

Др Драгор Хибер*

ПРЕДУГОВОР ОБЕЗБЕЂЕН КАПАРОМ КОД УГОВОРА О ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ У ПРАВУ СРБИЈЕ

Закључењу уговора о промету непокретности у правној пракси често претходи предуговор, а уговара се и капара, једнако и уз предуговор и уз коначни уговор. Обе установе, предуговор и капара, у теорији и пракси отварају бројна питања.

У тексту је анализирано о чему се странке морају сагласити да би настао предуговор, у којој се форми закључује и нарочито које су правне последице неизвршења обавезе да се закључи главни уговор. Код последњег, аутор сматра да је распрострањен став да ће у том случају судска пресуда заменити коначни уговор могуће прихватити само ако се повеже са принудним извршењем кондемпаторне одлуке којом се наређује закључење уговора, а не као непосредно дејство такве одлуке.

У анализи капаре уговорене уз предуговор у промету непокретности, разматрана су отворена питања, укључујући дозвољеност и целисходност таквог уговарања. У пракси се често капара у предуговору уговара за неиспуњење обавезе из коначног уговора, а не предуговора. Судови с правом такво уговарање ниште. Капара уз предуговор, истина, нема све карактеристике (функције) капаре, на пример, она се по природи ствари не може урачунати у испуњење. Испитивано је и, у светлу недоумица у судској пракси, да ли су правила о капари и одустаници диспозитивна, односно могу ли странке уговорити другачије.

Општи је закључак расправе да, мада је предуговор сложена и контроверзна установа и мада се разлози предуговарања могу остварити другим установама (одложним условом или роком на пример), с обзиром на традицију може остати установа уговорног права, али је корисно преиспитати и прецизирати правила о појединим питањима, као што су дејства и принудно остварење и друге последице. Што се капаре тиче, ма колико да је архаична и упоредно помало заборављена установа, у појединим случајевима још увек

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, hiber@ius.bg.ac.rs.

може бити корисна, посебно зато што се унапред даје а не дугује, и то ако се допусти да је странке, у границама правног поретка, прилагоде својим потребама.

Кључне речи: *Промет непокретности. – Предуговор. – Испуњење предуговорне обавезе. – Капара. – Обезбеђење предуговорне обавезе капаром.*

1. О ПРЕДМЕТУ ИСТРАЖИВАЊА

У правној пракси у Србији у процесу закључења уговора о промету непокретности¹ главном (коначном)² уговору често претходи предуговор; већ у тој фази закључења коначног уговора странке често свој правни положај учвршћују уговарањем капаре. За ову тврдњу не могу се понудити статистички подаци као доказ, али на то указује увид у јавнобележничку праксу, али и мноштво судских одлука објављених у зборницима и на порталима о предуговору и капари у промету непокретности, па и упоредноправна искуства.³ По

¹ Израз *промет непокретности* је законски (вид. Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015). Пре тог, у законодавству је коришћен израз *промет земљишта и зграда* (вид. савезни Закон о промету земљишта и зграда, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1965, 57/1965, 17/1967 и 11/1974). Вид. за историјат закона у тој области Ненад Тешић, „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2014, 482–511. Синтагма *промет непокретности* је погрешна у оба дела. *Промет* (правни промет) је израз који се употребљава да означи пренос (прелаз) субјективних грађанских права или овлашћења са једног субјекта на друге, па се у том смислу разликује транслативан и конститутиван пренос. Вид. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 132 и 135. Упор. Владимир Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 287. У Закону о промету непокретности под прометом се подразумевају само транслативан пренос, пренос права својине, не и конститутиван, (уговорно) конституисање хипотеке, службености. Реч непокретности употребљена је да означи право својине на непокретним стварима. Вид. за поистовећење ствари и права на ствари, изједначавање објекта и права (својине) на ствари Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 19. Отуда би тачније било рећи *пренос права својине на непокретностима*. Законски назив ће ипак бити коришћен у овом тексту.

² За термин *главни уговор* вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 45. За термин *коначни уговор* вид., на пример, Горан Георгијевић, „Предуговор“, *Правни живот* 10/2004, 586.

³ Упор., на пример, Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, Paris 2007, 84, који пише да су у француском праву предуговори веома чести у промету непокретности „јер је то домен где је тешко, ако не и немогуће закључити одмах коначан уговор“. Упор. и за швајцарско право Walter Stoffel, „La promesse de contracter en

свему судећи, иза такве праксе код нас и у Француској стоји исти мотив – одлагање коначних дејстава коначног уговора.⁴

Предуговара се и код других уговора, на пример закупа непокретности. И судови у Србији су имали прилике да се изјашњавају и о таквим предуговорима⁵; обично се сложеност и вредност коначног уговора издвајају као разлози за преговарање и закључење припремних споразума⁶, па следствено и предуговора. Ипак, судећи према објављеној судској пракси, предуговори доминирају у промету непокретности.

То би још више могло да важи за капару. Карактеристична је за купопродајне уговоре, а нека правила о капари, која постоје и у нашем⁷ и упоредном праву⁸, упућују на то да је, регулишући је, законодавац имао у виду купопродају и купца, предвиђајући да се примљена капара по правилу урачунава у испуњење. У неким правима, идући

droit suisse“, *Recueil des travaux présentés aux deuxième journées juridiques yougoslavo – suisses*, Zürich 1986, 141. Вид. за нотарску праксу у романској Швајцарској François Dessemontet, *Commentaire romand, Code des obligations* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), I, Genève 2006, 149.

⁴ Вид. за француско право Р. Malinvaud, 84. У француском праву то је повезано са транслативним дејством уговора упереног на пренос права својине. Апстрактно посматрано, стриктно вољни акт, уговор, довољан је да пренесе право својине, пренос права својине је „потпуно интегрисан у уговор (о продаји), нужна је последица сусрета две воље“, пренос својине је тренутан – тако, уместо многих, Christian Atias, *Droit civil – Les biens*, Paris 2014¹², 220. Предуговарањем (и учвршћењем капаром) одгађа се то коначно дејство, а осигурава сигурност за странке. Парадоксално, али тако је, по традицији, и у праву Србије. Мада је прихваћен римски, односно аустронемачки систем у којем се претпоставља (уговор као) титулус и, код непокретности, упис као *modus acquirendi* (вид. чл. 33 Закона о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон вид. и, уместо свих, Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1971⁶, 256–257), странке су прибегавале предуговору мотивисане правним разлозима (уговор о промету непокретности је дефинитивно закључен када се остваре услови форме, докле не производи никаква дејства; од тог момента тај уговор је исправа на основу које се остварује упис, нема дакле постепености у дејствима, односно разлике између облигационих дејстава која наступају сагласношћу воља, и састављања писмене исправе која је услов за упис (вид. О. Станковић, М. Орлић, 349), али и практичним, раније везаним, на пример, за трансфер новца код исплате цене и слично.

⁵ Вид., на пример, за правна дејства предуговора код уговора о закупу Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 370/2007, од 21. фебруара 2007, <http://ingpro.propisi.net>, 27. април 2018. Слично и Пресуда Приведеног апелационог суда, Пж. 849/2010, од 10. марта 2010, *Paragraf Lex*.

⁶ Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 395.

⁷ ЗОО, чл. 79, ст. 2.

⁸ Законик о облигацијама Швајцарске (даље: COS), чл. 158, ст. 2; Грађански законик Немачке (даље: BGB), чл. 337; Грађански законик Румуније из 2009. (даље: ГЗР), чл. 1544, ст. 1.

за тим, правила о капари су предвиђена у оквиру правила о уговору о продаји.⁹

Главни предмет текста који следи биће ситуација када је закључен предуговор о промету (продаји) непокретности и уговорена (дата) капара, али пре тога ваља подсетити да те две установе веже и једно историјско питање. Капара је, наиме, традиционално, а и у нашем праву, реални уговор.¹⁰ Закључењу реалних уговора (предајом ствари) претходи споразум странака, који се у појединим правним системима и у доктрини квалификује као предуговор.¹¹ Слабости концепта предуговора који претходи предаји као реалној форми уговора уочио је О. Станковић, који је предложио алтернативно решење.¹² Могло би се додати да тај концепт противуречи идеји о паралелизму форми која важи за предуговор: ако је коначни уговор формалан, реалан, онда би такав морао бити и предуговор. Реално закључење предуговора је незамисливо – нема се шта предати.

Замишљено централно питање овог написа је, међутим, испитивање ситуације када је уговору о купопродаји непокретности (а резултати анализе су примењиви и када се предуговара закључење и неког другог уговора) претходио предуговор, а истовремено и споразум о капари повезан са тим предуговором. Судска пракса се сусрела са једним бројем спорних питања у таквој ситуацији, а чини се да су она повезана са извесним теоријским нејасноћама, али и не у свему неспорним решењима закона која се имају применити на те случајеве. Мада ово није текст о установи предуговора као таквој (ни о установи капаре) већ о поменутом посебном случају, неопходно је,

⁹ Грађански законик Француске (даље: СС), чл. 1590. (СС је предвиђа у виду капаре као одустанице; упор. ЗОО, чл. 83). Вид. за разлику између овакве капаре као одустанице и права на враћање купљеног у потрошачком праву (не представља одступање од неопозивости уговорене обавезе за разлику од права на враћање купљеног) и од уговорне казне Christian Larroumet, Sarah Bros, *Les obligations. Le contrat*, Paris 2016⁸, 596 и 767–772.

¹⁰ ЗОО, чл. 79, ст. 1: „Ако је у тренутку закључења уговора једна страна дала другој изврстан износ новца...“. Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, 60; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 357–358. Вид. супротно за швајцарско право, где се такође говори о давању капаре (COS, чл. 158, ст. 1); Michel Mooser, *Commentaire romand, Code des obligations* (eds. Luc Thévenoz, Franz Werro), II, 861, који сматра и да за уговор о капари важи паралелизам форми: има се закључити у форми која важи за главни уговор (уговор за који се капара даје, што може бити и предуговор).

¹¹ Вид., на пример, О. Станковић, В. Водинелић, 170; С. Перовић, 358. Упор. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, *La formation du contrat, Tome I: Le contrat – le consuetum*, Paris 2013, 731. Према мишљењу тих аутора, друга могућност је једнострано обавезивање на давање или једнострано обавезивање, односно једностранообавезни предуговор, за који важи споменути принцип паралелизма форми. *Ibid.*, 724–725.

