорници не одреде факторе за одређивање износа казне, суд би имао овлашћење да допуни њихов споразум и да одреди казну према околностима случаја.¹⁹ У немачкој пракси је познато уговарање казне за повреду одређене обавезе с тим да поверилац накнадно одреди

¹⁶ BGH, 28.1.1993 – I ZR 294/90. <https://www.iww.de/quellenmaterial/id/34248>, последњи приступ у септембру 2024.

¹⁷ 300, чл. 271, ст. 1.

¹⁸ Један део наше теорије сматра да казна мора да буде тачно одређена или одредива, али то становиште није успело да се наметне ни у теорији ни у судској пракси. Вид. Јанковец 1993, 301–302. Јанковец наглашава да је уговорна казна претпоставка о штети, да та претпоставка мора да буде одређена и да само тачно одређена казна може да изврши притисак на дужника. Оба аргумента делују неуверљиво: уговорну казну треба разумети у једном ширем смислу као споразум странака о начину одређивања правних последица повреде уговора, а тај споразум подлеже општим правилима о одређености предмета уговора.

¹⁹ 300, чл. 32, ст. 2. Тај аргумент полази од схватања да је висина казне споредни састојак о којем се уговорници не морају сагласити да би уговор настао – довољно је да постоји јасна намера да се предвиди уговорна казна, неодређеност износа казне може да отклони суд. Супротно: Хибер, Живковић 2015, 444. Хибер истиче да споразум о казни није споредни састојак главног уговора него самостални уговор, али онда се може поставити питање да ли је тај самостални уговор настао самим тим што је постигнут споразум о томе да дужник треба да дугује казну, тако да је износ казне споредни састојак који суд може да одреди.

износ казне коју дужник мора да плати (*Hamburger Brauch*).²⁰ Такав начин одређивања казне није допуштен по правилима Закона о облигационим односима јер одређивање предмета уговора може да се препусти само трећем лицу,²¹ али не и једној уговорној страни.²² Осим тога, када законодавац каже да уговорници могу да одреде казну „(...) на који други начин“ под тим не мисли на *било који* други начин него упућује на општа правила о унапред недоређеним, али одредивим обавезама.

У немачкој теорији постоји спор о дозвољености одредбе којом се повериоцу препушта да накнадно одреди износ уговорне казне, али већинско становиште ипак брани ту могућност истичући да је реч о слободно уговореној одредби и да је дужник у сваком случају заштићен ако поверилац несавесном одлуком одреди несразмерно високу казну (Brendler 2019, 55). Предност накнадног одређивања висине казне лежи у флексибилности, тако да поверилац може да прилагоди висину казне тежини последица које су наступиле услед повреде уговора, док је недостатак у томе што се губи на правној сигурности и поверилац долази у положај у којем би се иначе налазио када доказује висину штете коју је претрпео; он, наиме, мора да докаже да је казна коју је одредио заиста оправдана (Brendler 2019, 54).

У Закону о облигационим односима изричито је прописан паралелизам форми између споразума о уговорној казни и споразума из којег је настала обезбеђена обавеза.²³ Ако је обезбеђена обавеза настала из формалног уговора, онда и споразум о уговорној казни мора да се начини у истој форми, иначе остаје без дејства. Одредба о уговорној казни значајно мења режим одговорности за повреду уговора и зато је оправдано да она буде обухваћена прописаном формом.

Као одредба која може да има тешке последице по дужника, уговорна казна привлачи посебну пажњу законодавца приликом регулисања потрошачких уговора и правила о коришћењу општих услова пословања. Српско право се издваја по томе што правила о неправичним одредбама потрошачких уговора не везује за коришћење општих услова него на општи начин предвиђа правила о ништавости неправичних одредаба, независно од тога да ли су то одредбе о којима се индивидуално преговарало или одредбе општих услова. Изван потрошачког контекста,

²⁰ Вид. о томе: Brendler 2019, 53–55.

²¹ 300, чл. 50.

²² Вид. 300, чл. 466, који се односи на случај када једна страна треба да одреди цену у уговору о продаји.

²³ 300, чл. 271, ст. 2.

српско право нема посебна правила о уговорним казнама које се налазе у општим условима пословања, тако да важе општа правила о њиховом укључивању у уговор.

Српско право је неповерљиво према коришћењу уговорне казне у потрошачким уговорима и значајно ограничава ту могућност. У Закону о заштити потрошача прописана је оборива претпоставка неправичности за одредбу потрошачког уговора којом се потрошачу намеће обавеза да у случају повреде уговора трговцу плати износ који значајно премашује износ претрпљене штете.²⁴ Према томе, иако је та претпоставка оборива, законодавац полази од неправичности уговорне казне у односима између трговаца и потрошача. Законодавац не каже које су то околности које би обориле претпоставку неправичности уговорне казне, тако да је судској пракси препуштено да допусти уговорне казне у потрошачким уговорима у случајевима у којима она не ствара неравнотежу између уговорника на штету потрошача. Може се претпоставити да су то случајеви у којима трговац сноси значајан ризик штете или ризик штете коју је тешко доказати и случајеви у којима је потрошачу учињен неки посебан уступак, па је тиме установљена равнотежа с поверичевим правом на казну. У сваком случају, да би одредба о казни опстала у потрошачком уговору, неопходно је да се докаже да она није неправична, то јест да не ствара значајну несразмеру у правима и обавезама на штету потрошача.²⁵

У правилима о општим условима пословања српски законодавац није предвидео одредбе које би се односиле непосредно на уговорне казне. У Закону о облигационим односима предвиђена су два основна услова под којима општи услови пословања могу да постану део уговора.²⁶ Прво, неопходно је да су услови јасни и доступни сауговорнику.²⁷ Друго, неопходно је да су одредбе општих услова суштински правичне, то јест „да нису претерано строге“ према сауговорнику.²⁸ Законодавац овлашћује суд да одбије примену било које одредбе општих услова за коју сматра да је сувише строга према другој страни. То овлашћење допуњује правило о ништавости одредаба општих услова које су противне циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, што значи да је то додатна заштита и да суд може да одбије примену

²⁴ Закон о заштити потрошача – ЗЗП, чл. 44, ст. 1, тач. 3.

²⁵ ЗЗП, чл. 42, ст. 2.

²⁶ Више о томе: Вукотић 2014, 375–390.

²⁷ ЗОО, чл. 142, ст. 3.

²⁸ ЗОО, чл. 143, ст. 2.

општих услова и ако нема повреде добрих пословних обичаја (што је критеријум који није увек лако доказати). Због тога је судбина уговорних казни које су одређене у општим условима пословања значајно мање извесна него судбина индивидуално уговорених казни. У случају индивидуално уговорених казни, контрола правичности може да се оствари смањењем износа казне или тако што би се утврдила ништавост казне због повреде добрих обичаја, док је код казни у општим условима суду препуштено да процени да ли је казна, иако можда није противна обичајима у промету, претерано строга према дужнику, узимајући у обзир све околности случаја.

