

Др Бојан Л. Пајтчић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.pajtic@pf.uns.ac.rs

ОДНОС УГОВОРА О ЈЕМСТВУ И СРОДНИХ ИНСТИТУТА ПРИВРЕДНОГ ПРАВА

Сажетак: Рад анализира уговор о јемству и институције привредног права настале из овог персоналног средства обезбеђења и изражавања. Корени институција јемства проиђу се до Закона дванаест таблица. Средства обезбеђења изражавања представљају значајне инструменте развоја правног промета и усвојавања правне сигурности у привреди. Компаративан преглед институција који су еволуирали из уговора о јемству указује како на потенцијале нових средстава обезбеђења, иако и на могуће правце даље развоја ових правних постова.

Кључне речи: јемство, банкарска гаранција, менични авал

Јемство је класично персонално или лично средство обезбеђења облигационоправних потраживања присутно још у одредбама Закона дванаест таблица. Велике грађанске кодификације преузимају институт јемства из римског права. Грађански законик краљевине Србије, који настаје преводом Општег грађанског законика из 1811, регулише својим параграфима овај грађанскоправни уговор. Закон о облигационим односима наведени институт обухвата шире, напомињући у члану 997. да се уговором о јемству јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, ако овај то не учини.¹

Важно је, на почетку, направити дистинкцију између јемства у грађанскоправном смислу, и јемства у кривичном поступку. Законик о кривичном поступку Републике Србије у члану 202. наглашава да се „окривљени који треба да буде стављен у притвор или је већ у притвору због по-

¹ Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press, Oxford, 2009, 224. – „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.“

стојања 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“). Јасно је, дакле, да јемство представља замену за притвор у кривичном, а средство обезбеђења потраживања у грађанском праву.²

Интензивирање развоја привреде и правног промета доводи до појаве појединих установа привредног права, као што су банкарска гаранција и менично јемство. Они настају еволуирањем уговора о јемству, а основна функција им је обезбеђење вишег степена сигурности повериоца, поготово код склапања контраката чија је вредност велика. Поред наведеног, они омогућавају и ефикаснију наплату повериочевог потраживања. Посебност ових института и њихова масовна употреба у правном промету, наводи на потребу да се у овом раду изврши компаративна анализа, односно, да се сагледају сличности и разлике између јемства и банкарске гаранције, односно, јемства и меничног авала. Најважнија разлика између наведена два средства обезбеђења и класичног јемства огледа се у неакцесорности поменутих института привредног права, односно, непостојању узрочне везе између обавезе из основног уговора и обавезе из гаранције, односно менице. Јемство је, напомињем, акцесорно, односно споредно или зависно. Пуноважност јемства зависи од пуноважности главне обавезе. Уколико је обавеза главног дужника настала из правног посла који је ништав, не може да постојати како обавеза главног дужника тако ни обавеза јемца. Уговор о јемству може бити пуноважан, али неће производити правно дејство због акцесорне повезаности са неважећим главним уговором. Уколико је правни посао релативно ништав, односно рушљив, правна судбина јемства као средства обезбеђења зависиће од судбине главног контракта. Однос између јемства и из њега изведених средстава обезбеђења уочљив је и кроз анализу правних прописа који их уређују. Банкарска гаранција је у основи регулисана Законом о облигационим односима, а меница Законом о меници. Банкарска гаранција је у појединим сегментима обухваћена и појединим партикуларним законима, као што су Царински закон или Закон о девизном пословању. Доктрина указује да постоје „она јемства у привреди на која се поред специјалних, примењују и општа правила о јемству, уколико о некоме од питања не постоји посебно правило трговачког облигационог права (на пример код банкарске гаранције), као и она на која се искључиво примењују правила *lex specialis*-а, као што је случај са меничним јемством.

² Светлана Ђуричић, *Јемство у кривичном поступку*, ГДП „Димитрије Давидовић“, Смедерево, 2000, 14.