¹² О. Станковић, В. Водинелић, 170–171.

пре те средишње анализе, отворити неколико питања тих установа, полазећи од позитивног права, судске праксе и теорије, па и имајући у виду започету реформу нашег грађанског права, односно решења садржана у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије.¹³

2. О ПРЕДУГОВОРУ У ПРАВУ СРБИЈЕ

Предуговор је регулисан Законом о облигационим односима и, мада га тај закон дефинише као *врсту* уговора, уређен је у одсеку који се односи на *закључење уговора*, уже на *сагласност воља* као елемент закључења уговора.¹⁴ Према тексту закона, то је „уговор којим се преузима обавеза да се доцније закључи други, главни уговор“. Дефиниција је слична оној из COS.¹⁵

Упоредноправно посматрано, уз све разлике, обвезивање слично предуговору из ЗОО постоји практично свуда. У неким правним системима такав је (такви су) уговор(и)¹⁶ предвиђен(и) и уређен(и) законом. Неке значајне кодификације¹⁷ не предвиђају изричито предуговор

¹³ Вид. верзију Преднацрта Грађанског законика Републике Србије која „важи“ у време писања овог текста у *Правни живот* 5/2016 (даље: *Преднацрт*).

¹⁴ ЗОО, Глава II, одсек I, чл. 45. У доктрини, у општим делима, чешће се, међутим, систематизује и обрађује у расправи о врстама уговора. Вид. Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд 2004, 129; Ж. Ђорђевић, Б. Станковић, 203; С. Перовић, 234; Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2004, 347. У француској литератури расправа о сродним установама је, пак, обично систематизована у деловима који говоре о закључењу уговора. Вид., на пример, J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M Serinet, 574 и даље; P. Malinvaud, 84 и даље; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, Paris 2009⁴, 424 и даље. У швајцарској литератури о предуговору се расправља и као одступању од слободе уговарања: онај ко је закључио предуговор обавезан је да закључи главни уговор. Вид. Pierre Tercier (avec la collaboration de K. Devaud), *Le droit des obligations*, Genève – Zurich – Bâle 2009, 126–127.

¹⁵ „Уговором се може преузети обавеза за закључење будућег уговора“ – COS, чл. 22. Упор. чл. 936 Аустријског грађанског законика (даље: АГЗ). Вид. о последњем Viliam Gorenc, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, I, Zagreb 2014, 407. Упор. детаљније Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 195–196. Исти појам је задржан у *Zakonu o obveznim odnosima Hrvatske*, чл. 268.

¹⁶ Вид., осим наведених у претходној фусноти, ГЗР, чл. 1282.

¹⁷ На пример, BGB. Вид. упоређењем са француским правом Günter Reiner, „Le processus de formation du contrat dans le projet d’ordonnance de la Chancellerie – quelques commentaires“, *La réforme du droit des obligations en France, Sèmes journées franco-allemandes* (dir. Reiner Schulze et al.), Paris 2015, 67–68. СС до промена из 2016. године када су у *L’Ordonnance n°2016–131*, 10. 2. 2016. (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), којом су битно новелирана бројна питања општег дела облигационог права и уговорног права, чл. 1123 и 1124 прихваћени су *Le pacte de préférence* којим се једна страна обавезује тако да креира за другу право пречег уговарања, ако одлучи да закључи одређени уговор

(ни сродне сагласности воља постигнуте у процесу закључења уговора), али су теорија и судска пракса сагласне да су они дозвољени, да производе правна дејства на која су усмерена, пре свега ослонцем на принцип слободе уговарања.

Без обзира на разлике у начину регулисања, извесна питања која се односе на предуговор свуда су отворена, а могу бити важна за централну тему овог текста, предуговор којим је преузета обавеза за закључење уговора о промету непокретности, који је закључен уз давање (уговарање) капаре.

2.1. Предуговор и битни елементи коначног уговора

Прво је питање мере, обима сагласности воља о елементима будућег коначног (главног) уговора која у предуговору мора бити постигнута.

Према ЗОО, „предуговор обавезује ако садржи битне састојке главног уговора“.¹⁸ Дакле, они споразуми које странке постигну у поступку закључења главног (коначног) уговора, у којима сагласношћу нису обухваћени битни састојци коначног уговора не стварају права и обавезе (на закључење коначног уговора), па нису предуговори, па ни уговори јер је дејство уговора управо стварање права и обавеза између странака.

Слично, ГЗР предвиђа да „обећање на уговарање“ (*la promesse de contracter*)¹⁹ „мора да садржи све састојке уговора у одсуству којих странке не могу извршити обавезу“. Обавезну сагласност о битним састојцима уговора предвиђа и аустријско право.²⁰

Решење у *Скици* је више изнијансирано, тако што разликује ситуацију у којој су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, када је за случај неизвршења предуговорне

(COS, чл. 216, ст. 2: „Обећање продаје је споразум о праву прече куповине...“) и опционо уговор сличан оном из *Скице за законик о облигацијама и уговорима* (даље: *Скица*), чл. 30. Посебно уређење предуговора не постоји ни у BGB, па је могућност његовог закључења остављена начелу слободе уговарања.

¹⁸ ЗОО, чл. 45, ст. 3.

¹⁹ ГЗР, чл. 1279. Како коментарише један од чланова редакционе комисије, у питању је синоним за предуговор. Вид. Bogdan Dumitrache, „Commentaire introductif au Livre V. Des Obligation. Titres I à X relatifs aux obligations en général“, *Nouveau Code civil Roumain: traduction commentée* (red. Daniela Borcan, Manuela Ciuruc), Juriscope – Dalloz, 2011, 339. ГЗР обећање на уговарање (предуговор) дефинише као обећање, што би могло да се разуме једнострано, а нама се чини да нема правноло- гичких препрека и да буде узајамно. У COS предуговор је дефинисан као двостра- но обавезан уговор, али судска пракса допушта и једнострано обавезивање. Вид. F. Dessemontet, 148.

²⁰ АГЗ, чл. 936. Вид. V. Gorenc, 408.

обавезе предвиђено да ће се пресуда којом се странка обавезује да коначни уговор закључи „сматрати као закључење главног уговора“²¹, док у случају да не постоји таква сагласност, неизвршење даје саговорнику право да захтева накнаду штете.²²

Супротно, у члану 22 COS не предвиђа се ништа када је обим предуговорне сагласности у питању, препуштајући одговор на то питање теорији и судској пракси. Судови су на становишту да предуговор може да се идентификује са главним уговором, што претпоставља да би предуговор и главни уговор требало да се закључују између истих странака и под истим условима, да се само тако може и директно тражити извршење главне обавезе, што подразумева и предуговорну сагласност о битним елементима уговора.²³

Француска доктрина, развијена пре интервенције учињене у тој области, изменама из 2016. године, полазећи од посебних случајева који су имали особине предуговора, а који су били предвиђени у СС и правној пракси, разликовала је такве код којих је неопходна сагласност о битним елементима²⁴, код којих су ти елементи одредиви²⁵ или пак код којих није неопходно да предуговор садржи битне услове коначног уговора већ је довољно да садржи „битне индикације непокретности“ и „провизорну цену“, као што се то тражи у француском

²¹ Скица, чл. 29, ст. 5.

²² Скица, чл. 29, ст. 4. Алтернатива у Преднацрту Грађанског законика Србије, чл. 191, прати исту идеју, предвиђајући накнаду штете као основну санкцију, а судску пресуду која замењује закључење уговора када су у предуговору одређени битни услови за закључење главног уговора, али задржава и одредбу из 300 по којој предуговор обавезује ако садржи састојке главног уговора.

²³ Вид. F. Dessemontet, 149–150 и тамо наведене судске одлуке. Вид. за развој схватања у швајцарском праву W. Stoffel, 139–142. Како се наводи, старија доктрина је предуговор, који је обухватио све битне елементе, схватала као главни уговор, али условљен. Новија је изражавала скептицизам у односу на разлог постојања таквог предуговора.

²⁴ Вид., на пример, СС, чл. 1589, који предвиђа да ће узајамно обећање продаје моћи да важи као продаја ако су се странке сагласиле о предмету и цени. Упор. С. Перовић, 236. Вид. за схватања по којима се разликује обострано обећање од коначног уговора Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, 229.

²⁵ Вид. за *pacte de préférence* (новог) чл. 1123 СС (на основу пројекта) J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, 580. Аутори тај предуговор упоређују са уговорним правом прече куповине, позивајући на литературу, али и судску праксу. Томе у прилог иде чл. 1123, ст. 2 (новелираног) СС, који уређује санкције за случај повреде права бенефицијара, на исти начин на који се оне уређују у уговорном праву прече куповине: ако је трећи несавестан, поништење уговора који је са њим закључен и одлука суда којом се замењује уговор са бенефицијаром, иначе накнада штете. Вид. детаљније Thibault Douville (dir.), *L'Ordonnance n°2016-131*, 10. 2. 2016. (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), 2016, 67. Упор. P. Malivaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, Paris, 2017¹⁴, 145. Вид. детаљније C. Larroumet, S. Bros, 258–260.

праву за продају објекта у изградњи који француски правници називају и уговор о резервацији.²⁶ Најзад, за поједине „врсте“ предуговора – ако су уопште у питању предуговори, неће сметати да предуговор буде ваљано закључен, пуноважан, иако, на пример, цена није одређена, али постоје други битни елементи, као, на пример, уговор о ексклузивној продаји робе једног велетрговца који са њим закључује трговац на мало.²⁷ Тако је и са онима који су само припремни споразуми (*les contrats préparatoires*), етапа у процесу закључења уговора.²⁸

У нашој доктрини преовлађује став да је за предуговор неопходна сагласност о битним елементима коначног уговора²⁹; неки аутори дозвољавају да постоје две врсте предуговора, они који садрже елементе будућег уговора (па се могу принудно извршити тако што ће судска одлука заменити коначан уговор) и они код којих не постоји сагласност о свим битним елементима.³⁰

2.2. Последице неизвршења обавезе из предуговора

У ЗОО није изричито предвиђена санкција за неизвршење предуговорне обавезе на закључење главног уговора. Закон ипак предвиђа *правно средство* за заштиту странке у предуговору: заинтересована страна која је верна предуговору може тражити од суда да пресудом наложи другој да приступи закључењу главног уговора, дајући му, у пресуди, и парични рок у коме то треба да учини.³¹ Услови за ту заштиту су, осим чињенице да су странке постигле са-

²⁶ Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, 225. И овде се могу препознати елементи права прече куповине.