У немачком праву постоји необорива претпоставка неправичности одредаба општих услова којима се предвиђа уговорна казна за случај одбијања да се прими чинидба, закаснелог пријема чинидбе, кашњења с плаћањем и одустанка од уговора.²⁹ Уговарање казне путем општих услова пословања није забрањено ако се казна уговара за неки други случај повреде уговора, али и онда важи контрола правичности општих услова. Према општој одредби § 307 немачког Грађанског законика, ништаве су одредбе општих услова које несразмерно оптерећују (*unangemessen benachteiligen*) другу страну противно начелу савесности и поштења. Да би се утврдило да одредба општих услова несразмерно оптерећује другу страну, довољно је то што је износ уговорне казне одређен превише високо, али велика правна неизвесност произлази из начина на који се утврђује адекватност износа уговорне казне (Brendler 2019, 156–158). Уколико није тачно одређено за коју се повреду дугује уговорна казна, суд је наклоњен да износ казне пореди са свим могућим повредама, укључујући и најмање значајне повреде, и да тако закључи да износ казне неоправдано оптерећује другу страну (Brendler 2019, 156–158).

Уговорна казна може да буде веома значајно оптерећење за дужника и подобна је да створи неравнотежу у односима између уговорника. Зато потрошачки уговори и општи услови пословања нису природно окружење за уговорну казну. У тим случајевима, законодавац полази од претпоставке да је одредба о казни наметнута уговорнику који је у слабијој преговарачкој позицији и овлашћује суд да процени адекватност постигнутог споразума, што би се иначе косило с начелом слободе уговарања.

²⁹ BGB, § 309 Nr 6.

5. СУДСКО СМАЊЕЊЕ УГОВОРНЕ КАЗНЕ

Главна непосредна заштита дужника и главно суштинско ограничење уговорне казне изражени су у законској одредби која судију овлашћује да смањи уговорну казну ако сматра да је њен износ неоправдано висок.³⁰ Законодавац је поставио један правни стандард који суду даје веома широко овлашћење да процени све околности случаја. Према слову закона, казна се може смањити ако је „несразмерно висока с обзиром на вредност и значај предмета обавезе“. Вредност и значај предмета обавезе могу да се утврде само ако се узму у обзир све околности трансакције садржане у уговору и ако се правично одмере интереси повериоца и дужника. При томе се морају узети у обзир разлози кршења уговорне дисциплине и понашање дужника. Пошто се уговорном казном истовремено врши притисак на дужника и отклања штета коју поверилац трпи, мора се узети у обзир и штета коју је поверилац претрпео. Штета се, у ствари, истиче као први критеријум за процену адекватности уговорне казне јер се полази од тога да је уговорна казна најпре процена штете (Јанковец 1993, 313–314). Наравно, конкретно настала штета је главни показатељ „вредности и значаја предмета обавезе“, али њу не треба процењивати изоловано од осталих околности случаја. Адекватност узрочне казне зависи од тако великог броја чињеница у конкретном случају да је законодавцу немогуће да дâ било какве прецизне смернице судији – оцена адекватности препуштена је његовој слободној оцени.

Наглашавање фактора на основу којих се оцењује адекватност уговорне казне зависи од функције којој се даје предност. У оним правним системима у којима се предност даје превентивној функцији односно функцији притиска на дужника, већи акценат се ставља на квалитет дужниковог понашања, имовинске прилике странака и процену штетних последица, док се у правним системима у којима се наглашава одштетна улога казне полази од износа штете (Хибер, Живковић 2015, 462–465). Примера ради, у француској судској пракси заузето је становиште да се адекватност износа уговорне казне оцењује према насталој штети, при чему се занемарују имовинска позиција дужника и квалитет његовог понашања. Ипак, заједничко је свим европским правним системима да уговорну казну одређују као установу с две функције које није могуће јасно раздвојити. Она врши притисак на дужника и

³⁰ 300, чл. 274.

истовремено покрива губитак или део губитка који је поверилац можда претрпео. Зато наглашавање једног или другог фактора приликом процене казне не значи да остали фактори неће утицати на судску одлуку.

У српском праву се уговорна казна разуме као установа која првенствено служи накнади штете. То јасно произлази из места на којем се правила о уговорној казни налазе у Закону о облигационим односима, из правила о односу права на казну и права на накнаду штете и из теоријских дефиниција уговорне казне. Зато судови и арбитражни трибунали процењују адекватност износа казне према висини штете која је настала у конкретном случају и чак су склони да износ казне смање тако да одговара стварно претрпљеној штети (Hiber, Pavić 2013, 79–80). На тај начин судови значајно смањују притисак уговорне казне на дужника и подривају њено превентивно дејство. Иако не сме да буде неправично оптерећење за дужника ни неправично богаћење за повериоца, уговорна казна треба да буде више од паушално одређене накнаде јер њена улога није ограничена на надокнаду штетних последица у случају повреде уговора него се остварује и када се уговорне обавезе уредно изврше.³¹ Функција уговорне казне најпотпуније је остварена када она олакша закључење уговора, као јасан знак да је дужник спреман и да верује у своју способност да изврши преузете обавезе, и када дужник уредно изврши све своје уговорне обавезе јер је онда обезбеђење обавезе било делотворно – није се догодила повреда уговора. Правници имају склоност да значај уговорне казне виде у последицама повреде уговора и онда се у први план намеће питање накнаде штете, али када се уговорни односи посматрају у крупном плану, јасно је да уговорна казна има највећи значај у уредно извршеним уговорима. Зато, када се постави питање смањења накнаде, што ће се десити само ако дође до повреде обезбеђене обавезе, сразмерност казне треба оцењивати не само према потреби да се надокнади конкретно настала штета него и према потреби да се очувају значај и смисао установе казне уопште.

Приликом процене адекватности казне не сме се занемарити чињеница да је један од разлога за уговарање казне управо уштеда трошкова и напора за доказивање штете и њене висине. Зато захтев за смањење уговорне казне не треба да омогући да се ти проблеми поново појаве на мала врата. Терет доказивања да је казна несразмерна штети, односно да је поверилац претрпео врло малу или незнатну штету у односу

³¹ У истом смислу: Константиновић 1982, 524. Константиновић наглашава да се приликом одлучивања о смањењу казне не треба држати само функције накнаде штете.

на износ казне, треба да буде на дужнику (Nachem 2011, 637). Тиме се спречава да дужник користи захтев за смањење казне да би одговлачио поступак и одгодио исплату казне.

