

СТРУЧНИ САВЕТ ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКЕ КОМОРЕ СРБИЈЕ

Датум: 17. август 2017. године

ПИТАЊЕ И ОДГОВОР

Да ли јавни бележник може да потврди (солемнизује) предуговор о купопродаји непокретности, којим је уговорена и капара, и то тако што је предвиђено да продавац задржава примљену капару ако „купац одустане од куповине предметних непокретности“¹, а уколико продавац „одустане од продаје“, „обавезан је купцу вратити капару“, или би солемнизација била супротна члану 93ђ Закона о јавном бележничтву, с обзиром да би представљала потврду ништаве исправе о правном послу, пошто је такво уговарање капаре/одустанице ништаво. Да ли ће јавни бележник који исправу солемнизује бити одговоран за штету продавцу кога је суд обавезао, нашавши да је одредба ништава, да врати двоструку капару.

О д г о в о р:

Јавни бележник може солемнизовати овакав предуговор јер уговарање повраћаја примљене а не двоструке капаре не представља само по себи ништаву одредбу. Нема одговорности бележника за штету.

Образложење:

Схватање да је овакво уговарање капаре ништава одредба образлаже се на следећи начин:

а. У описаном случају уговорена је капара као одустаница, па се морају применити правила која важе за одустаницу. Чињеница је, наиме, да само уговарање капаре не даје право на одустанак од уговора (чл.79 ст.3 Закона о облигационим односима) али странке могу уговорити другачије када капара добија и особине одустанице. На капару уговорену као одустаницу се примењују и правила о капари и правила о одустаници. Ова друга не дају право избора попут оних о капари.

¹ Конкретним предуговором је било предвиђено исто и за случај да купац не изврши своју обавезу на плаћање цене након закључења главног уговора. То уговарање није могуће. Обавезу из главног уговора, нпр. купородајног могуће је учврстити капаром само ако се капара да приликом његовог закључења, а не приликом закључења предуговора. (Вид. о овоме деатљно у мишљењу Стручног савета ЈКС објављеном на сајту Коморе 03. 02. 2016. Године).

б. Одредба члана 83. став 2 Закона о облигационим односима којом се уређује капара као одустаница за случај да једна страна одустане од уговора је императивне природе, јер се, како се наводи у једној судској одлуци, „самом нормом не предвиђа њена примена (само) за случајеве када странке нешто друго нису уговориле“.

в. Оваквим уговарањем се вређају начело равноправности странака у облигационом односу, начело савесности и поштења и начело забране злоупотребе права.

Ови аргументи не стоје.

а. Из чињенице да се нормом о капари и капари као одустаници не предвиђа њихова примена ако другачијеније није уговорено, не следи закључак да су у питање императивне норме. Овакво схватање је супротно члану 20 Закона о облигационим односима који каже „Странке могу свој облигациони однос уредити другачије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произилази нешто друго“. Није дакле неопходно да закон дозволи другачије уговарање, већ треба, да одредба не би била диспозитивна већ да буде императивна, да га забрани. У конкретном случају такве изричите забране нема, нити из формулације члана 83 став 2 ЗОО то произилази. Дакле, нема основа за закључак да би другачије уговарање било противно принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, тј. да је уговорна одредба ништава.

б. Нема основа ни да се ништавост образлаже позивом на изнета начела облигационог права, као што је то такође изнето у једној (истој) судској одлуци. Тврдњу да је повређена равноправност странака, без додатних аргумената, сугерише да су купац и продавац у сваком случају неравноправни (односно да је неравноправан купац), што наравно не може бити случај, посебно не у конкретном случају у коме су обе стране комерцијална правна лица. Ни начело савесности и поштења није повређено самим уговарањем овакве садржине, изузев ако се не сугерише да је оно повређено самим уговарањем различитим од (диспозитивне) одредбе закона. Најзад, 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 оваквом уговарању. Неби било места ни позивању на начело једнаке вредности давања, тврдњом да повреда постоји због тога што је последица одустајања продавца враћање примљене капаре (па је његова имовина непромењена), а последица одустанка купца остајање без капаре (па се његова имовина за толико умањује). Ово начело се не може непосредно применити, а сваки учесник у облигационом односу, сваки уговорник, може пристати на неједнакост давања, што је вољна бестеретност која искључује примену правила о лезији.

Нема, дакле, ни једног основа да се споразум из предуговора у питању сматра као нарушавање императивне норме, односно да је такво уговарање ништаво. Странке могу уговорити последице неизвршења обавезе, па и оне из предуговора, тако што ће одговорност поштрити или ограничити или искључити (члан 264 и 265 Закона о

облигационим односима). Капаром и одустаницом се, поред осталог, уговором уређује уговорна одговорност за штету. Њих странке могу уговорити у којој год висини хоће, наравно ако не постоје посебни разлози који ће указати на зеленашки уговор или прекомерно оштећење. Странке могу и, са истим циљем који имају капара и/или одустаница, уговорити давање нечег другог, или какву радњу, то није забрањено, па је самим тим дозвољено. Како се не ради о ништавом уговору, јавни бележник који је потврдио овакву одредбу није поступао супротно члану 93ђ закона о јавном бележништву.

Чак и да је у питању ништава одредба предуговора у том делу (враћања капаре односно одустанице, а не двоструке капаре), а није, применом члана 103 и 105 Закона о облигационим односима дошло би до поништења уговора (предуговора) или само те одредбе и повраћаја датог. Није могуће извршити (декларативном судском одлуком) конверзију ништаве одредбе о капари/одустаници оном из закона, за коју се тврди да је императивна. Странке нису хтеле да свој однос уреде на начин предвиђен чланом 83, став 2 Закона о облигационим односима, изричито су уговориле другачије, па нема услова за примену члана 116 закона о облигационим односима. Такође, не постаје због ништавости уговореног, по самом закону, једна, како се тврди, императивна одредба допунско-диспозитивна, она се не може применити, као да странке нису ништа уговориле. Императивност се састоји у томе што странке не могу да уговором другачије, али странке нису дужне да уговоре ни капару ни одустаницу па се не види зашто суд надомешћује наводно ништаву одредбу другачијом. Овде се не може уочити аналогија на пример са чланом 463 Закона о облигационим односима по којој ће се дуговати само прописана цена ако је ништаво уговорена виша, или са чланом 1002 Закона по коме се јемчева обавеза своди на меру дужникове ако је уговорена виша. Ови примери показују да закон изричито предвиђа замену ништаве уговорне одредбе неком другом, а не даје суду право да то уради по свом нахођењу и не позивајући се на основ такве „операције“.

Сажето речено, описано уговарање капаре није ништаво, па јавни бележник не поступа супротно члану 93ђ Закона о јавном бележништву. Чак и када би уговорна одредба била ништава, последица не би била обавеза на враћање двоструке капаре, него поништење уговора уз повраћај датог.