²⁷ *Ibid.*, 225–226. Као што се у претходно наведеним случајевима остварује функција права прече куповине, нама се чини да је овде у питању однос између тзв. генералног и посебних уговора. Вид. за ту поделу уговора С. Перовић, 229.

²⁸ Вид. P. Malivaud, D. Fenouillet, M. Mekki, 142–143.

²⁹ Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 203; С. Перовић, 236 (аутор инсистира да је неопходна сагласност и о субјективно битним елементима); Ј. Радишић, 130; М. Орлић, нарочито 415–418, разликује, полазећи од текста *Скице*, предуговор (у ужем смислу), у коме су се странке споразумеле о битним елементима будућег уговора, и споразуме који такође претходе коначном уговору, који их не садрже, а који могу имати друга правна дејства, односно производити друге правне последице у односу на предуговор.

³⁰ Г. Георгијевић, 588–589. Аутор пише да предуговор може а не мора да садржи битне елементе, ослањајући се на описано решење из *Скице*, и пита се да ли ћутање ЗОО о предуговорима који не садрже све битне елементе намераваног уговора значи да они не постоје у нашем праву. Разлика у односу на претходно поменуто схватање Орлића је, ако добро разумемо, што он такве споразуме и не назива предуговор већ их сврстава у „остале“ споразуме, а Георгијевић их од других припремних споразума разликује. Упор. за последње P. Malivaud, D. Fenouillet, M. Mekki, 141–143.

³¹ ЗОО, чл. 45, ст 4.

гласност о битним састојцима будућег уговора, да је захтев благовремен и да се друга страна не може позвати на промењене околности.³² На основу тих одредаба може се претпоставити да је Закон коначни изглед заштите препустио општим правилима, која важе за све уговоре, а то значи правилима извршног поступка.

У *Скици* је, међутим, била предвиђена алтернативна последица, зависно од тога да ли су у предуговору „одређени битни услови за закључење главног уговора“. Ако нису, саговорник веран предуговорној обавези стиче право на накнаду штете, у противном, када су ти састојци уговорени, суд ће обавезати другу страну на закључење, а ако она то не учини у партиционом року, пресуда ће се „сматрати као закључење главног уговора“.³³

И у упоредном праву то питање је повезано са претходним – да ли је предуговором обавезно уредити све битне састојке коначног уговора, односно да ли су утврђени. То је и разумљиво: да би одлука суда, непосредно или у извршном поступку, ако не буде закључењем уговора добровољно извршена, коначни уговор могла да замени, треба да гласи на закључење *одређеног* уговора и да тако „закључен“, односно пресудом супституисан уговор може и сам бити принудно извршен. Управо та идеја је недвосмислено прихваћена у ГЗР: предуговор мора садржати све клаузуле будућег уговора без којих је немогуће извршити прихваћену обавезу. Осим накнаде штете, на захтев предуговору верне странке суд ће донети одлуку која ће заузети место уговора, под условом да то *дозвољава природа уговора и уколико су законски захтеви за пуноважност тог уговора испуњени*.³⁴

Ни у швајцарском праву закон не одређује последице неиспуњења предуговорне обавезе, не спомиње ни правно средство које је на располагању другој страни, као што то чини ЗОО. Према судској пракси и пратећој теорији, неиспуњење предуговорне обавезе отвара две могућности: да пресуда замени коначни уговор³⁵ и да се досуди накнада штете, у потоњем случају тако што ће се накнада ограничити на негативни уговорни интерес „јер главни уговор није закључен“.

³² ЗОО, чл. 45, ст. 5 и 6 (захтев се може истаћи у року од шест месеци од рока предвиђеног за његово закључење, односно од када је, по природи ствари, требало да буде закључен).

³³ *Скица*, чл. 29, ст. 4 и 5.

³⁴ ГЗР, чл. 1279. Законом је искључена могућност да одлука замени уговор ако су у питању реални уговори. Уједно законом се изричито предвиђа да сагласност (*convention*) којом се странке обавезују да преговарају или да измене неки уговор не представља предуговор.

³⁵ P. Tercier, 239. Тужба која се у том случају подиже је *конститутивна (une action formatrice)*.

Ипак, скривљено незакључивање главног уговора требало би да доведе до накнаде изгубљене добити.³⁶

У доктрини ослоњеној на ЗОО, као и у упоредној, ставови се разликују у нијансама и нису увек сасвим јасни. Ако се пуноважност предуговора условљава сагласношћу о битним састојцима уговора (независно од тога да ли ће за друге сагласности бити предвиђена друга правна дејства и која)³⁷ у односу на (такав) предуговор у ужем смислу и његове правне последице могу се разликовати следећа схватања:

а. Ако једна од страна одбије да закључи главни уговор, суд ће је на захтев на то обавезати, а ако закључење и даље изостане, судска одлука ће заменити незакључени уговор.³⁸ Та могућност се ставља под резерву у упоредном праву, када је о појединим предуговорима, односно појединим коначним уговорима реч: искључује се када је то противно природи или посебним условима за пуноважност коначног уговора.³⁹

³⁶ F. Dessemontet, 150. Аутор додаје да, мада се предуговор у погледу принудног извршења у природи не разликује од „обичног“, у пракси ће за такво извршење бити много препрека, па по правилу долази до накнаде штете.

³⁷ Поједини аутори, пре другог, праве разлику између двострано обавезних и једнострано обавезних предуговора. Полазећи од дикције чл. 45, ст. 1 ЗОО, према којем је предуговор уговор којим се преузима обавеза да се закључи главни уговор, они налазе да се предуговором може дати право само једној од њих да изјавом своје воље предуговор претвори у главни уговор, укључујући дакле у појам предуговора и опциони уговор. У таквом случају довољна је изјава овлашћене стране да правна дејства таквог предуговора (опционог уговора) наступе. Вид. тако, на пример, Младен Драшкић, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), I, Нови Сад 1983, 146; исто и V. Gorenc, 409. Вид. за опциони уговор *Скица*, чл. 30, и *Преднацрт*, чл. 192. Не поставља се, дакле, питање правне последице неиспуњења предуговора и лако је учити разлику у односу на предуговор у ужем смислу: да би код тог другог на основу предуговора настао коначан уговор, треба и да га странке закључе, код опционог уговора странке су се о њему сагласиле, треба да бенефицијар својом изјавом доведе да он почне да производи правна дејства, па опциони уговор („једнострано обећање уговора“) највише личи на уговор закључен са потестативним условом. У даљем тексту имаћемо у виду предуговор у ужем смислу, онај који обе стране обавезује на закључење уговора. Подела на једнострано и двострано предуговорно обавезивање и с обзиром на установу опционог уговора позната је и упоредном праву. Вид. за француско право уместо свих J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, 572–573, за швајцарско F. Dessemontet, 148. Вид. за обавезну снагу, време и начин на који се бенефицијар користи опцијом у француском праву и C. Larroumet, S. Bros, 280–282.

³⁸ Тако, на пример, М. Драшкић, 148; V. Gorenc, 409; ту могућност дозвољава и Г. Георгијевић, 599–600. Вид. за швајцарско право F. Dessemontet, 149–150, и детаљније W. Stoffel, 143–144.

³⁹ Вид. ГЗР, чл. 1279, ст. 3, који, осим позивања на природу и посебне услове за пуноважност коначног уговора, ту могућност искључује и за обећање закључења реалног уговора. Вид. и Ј. Радишић, 130–131, који позивом на немачку доктрину као

Заправо, идеји да ће пресуда заменити коначни уговор, посебно ако не постоји законско правило које то изричито наређује, могуће је ставити значајне приговоре. Начелно је могуће поставити питање, на које негативно одговара један коментатор, има ли суд овлашћење да сачини уговор уместо странака.⁴⁰ Садржински, неки ће тај приговор покушати да заобиђу тврдњом да судска одлука не замењује главни уговор, већ уговорну изјаву стране која одбија да закључи главни уговор: страна верна уговору тужбом захтева да друга страна да изјаву којом се коначни уговор закључује, па пресуда којом се он на то обавезује доводи да се „сматра да је она дата чим је пресуда постала правоснажна“.⁴¹ Али ни то резонување не даје одговор на једноставно питање: како пресуда којом се усваја кондемпнаторни захтев (да суд наложи другој страни да приступи закључењу главног уговора) има конститутивно дејство, како „ствара“ уговор? У литератури има покушаја да се и тај приговор разреши тако што се предлаже да у диспозитив пресуде којом се налаже туженом да приступи закључењу главног уговора буду унети главни садржај дефинитивног уговора и констатација да ће се главни уговор сматрати склопљеним (у наведеном садржају) даном доношења пресуде, ако тужени наложено у остављеном року не учини.⁴² Ипак, остаје питање како се на кондемпнаторни захтев одговара конститутивном одлуком.

б. Ти се приговори можда избегавају ако се само констатује да ће странци која одбија закључење коначног уговора то наложити суд, како то стоји и у ЗОО.⁴³ Неиспуњење судске кондемпнаторне одлуке у партиционом поступку води извршном поступку. Извршење

случајеве непримењивости тог правила наводи случај када је дугована чинида из коначног уговора личне природе, иако претпоставља веће, посебно поверење.

⁴⁰ V. Gogenc, 408. Аутор негативан одговор користи да искључи могућност закључења предуговора без сагласности о битним елементима главног уговора, али на следећој страници допушта да судска одлука замени главни уговор ако битних елемената има.

⁴¹ Ј. Радишић, 130.

⁴² Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 207. И овде је, међутим, лако приговорити не само да на захтев за кондемпнацију суд изриче и кондемпнаторну и конститутивну одлуку, ако добровољна кондемпнација изостане, па би се таква одлука могла квалификовати као *plus petitio*. Такав став је, међутим, био прихваћен од судова: „Судска пресуда донета на основу чл. 45, ст. 4 ЗОО замењује изјаву воље странке која неће да испуни обавезу склапања главног уговора протеком рока одређеног у пресуди а када тај рок није одређен, правоснажношћу судске пресуде (у чл. 243 ЗИП). Због тога, изрека пресуде мора да садржи све битне елементе главног уговора, тако како су одређени у предуговору (чл. 45, ст. 3 ЗОО).“ XXI међурепублички координациони састанак виших привредних судова, привредних одељења врховних судова република и покрајина и судова удруженог рада Босне и Херцеговине и Војводине, став од 25. маја 1988, *ingpro.propisi.net/DocumentWebClient*, 27. април 2018. Вид. исто Пресуда Округног суда у Новом Саду, Гж.192/06, од 5. септембра 2007, *Intermex*.