Немачки Грађански законик садржи правило које овлашћује суд да смањи уговорну казну на захтев дужника. Према одредби § 343, суд може да смањи уговорну казну која је „несразмерно висока“ (*unverhältnismäßig hoch*). Законодавац је такође изричито одредио да се у процени адекватности казне мора водити рачуна о свим оправданим интересима повериоца, укључујући и неимовинске интересе.³² Интерес повериоца се најпре оцењује према штети коју би за њега изазвала повреда уговора и вероватноћи наступања те штете, али у том контексту појам штете није ограничен на правом признате облике штете из општих правила о грађанскоправној одговорности (Brendler 2019, 100–101). Зато уговорна казна може да се користи, као што то наглашава и сам законодавац, за заштиту неимовинских интереса који иначе не би били заштићени према општим правилима о уговорној одговорности (Brendler 2019, 101–102). Као упечатљив пример заштите неимовинских интереса путем уговорне казне, Брендлер наводи једну одлуку Земаљског суда у Бону (*Landgericht Bonn*) из 2005. године у којој је досуђена уговорна казна од € 100.000 зато што је купац земљишта од 8.790 м² продао 100 м² тог земљишта за употребу у комерцијалне сврхе и тако повредио уговорну одредбу да продато земљиште може да се користи само у општем друштвеном интересу.³³ То ограничење је унето у уговор како би се власник, који је био емотивно везан за парцелу, приволео да пристане да је прода. Тај пример јасно показује да су немачки судови наклоњени заштити неимовинских интереса поверилаца јер се у датом случају лако могло закључити да повреда одредбе о намени земљишта није била довољно значајна да оправда досуђивање пуног износа казне.

У теорији и судској пракси није спорно да се приликом процене висине уговорне казне морају узети у обзир и околности на страни дужника: његова корист од повреде обезбеђене обавезе, његова финансијска позиција и начин на који је повредио уговор, односно степен кривице с којом је поступао (Brendler 2019, 104–108). Све те околности морају да се узму у обзир како би се остварила превентивна функција уговорне казне. Казна, најпре, мора да буде довољно висока да одврати од такозваног профитабилног кршења уговора, то јест мора да спречи могућност да дужник има већу корист од повреде обезбеђене обавезе

³² BGB, § 343.

³³ LG Bonn, 26.10.2005 – 1 O 52/02, наведено према: Brendler 2019, 102.

него од уредног испуњења уговора. Превентивна функција захтева да се узме у обзир и имовинско стање дужника јер од њега зависи да ли ће одређени износ казне бити озбиљна претња или незнатна обавеза. У теорији се, међутим, истиче да имовинско стање дужника треба оцењивати с великом резервом како би се спречило неоправдано богаћење повериоца (због тога што је његов дужник имућан), али и релативизација обезбеђујућег значаја уговорне казне (ако би казна могла да се смањи због слабог имовинског стања дужника) (Brendler 2019, 106–107). Иако кажњавање неуредног дужника није у првом плану, висина уговорне казне се процењује и према квалитету дужниковог понашања, тако да су судови спремни да прихвате већи износ казне за дужнике који намерно или вишеструко повређују своје уговорне обавезе. Такав приступ се може објаснити и потребом да уговорна казна задржи свој превентивни, обезбеђујући ефекат.

Немачко право не дозвољава судску контролу висине уговорне казне у трговачким уговорима. Према одредби § 348 Трговачког законика, правило из § 343 Грађанског законика не важи за обећања плаћања казне које трговци учине у оквиру обављања своје привредне делатности. Зато се заштита од неправичних уговорних казни може остварити само на основу правила о ништавости неправичних одредаба општих услова или с позивом на општу одредбу о ништавости споразума који су противни добрим обичајима (BGB, § 138). Немачки судови процењују опште услове уговора веома строго, тако да се лако може десити да одредбе општих услова којима се предвиђа висока уговорна казна остану без дејства (Doralt 2021, 7). Одлука законодавца да трговцима ускрати заштиту од превисоких уговорних казни објашњава се потребом да уговорна казна буде што делотворнија у трговачком промету и, наравно, мањом потребом заштите када се уговори закључују између трговаца чије се професионално знање и искуство подразумева (Brendler 2019, 116–117). Они се могу позвати на опште правило о ништавости одредаба које су противне добрим обичајима, али само у изузетним случајевима, само на основу строже процене од оне која се спроводи када је суд овлашћен да смањи износ уговорне казне.

У аустријском Општем грађанском законнику прописана је дужност суда да смањи износ уговорне казне уколико дужник докаже да је она претерана.³⁴ Законик не даје никакве смернице за процену адекватности износа уговорне казне већ просто каже да се она има смањити ако је претерана (*übermaßig*). Зато се у пракси развио приступ којим се не гарантује велики степен правне сигурности. Судови најпре пореде

³⁴ ABGB, § 1336 (2).

висину уговорне казне с висином штете која је настала услед повреде уговорне обавезе, али, ако је износ штете тешко утврдити, онда узимају у обзир износ штете који се основано могао очекивати као последица повреде уговорне обавезе у време када је уговор склопљен (Doralt 2021, 5). Тако се долази до решења које узима у обзир конкретну штету која је наступила, чак и ако је њен износ, услед случајних околности, далеко већи него што се основано могло очекивати у време када су странке одлучивале о висини уговорне казне. У одбрану таквог става треба рећи да *ex ante* процена штете често није једноставна и да судови најпре узимају у обзир чињенице које су извесне, односно штету која је већ наступила. У том приступу долази до изражаја одштетна функција уговорне казне. Чак и ако износ уговорне казне делује веома високо из *ex ante* перспективе (као притисак на дужника да испуни своју обавезу), казна се неће смањити ако је наступила велика штета која је оправдава.

Аустријски судови понекад узимају у обзир и економске ефекте које би уговорна казна имала за дужника, тако да су наклоњенији смањивању уговорне казне ако би исплатом пуног износа дужник пао у финансијске проблеме, што је отворено за критику са становишта правне сигурности (Doralt 2021, 5–6). Процена оправданости износа уговорне казне не треба да зависи од финансијске ситуације у којој се дужник налази.

Француско право се издваја по најфлексибилнијем приступу контроли висине уговорне казне. За разлику од већине правних система, у којима се предвиђа могућност смањења сувише високе казне, француски Грађански законик овлашћује суд да смањи или повећа уговорну казну, и то не само на захтев једног уговорника већ по сопственој иницијативи. Суд може да смањи казну ако је очигледно претерана (*manifestement excessive*) или да је повећа ако је толико ниска да је то увредљиво за повериоца (*dérisoire*).³⁵ У сваком случају, треба напоменути да француско право придаје већи значај уговорној казни него други правни системи. Уговорници су начелно везани износом уговорне казне чак и ако је настала штета која премашује тај износ. Уговорна казна је истовремено казна и унапред уговорени износ накнаде штете за случај повреде одређене уговорне обавезе. Уговорна казна служи и интересима повериоца (не мора доказивати претрпљену штету; врши притисак на дужника) и интересима дужника (не мора да плати више од уговорене казне). Зато је логично да се законодавац одлучио да дозволи судску интервенцију у оба смера. У другим правним системима,

³⁵ Code civil, art. 1231–5.