Ако је на страни јемца трговац (привредник), трговачки карактер јемства се у сумњи претпоставља.³

Институт банкарске гаранције настао је половином прошлог века и веома брзо прихваћен у упоредним правним системима и пракси. Код нас је дефинисан чланом 1083. Закона о облигационим односима. Поменута одредба указује да се банка гаранцијом обавезује према примаоцу гаранције да ће, уколико треће лице не испуни обавезу о доспелости, она измирити престајацију. Претпоставка за измирење је да су испуњени услови наведени у гаранцији. Банкарска гаранција, као и јемство (из кога је настала), представља персонално средство обезбеђења, иако пре њеног издавања најчешће долази до склапања уговора о хипотеци, или депоновању одређеног износа средства кога закључују банка и дужник из основног контракта.

Јемство је, као и банкарска гаранција, једнострано обавезни правни посао, зато што се овим средством обезбеђења конституише обавеза само за јемца, односно, у случају гаранције, за банку. Кауза, односно правни циљ⁴ оба института је обезбеђење повериочевог потраживања из основног правног посла. Према томе, најважнија сличност између уговора о јемству и банкарске гаранције огледа се у томе што се код оба средства обезбеђења јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, ако овај то не учини. Јемство и банкарска гаранција представљају именоване правне послове, јер су регулисани нашим позитивним законодавством. Уговор о јемству, према ЗОО, обавезује јемца само уколико је изјаву о јемству учинио писмено. Слично томе, и банкарска гаранција је формалан правни посао, који мора бити закључен у писаној форми. Дакле, оба средства обезбеђења имају карактер формалних уговора.

Однос ова два института, поред евидентних и бројних сличности, карактеришу и значајне разлике између њих. Основну разлику препознајемо у чињеници да је јемство акцесорно средство обезбеђења потраживања, а код банкарске гаранције нема акцесорности. Обавеза коју банка гарант издавањем гаранције преузима на себе није, по дефиницији, везана за основни однос повериоца и дужника. Банка одговара за своју, а не за дужникову обавезу, тачније, наплата банкарске гаранције не зависи од испуњења или неиспуњења дужникове обавезе према повериоцу.⁵ Из наведеног се може

³ Жељко Салма, Јемство, Правни живот, Београд, 1993, 716.

⁴ Детаљније о каузи уговора вид. Атила Дудаш, Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2010, 145–169; Атила Дудаш, Кауза уговорне обавезе – француски утицај на Закон о облигационим односима Републике Србије, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2011, том II, 663–679.

⁵ Миодраг Орлић, Одвојено мишљење арбитра у односу на Арбитражну одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, у случају број Т-14/11, од 30. маја 2013. године. У њему се, у тачки 34, истиче: Наиме, када дође до наплате банкар-

закључити да банкарска гаранција обезбеђује повериоцу из основног уговора знатно виши степен правне сигурности у реализацији његовог потраживања, него јемство. Оба средства обезбеђења пружају повериоцу сигурност у ситуацији у којој дужник постаје инсолвентан, али банкарска гаранција обезбеђује повериоца и за случај престанка постојања обавезе дужника из главног правног посла, због престанка постојања основног правног посла у случају ништавости, или престанка услед неког другог разлога.⁶ Очигледна је разлика и у субјектима који су овлашћени да буду гаранти извршења обавезе. Широка је спектар потенцијалних јемаца, јер овај правни посао могу закључити како пословно способна физичка, тако и правна лица, док банкарску гаранцију може издати само банка која има лиценцу за рад на простору државе у којој се банкарска гаранција издаје.⁷ Из овог разграничења проистиче још једна разлика између ова два института. Члан 1084. Закона о облигационим односима, указује да „банка измирује обавезу из гаранције у новцу и у случају да се гаранцијом обезбеђује неновчана обавеза“. Дакле, без обзира на природу основне престације, обавеза из банкарске гаранције може се испунити само давањем одређеног новчаног износа. Код уговора о јемству оваквог ограничења нема.