⁴³ Вид., на пример, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 203.

се у том (таквом) случају може постићи, према једном мишљењу, применом правила о тзв. *самоостварењу* потраживања које је предмет извршења, *по закону*. Како се примењује, под одређеним околностима, у извршном поступку, сама судска одлука (по закону) стиче одређено својство (дејство), па се за постизање тог дејства (овде да одлука замени уговор) не прибегава посебним радњама извршења, оне нису неопходне; пример за то би управо било сматрати да је изјава воље дата, ако је извршном дужнику пресудом наложено давање изјаве воље, па би се самоизвршењем сматрало да је изјава дата, и то даном правноснажности пресуде.^{44, 45}

Теоријски, концепт самоизвршења премешта питање из домена *дејства* (кондемнаторне) одлуке на терен дејстава која настају у поступку њеног извршења. За самоизвршење је, међутим, потребан законски основ⁴⁶, а у ЗОО није изричито превиђено да ће судска одлука којом се налаже закључење уговора „заменити“ уговор; потребан је још један корак који ће значити да се питање таквог дејства и формално преноси на терен извршног поступка. Према правилима извршења могуће је, наиме, да *решење о извршењу* замени изјаву воље, са дејством од правоснажности пресуде.⁴⁷ Видљива је битна разлика између две солуције. Код прве ће сама пресуда, *ipso iure*, ако не буде добровољно извршена, заменити коначни уговор, код друге треба покренути извршни поступак и до такве супституције доћи ће у поступку извршења.

в. Према једном мишљењу, за случај неизвршења обавезе на закључење уговора наложеног судском пресудом следи право на накнаду штете; каткад јер је то једина могућа санкција.⁴⁸ Заправо, у

⁴⁴ Вид. Mihajlo Dika, *Građansko ovršno pravo*, I, Zagreb 2007, 144. Аутор се залаже за што ширу примену тог принципа *de lege ferenda*.

⁴⁵ Тако може бити и у швајцарском праву, где поједина кантонална законодавства изричито предвиђају да ће судија пресудом заменити изјаву воље. Вид. W. Stoffel, 143. Упор. P. Tercier, 239.

⁴⁶ Какав постоји, на пример, у чл. 1279, ст. 3 ГЗР.

⁴⁷ Вид. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2016, чл. 390. Правило је смештено у делу о *начину извршења*, а радњама извршења мора претходити решење о извршењу (чл. 66). Нема извршења док га суд, својим решењем, на предлог извршног повериоца, не покрене. (Израз „правоснажност одлуке“ у овој одредби односи се на одлуку која је извршна исправа.) Судећи према објављеним судским одлукама, међутим, наши судови сматрају да ће сама судска одлука, без извршног поступка, ако су у њој наведени елементи коначног уговора, бити довољна и да ће довести до *самоостварења*, како је описано. Вид одлуке наведене у фусноти 41.

⁴⁸ С. Перовић, 235. Аутор као пример наводи случај у коме је страна у предговору отуђила незаменљиву ствар која је предмет главног уговора и налази да је једина могућа санкција накнада штете. (Околност да је предмет будуће обавезе отуђен не мора међутим да спречи закључење главног уговора: предмет уговора

доктрини се отвара начелна дилема: да ли би последица кршења предуговорне обавезе, односно незакључења коначног уговора требало да буде судска пресуда која има конститутиван карактер (која замењује коначни уговор), непосредно или кроз извршни поступак, или накнада штете страни верној предуговору. Прво решење је, према мишљењу једне групе аутора, неприхватљиво. Значило би кршење слободе избора. „Воља да се закључи коначни уговор мора бити поновљена, па санкција неиспуњења предуговорне обавезе може једино бити накнада штете“⁴⁹; странке не могу бити натеране на закључење коначног уговора, „замењивање воље судском одлуком у том случају није стварно замењивање“.⁵⁰

Предуговору веран саговорник свакако може имати и право на накнаду штете, макар да правни систем дозвољава замену изјаве уговорне воље пресудом, и то се право да објаснити позивом на општа правила уговорног права. Најпре, пошто је предуговор уговор, замисливо је да незакључење коначног уговора, неизвршење предуговорне обавезе, буде разлог за раскид уговора због неиспуњења. Ако су странке предуговором предвиделе рок за закључење коначног уговора, то би био случај раскида фиксног уговора, иначе ће се применити општа правила о раскиду. Последица раскида може бити накнада штете.⁵¹

г. Најзад, претходна расправа о појму предуговора, обиму сагласности воља који предуговор подразумева и односу према

може бити и туђа ствар. Вид. чл. 460 ЗОО). Вид. и фусноту 36 – реч је о истом решењу, само посматрано из другог угла.

⁴⁹ Вид. тако Г. Георгијевић, 599–602, који, супротставља две могућности, накнаду штете и конститутивну пресуду, изражавајући резерву у односу на решења која закључење уговора виде као обавезу на чинидбу. „Странке су дале пристанак за закључење уговора, али не и сагласност за закључење уговора.“ Отуда аутор сматра да „воља да се закључи коначни уговор мора бити поновљена, а накнада штете је једина могућа санкција“.

⁵⁰ Вид. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1979, 244. Аутор из тога изводи закључак да је предуговор правна установа која се тешко може оправдати.

⁵¹ Вид. за правила о раскиду ЗОО, чл. 125 и 126, за накнаду штете као последицу раскида ЗОО, чл. 132, ст. 1. Вид. за раскид предуговора истеком рока на основу ЗОО, чл. 125, ст. 2; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж 4130/10 од 12. јануара 2011, <http://pn2.propisi.net>, 27. април 2018. Вид. и за раскид предуговора због неизвршења Пресуду Врховног суда Србије Прев. 148/07 од 25. октобра 2007, *Intermex*. Вид. за такав логичан след изричито Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1977, 99. Вид. слично по ефекту Ј. Салма, 348, који, начелно разматрајући појам предуговора, сматра да се накнада штете појављује као санкција за одустанак од закључења главног уговора, „повреда предуговора повлачи за собом активирање секундарне обавезе“. (За предуговор из ЗОО аутор сматра да је у питању пунктација, која подразумева другачију санкцију. *Ibid.*, 350.)

другим споразумима који се закључују као припремни, у поступку преговарања, дозвољава закључак да је судска одлука која ће заменити уговорну вољу могућа за предуговор у ужем смислу, онај у коме су се странке споразумеле о битним елементима будућег уговора. Предуговор је уговор, за разлику од осталих сагласности воља којима су се странке споразумеле да (савесно) преговарају или су постигле сагласност о неким, али не свим битним тачкама уговора⁵², где санкција за неизвршење може бити (само) накнада штете.⁵³

Може се закључити да је у правним системима који познају предуговор попут оног у ЗОО доминатно схватање, и у теорији и у судској пракси, да предуговор (у ужем смислу) мора да обухвати битне елементе коначног уговора, а да ће за случај да једна од страна (ако је двострано обавезан) одбија да га закључењем главног уговора изврши, у крајњој линији одлука суда заменити тај уговор. За то може бити потребан још један елемент – форма предуговора.

2.3. Форма предуговора

Закон о облигационим односима је јасан: да би био пуноважан, предуговор мора бити закључен у форми која је услов пуноважности коначног уговора, ако је за њега предвиђена *forma ad solemnitatem* – то је један од случајева паралелизма форми у нашем праву.⁵⁴ Доктрина то не доводи у питање⁵⁵, а судови су неочекивано често имали прилику да се о томе изјашњавају.⁵⁶

⁵² М. Орлић, 308.

⁵³ *Ibid.*, нарочито 416–417. Уз напомену да те друге споразуме није требало схватити као врсту исте појаве са предуговором, аутор такво схватање види и у решењу чл. 29 *Скице*, где је накнада штете у ст. 4 резервисана за остале споразуме, а пресуда која замењује уговор из ст. 5 за предуговор (у ужем смислу).

⁵⁴ „Прописи о форми главног уговора важе и за предуговор, ако је прописана форма услов пуноважности уговора.“ ЗОО, чл. 45, ст. 2. Види за форму уговора о промету непокретности, уместо многих, Марија Караникић Мирић, „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао* 2/2015, 313–339; Н. Тешић, 482 и даље.

⁵⁵ Вид., на пример, М. Драшкић, 147; Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима* (Слободан Перовић), I, Горњи Милановац – Крагујевац 1980, 224. Упор. за безуслован паралелизам форми чл. 1351 Грађанског законика Италије: „Предуговор је ништав ако није закључен у оној форми коју је закон прописао за коначан уговор.“ Ј. Радишић, 130, наводи да би у противном прописи о форми могли бити изиграни.

⁵⁶ Вид., уместо многих: „Предуговор о купопродаји непокретности који није оверен није ни настао...“ Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 986/2011 од 26. септембра 2012, *Paragraf Lex*, исто Пресуда Врховног суда Србије Рев. 671/06 од 7. септембра 2006, <http://pn2.propisi.net>, 27. април 2018.

Форма предвиђена за будући уговор обавезна је и за предуговор и у швајцарском праву, ако је та форма предвиђена у интересу странака.^{57, 58}

О примени правила о форми предуговора као таквог у судској пракси је постављено једно интересантно питање: да ли је могућа конвалидација недостатка форме извршењем?⁵⁹

Питање је, већ на први поглед, беспредметно, примена правила о конвалидацији је немогућа. Извршити обавезе из предуговора значи закључити коначан уговор. Делимично испуњење је немогуће, а томе је најсличније закључење коначног уговора који се по садржини, уговореним елементима, разликује од оних у предуговору. Тада би се радило, ако би требало дати „теоријско разјашњење“ онога шта се догодило, о споразумном раскиду предуговора и закључењу другог, коначног уговора, могуће и у облику новације. „Потпуно“ испуњење, закључење главног уговора је могуће без обзира да ли је предуговор пуноважан или не. Предуговор и главни уговор не могу истовремено производити правна дејства,⁶⁰ закључење коначног уговора не само да предуговор не оснажује већ се обавезе из предуговора гасе и када су претходно пуноважно настале. Ако пак буду испуњене обавезе из коначног уговора, поставиће се питање његове конвалидације, а не конвалидације предуговора, под условом да сам не испуњава све услове за пуноважност.