где се уговорна казна посматра првенствено као притисак на дужника тј. као привилегија повериоца, логично је да заштита дужника буде у првом плану, па се обично предвиђа само могућност смањења уговорне казне.

Када нађе да је износ казне неоправдано висок, судија је овлашћен да га смањи према својој слободној процени свих околности. Он у сваком случају не сме да смањи износ казне испод износа штете коју је поверилац претрпео јер је једна од важних функција уговорне казне да се избегну спорови о постојању и висини штете и да се поштеде судски ресурси (Brendler 2019, 113). Према неким схватањима, суд би у сваком случају морао да одреди казну у износу већем од штете како би се потврдило обезбеђујуће дејство казне (Jankovec 1993, 314). Наравно, немогуће је унапред поставити никакве ближе критеријуме за одређивање износа казне. Суд је препуштен својој оцени околности у којима се странке налазе.

6. УГОВОРНА КАЗНА И НАКНАДА ШТЕТЕ

Појам и функције уговорне казне суштински су одређени њеним односом с правом на накнаду штете услед повреде уговора. У континенталним правима уговорној казни се признаје одштетна функција, тако да се казна не може кумулирати са накнадом штете (Хибер, Живковић 2015, 453). Тек уколико је штета већа од уговорне казне, поверилац може да захтева накнаду за разлику у износу између вредности казне и вредности стварно претрпљене штете. У неким правним системима уговорна казна није само најмањи већ и највећи износ накнаде на који ће поверилац имати право у случају повреде уговора (Nahem 2011, 638–639). Зато се уговарањем казне поставља граница потенцијалне одговорности за повреду неке обавезе. Због одштетне функције уговорне казне, забрана кумулације казне и накнаде штете представља императивно правило. Насупрот томе, ограничење права на накнаду штете на износ уговорене казне уређено је диспозитивним прописима. Странке су слободне да измене законску претпоставку и да одреде да ли ће уговорна казна бити минимум или максимум одговорности.

Обавеза плаћања уговорне казне настаје када дужник повреди обезбеђену обавезу, независно од тога да ли је због те повреде настала штета за повериоца. Он не мора доказивати ни настанак ни вредност штете. Уговорна казна није само унапред одређена накнада штете него и средство притиска на дужника, тако да је повреда обезбеђене обавезе довољан разлог да дужник буде оптерећен обавезом исплате

казне. Међутим, треба имати у виду да независност казне од стварно претрпљене штете не служи само вршењу притиска на дужника него и олакшавању накнаде штете. Уговорна казна олакшава накнаду штете тако што ослобађа повериоца од трошкова и ризика доказивања штете и њене висине (Хибер, Живковић 2015, 450–451). Одредба о паушалној накнади ослобађа повериоца терета доказивања висине штете. Уговорна казна одлази један корак даље од тога тако што повериоца ослобађа не само терета доказивања висине штете него и уопште терета доказивања да је штета настала. То је посебно значајно када нема сумње да повреда одређене обавезе узрокује штету повериоцу. Уговорна казна је онда једноставно и корисно средство да се унапред одреде правне последице повреде и да се створи већа правна сигурност за уговорнике. Уколико би казна била предвиђена у значајном износу за повреду обавезе која не може да има значајне штетне последице за повериоца, то би био разлог да се активира механизам смањења уговорне казне или да се чак постави питање њене пуноважности имајући у виду добре пословне обичаје.

У правним системима у којима је уговорна казна максимум одговорности придаје се већи значај заштити дужника. Иако је то правило диспозитивног карактера, тако да странке могу предвидети право повериоца да захтева накнаду штете за износ који премашује уговорену казну (Baum 2012), оно показује неповерење према уговорној казни односно покушај да се она конципира као установа која равноправно штити и повериоца и дужника. Уговарањем казне обе стране преузимају ризик погрешне процене: нити дужник може да је смањи ако је штета мања (осим у изузетним околностима) нити поверилац може да захтева већу накнаду ако је штета већа. Треба, међутим, напоменути да је француски законодавац овластио судове да мењају износ уговорене казне не само надоле него и нагоре, када закључе да је износ казне несразмерно низак.

Штета настала повредом уговора није значајна само када се постави питање да ли уговорена казна представља границу одговорности него и за судско овлашћење да смањи износ уговорне казне. Интерес повериоца да уговорна обавеза буде уредно извршена састоји се у штети коју би иначе претрпео. Зато је процена сразмерности износа уговорне казне најпре везана за износ штете која је настала или која може да настане повредом уговора. Уговорна казна није ограничена на стварно претрпљену штету, тако да право на накнаду штете није непосредно ограничење права на казну, али је штета најважнији критеријум за процену оправданости износа уговорне казне. Тај значај она губи само у случајевима у којима се интерес повериоца да обавеза буде уредно

извршена не може лако или прецизно изразити у виду имовинске штете. То ће бити случај са уговорима који задовољавају неимовинске интересе или са повредама које изазивају тешко процењиву штету, као што су повреде обавеза о забрани конкуренције.

У енглеском праву уговорна казна уопште није дозвољена, тако да су одредбе којима се унапред одређују обавезе за случај повреде уговора пуноважне само ако се квалификују као унапред одређени износи накнаде штете (*liquidated damages*). То не значи да постоји суштински непремостива разлика у односу на континентална права, али је концепција уговорних одредаба којима се уређују последице повреде уговора битно другачија. Када је уговором предвиђена накнада која се дугује у случају повреде одређене уговорне обавезе, странке су строго везане за ту накнаду па поверилац не може да захтева већу накнаду ако је штета већа од уговореног износа нити дужник може да захтева да је суд смањи ако је претерана у односу на стварну штету (Brendler 2019, 89–90). Одредба о износу накнаде (*liquidated damages*) може да буде пуноважна или ништава (ништава је ако суд процени да се ради о казни), али никакво судско мешање у уговорне одредбе није дозвољено.

7. ЗАДРЖАВАЊЕ ПРАВА НА УГОВОРНУ КАЗНУ

Још су римски правници закључили да поверилац губи право да захтева уговорну казну ако је примио испуњење без инсистирања на исплати казне, независно од тога што је право на казну већ настало услед дужникове доцње. Захтевање казне након пријема чинидбе сматрано је противречним понашањем повериоца. То схватање је опстало до данас. Прихваћено је у многим правним системима, па, између осталог, и у Закону о облигационим односима.

У случају уговорне казне која је предвиђена за задоцњење, а то се логично протеже и на уговорне казне за друге случајеве неуредног испуњења, од повериоца који прими испуњење захтева се да без одлагања резервише право да захтева уговорну казну, иначе то право губи.³⁶ То правило је настало из потребе да се обезбеде правна сигурност и јасна комуникација између повериоца и дужника. Уколико поверилац прими закаснело испуњење а прећути своје право на уговорну казну, дужник може оправдано претпоставити да му поверилац опрашта казну и да је његов интерес задовољен коначним испуњењем

³⁶ 300, чл. 273, ст. 5.

