

*Др Бојан Пајић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

ЈЕМСТВО У СРПСКОМ И УПОРЕДНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА¹

Сажетак: Аутор је компарирао институције јемства у српском праву и другим упоредним правним системима, како континенталним, тако и англосаксонским. Јемство се као класични правни институције развијало од римског права до данашњих дана. Анализа сличности и разлика у изражавању овог средства обезбеђења изражавања корисна је како због указивања на узајамну повезаност европских правних система, тако и због изражавања на институције произашле из уговора о јемству, који су нашли своје место ван граница наше земље, а поодни би били за преузимање и примену и у српском праву и пракси.

Кључне речи: јемство, средства обезбеђења изражавања, Закон о облигационим односима

Српско, као и упоредни континентални правни системи, препознају две основне групе средстава обезбеђења извршења: реална или стварна, и лична, односно персонална средства. Најчешћа стварна средства обезбеђења су залога, хипотека која представља заложно право на непокретним стварима, кауција и капара. Јемство спада у лична средства обезбеђења. Лична или персонална средства обезбеђења потраживања су карактеристична по томе што дају овлашћење повериоцу да, у случају да дужник није извршио своју обавезу, захтева од дужника или трећег лица да испуни дужникову престацију. Поред јемства, уговорна казна² и одустаница представљају класична персонална средства обезбеђења са којима се најчешће сусрећемо.

¹ Рад је настао као резултат рада на пројекту „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ у 2013. години, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

² Шире: Treitel G.H, Remedies for Breach of Contract, Clarendon press, Oxford 1988, 208. – Ово дело указује на однос немачког и француског права у односу на уговорну казну, као средство обезбеђења, односно као облик ”апстрактне штете”.

Ваља напоменути да ће овај рад бити концентрисан, пре свега, на институт јемства у грађанскоправном смислу, а не и јемства у кривичном поступку. Законодавац је у члану 202 Законика о кривичном поступку Републике Србије јасно истакао да се „окривљени који треба да буде стављен у притвор или је већ у притвору због постојања разлога прописаних у члану 211. став 1. тач. 1. и 4. овог законика, може оставити на слободи, односно може пустити на слободу, ако он лично или неко други за њега пружи јемство да до краја поступка неће побећи и ако сам окривљени, пред судом пред којим се води поступак, да обећање да се неће крити и да без одобрења суда неће напустити боравиште”). Из наведеног произлази која је функција овог средства обезбеђења. У нашем кривичном законодавству, јемство представља замену за притвор. На сличан начин, јемство у кривичном поступку регулишу и упоредна законодавства.³ Јасна је дистинкција између правне природе и функције јемства у различитим гранама права. Уочљиво је да ова разлика стоји и када су у питању упоредна законодавства, како континентална, тако и англосаксонска. Тако, у енглеској правној литератури налазимо да се „јемство опредељује када полиција, Прекршајни суд или Краљевски суд пусти на слободу лице које се налазило у притвору, док чека суђење, односно, док траје жалбени поступак у односу на кривичну пресуду. Особа која је дужна да обезбеди јемство обавезује се да плати одређену суму новца суду, уколико се не појави на суђењу у време које је определио суд.“⁴

Овај институт у форми правног посла проналазимо већ у одредбама Закона дванаест таблица. Јемство је, у складу са основним постулатима и праксом римског права, првобитно било строго формално, односно закључивано је у форми стипулације. Испољавало се у облику „fideipromissio” и „sponsio”, и имало је, макар у својим почецима - апстрактан карактер. Класичне грађанске континенталне кодификације преузеле су од римског права и институт јемства. У аустријском Општем грађанском законнику, донетом 1811. године, проналазимо ово средство обезбеђења. Српски грађански законик, односно Грађански законик краљевине Србије из 1844. године, доминантно настаје као адаптирани превод АГЗ, па тако, нормира и јемство као правни посао. Закон о облигационим односима опсежније регулише ову грађанскоправну установу, надограђујући је и проширујући обим одредаба којим је предратно законодавство регулисало овај уговор.

Уговор о јемству је акцесорни, именовани⁵, једнострано обавезни,⁶ правни посао, чија основна функција јесте обезбеђење извршења обавезе

³ Погледај: Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press, 2002, 43.

⁴ Oxford Dictionary of Law, Oxford University press, 2002, 43.

⁵ Именовани правни послови су они послови који су регулисани одредбама позитивних правних прописа, како називом, тако и садржајем. У случају јемства, Закон о облигационим односима је пропис који у себи садржи одредбе о уговору о јемству.