Судови су се, у суштини, само изузетно позивали на правно-логичко правило о конвалидацији предуговора, задовољавали су се констатацијом да предуговорна обавеза није извршена,⁶¹ па би се путем *argumentum a contrario* могло закључити да би до конвалидације

⁵⁷ COS, чл. 22, ст. 2. Вид. F. Dessemontet, 150. Вид. за примере непостојања паралелизма у швајцарском праву W. Stoffel, 133–134. Упор. за такво схватање у немачкој доктрини Ј. Радишић, 130. Упор. и С. Перовић, Д. Стојановић, 224.

⁵⁸ Паралелизам форми није логично могућ ако се предуговор закључује ради закључења реалног уговора. Вид. о таквом предуговору J. Ghestin, 724–725. Одсуство форме предвиђене за коначни уговор, у француском праву, не мора искључити важност предуговора, али спречава да он замени коначни уговор, до чега би дошло изјавом бенифицијара код опционог уговора, на пример. Вид. С. Larroumet, S. Bros, 267 и даље.

⁵⁹ ЗОО, чл. 73. Вид. детаљније о овом случају конвалидације С. Перовић, Д. Стојановић, 293–295.

⁶⁰ С. Перовић, 235.

⁶¹ „...није испуњен главни услов за конвалидацију да је овај уговор у целини или претежном делу извршен. Ово зато што је главна обавеза из предуговора закључење главног уговора, а очигледно је да није дошло до закључења главног уговора, те обавезе из неовереног предуговора нису уопште извршене“. Врховни суд Србије, Рев. 471/96 од 13. фебруара 1996, *Propis Soft*. Упор. Пресуду Врховног суда Србије Рев. 2928/2008 од 19. новембра 2008, *Propis Soft*. У обе пресуде суд међутим не искључује конвалидацију, да је до извршења дошло.

дошло да јесте извршена. У појединим одлукама, међутим, насупротив претходно описаном логичном следу, суд конвалидацију предуговора повезује са испуњењем обавезе из главног уговора.⁶²

У судској пракси се то питање појавило у преображеном облику: судови су се разилазили у квалификавању дејстава предуговора, решавајући о томе да ли предуговор о купопродаји непокретности може бити основ за стицање својине. Према једном мишљењу, на основу пуноважно закљученог предуговора може се захтевати само да се приступи закључењу главног уговора, а не, када је предуговор пуноважан, да се утврди право својине.⁶³ У једном броју одлука судови налазе да пуноважан предуговор који није извршен закључењем главног уговора и није спроведен поступак принудног извршења, ако су обавезе из главног уговора извршене, може бити прихваћен као земљишнокњижна (катастарска) исправа на основу које се врши упис и самим тим наступају стварноправна дејства.⁶⁴ Наравно, сама помисао да предуговор буде титулус за стицање права својине нема никаквог основа: у односу на непокретност закључењем се не стиче ни облигационо право, потраживање; за то предуговор треба да буде извршен, добровољно или у поступку принудног извршења.

3. О КАПАРИ И КАПАРИ КАО ОДУСТАНИЦИ

3.1. Обезбеђење предуговора

„За обезбеђење предуговора могу се употребити редовна средства обезбеђења, лична и стварна.“⁶⁵ Та би се идеја, ако се посматра начелно и сама за себе, можда и могла бранити, али када се стави у контекст правила о обезбеђењу потраживања, не делује сасвим реалистично.

⁶² Вид. Решење Апелационог суда у Београду Гж 5159/2012 од 25. марта 2014, *Paragraf Lex*.

⁶³ Вид. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3026/05 од 8. фебруара 2006, *Propis Soft*; исто Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4348/97 од 8. октобра 1997, <http://ingpro.propisi.net>, 27. април 2018. Упор. „...предуговор о купопродаји непокретности не представља подобан правни основ за промену корисника земљишта у катастарском оперативу“. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3555/00 од 21. марта 2001. Вид. и решење Апелационог суда у Крагујевцу Гж 409/2014 од 29. октобра 2014, *Paragraf Lex*.

⁶⁴ Вид. тако: „...предуговор о купопродаји непокретности не представља подобан правни основ за промену корисника земљишта у катастарском оперативу“. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3555/00 од 21. марта 2001. Вид. и решење Апелационог суда у Крагујевцу Гж 409/2014 од 29. октобра 2014, *Paragraf Lex*.

⁶⁵ С. Перовић, 235. Исто М. Драшкић, 147, који, примера ради, помиње залогу и јемство.

Обавеза коју ствара предуговор јесте обавеза на чињење (закључење коначног уговора), и то по својој природи лична, може је извршити само дужник (то не би требало мешати са природом обавезе из коначног уговора, која може гласити на давање и бити новчана као што је то купчева обавеза). У теорији права обезбеђења потраживања преовладава став да се обезбеђују потраживања изражена у новцу. Код заложних права то произлази из природе тих права: заложно право „подразумева намирење (обезбеђеног) потраживања из уновчењем добијене вредности заложене ствари“⁶⁶, код јемства због тога што се јемац обавезује да ће испунити обавезу дужника, ако овај то не учини⁶⁷; истина, замисливо је обезбеђење секундарне обавезе, обавезе на накнаду штете⁶⁸, али имајући у виду захтев да обезбеђена обавеза буде одређена и по висини, то је тешко замисливо.

Као што је наговештено у уводном делу овог текста, у правној пракси се уз предуговор уговора капара или капара као одустаница – о томе сведочи немали број судских одлука о њима објављеним. У домаћој литератури, капара се обично сврстава у средства обезбеђења, и то стварна.⁶⁹ Одустаницу, која често иде „у пару“ са капаром⁷⁰, тако да чине посебну установу – капара као одустаница, поједини аутори сврставају у лична средства обезбеђења.⁷¹ Анализа судске праксе, али и правила која за капару и предуговор важе, показале да она, па и када је уговорена као одустаница, код предуговора функционише нешто другачије него иначе, на пример у уговору о купопродаји, где се највише јавља, па и отворити питање оправданости уговарања капаре у том случају, односно алтернативних правних решења. Но, пре тога неопходно је у најкраћем приказати те установе.

⁶⁶ Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 140 за ручну залогу, 178 за регистровану залогу на покретним стварима, 228 за хипотеку.

⁶⁷ ЗОО, чл. 997. О могућности јемчења за обавезе различите садржине вид. детаљније Д. Хибер, М. Живковић, 288–294.

⁶⁸ Вид. *ibid.*, 288, 294. Упор. Christian Von Bar, Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Based in part on a revised version of the Principles of European Law*, III, Oxford 2009, 2487, 2499. Упор. и Nikola Gavella, *Stvarno pravo*, Zagreb 2007², 130 фн 45.

⁶⁹ Вид., на пример, Ј. Радишић, 318 и 326; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 669; Ј. Салма, 437. Упор. Богдан Лоза, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), I, Нови Сад 1983, 228, који пише да је капара стварноправно средство појачања уговора.

⁷⁰ Законодавци баш због тога истичу да капара не даје права која чине одустаницу. Вид. ЗОО, чл. 79, ст. 3; BGB, чл. 336, ст. 2; COS, чл. 158, ст. 1. Супротно, чл. 1590 СС изједначава капару и одустаницу, дајући капари и функцију одустанице. Ипак, доктрина и пракса дозвољавају уговорно раздвајање. Вид. Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, 596–597. Вид. исто у потрошачком праву, за капару која стоји наспрам права да се врати ствар, P. Malinvaud, 94.

⁷¹ Вид. Ј. Радишић, 318; Љ. Милошевић, 110.

3.2. Капара

Капара је стара установа, потиче из римског права: код *emptio venditio* купац је давао капару (*arrha*) да тиме потврди да је контракт настао.⁷² Дефинише се као износ новца или количина других заменљивих ствари која се даје приликом закључења уговора, као знак да је уговор закључен⁷³, као средство учвршћења⁷⁴ (обезбеђења) уговорне обавезе⁷⁵ и као аванс (урачунавање капаре).⁷⁶ Ова широко постављена дефиниција обухвата три *функције* капаре које се често истичу.⁷⁷

(а) Чињеница да се капара даје „као знак да је уговор закључен“ јесте функција капаре која потиче из римског права (*arrha confirmatoria*), мада се у законима, уџбеницима и коментарима истиче као прво обележје капаре⁷⁸, што на први поглед и није тако значајно. Чињеница да је капара дата не значи да је уговор пуноважан.⁷⁹ Када би дата капара била неупитан доказ да је уговор закључен, с једне стране, и када се то не би могло доказивати на други начин, могла би се прихватити идеја да је уговор појачан капаром закључен тек давањем капаре; даља консеквенца би била да се „сваки консенсуални уговор склопљен уз капару претвара заправо у реални уговор“.⁸⁰

⁷² Вид. Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд, 2007, 377. Стара и уређена у савременом праву законом, установа капаре, а то још више важи за одустануцу, није предмет претеране пажње правне доктрине код нас, анализира се углавном у уџбеницима и коментарима закона. Слично је и упоредном праву, укључујући и чињеницу да су и текстови у уџбеницима штурни. Упоредно, чини се да је у питању пад интересовања који је последица изобичајавања установе капаре.

⁷³ Вид. чл. 79, ст. 1 ЗОО. Вид. и чл. 336–338 BGB, чл. 158 COS, чл. 1544–1546 ГЗР, чл. 908 АГЗ.

⁷⁴ Вид. за средство учвршћења (појачања) уговорне обавезе V. Gogens, 475, Б. Лоза, 228.

⁷⁵ Вид. за обезбеђење као елемент појма уједно и функцију капаре нпр. Ж. Борђевић, В. Станковић, 669–670; Ј. Радишић, 326; Ј. Салма, 437.

⁷⁶ Вид. чл. 79, ст. 2 ЗОО. Вид. Ј. Радишић, 327.

⁷⁷ Вид. уместо многих Б. Лоза, 229. Упор. Ј. Милошевић, 110–111; Ј. Салма, 437, који изостављају функцију аванса. О те две функције и Визнер, 364.