обавезе (Jankovec 1993, 308). Примањем испуњења, поверилац ствара привид да је све у реду и зато мора одмах да реагује ако жели да наплати и уговорну казну (Brendler 2019, 67). То је нарочито важно због тога што се казна дугује за свако закашњење, односно свако одступање од уговорене чинидбе, тако да поверилац треба да процени да ли је одступање довољно значајно да оправда захтев за исплату уговорне казне јер олако захтевање казне може лоше да се одрази на поверење између уговорника и на њихову будућу сарадњу.

Рок у којем се мора изјавити резервација права на уговорну казну је веома кратак. Српски законодавац користи правни стандард „без одлагања“, који се у пракси тумачи веома строго. Ако су уговорници присутни неопходно је да се резервација учини одмах, а у другим случајевима што пре, односно чим је то могуће (примера ради, у једном случају суд је сматрао да изјава учињена осам дана након пријема испуњења није благовремена) (Jankovec 1993, 308–309). Потреба да се обезбеди јасна комуникација између уговорника и правна сигурност у погледу међусобних обавеза оправдава строге захтеве који се тичу времена у којем се изјављује резервација права на уговорну казну. Нема разлога да се повериоцу, који је иначе привилегован правом на уговорну казну, допусти да дужника, који је испунио своју обавезу, држи у било каквој неизвесности. Поверилац, међутим, може да задржи право на уговорну казну и пре него што прими испуњење ако је дужник запао у доцњу (Хибер, Живковић 2015, 437). Поверилац не би могао да задржи право на уговорну казну пре дужникове доцње јер се онда још увек није догодила повреда обезбеђене обавезе и право на казну још увек није настало. Судска пракса се колеба у таквим случајевима: неки судови правилно сматрају да се право на казну може задржати чим дужник повреди обезбеђену обавезу, а неки судови и теоретичари погрешно сматрају да је то могуће тек када поверилац прими испуњење (Хибер, Живковић 2015, 437 фн 1945). Уколико је право на казну настало, нема разлога да се поверилац додатно ограничава изјавом којом задржава право на уговорну казну ако је она подобна да обезбеди правну сигурност.

8. УГОВОРНА КАЗНА ПРОТИВНА ДОБРИМ ОБИЧАЈИМА

Контрола уговорних казни није ограничена само на њихову висину. Читава одредба о уговорној казни може да буде ништава ако је противна добрим пословним обичајима. Та могућност произлази из

општег правила о ништавости недозвољених и неморалних уговора.³⁷ Уговорне казне почивају на широкој слободи уговарања, али је та слобода ограничена императивним прописима и владајућим моралним схватањима.

Пошто је законодавац предвидео заштиту од прекомерних уговорних казни у виду судске контроле, поставља се питање како се то правило односи према општем правилу о ништавости забрањених и неморалних уговора. У немачкој судској пракси и теорији развило се схватање да одредба о уговорној казни не може да буде противна добрим обичајима само због претераног износа казне већ је неопходно да постоји још неки критеријум који показује неморалност споразума о казни (Brendler 2019, 122–131). Тај додатни знак неморалности се препознаје у угрожавању економске егзистенције дужника, злоупотреби тржишне моћи или спутавању дужникове привредне слободе. У случају превисоке уговорне казне, приоритет треба дати судском умеравану казне, а тек ако постоје додатни показатељи претераног оптерећивања дужника, онда се може закључити да је одредба о уговорној казни ништава у целини као противна добрим обичајима. Проблем је у томе, како примећују неки немачки аутори, што није лако направити границу између превисоког износа казне и тих додатних критеријума злоупотребе јер се претерани притисак на дужника остварује управо као висок износ уговорне казне (Brendler 2019, 127–128). Осим тога, правило о ништавости одредаба противних добрим обичајима треба да одврати повериоце од наметања несразмерних казни – њима не треба да буде омогућено да без ризика намећу велике казне, рачунајући само с тим да ће суд смањити износ казне, али да ће одредба остати пуноважна (Brendler 2019, 127–128). Може се, дакле, закључити да је заштита од претераних уговорних казни двостепена: уколико је уговорна казна ван сваке разумне сразмере са значајем повреде уговора и осталим околностима случаја, онда одредба о уговорној казни уопште неће имати правно дејство, а ако је само претерана, онда ће је суд смањити на адекватну меру. За то разликовање није могуће унапред поставити јасне и недвосмислене критеријуме тако да судбина претеране уговорне казне зависи од слободне судске процене свих околности. Главно је то да су интереси дужника заштићени, нарочито када не може да захтева смањење уговорне казне, што је случај са трговачким уговорима у немачком праву.

³⁷ 300, чл. 103, ст. 1.

Ништавост уговорне казне која је противна добрим обичајима значи ништавост читаве одредбе и она се не може одржати смањивањем износа казне.³⁸ Она се не може смислено поделити на целине тако да је немогуће утврдити хипотетичку намеру странака да један део уговорне казне остане на снази (Brendler 2019, 134). То је важно и због тога што учесницима у промету треба послати поруку да не смеју олако да намећу несразмерне казне без тежих правних последица од могућности да им право на казну буде умањено одлуком суда. Чињеница да је законодавац предвидео посебан механизам за смањење сувише високих казни не може да се разуме као дерогација општих правила о ништавости уговора. Принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји имају предност над уговорним интересима и зато несавесно одређене казне треба да се сматрају ништавим, независно од тога што суд може да их смањи на правичан износ. Судови ће, наравно, бити наклоњени да одрже уговорну казну са умањеним износом, али се могу јавити ситуације у којима је очигледно да је казна у основи толико неправична да је не треба сматрати пуноважном.

9. УГОВОРНА КАЗНА У ЕНГЛЕСКОМ ПРАВУ

Англосаксонски правни системи полазе од начелног правила да уговорне казне нису дозвољене. Одредбе које су предвиђене са циљем застрашивања дужника немају правно дејство. Дозвољене су само оне одредбе којима се унапред одређује износ накнаде штете који ће дужник морати да плати у случају да повреди одређену уговорну обавезу. Наравно, дистинкција између те две врсте одредаба је све само не једноставна, тако да су енглески судови вековима морали да се боре с правном неизвесношћу у покушају да пронађу адекватан критеријум разликовања. Та борба још увек није окончана.

Енглеско право није одувек било ненаклоњено уговорним казнама већ је та забрана настала у дугим и замршеним токовима историје развоја енглеског права. У раној историји енглеског права уговорна казна (*penal bond*) не само да је била дозвољена него је била и један од основних правних механизма којима се гарантовало поштовање споразума. Као и у римском праву и под утицајем римског права које се

³⁸ То питање је донекле спорно, али је владајуће мишљење да се правило о делимичној ништавости примењује изузетно, када се уговор може поделити на јасне целине, а не уопште, као начин да се спаси барем неки део ништавог уговора. Вид. Brendler 2019, 132–136.