⁶ Александар Глогинић, *Главна средства јојачања уговора*, Службени гласник, Београд 2004, 54.

дужника из главног, односно, основног контракта. Када је у питању правна природа овог уговора, у доктрини наилазимо на различита промишљања на ову тему. Неки правни теоретичари јемство подводе под категорију одговорности за туђи дуг, док други чак упућују на тезу да се јемство може сматрати пословодством без налога.⁷ По мом мишљењу, овај правни посао није, „negotiorum gestio” због тога што се јемство заснива, по правилу, уз сагласност дужника (у чију корист се правни посао и склапа), док се незваном вршења туђих послова приступа у корист, али без сагласности господара посла. Зато је прихватљивији став да ово средство обезбеђења можемо сматрати уговором у корист трећег лица. Англосаксонско право на сличан начин дефинише овај правни институт. Тако, у већ поменутом „Oxford Dictionary of Law” на страни 224. налазимо следећу дефиницију: „јемство је секундарни споразум у коме особа (јемац) постаје одговорна за дуг главног дужника. Јемство представља посебан уговор и мора бити закључено у писменом облику. Јемац који је исплатио повериоца има право да тражи обештећење од главног дужника“.

Наведени правни посао спада у категорију формалних контраката како нашег, тако и других правних система.⁸ Српски Закон о облигационим односима је у члану 998. прописао да уговор о јемству обавезује јемца само уколико је изјаву о јемству учинио писмено. Форма је конститутиван, односно, битан састојак правног посла.⁹ Законодавац је, прописујући обавезну форму (вођен потребом да оснажи принцип правне сигурности), одступио од општег правила о диспозитивности, предвиђеног чланом 67. Закона о облигационим односима. Овакав приступ преузет је од Аустријског грађанског законика у коме је, у параграфу 1346, истакнуто да је за пуноважност уговора о јемству неопходна писмена форма. Когентне одредбе о обавезној писменој форми јемства налазимо и у англосаксонском праву.¹⁰ Постоје и одређени изузеци од овог принципа. Тако, у појединим упоредним законодавствима, одређене врсте трговачког јемства¹¹ настају на основу просте сагласности воља уговорних страна, под условом да неким правним прописом није прописан другачији приступ.¹²

⁷ Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, шесто издање, Gruyter, Berlin-New York 1976, 538 и 539.

⁸ Вид. детаљније Јожеф Салма, *Форма облигационих уговора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/1985, 203–222.

⁹ Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1995, 1598.

¹⁰ Oxford Dictionary of Law, Oxford University University press, стр. 224

¹¹ Вид. детаљније Јожеф Салма, *Грађанскоправни и трговински уговори - основна теоријска и методолошка питања њихове кодификације*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2010, 37–64.

¹² Види: HGB, пар. 350. и 351.

Неки грађански законици дефинишу форму на још прецизнији начин. Француски грађански законик параграфом 1326 дефинише да се новчана обавеза у уговору о јемству констатује како бројевима, тако и словима. Доктрина, али и судска пракса Француске нема јединствен став да ли неподударност између износа констатованог бројевима и износа написаног словима представља разлог за непуноважност овог контракта. Цитирана одредба јасно дефинише да је двострука констатација престације обавезни део форме контракта. Већина теоретичара и примениоца права сматра да, иако би престација јемца била лако утврдива на основу обавезе из основног правног посла, уколико у уговору о јемству постоји разлика у износи-ма, он, због недостатка форме, није пуноважан.¹³

Поменуо сам да је уговор о јемству акцесоран правни посао. Према одредбама Закона о облигационим односима, јемство се може дати за сваку пуноважну обавезу, без обзира на њену садржину. Дакле, законодавац је истакао да престација главног дужника, која се обезбеђује овим средством обезбеђења, мора бити пуноважна, односно, предмет главног правног посла мора бити могућ, допуштен и треба да има имовински карактер.¹⁴ У члану 1002 ЗОО-а, садржане су одредбе које утврђују обим јемчеве одговорности. Став први прецизира да јемчева обавеза не може бити већа од обавезе главног дужника, а ако је уговорено да буде већа, она се своди на меру дужникове обавезе. Наведено становиште представља логичну последицу акцесорне природе јемства као средства обезбеђења потраживања. Законодавац, међутим, уводи и изузетак од правила да јемчева обавеза не може бити већа од уговорене мере дужникове обавезе. Према ставу 4. члана 1002 Закона о облигационим односима, јемац одговара и за свако повећање обавезе које би настало дужниковом доцњом или дужниковом кривицом, уколико није друкчије уговорено. Оваква позиција разликује се од става Аустријског грађанског законика, који у параграфу 1353. наглашава да износ обавезе јемца не може бити већи од онога на шта се он изричито обавезао. Српски грађански законик следио је ову логику, па се у параграфу 828 изричито наводи да: „ко се за другога подјемчи, онај мора дуг онога платити онако како се подјемчио, јер га на више ни поверилац ни суд обавезати не може, него на колико се сам обавезао”. Преседан је успостављен као последица интенције Закона о облигационим односима да се обезбеди виши степен сигурности за повериоца, у случају да је дужник поступио несавесно у односу на извршење своје обавезе, или пао у доцњу.