⁷⁸ Вид. Станковић, 305, за наше право то објашњава чињеницом да је ЗОО уредио капару у делу посвећеном закључењу уговора. Упоредо, у COS је систематизована у оквиру главе о посебним врстама облигација (заједно са солидарним, условом, у BGB у делу о дејствима облигација које настају из уговора, у ГЗР у дејствима уговора). Једина општа одредба о капари у СС (чл. 1590) налази се у оквиру правила о купопродаји.

⁷⁹ Вид. тако уместо многих Б. Лоза, 229. По некима, дата капара је само претпоставка да је уговор закључен, да постоји. Вид. Ј. Салма, 437 и тамо цитиране немачке ауторе.

⁸⁰ V. Gogens, 475. Судови резонују супротно. И поред тога што је капара предата, ако уговор за чије је учвршћење дата није пуноважан, у пракси је то најчешће

Теза је погрешна, не закључује се (главни) уговор давањем капаре већ је она доказ да је закључен. Насупрот тој тези може се тврдити и да главни уговор може пуноважно бити закључен и када обећана капара није дата. Давање капаре није начин закључења главног уговора већ само знак да је закључен.⁸¹ Макар да се уређују истим писменом, главни (коначни) уговор и уговор о капари су *два* уговора, у односу главног и акцесорног, где је капара акцесорни.

За саму капару се тврди да се закључује у реалној форми.⁸² Капара неће производити дејства која обележавају тај институт док не буде дата, али је код ње више него код других реалних уговора видљив претходни споразум. Најпре, како се тумачи, капара као таква мора бити именована: давање износа новца или ствари значиће капару, ако другачије није уговорено.⁸³ Ово претходно уговарање, како се спомиње, дозвољава и хипотезу која негира реалну форму капаре: могла би се схватити и као консензуалан уговор, а да је предаја (потестативни) одложни услов. Иначе, мада ЗОО говори о предаји капаре у тренутку закључења главног уговора, доктрина дозвољава да то буде и након тога.⁸⁴

због недостатка форме, због акцесорности, ни споразум о капари нема дејства. Вид. нпр. Решење Врховног суда Србије, Рев. 3990/2001, *Intermex*, www.sudskapraksa.com, 27. април 2018; исто Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3422/03, *Intermex*, www.sudska praksa.com, 27. април 2018. Суд се изричито позива на акцесорност капаре и налаже повраћај примљеног на основу правила о стицању без основа. У једној одлуци (Пресуда Врховног суда Србије Рев.1986/97, *Избор судске праксе* 1/2003) закључује: „Ако је капара знак за закључење уговора који се закључује у писменој форми онда и споразум о капари мора имати такву форму.“

⁸¹ У швајцарском праву се износи да дата капара ствара само претпоставку о томе, а не сматра се, како то произлази из језичког тумачења чл. 158, ст. 1 COS. За такво тумачење се каже да је *in favorem contractus*. Вид. М. Mooser, 861.

⁸² Тако, поред других, В. Станковић, 306 (који сматра да је капара једини преостали реалан уговор у нашем праву); Б. Лоза, 228; Б. Визнер, 365. С. Перовић, 359, у чињеници да се сматра да је уговор закључен када је капара дата види да се „у извесној мери, сходно природи капаре, усваја становиште о закључењу уговора путем предаје ствари“. Ј. Радишић, 326, релативизујући став о реалној форми, каже да се споразум о капари може закључити у облику једне клаузуле у главном уговору или у облику засебног уговора, али у сваком случају „мора бити реалан“. Став да код капаре ствар мора бити предата препознаје се у чл. 1544 ГЗР, па и чл. 336 BGB. У швајцарском праву сматра се да уговор о капари мора бити закључен у истој форми као и главни уговор. Вид. М. Mooser, 861. У чл. 1590 СС говори се о обећању на продају које је дато уз капару, па ће капара бити у форми тог обећања.

⁸³ Вид. ЗОО, чл. 79, ст. 1. Вид. у овом смислу изричито Б. Визнер, 364 (аутор пише да разлог давања мора бити изричито уговорен, што је формулација која ствара додатну конфузију). Слично и В. Станковић, 306. Вид. и Одлуку Врховног суда Србије Рев. 2654/97 од 3. фебруара 1997, www.sudska praksa.com, *Intermex*, 27. април 2018.

⁸⁴ В. Станковић.

(б) Правила о судбини капаре за случај неизвршења уговора⁸⁵, такође традиционална, разлог су да се она често квалификује као средство *обезбеђења* уговора.⁸⁶ У основном значењу тог израза, капара није средство обезбеђења, она не омогућује повериоцу да се намери из „одређене ствари или друге одређене вредности из имовинске масе дужника... или из целокупне имовине једног другог лица“⁸⁷ већ служи да би се „странке навеле да тачно изврше своју обавезу“⁸⁸ па се може означити као средство учвршћења уговора.⁸⁹ Када дође до скривљеног неизвршења, друга страна може тражити извршење или задржати капару, односно тражити двоструку ако је она капару дала. Трећа могућност је тражити накнаду штете због неиспуњења, када се капара може урачунати у накнаду.⁹⁰

За основну тему овог написа важно је указати на три правила. Прво, капара се може задржати (или тражити двоструку) независно од тога да ли је услед неизвршења претрпљена штета. Друго, капара се може урачунати у накнаду штете, па се заправо тражи само разлика. Али се не могу кумулирати накнада штете и капара.⁹¹ Треће, заинтересована страна може тражити од суда да смањи претерано велику капару. Та три правила једнака су код уговорне казне: код уговорне казне за неиспуњење, она је алтернативна, накнада штете се не може кумулирати са уговорном казном, дужник може захтевати смањење уговорне казне.^{92, 93}

⁸⁵ За случај неиспуњења обавеза из главног уговора крива страна ће остати без дате капаре или вратити двоструку. Вид. ЗОО, чл. 80, ст. 1 и 2. Упор. АГЗ, чл. 908; ГЗР, 1545; СС, чл. 1590, ст. 2 и 3.

⁸⁶ Вид. тако В. Станковић, 309; Б. Лоза, 232 (ту функцију аутор ставља у поднаслов текста).

⁸⁷ А. Гамс (1997), 209.

⁸⁸ *Ibid.*, 208.

⁸⁹ Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 17–18. Упор. V. Gorenc, 474–475, који говори о капари као средству појачања уговора.

⁹⁰ ЗОО, чл. 79, ст. 3, даје у сваком случају право на накнаду штете због задоцњења.

⁹¹ У чл. 80, ст. 1 и 2 говори се о праву да се тражи извршење *или* накнада штете. Вид. за првобитни текст закона и његову критику (описан је као техничка грешка), када је страни која је примила капару дато право да тражи извршење *и* накнаду штете. В. Станковић, 310.

⁹² Вид. ЗОО, чл. 273, ст. 1 за немогућност кумулације испуњења и казне, чл. 275 за однос уговорне казне и накнаде штете, чл. 274 за могућност смањења. Вид. Д. Хибер, М. Живковић, нарочито 433, 449 и даље, 455 и даље.

⁹³ У праву Швајцарске, мада се уочава фундаментална разлика између капаре и уговорне казне, али се констатује да се уговарањем могу приближити. Вид. М. Mooser, 859.

(в) Урачунавање капаре у испуњење, улога аванса или акон-
тације⁹⁴ – то је дејство капаре за случај испуњења.

3.3. Одустаница и капара као одустаница

Одустаницу у нашој литератури такође сврставају у средства обезбеђења потраживања, само лична.⁹⁵ Одустаница је споразум (уговор односно клаузула уговора) којом се једна или обе стране овлашћују да одустану од уговора давањем одустанице. Одустати се може до доспелости обавезе или до истека рока у коме је право на одустајање уговорено.⁹⁶ По тексту закона одустаје се изјавом о одустајању уз истовремено давање одустанице. Изјава о одустајању је коначна и више се не може тражити испуњење. С друге стране, почетак испуњења доводи до престанка права на одустајање.⁹⁷

Законом о облигационим односима регулише се и хибридна установа, капара као одустаница, тако што се предвиђа да се уз капару може уговорити право на одустајање од уговора уз препуштање дате капаре, односно враћања удвојене ако се правом на одустанак користи страна која је капару примила.⁹⁸

4. ПРЕДУГОВОР ОБЕЗБЕЂЕН КАПАРОМ И ОДУСТАНИЦОМ

Повезивање предуговора и капаре, укључујући и капару као одустаницу (последња ће у даљем тексту бити посматрана као модалитет капаре, а одустаницом ћемо се бавити у мери у којој је део установе капаре као одустанице), како је уобичајено код уговора о промету непокретности у нашој правној пракси, судећи на основу увида у судску праксу, резултира са неколико питања. У даљем тексту ће бити учињен покушај да се одговори на два за која се чини да

⁹⁴ Ј. Радишић, 326. Вид. ЗОО, чл. 79. ст. 2; право је избора испуниоца да ли ће капару вратити или урачунати. Вид. В. Станковић, 307. Вид. BGB, чл. 337. Вид. COS, чл. 158, ст. 2, по коме урачунавање капаре зависи од месних обичаја. Вид. за разлику између романске и германске Швајцарске М. Mooser, 859, 861.

⁹⁵ Вид., на пример, Ј. Радишић, 325, Љ. Милошевић, 119: „Одустаница је лично средство обезбеђења извршења уговора...”

⁹⁶ ЗОО, чл. 82, ст. 1 и 4.

⁹⁷ ЗОО, чл. 82, ст. 5. Тако Пресуда Вишег трговинског суда Пж.11798/2005, *Судска пракса трговинских судова – Билтен 2/2006*.

⁹⁸ ЗОО, чл. 83. Такво правило садржи и чл. 158, ст. 3 COS. Слично чл. 1590 СС. У чл. 1545 ГЗР таква установа се назива казнена капара. Слично, у ЗОО је предвиђено и да се уговорна казна уговори као одустаница – ЗОО, чл. 273, ст. 3. Слично COS, чл. 160, ст. 3. Вид. за изричиту забрану уговарања уговорне казне као одустанице ГЗР, чл. 1538, ст. 3.

су најважнија: да ли се предуговор може уопште учврстити капаром и који је простор слободe уговарања код таквог уговарања?