Један од приговора који стоје на располагању јемцу је приговор реда првенства. Закон јасно опредељује да се од јемца може захтевати испуњење обавезе тек након што је главни дужник не испуни у року одређеном у писменом позиву. Законодавац исти принципијелан приступ примењује и код банкарске гаранције. Према члану 1083. Закона о облигационим односима, код издавања банкарске гаранције банка се „обавезује према примаоцу гаранције (кориснику) да ће му за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости измирити обавезу ако буду испуњени услови наведени у гаранцији“. Изузетак од овог правила установљен је у члану 1087. истог закона, према коме, „ако банкарска гаранција садржи клаузулу „без приговора“, „на први позив“⁸ или садржи речи које имају исто значење, банка не може исти-

ске гаранције, повериоцу се верује да је његово просуђивање о постојању права исправно и дужник се не може супротставити наплати гаранције тако што би истицао приговоре из основног уговора (изван оних наведених у гаранцији) и тако оспорио наплату. Чврсто правило у овој области гласи: „Erst zahlen, dann prozesieren“ (прво платите, а потом оспоравајте), чиме се повериоцу омогућава да без обраћања суду наплати износ из банкарске гаранције.“

⁶ Радомир Бијорац, Штете по основу банкарских гаранција – везано за „јемчење“ банака у привреди, Правни живот, Београд, 1992, 1611. – 1614.

⁷ Бојан Пајтић, Фидуцијарни споразуми као средство обезбеђења облигационоправних потраживања, магистарска теза, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2000, 21.

⁸ Миодраг Орлић У одвојеном мишљењу арбитра у односу на Арбитражну одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, у случају број Т-14/11, од

цати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. У овој фази не само банка него ни дужник као налогодавац не може истицати приговоре осим оних који се односе на формалну страну гаранције.⁹ Банкарска гаранција на први позив појављује су у упоредном законодавству тек 1982, када је параграфом 2321. Француског грађанског законика дефинисано ово средство обезбеђења.

Упоредно право отишло је корак даље и успоставило клаузулу „на први позив“ и за уговор о банкарском јемству. Ово је посебан институт и разликује се од банкарске гаранције која садржи клаузулу „на први позив“, али у судској пракси европских земаља не наилази увек на афирмативан приступ. Примера ради, одредбе општих услова пословања осигуравајућих друштава, које предвиђају могућност да се осигуравање врши издавањем банкарског јемства, у парничним поступцима пред немачким судовима проглашаване су ништавим¹⁰. Клаузула „на први позив“ код банкарског јемства обезбеђује повериоцу могућност брзе наплате потраживања. Банка у овој ситуацији одговара као јемац платац, будући да поверилац нема обавезу да упути захтев главном дужнику да изврши обавезу из основног уговора пре него што се обрати банци као јемцу. Банка тек уколико је већ извршила исплату, може покренути регресни, односно парнични поступак за оспоравање корисникове претензије.¹¹ Будући да је једно од основних начела Закона о облигационим односима – начело слободе уговарања, те да склапање правног посла о банкарском јемству (на први позив) није у супротности са принудним правним прописима, моралом и јавним поретком, нема препреке да у домаћој правној пракси заживи овај институт.

Банкарско јемство на први позив и банкарска гаранција на први позив разликују се, пре свега, по питању акцесорности ова два средства обезбеђења потраживања. У својој суштини, банкарско јемство на први позив представља институт који у себи садржи одлике оба правна посла. Теорија истиче да „обавеза преузета јемством зависи од дужникове основне обавезе према кориснику јемства. Насупрот томе, гарант одговара апстрактно,

30. маја 2013. године, у тачки 68. указује се на бенефите које оваква банкарска гаранција доноси повериоцу из основног правног посла. У мишљењу се истиче да: Банкарска гаранција на први позив означава изузетно ефикасно средство обезбеђења због своје апстрактне (аутоматске, безусловне или како се већ назива у разним системима) природе. Али, наплата банкарске гаранције има само провизоран (привремен карактер). Смисао и циљ (Das sinn und Zweck) гаранције је да обезбеди повериоцу могућност да се из наплаћене своте лако намири, ако успе са својим захтевом у спору.