¹³ Capitant Henri, Francois Terré, Lequette Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, Paris 2008, 835-847.

¹⁴ Bukljaš Ivan, Vizner Boris, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 1980, 277.

Чланом 1002 ЗОО заштићен је јемац, који, према ставу 5. наведеног члана, одговара само за ону уговорену камату која је доспела после закључења уговора о јемству.

Када говоримо о односу између српског и упоредних правних система, односно утицају великих грађанских законика на наше право у контексту конкретног средства обезбеђења потраживања, сајемство се намеће као важна тема. Наиме, Закон о облигационим односима у члану 1018. успоставља принцип по коме, кад има више јемаца, па један од њих исплати доспело потраживање, он има право захтевати од осталих јемаца да му сваки накнади део који пада на њега. Овакав приступ преузет је из Општег грађанског законика, конкретно, из параграфа 1359. поменутог правног прописа. Наведена одредба АГЗ-а опредељује да „ако је више лица јемчило за цео износ потраживања, одговарају за цео износ. Ако је, међутим, један сајемац исплатио цео дуг, има право да тражи повраћај од осталих.” Српски грађански законик следио је логику свог аустријског узора, па у параграфу 834 наилазимо на дефиницију да „ако њих више има, који су за један дуг добри стајали онда сваки поједини од њих јемствује за сав дуг”. Ваља напоменути да сајемство никако није исто што и пасивна солидарност, пошто у случају ове врсте јемства важи принцип акцесорности. Поверилац је обавезан да се за извршење обавезе прво обрати главном дужнику, а тек потом сајемцу, односно, сајемцима.

У швајцарском праву наилазимо на институт заједничког јемства.¹⁵ Оно се успоставља тако „што више лица заједнички јемчи за један исти дељиви дуг свако од њих је обавезан као обичан јемац за свој део, а као јемчев јемац за део осталих.”¹⁶ Поједини континентални правни системи препознају и институт кога називају „јемством поравнања”. За овај правни посао карактеристично је то да јемац поравнања гарантује за извршење обавеза према повериоцима у стечајном поступку или поступку принудног поравнања.¹⁷

Упоредни правни системи познају и институте чија правна природа у одређеној мери одговара правној природи јемства, који се чак и називају јемством, али немају акцесоран карактер. Тако у француском праву наилазимо на институт самосталног јемства (*garantie autonome*), које нема акцесорну природу. Малинво указује да је то, „то обавезивање које је независно од основног уговора у смислу да јемац (или гарант) не може да се позива ни на један приговор који се базира на основном уговору. Отуда се може дефинисати као: прихватање обавезе да се плати одређена сума која

¹⁵ Швајцарски грађански законик, параграф 497. став 1.

¹⁶ Јожеф Салма, Јемство, *Правни живои*, Београд бр. 7-8/1993, 718.

¹⁷ Franz Gschnitzer, *Österreichisches Schuldrecht II*, Springer, Wien – New York 1986, 267.

је предвиђена основним уговором и то као гаранција да ће тај уговор бити извршен тако да се тиме конституише независна обавеза гаранте којој се не могу супротставити приговори из основног уговора”.¹⁸ И Швајцарски закон о облигацијама у члану 492. утврђује да је јемство строго акцесорно средство обезбеђења потраживања, али познаје и уговор о гаранцији (цонтракт де порте форт). Карактеристично за овај правни посао је да „једно лице обећава повериоцу да ће надокнадити штету или платити унапред одређени износ у случају да дужник не исплати свој дуг. Од јемства се разликује јер је независно од главног дуга, па се банкарска гаранција на први позив сматра оваквим обавезивањем. Банка мора да плати на позив повериоца, али ако дужник сматра да услови за реализацију гаранције нису остварени, може против повериоца поднети тужбу због неоснованог обогаћења.”¹⁹