4.1. Може ли се предуговор учврстити капаром

Судови су постављали питање да ли је уз предуговор могуће и дозвољено дати капару. Начелно, не види се разлог за негативан одговор. Предуговор је уговор, он рађа права и обавезе између странака и неиспуњење тих обавеза се може санкционисати применом правила о капари. Као што је већ цитирано, начелно⁹⁹, предуговор се може обезбедити било којим средством обезбеђења, па и капаром.¹⁰⁰

Недоумице, па и конфузија у правној пракси настале су због тога што су странке уз предуговор уговарале и давале капару не зарад испуњења предуговорне обавезе – закључења коначног уговора, већ за обезбеђење обавезе из коначног уговора, код промета непокретности како је дефинисан, исплате цене, односно предаје непокретности и преноса права својине или повезаних обавеза из тог уговора.¹⁰¹

Такво уговарање није могуће и судови су имали прилике да се о томе изјасне.¹⁰² Као што је описано, капара је знак да је уговор закључен, може се уговорити и предати у моменту закључења уговора, према неким мишљењима и после тога, али никако пре.¹⁰³ Разлог је очигледан: уговор није закључен. И мада се према правилима о обезбеђењу потраживања код свих средстава обезбеђења предвиђа могућност да оно буде уговорено за будуће потраживање¹⁰⁴, овде то није могуће управо због својства, односно функције капаре да буде и *знак* да је уговор закључен. (Ово *mutatis mutandis* важи за капару као одустаницу јер она као правна установа обухвата све елементе појма капаре уз додатну могућност одустајања.) У сваком случају, начело акцесорности, којим се капара изједначава са обезбеђењима

⁹⁹ С. Перовић, 235.

¹⁰⁰ До таквог става судске праксе долази се путем *argumentum a contrario*. У бројним одлукама судови одбијају пуноважност капаре, позивајући се на неважност предуговора, најчешће због недостатка форме. То значи да је предуговор пуноважан, била би пуноважна и капара којом је обезбеђен. Вид. уместо многих Пресуда Врховног суда Србије Рев. 205/06, *Избор судске праксе 9/2007*.

¹⁰¹ Вид. тако Пресуду Апелационог суда у Крагујевцу Гж. 7649/10, *Избор судске праксе 59/2012*. Суд пресуђује да постоји обавеза на повраћај капаре зато што „поводом закључења предуговора о купородаји непокретности продавац није испунио уговорну обавезу...“.

¹⁰² Вид., на пример, Пресуду Вишег суда у Панчеву Гж. 1077/11 од 18. октобра 2011.

¹⁰³ Вид. Станковић, 306. Упор. V. Gorenc, 475.

¹⁰⁴ Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 87 и даље (за залог за будуће потраживање); ЗОО, чл. 1001, ст. 2 и 3.

потраживања, повезује је са *одређеном* обавезом, чији је основ такође одређен¹⁰⁵; обавеза из предуговора и обавеза из уговора различите су обавезе.

Капаром је, дакле, могуће обезбедити обавезу да се коначни уговор закључи. За случај да једна страна одбије да то учини, капара ће бити задржана, односно враћена двострука (ако се поверилац не одлучи за захтев за извршење уговора). (У суштини, капара ће овде имати функцију накнаде штете јер страна у чију се корист правила спроводе добија капару уместо накнаде штете и без потребе да штету и њену висину докажује.)

Мада је таква правна конструкција правно могућа и дозвољена, она није сасвим природна.¹⁰⁶ Уговарање капаре за неиспуњење обавезе из предуговора ову лишава бар једне функције: могућности урачунавања испуњења. Једноставно, то је објективно немогуће.

Заправо, уместо закључка може се додати да, када се посматра функционално, правни режим који настаје уговарањем капаре ради обезбеђења предуговорне обавезе у великој мери подсећа на уговорну казну. Сва су правила иста, укључујући и могућност смањења износа и могућност уговарања својства одустанице, изузев једног: уговорна казна се дугује, а капара се добија унапред, добијено постаје својина онога коме је капара дата. То је велика предност за примаоца капаре.

Још једна разлика између капаре и уговорне казне може бити разлог да странке оптирају за прву, пре свега када је о уговору о промету непокретности реч, а не о предуговору. Уговорна казна је по правилу једнострана, дужник се обавезује да је плати повериоцу за случај неиспуњења или закашњења у испуњењу. Теоријски је замисливо да се обе стране у двостранообавезном уговору једна другој обавезу на плаћање уговорне казне, али тада постоје две, одвојене. То, међутим, није могуће код продаје непокретности. Правила о капари подразумевају узајамност.¹⁰⁷ У пракси, капару најчешће даје купац, чија је обавеза новчана. У праву Србије није дозвољена уговорна казна за новчану обавезу¹⁰⁸, па се слична функција остварује капаром.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 328–329 (за јемство).

¹⁰⁶ Вид. тако Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 3. фебруара 2016. године, Мишљење бр. 9, <http://beleznik.org/index.php/sr/>, 27. април 2018.

¹⁰⁷ Вид. Б. Лоза, 228: „Без обзира да ли је капара дата од стране једног или од оба уговарача, она обезбеђује и једног и другог..“

¹⁰⁸ Вид. ЗОО, чл. 270, ст. 3. Вид. детаљније Д. Хибер, М. Живковић, 425–428.

¹⁰⁹ За предуговор то може бити битно ако се сагласе да истовремено закључујући коначни уговор, странке обавезу из тог уговора могу осигурати капаром, тако да уопште не буде враћена.

Уз све недостатке уговарања капаре уз предуговор, она може имати, у одређеним ситуацијама, предности у односу на друга средства која у сличним ситуацијама и са сличним циљем могу бити уговорена.

4.2. Диспозитивност правила о капари и капари као одустаници

У судској пракси је постављено питање да ли странке уговарајући и дајући капару, посебно уговаравајући је као капару као одустаницу, могу на основу правила о аутономији воље и слободи уговарања уговорати другачије него што су правила којим се те установе уређују законом.

То питање је недавно поново постављено у занимљивом предмету и виђење могућег одговора дао је Стручни савет Јавнобележничке коморе Србије.¹¹⁰

Питање заслужује опис правног односа у коме је настало. Странке су закључиле предуговор о продаји непокретности уговоривши капару као одустаницу. При томе су предвиделе да ће продавац, ако купац одустане од уговора, имати право да задржи капару. Супротно, ако продавац одустане од продаје, вратио би капару, али не у двоструком износу већ онолико колико је примио. У тексту предуговора стоји да је капара дата истовремено за извршење предуговора (за одстанак од продаје, односно куповине) и за извршење обавезе из будућег коначног уговора. Да друга могућност представља ништаву одредбу, очигледно је. Предуговор је оверен (солемнизован) од јавног бележника. Продавац је одустао од уговора и вратио истовремено примљену капару. Купац га је тужио захтевајући да суд утврди ништавост одредбе о враћању, односно задржавању капаре, и да обавезе другу страну да исплати остатак до двоструке капаре, иако је другачије уговорено.

Првостепени суд¹¹¹ је одбио тужбени захтев, наставши да су, с обзиром на диспозитивни карактер норми о капари, странке могле да уговоре онако како су уговориле и да је продавац поступио у складу са уговором. Суд је при томе и утврдио да речена одредба представља одредбу о капари (а не одустаници), па је пресудио применом члана 80, ст. 2 ЗОО. Другостепени суд¹¹² је ту одлуку преиначио наставши, прво, да су странке уговориле одустаницу, а не капару, тумачећи, између осталог, да уговорна одредба по којој последице неиспуњења

¹¹⁰ Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 17. августа 2017, Мишљење бр. 1, <http://beleznik.org/index.php/sr/>, 27. април 2018.

¹¹¹ Пресуда Привредног суда у Крагујевцу 3 П 230/16 од 22. априла 2016. (из архиве суда).

¹¹² Пресуда Привредног апелационог суда 9. Пж 444316 од 16. септембра 2017. (из архиве суда).

наступају ако купац не исплати остатак цене значе његову конклюдентну радњу којом изражава вољу да одустане. Суд је даље нашао да су одредбе о капари делом допунско-дипозитивне, делом императивне природе, па је императивна, на пример, одредба чл. 79, ст. 2 ЗОО, према којој се за случај испуњења капара има *или* урачунати *или* вратити. Одредбе о одустаници, па и капари као одустаници су, насупротив томе, императивне природе. Суд сматра да императивност произилази из тога што се „самом нормом не предвиђа њена примена за случајеве када странке нешто друго нису уговориле“. Суд, без образложења, сматра да би супротно било противно начелу равноправности странака, начелу савесности и поштења и начелу забране злоупотребе права.

Ти аргументи не стоје. За диспозитивност норме облигационог права није неопходно да закон дозволи другачије уговарање већ би требало, за императивност, да га забрани. Диспозитивност се претпоставља¹¹³, а у конкретном случају изричите забране другачијег уговарања нема нити из формулације чл. 83, ст. 2 ЗОО то произлази. Тврдња да је повређена равноправност странака, без додатних аргумената, сугерише да су купац и продавац у сваком случају неравноправни (односно да је неравноправан купац); нема места ни позивању на начело забране злоупотребе права, није могуће ни замислити које је то право из облигационог односа вршено или могло бити противно циљу, при таквом уговарању. Не види се ни основ позивања на савесност и поштење. Заправо, странке могу уговорити последице неизвршења обавезе, па и оне из предуговора, тако што ће одговорност поштрити или ограничити или искључити (ЗОО, чл. 264 и 265). Капаром и одустаницом се, између осталог, уговором уређује уговорна одговорност за штету. Њих странке могу уговорити у којој год висини хоће и било ком односу износа обавеза, наравно ако не постоје посебни разлози који ће указати на зеленашки уговор или прекомерно оштећење.

Пошто је закључио да је одредба којом страна која је примила капару као одустаницу ову враћа неудојено, суд налази да је та одредба ништава. Уместо да испита да ли ће ништавост погодити само ту одредбу или (пред)уговор у целини, суд је уместо ње применио одредбу Закона и наредио исплату двоструке капаре! Нама се чини да није могуће извршити (декларативном судском одлуком) конверзију ништаве уговорне одредбе о капари одустаници оном из Закона, за коју се тврди да је императивна. Странке нису хтеле да свој однос уреде на начин предвиђен чл. 83, ст. 2 ЗОО, изричито су уговориле другачије, па нема услова за примену чл. 116 ЗОО. Такође,

¹¹³ „Странке могу свој облигациони однос уредити другачије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази нешто друго.“ ЗОО, чл. 20.