изучавало на енглеским универзитетима, уговорна казна је коришћена у облику који ми данас називамо неправом или самосталном уговорном казном, као обећање плаћања одређене суме за случај да онај ко даје обећање не изврши одређену чинидбу (Halson 2018, 1.05–1.11). Дужност испуњења главне чинидбе није била санкционисана директно, него посредно, у виду обавезе плаћања уговорене казне. То је био једноставан начин да се правно санкционишу најразличитија обећања, при чему је правна теорија рано приметила да је једна од главних предности уговорене казне у томе што се избегавају проблеми доказивања штете и одређивања висине накнаде (Halson 2018, 1.08). Према томе, уговорна казна је била један од темеља раног развоја енглеског уговорног права. Пракса уговарања казни, која је потекла од италијанских банкара који су казнама обезбеђивали своја новчана потраживања, била је распрострањена широм средњовековне Европе, а у енглеском праву је постала врло распрострањена зато што је омогућавала пречицу кроз замршени системи тужби (*writs*) које су биле строго ограничене на одређене случајеве (Brendler 2019, 32–33). Путем уговорне казне, поверилац је посредно могао да утужи било коју чинидбу, чак и ако за њу није била предвиђена посебна тужба.

Однос према уговорној казни променио се у XVI веку, и то као последица њене споре еволуције. Постојао је веома ограничен круг правних средстава која је дужник могао да истакне да би избегао плаћање уговорене казне, тако да су у пракси били чести неправични резултати (на пример, дужник није могао да се позива на то да поверилац није испунио своје обећање или да је обећана чинидба немогућа) (Halson 2018, 1.14). Зато је краљев канцелар (*Lord Chancellor*), у оквиру своје посебне јурисдикције, почео да пружа заштиту од обавезе плаћања уговорне казне у случају посебних околности, када то правичност захтева, рецимо ако је дужник незнатно закаснио с плаћањем обезбеђене обавезе, те је касније та заштита проширена на све оне случајеве у којима интереси повериоца могу да буду заштићени накнадом штете (Halson 2018, 1.16–1.17). Сукоб између два нормативна система, општег права (*common law*) и права правичности (*equity law*), окончан је почетком XVII века у чувеном случају ерла од Оксфорда у корист права правичности, а крајем XVII и почетком XVIII века донета су два закона која су темељно изменила строга правила о уговорној казни и суштински ограничила уговорну казну на конкретно претрпљену штету (Halson 2018, 1.18). Тако је строга уговорна казна средњовековног права изгубила значај и претворила се у основ по којем се могла захтевати накнада штете.

Нова промена долази у XIX веку. Негативан став према уговорној казни није могао да се одупре духу либерализма који је завладао правом. Судије су полазиле од начела да нису овлашћене да се мешају у споразумно одређену садржину уговора и биле су склоне да уговором предвиђене обавезе у случају повреде уговора квалификују као дозвољене одредбе о уговореној накнади штете (*liquidated damages*), често на основу врло формалног закључивања – водећи се изразима искоришћеним у уговору – које се оправдавало намером уговорника и тако доводило у склад с доминантом идејом о слободи уговарања (Halson 2018, 1.21–1.25). Тако се нашло решење да судбина унапред уговорених последица повреде уговора зависи од тога да ли ће бити квалификоване као уговорене казне или као накнаде.

Водећи случај за разликовање уговорне казне од уговорне накнаде је *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* који је одлучен пред Домом лордова 1914. године.³⁹ Дом лордова је имао да одлучи о дозвољености одредбе којом је предвиђена обавеза једне стране да плати одређену суму новца за сваку аутомобилску гуму коју прода испод уговором одређене цене. Лорд Данедин (*Lord Dunedin*) је искористио тај случај да покуша да постави општа правила и смернице за разликовање дозвољених уговора којима се одређује износ накнаде штете од недозвољених уговорних казни (Halson 2018, 1.26–1.36). Према његовом схватању, уговорна казна (*penalty clause*) јесте одредба уговорена са циљем да застраши дужника односно да изврши притисак на њега, док је суштина уговора којим се одређује износ накнаде штете (*liquidated damages*) у стварној процени потенцијалне штете. Тренутак према којем се процењује карактер уговорне одредбе је време закључења уговора, тако да *ex post* перспектива нема никакав значај за њену пуноважност. Уколико је уговорена сума очигледно претерана и несавесно одређена (*extravagant and unconscionable*) у поређењу с највећом штетом која се могла предвидети, таква уговорна казна је забрањена. Исто важи и када је иста сума одређена за више повреда које се значајно разликују по значају. У случају да се повреда уговора састоји искључиво у неплаћању суме новца, недозвољеном казном се сматра свака одредба која дужника обавезује да плати износ већи од првобитно дуговане новчане обавезе. Чињеница да је штету тешко унапред прецизно предвидети не спречава могућност уговарања висине накнаде јер је управо у таквим случајевима од великог

³⁹ *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* [1914] UKHL 1 (01 July 1914). <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1914/1.html>, последњи приступ у септембру 2024.

практичног значаја да се неизвесност ограничи. То су основна правила и смернице које је поставио Дом лордова у поменутом случају. То је била најзначајнија одлука у домену уговорних казни односно уговора о висине накнаде штете од 1914. све до 2015. године када је Врховни суд Уједињеног Краљевства, решавајући истовремено два веома различита случаја, одлучио да прошири домен дозвољених уговорних одредаба. Важно је напоменути да те одлуке нису у супротности с наведеном одлуком Дома лордова, него је само допуњују, тако да енглеско право и даље, у начелу, забрањује уговарање казне, али је значајно измењена процена тога шта чини уговорну казну.

Најновији корак у еволуцији енглеских правила о уговорној казни учињен је 2015. године када је Врховни суд Уједињеног Краљевства донео одлуку у случајевима *Cavendish Square Holding BV v Makdessi i ParkingEye Ltd v Beavis*. У првом случају радило се о повреди одредбе о забрани конкуренције у уговору о продаји удела у привредном друштву, а у другом случају о обавези плаћања £ 85 због прекорачења времена паркирања. Заједничко одлучивање о два случаја који се веома разликују по економском значају јасно показује да је суд имао амбицију да преиспита и на општи начин разјасни и уреди правила о уговорним казнама и уговором предвиђеним накнадама штете. У случају Кавендиш продавац удела у привредном друштву био је у обавези да прода остатак удела у том привредном друштву по умањеној цени због повреде одредбе о забрани конкуренције. У случају Паркингај корисник паркинга је био у обавези да плати £ 85 зато што је за скоро сат времена премашао период од два сата слободног паркирања. Пуноважност обе обавезе зависила је од тога да ли се одговарајуће одредбе квалификују као забрањене казне (*penalty clauses*) или као дозвољене уговорне одредбе којима се одређује накнада штете за случај повреде уговора (*liquidated damages*). Врховни суд није одступио од одлуке Дома лордова из 1914. године, иако је казао да се у њој предвиђа претерано строга процена уговорних одредаба, већ је одлучио да допуни ту одлуку новим смерницама. За разлику од одлуке из 1914. године, Врховни суд је поставио правило да су забрањене само оне уговорне одредбе којима се предвиђа обавеза за случај повреде уговора која је очигледно несразмерна с оправданим интересом повериоца да обавеза буде испуњена (а не са максималним процењеним износом штете). Том одлуком суд је успео да артикулише став који се и раније јављао у судској пракси да постоје уговорне одредбе које се не могу свести на процену штете због повреде уговора, али нису ни чисто казнене одредбе већ гарантују легитиман интерес повериоца који би се тешко заштитио на други начин (Halson 2018, 2.39–2.40). Важно је истаћи да је суд одлучио да контроли казnenих одредаба подлежу не само оне одредбе којима се