Упоредни правни системи препознају и институте који су изведени из јемства, али их наш Закон о облигационим односима и судска пракса. Институт „*lettre de confort*“, односно „*lettre de patronage*“, представља средство обезбеђења које није акцесорно, али представља практичан и устаљен инструмент подршке матичних фирми својим филијалама. Овај институт први пут се појављује у англосаксонским земљама, шездесетих година прошлог века, а деценију касније преузет је и у појединим континенталним правима. „*Lettre de confort*“ настаје тако што се једно привредно друштво обавезе да ће својој експозитури омогућити плаћање дуга. Кабрилак истиче да је главна карактеристика овог института „непрецизност израза којима се дефинише обавеза да се гарантује, која има више значења. Због тога је циљ оних који креирају једну овакву обавезу да пружи кориснику обезбеђење солвентности главног дужника, без намере да се а priori обавезу као јемац или преузму извршење обавезе 'на први позив'. Најчешћа ситуација у којој се појављује ово средство је када једно предузеће (филијала) унутар финансијске или индустријске групе одлучи да закључи као дужник уговор о зајму који иначе превазилази финансијске капацитете те филијале. Поверилац мање или више јасно зна да група неће тек тако допустити да филијала падне у стечај. Да би се формализовало такво очекивање, друштво 'мајка' или 'сестра' дају јемство. Али, такво јемство производи знатне потешкоће. Оно мора бити објављено у финансијским извештајима друштва јемца, што ће умањити његове кредитне способности. Такође, то изискује неке мање непријатности, али значајне. На пример, у француском праву неопходно је обезбедити сагласност Управног савета

¹⁸ Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, Litec, Paris 2007, 317.

¹⁹ PierreTercier, *Le droit des obligationes*, Z4e éd., éditions Schulthess, Genève/Zurich 2009, 279.

акционарског друштва. Да би се отклониле ове потешкоће, прихваћена је пракса из англосаксонског система (од 1960. године) потписивања једног 'confort letter', прилично неформалне изјаве, у којој друштво потписник гарантује ономе коме је писмо упућено да ће подржавати и одржавати филијалу да не падне у стечај, поклањајући томе велику пажњу.²⁰ Цитат упућује на то да ова гаранција има, пре свега, етички карактер. Које су последице неизвршавања обавезе од стране филијале, односно, друштва – ћерке? Уколико има правни субјективитет, филијала може пасти у стечај, односно, доћи у ситуацију инсолвентности. Међутим, „питање се може поставити и као: да ли је обавеза друштва мајке облигација средстава или облигација резултата. Судска пракса под одређеним условима то третира као облигацију циља²¹, а то значи – јемство.“²² Нови члан 2322. Француског грађанског законика (уграђен 23.03.2006.) потврдило је овакво опредељење. Услов је да у самом писму буде израђена воља да се јемчи или на други начин гарантује извршење дужниковог дуга. Већ и сама чињеница да се ова одредба налази у оном делу законика који говори о личним средствима обезбеђења говори у прилог наведеној тези.²³

Јемство представља класично персонално средство обезбеђења извршења обавезе. Оно је доживљавало еволуцију у различитим историјским раздобљима, али су разлике у нормирању овог правног института, у различитим правним системима – симболичне. Изузетак чине само одредбе оних упоредних правних прописа које успостављају и регулишу правне послове који своје исходиште налазе у јемству, али се од њега разликују по битним карактеристикама. Такви институти дугорочно могу наћи примену и у нашем законодавству.

²⁰ Michel Cabrillac, Christian Mouly, Cabrillac Séverine, Pétel Philippe, Droit des suretés, Litec, Paris 2010, 395-399.

²¹ Henri Capitant, Francois Terré, Lequette Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Dalloz, Paris 2008, 848. У пресуди се истиче да ако је писмо упућено директно на кредитора, и ако се из изјаве јасно види намера да подржи филијалу за сва неопходна финансијска средства, и ако је та изјава прихваћена од друге стране, сматра се да је дато јемство за ту обавезу.

²² Philippe Malinvaud, Droit des obligations, Litec, Paris 2007, 318.

²³ Погледај: M. Cabrillac Michel, Christian Mouly, Cabrillac Séverine, Pétel Philippe, Droit des suretés, Litec, Paris 2010, 395-399.

*Bojan Pajtić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Suretyship in Serbian and Comparative Legal Systems

Abstract: *The author has compared the institute of suretyship in Serbian law and other comparative legal systems, both continental and common-law. With the development of economy, these instruments of creditor's protection in the contractual relationship have gained full promotion. The analysis of the similarities and differences in the treatment of suretyship implies a relationship between the European legal systems.*

Key words: *suretyship, collateral, the Law of Obligations.*