не постоји могућност да се, због ништавости уговореног, по самом закону, одредба чл. 83, ст. 2, која је, како се тврди, императивна, примени као допунско-диспозитивна; она се не може применити, као да странке нису ништа уговориле. Овде се не може учити аналогија, на пример са чл. 463 ЗОО, према којој ће се дуговати само прописана цена ако је ништаво уговорена виша, или са чл. 1002 Закона, по коме се јемчева обавеза своди на меру дужникове ако је уговорена виша. Законом је изричито предвиђена замена ништаве уговорне одредбе неком другом, а суду није дато право да то уради по свом нахођењу и не позивајући се на основ такве „операције“.¹¹⁴

Супротно схватању суда, чини се да су одредбе Закона о капари и капари као одустаници диспозитивне: Закон и сам упућује на то. Једино је питање да ли ће се уговорено и даље сматрати капаром, без обзира на назив који су странке употребиле, ако садржина уговора упућује на друго.

5. ЗАКЉУЧАК

Једном закључен, у строгој форми јавнобележничке солемнизације или записа, уговор о промету непокретности у праву Србије истовремено производи облигационо дејство и представља исправу на основу које се уписује, тиме и преноси својина. Странке могу имати разлог да та дејства раздвоје. То могу учинити изостављањем и доцнијим давањем клаузуле интабуланди, али ће то значити потребу за још једном јавнобележничком исправом, трошкове које то носи и, ако продавац клаузулу ускрати, евентуалну парницу која треба да резултира одлуком суда која треба да је замени, уз описани проблем извршења, када пресуда гласи на давање исправе. Одложни рок или услов неће раздвојити та дејства већ одложити и облигационо.

Вероватно због тога странке често прибегавају закључењу предуговора. Мада је предуговор традиционално регулисан у нашем праву, независно од питања да ли и какву правну заштиту би требало да уживају други слични споразуми, у тексту је прихваћен став да предуговор, с обзиром на то да је захтев за испуњење предуговорне обавезе кондемпнаторан, а другачији не може бити, питање важења коначног уговора на основу пресуде треба изместити у извршни поступак, а не, као што се данас прихвата, без основа у закону, да пресуда замењује уговор непосредно.

Анализа капаре и капаре као одустанице, када се уговарају као учвршћење предуговорне обавезе, показала је, прво, да у пракси

¹¹⁴ Вид. тако цит. Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 17. августа 2017.

постоји конфузија и да странке настоје да предуговором и капаром осигурају обавезу из главног уговора. У последње време судови су то препознали и такве споразуме ниште. С друге стране, у анализираним случајима је показано погрешно схватање суда о правилима о капари и одустаници као императивним. Уговор који им је основ, као и облигациони односи који из њих настају, говоре у прилог слободе уговарања, а примена допунско-диспозитивних правила из закона зависиће од природе случаја.

Мада је капара архаична установа, она може имати простора за примену код предуговора, у поређењу са уговорном казном која би се такође могла уговорити јер даје већу сигурност примаоцу капаре. Он је задржава и ако друга страна постане несолвентна. Кориснија може, међутим, бити код коначног уговора јер, за разлику од уговорне казне, може важити и за новчану обавезу: капару по правилу даје купац.

Најзад, пажњу заслужује и питање форме. Чини се да је паралелизам форми код предуговора претеран и да би се могла прихватити еволуција слична оној у швајцарском праву да је строга форма главног уговора потребна само у функцији заштите страначког интереса. За заштиту јавног или интереса трећег довољна је форма коначног уговора. Најзад, традиционално схватање да је форма уговора о капари реална може се довести у питање, а предају је могуће схватити као одложни услов, а не акт закључења уговора.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Atias, C., *Droit civil – Les biens*, Paris 2014¹².
- Благојевић, Б., Круљ, В., *Коментар Закона о облигационим односима*, I, Нови Сад 1983. (Blagojević, B., Krulj, V., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I, Novi Sad 1983)
- Dika, M., *Грађанско оvrшно право*, I, Zagreb 2007.
- Douville, T. (dir.), *L'Ordonnance n°2016–131*, 10. 2. 2016. (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), 2016.
- Dumitrache, B., „Commentaire introductif au Livre V. Des Obligation. Titres I à X relatifs aux obligations en général“, *Nouveau Code civil Roumain: traduction commentée* (red. D. Borcan, M. Ciuruc), Juriscope Dalloz, 2011.
- Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *Облигационо право*, Београд 1987. (Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo*, Beograd 1987)
- Gavella, N., *Stvarno pravo*, Zagreb 2007².

- Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Београд 1979. (Gams, A., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1979)
- Гамс, А., *Основи стварног права*, Београд 1971⁶. (Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd 1971⁶)
- Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, Y-M., *La formation du contrat, Tome I: Le contrat – le consuetumt*, Paris 2013.
- Георгијевић, Г., „Предуговор“, *Правни живот* 10/2004. (Georgijević, G., „Predugovor“, *Pravni život* 10/2004)
- Gorenc, V., *Komentar zakona o obveznim odnosima*, I, Zagreb 2014.
- Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015. (Hiber, D., Živković, M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015)
- Караникић Мирић, М., „Уговорена форма уговора о отуђењу непокретности“, *Српска политичка мисао* 2/2015. (Karaničić Mirić, M., „Ugovorena forma ugovora o otuđenju nepokretnosti“, *Srpska politička misao* 2/2015)
- Larroumet, C., Bros, S., *Les obligations. Le contrat*, Paris 2016⁸.
- Марковић, Л., *Облигационо право*, Београд 1997. (Marković, L., *Obligaciono pravo*, Beograd 1997)
- Malaurie, Ph., Aynès, L., Stoffel-Munck, P., *Droit civil, Les Obligations*, Paris 2009⁴.
- Malinvaud, P., *Droit des obligations*, Paris 2007.
- Милошевић, Љ., *Облигационо право*, Београд 1977. (Milošević, Lj., *Obligaciono pravo*, Beograd 1977)
- Милошевић, М., *Римско право*, Београд 2007. (Milošević, M., *Rimsko pravo*, Beograd 2007)
- Орлић, М., *Закључење уговора*, Београд 1993. (Orlić, M., *Zaključenje ugovora*, Beograd 1993)
- Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1990. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Beograd 1990)
- Перовић, С., Стојановић, Д., *Коментар Закона о облигационим односима*, I, Горњи Милановац – Крагујевац 1980. (Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I, Gornji Milanovac – Kragujevac 1980)
- Радишић, Ј., *Облигационо право*, Београд 2004. (Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Beograd 2004)
- Reiner, G., „Le processus de formation du contrat dans le projet d’ordonnance de la Chancellerie – quelques commentaires“, *La*

- réforme du droit des obligations en France, 5èmes journées franco-allemandes* (dir. R. Schulze et al.), Paris 2015.
- Салма, Ј., *Облигационо право*, Нови Сад 2004. (Salma, J., *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2004)
- Станковић, О., Водинелић В., *Увод у грађанско право*, Београд 1996. (Stanković, O., Vodinelić V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1996)
- Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд 1999. (Stanković, O., Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd 1999)
- Stoffel, W., „La promesse de contracter en droit suisse“, *Recueil des travaux présentés aux deuxième journées juridiques yougoslavo – suisse*, Zürich 1986.
- Thévenoz, L., Werro F. (eds.), *Commentaire romand, Code des obligations*, Genève 2006.
- Тешић, Н., „О значају форме за промет непокретности – анализа судске праксе пре увођења јавнобележничког записа у српско право“, *Усклађивање пословног права Србије с правом Европске уније* (ур. В. Радовић), Београд 2014. (Tešić, N., „О значају форме за промет непокретности – analiza sudske prakse pre uvođenja javnobeležničkog zapisa u srpsko pravo“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije* (ur. V. Radović), Beograd 2014)
- Tercier, P. (avec la collaboration de K. Devaud), *Le droit des obligations*, Genève – Zurich – Bâle 2009.
- Vizner, B., *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978.
- Водинелић, В., *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012. (Vodinelić, V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012)
- Von Bar, C., Clive, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Based in part on a revised version of the Principles of European Law*, III, Oxford 2009.

Dragor Hiber, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

PRELIMINARY CONTRACT SECURED BY DEPOSIT
IN THE CASE OF TRANSFER OF IMMOVABLE
PROPERTY IN SERBIAN LAW

Summary

In the legal practice a preliminary contract often precedes the conclusion of the contracts on the transfer of immovable property, but deposit is also frequently stipulated both along with the preliminary contract and the final contract. These two concepts open numerous questions both in theory and in practice.

The author analyses the details the parties have to agree upon if the preliminary contract is to emerge, the form of conclusion and especially the legal consequences of omission to execute the obligation to conclude the main contract. With respect to the latter, his position is that the idea that in such case a judicial judgement can replace the main contract can be accepted only if it is linked to the enforced execution of the decision ordering such conclusion and not as direct effect of the judgement.

Analysing the deposit along the preliminary contract on the transfer of immovable property, open issues were considered, including the permissibility and the usefulness of such contracting. In practice, the deposit is frequently stipulated in the preliminary contract against omission to fulfil the obligation from the final contract rather than from the preliminary contract. This is not allowed by the law and the courts often pass such verdicts. The deposit along the preliminary contract actually does not have all the characteristics (functions) of the “standard” deposit: e. g. it cannot by definition be included into fulfilment of the obligation. In the light of the jurisprudence dilemmas, the author investigated whether the norms on the deposit and dedit are dispositional – namely, whether the parties may stipulate a different design.

The general conclusion is that, in spite of the fact that the preliminary contract is a complex and controversial concept, and although the reasons for the preliminary contracting could be achieved by other means (e. g. deferred condition or time-limit), with respect the tradition, it can remain an institution of contract law, but it is useful to re-examine and specify the rules on certain issues, for example, effects and enforced execution and other consequences. With respect to the deposit, no matter how it seems archaic and globally abandoned institution, in certain cases

it may still be useful, especially because it is given in advance and not owed and especially if the parties are allowed, within the limits established by the legal order, to adjust it to their needs.

Key words: *Transfer of immovable property. – Preliminary contract. – Fulfilment of the preliminary contract obligation. – Deposit. – Securing the preliminary contract obligation by deposit.*

Article history:

Received: 27. 4. 2018.

Accepted: 10. 9. 2018.