не предвиђа обавеза дужника који повреди уговор да плати одређени новчани износ већ и одредбе којима се предвиђају друге негативне имовинске последице (као што је обавеза да се удели продају испод вредности у случају Кавендиш). То питање је донекле спорно међу енглеским правницима, али је већинско схватање да уговорна казна може да се састоји у обавези на неновчану чинидбу или у губитку права да се захтева одређени новчани износ.⁴⁰

У одлуци из 2015. године, Врховни суд је потврдио правило да се контрола уговорних казни (*penalty jurisdiction*) односи само на одредбе којима се предвиђају обавезе за случај повреде неке уговорне обавезе. На тај начин је ограничено овлашћење суда да се меша у слободно закључене уговоре, али је истовремено остављен значајан простор за прикривено уношење казних одредаба у уговоре јер се може десити да пуноважност одредбе којом се одређује обавеза једне стране зависи од начина на који је формулисана, а не од њене економске суштине. Одређивањем самосталне уговорне казне за случај да се не изврши чинидба која није предмет уговорне обавезе уговорници могу да избегну примену правила о уговорним казнама, чиме се дужник неоправдано дискриминише (Brendler 2019, 69–70). У енглеској теорији се сматра да је то ограничење неопходно и да одговара начелу слободе уговарања (Halson 2018, 2.11). Енглески правници и даље сматрају да је контрола уговорних казни страном телом у систему уговорног права који почива на слободи уговарања. То се јасно види не само у томе што ограничавају контролу казних одредаба на одредбе које се тичу повреде уговора него и у правним последицама те контроле. За разлику од континенталних правних система, у којима је махом предвиђена могућност да суд умањи претерано високу уговорну казну, англосаксонски системи познају решење које се може означити као све или ништа: или је одредба дозвољена као процена штете због повреде уговора или је одредба ништава као уговорна казна. У англосаксонским системима није предвиђена могућност да се суд умеша у уговорни однос тако што би сам одредио висину казне према својој процени оправданих интереса странака.

Англосаксонски правни системи углавном полазе од сличних правила када су уговорне казне у питању. Међутим, аустралијско право је 2012. године кренуло нешто другачијим путем. За разлику од енглеског права, где се уговорном казном сматрају само оне одредбе којима се предвиђа обавеза за случај повреде уговорне обавезе, према недавној одлуци Врховног суда Аустралије (*High Court of Australia*),

⁴⁰ Вид. Halson 2018, 2.64 и даље.

контрола уговорних казни може да се спроведе и у погледу одредаба које нису везане за повреду одређене уговорне обавезе.⁴¹ Та одлука наилази на оштру критику енглеске теорије због претераног ширења судског овлашћења да контролише уговорне одредбе на уштрб начела слободе уговарања (Halson 2018, 2.21).

Када се говори о дозвољености уговорних казни као начина да се изврши притисак на дужника да испуни оно што је обећао, мора се узети у обзир специфичност англосаксонских правних система да се повериоцу не признаје право да захтева испуњење уговорене чинидбе већ само право на накнаду штете. У енглеском праву не постоји директна корелација између дужникове обавезе и повериочевог права – поверилац начелно није овлашћен да захтева испуњење обавезе онако како она гласи (*specific performance*) него има право да захтева новчану накнаду ако дође до повреде обавезе. Та специфичност потиче из деобе енглеског права на опште право (*common law*) и право правичности (*equity law*): право на накнаду штете је примарно овлашћење повериоца које му припада по праву (*as of right*), док се право на испуњење примарне чинидбе признаје само када то правичност захтева односно када новчана накнада није адекватно средство заштите повериочевих интереса (Brendler 2019, 37–38). Забрана уговорних казни логично се уклапа у такав систем заштите права из уговора јер би супротно решење значило да се уговорном казном дужник може натерати да испуни уговорену чинидбу, иако му право не намеће такву обавезу. Забрана уговорних казни није, међутим, настала због кохеренције система већ решавањем конкретних проблема који су се јављали у примени уговорних казни тако да се забрана уговорних казни случајно уклопила у систем енглеског права.

Поређењем историје развоја уговорних казни у англосаксонском и континенталном праву може се закључити да обе правне породице баштине исту традицију римског права, с тим што су разлике настале развојем свести о потреби да се заштити дужник уговорне казне: док су континентална права увела систем контроле висине уговорних казни, енглески судови су сасвим забранили одредбе којима се одређује обавеза која премашује потенцијалну штету због повреде уговора (Brendler 2019, 38–40).

⁴¹ Andrews v Australia and New Zealand Banking Group Ltd. https://www.hcourt.gov.au/cases/case_m48-2012, последњи приступ у септембру 2024.

10. ЗАКЉУЧАК

Уговорна казна је веома корисна установа која олакшава закључење уговора, обезбеђује испуњење уговорних обавеза и отклања неизвесности у вези са правним последицама повреде уговора. Примарна функција уговорне казне јесте да олакша закључење уговора тако што ће послати јасан сигнал да је дужник озбиљан у својој намери да испуни преузете обавезе и да не сумња у своју способност да то учини. Она истовремено врши притисак на дужника да изврши обезбеђену обавезу како би избегао наплату казненог износа, који ће поверилац много лакше и брже утужити него обичан захтев за накнаду штете. Притисак на дужника долази, наравно, и од тога што се износ казне, по правилу, одређује тако да буде значајно виши од евентуалне штете која може да настане. Европски континентални правни системи немају начелни проблем да прихвате ту врсту уговорног притиска на дужника, иако су начелно несклони кажњавању у оквирима грађанског права. Суштина је у томе да се притисак на дужника дозвољава да би се учврстила уговорна обавеза, а не да би се дужник казнио за погрешно поступање. У англосаксонским правним системима се начелно одриче могућност да се уговорна обавеза обезбеди казном, али се оставља тако велика слобода да се унапред одреди накнада да то начелно ограничење не спречава пуноважност одредаба које се не разликују значајно од уговорних казни у континенталним правима. Друга и супсидијарна функција уговорне казне долази до изражаја ако прва функција не буде остварена. Ако дужник, упркос томе што му прети уговорна казна, повреди обезбеђену обавезу, онда казна служи као најмањи износ накнаде штете на коју поверилац има право, без потребе да доказује да је уопште претрпео штету и колико она вреди. Правници највише пажње посвећују управо овој другој функцији уговорне казне, нарочито питању да ли је обавеза из уговорне казне несразмерна интересу повериоца да прими уредно испуњење. Због тога се често занемарује обезбеђујућа улога казне, која представља захтев да казна буде озбиљна претња за дужника и да га теже погоди него обавеза накнаде штете.