⁹ Ibidem, тачка 67.

¹⁰ Friedrich Grafvon Westphalen, Unwirksamkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern – Wirksamkeit der Bankgarantie, 2004, 1433.

¹¹ Петар Миладин, Банкарско јемство на први позив, Зборник Правног факултета у Загребу, 2006, 341 и 342.

независно од тога постоји ли уопште основна обавеза трећег, најчешће налогодавца, према кориснику гаранције. Гарант ће стога одговарати кориснику и када трећи, за чију чинидбу кориснику банка као гарант гарантује, у стварности ништа не дугује кориснику. Због своје независности од основног односа, банкарском гаранцијом не осигурава се само намирење неког корисниковог постојећег потраживања, него се њоме кориснику прибавља ново, самостално потраживање према банци као гаранту којим се осигурава постојање неког корисниковог потраживања. Само од текста гаранције зависи колико је корисник приликом наплате упућен на основни однос између корисника и главног дужника.¹²

Однос уговора о јемству и меничног авала заслужује посебну пажњу због тога што меница (после чека), представља најчешће коришћену врсту хартије од вредности у нашем правном промету. Менично јемство, односно, како наше позитивно законодавство истиче, менични авал, близак је институту јемства. Авалиста уноси у меничну исправу јемство, да ће неко од потписника менице, исплатити износ новца означен у меници. Тиме се обезбеђује већа сигурност меничном повериоцу да ће реализовати потраживање унето у меницу. Према члану 29. Закона о меници,¹³ исплата менице може се за целу меничну своту или за изврстан њен део обезбедити авалом (меничним јемством). Ово обезбеђење може дати треће лице или чак и неко од потписника менице. Авалиста може бити како трасант до момента акцептирања, тако и акцептант, односно издавалац сопствене менице. Статус авалисте може имати и било који дужник по меници, осим главног меничног дужника.¹⁴

Сличност јемства и меничног авала огледа се у томе што се ради о именованим пословима, којима закон даје формалан карактер, односно, Закон о облигационим односима и Закон о меници прописују обавезну писану форму за ова два средства обезбеђења потраживања. И њихове каузе су подударне, јер је правни циљ оба института обезбеђење повериочевог потраживања из основног контракта. Основна разлика између њих огледа се у изричитом опредељењу става другог члана 31. Закона о меници, који истиче да обавеза авалисте вреди и онда ако је обавеза за коју јемчи ништава из ма ког другог разлога осим због формалног недостатка. Из наведеног је лако извући закључак да, без обзира што давању меничног јемства најчешће претходи уговор између авалисте и хонората, обавеза авалисте не дели правну судбину обавезе из основног контракта. Менично јемство може бити дато и уколико правни посао између авалисте и хонората није ни склопљен.

¹² Ibidem: стр. 342 и 343.

¹³ Закон о меници „Сл. лист ФНРЈ“ бр. 104/46, „Сл. лист СФРЈ“ бр. 16/65, 54/70 и 57/89 и „Сл. лист СРЈ“ бр. 46/96.

¹⁴ Стеван Милићевић, *Хартије од вредности – меница и чек*, Савремена администрација, Београд, 1981.

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

The Relation between Suretyship and Related Institutes of Commercial Law

***Abstract:** This paper analyses the surety contract and institutes of commercial law arising from this personal asset to secure claims. The roots of the institute of surety may be traced to the Law of the Twelve Tables. Assets to secure claims are important instruments of developing legal transactions and establishing legal security in the economy. A comparative approach to institutes which have evolved from the surety contract indicate the potentials of new assets to secure claims on the one, and possible courses of further development of these legal affairs on the other hand.*

***Key words:** guarantee, mortgage, the Law of Obligations*

Датум пријема рада: 26.02.2015.