Савремено право полази од начела слободе уговарања и од начела да је дужник дужан да испуни своју обавезу у свему како она гласи. На тим начелима почива установа уговорне казне. Али, пошто је слобода закључења уговора ограничена тржишним неједнакостима, право посматра уговорне казне с неповерењем и предвиђа механизме заштите дужника који је олако или под неправичним утицајем околности пристао на несразмерно високу уговорну казну. Слобода уговарања се штити и правилима којима се гарантује информисан пристанак на уговорну казну, као што су правила о форми и правила о начину на који се

постиже сагласност о уговорној казни. Српско право познаје неколико таквих ограничења. Могућност уговарања казни значајно је сужена у домену потрошачких уговора јер постоји оборива претпоставка неправичности одредаба којима се у случају повреде уговорне обавезе дужник оптерећује плаћањем накнаде која значајно премашује вредност конкретно настале штете. Осим тога, казне које су уговорене на основу општих услова пословања подлежу строжој судској контроли правичности јер суд може да одбије примену тих одредаба кад год сматра да су сувише строге према дужнику, што је значајно ниже постављена граница него према општем правилу о судском смањењу износа казне, где казна треба да буде ван сваке сразмере с интересем повериоца. На крају, главно суштинско ограничење уговорних казни оличено је у овлашћењу суда да смањи износ казне када нађе да је несразмерно висока „с обзиром на вредност и значај предмета обавезе“. Законодавац није могао да предвиди ближе критеријуме за процену сразмерности уговорне казне. У пракси се највећи значај придаје конкретно насталој штети, али се у обзир узимају и друге околности које указују на значај или рањивост повериоцевог интереса. Судска интервенција у садржину уговора одувек је наилазила на критику да подрива слободу уговарања и начело *pacta sunt servanda*, али се у пракси показало да је то решење много флексибилније и способније да доведе до правичних резултата него решење англосаксонских правних система у којима је суд овлашћен само да утврди ништавост одредбе која представља недопуштену казну, а није овлашћен да се меша у дозвољени споразум којим се одређује паушална накнада. Такав приступ само наизглед чува неповредивост уговора, али је, у ствари, штетнији за споразум странака јер судска интервенција може да буде само у најрадикалнијем облику – потпуно негирање права на уговорени износ.

На крају се може рећи да српско право, као и други европскоконтинентално правни системи, не предвиђа претерано строге границе за уговорну казну. Она је значајно ограничена само у ситуацијама неједнаке преговарачке снаге. У другим случајевима, а нарочито у односима између трговаца, странке су слободне да предвиде уговорну казну и она ће бити пуноважна докле год није толико висока да вређа добре пословне обичаје, то јесте све док није толико тешка да је очигледно да је несавесно одређена. Само у том случају ће уговорна казна бити потпуно ништава. Уколико је казна претерана, али не у тој мери да крши обичаје у промету, суд ће бити овлашћен да је смањи на правичан износ. Поверилац неће потпуно остати без уговорене казне, али ће имати право на мањи износ. Главна слабост уговорне казне лежи у правној неизвесности, али она не може да се избегне јер је немогуће унапред одредити јасне смернице за процену износа казне или прописати не-

какву тарифу дозвољених казни. Уговорна казна треба да пружи сигурност уговорницима тако што ће унапред знати износ који треба да плате у случају одређене повреде уговора, али та сигурност постоји само ако су казне савесно и примерено одређене. Што су странке храбрије у одређивању казне, то ће мање моћи да рачунају да ће та казна бити досуђена у пуном износу.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Baum, Marcus. 2012. Penalty Clauses. *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*. Доступно на: max-eup2012.mpipriv.de, октобар 2024.
- [2] Brendler, Uwe. 2019. *Die Vertragsstrafe und ihre Grenzen: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- [3] Doralt, Walter. 2021. Penalty Clauses in Commercial Contracts. *Graz Law Working Paper Series*. Working Paper No 03-2021. доступно на: <https://ssrn.com/abstract=3783031>.
- [4] Hachem, Pascal. 2011. The Future of Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation. *European Journal of Law Reform*. 2011/3-4.
- [5] Halson, Roger. 2018. *Liquidated Damages and Penalty Clauses*. Oxford: Oxford University Press.
- [6] Hiber, Dragor, Vladimir Pavić. 2013. Contractual Penalty Clauses in Recent Serbian Arbitration Practice. *Annals of the Belgrade Faculty of Law*. 2013/3.
- [7] Jankovec, Ivica. 1993. *Ugovorna odgovornost*. Beograd: Poslovna politika.
- [8] Karanikić Mirić, Marija. 2024. *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- [9] Kötz, Hein. 2017. *European Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- [10] Zimmermann, Reinhard. 1996. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.
- [11] Вукотић, Милош. 2014. Критички осврт на правни режим општих услова пословања у српском праву. *Право и привреда*. 7-9/2014.

- [12] Константиновић, Михаило. 1982. Природа уговорне казне – смањење од стране суда. *Анали Правног факултета у Београду*. бр. 3–4/1982.
- [13] Милошевић, Мирослав. 2014. *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио.
- [14] Хибер, Драгор, Милош Живковић. 2015. *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Miloš VUKOTIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

CONTRACTUAL PENALTY CLAUSES: LIMITS OF EXERTING PRESSURE IN CONTRACT LAW

Summary

Contractual penalty clauses are a venerable and well known institution of contract law. A penalty clause strengthens the protection of creditor's interests and ensures legal certainty in contractual relations. Since penalty clauses are a method of exerting pressure on the debtor, the law provides for restrictions and controls which protect the balance of legal positions of debtor and creditor. These restrictions are presented in this article and their importance is analyzed taking into account the functions of penalty clauses and the need to protect the debtor from unjustified burdens. The fundamental difference with regard to contractual penalties which exists between continental and common law jurisdictions is also discussed. The author concludes that penalty clauses are useful in facilitating contract conclusion, guaranteeing performance of contractual obligations and ensuring compensation for loss, and that restrictions on penalties are not too stringent, but that they create uncertainty with regard to enforceability and amount of contractual penalties, which compromises their functions.

Key words: *Contractual penalty. – Security. – Contractual liability. – Damages.*