

Др Бојан Л. Пајић, ванредни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ ИНСТИТУТА ЈЕМСТВА И ЊЕГОВИХ ДЕРИВАТА¹ – ПРОБЛЕМИ И ПРЕДЛОЗИ DE LEGE FERENDA –

Сажетак: Рад истражује искључиво институти јемства као средства обезбеђења у грађанском правном смислу, а не и јемство у кривичном поступку, ни јемство у царинском поступку. Поред класичног јемства, у правном промену и пракси све значајније место заузимају деривати овог институти. Са развојем привреде и банкарског пословања, развијале су се и услове од којих неке, због својих карактеристика, обезбеђују виши степен правне сигурности поверилаца, а друге јој једностављују и убрзавају поступак обезбеђивања и остваривања. Овај рад је концентрисан на најважније теоријске и практичне проблеме који произлазе из различитих доктринарних приступа и недоречености закона у односу на јемство и институти које можемо назвати дериватима овог правног посла. Наиме, какве правне последице настају по уговор о јемству, ако је јемац био у заблуди у односу на пословну способност дужника из основног правног посла, мислећи да она није ограничена? Има ли јемац право на суброгацију у случају испуњења обавезе главног дужника (лиценог пословне способности), према јемцу? Које правно дејство производи јемчење за природну облигацију? Верујем да ће овај рад дати одговоре на нека од ових питања, око којих не постоји консензус, како у правној теорији, тако ни у пракси.

Кључне речи: Јемство, обезбеђење и остваривања, пословна способност, природне облигације, Закон о облигационим односима.

¹ Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ Правног факултета Универзитета у Новом Саду

О ЈЕМСТВУ УОПШТЕ

Предмет изучавања у овом раду је, искључиво, институт јемства као средства обезбеђења у грађанскоправном смислу, а не и јемство у кривичном поступку (које у српском кривичном законодавству представља супституцију за притвор), нити јемство у царинском поступку. Континентална доктрина и правни системи препознају две основне врсте средстава обезбеђења потраживања – реална, односно стварна, и лична, односно персонална. Јасно је да је дистинкција извршена на основу тога што се код стварних средстава стичу овлашћења на основу којих поверилац добија неко стварно право на предмету обезбеђења, ако дужник не испуни своју престацију у уговором дефинисаном року, а код персоналних средстава поверилац стиче овлашћење да, уколико обавеза није благовремено извршена од стране дужника, од њега или неког трећег лица затражи испуњење. Традиционална подела у нашој правној теорији у најчешћа стварна средства обезбеђења сврстава ручну залогу, хипотеку, кауцију и капару, а у најпознатија лична средства јемство, уговорну казну и одустаницу. У својој бриљантној монографији „Обезбеђење и учвршћење потраживања“, професори Хибер и Живковић заговарају другачију класификацију, истичући разлике између средстава обезбеђења и средстава учвршћења потраживања. Поред тога што залогу и хипотеку сврставају у стварна, а јемство и солидарност дужника у лична средства, аналогно основној подели средстава обезбеђења врше и поделу средстава учвршћења потраживања. Па тако, према овој школи мишљења, препознајемо реална односно стварна средства учвршћења (капару и кауцију) и персонална, односно лична средства учвршћења потраживања (уговорну казну и одустаницу).²

Уговором о јемству се јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, ако то овај не учини.³ Јемство је акцесорно средство обезбеђења, што значи да уговор о јемству следи правну судбину главног правног посла. Основни елементи овог института, поред акцесорности, су супсидијарност (поверилац од јемца може захтевати извршење обавезе тек након што је главни дужник не испуни у року који је опредељен у позиву који је упућен писменим путем)⁴ и регрес (јемац који је исплатио повериоцу његово потраживање може захтевати од дужника да му накнади све што је исплатио за његов рачун).⁵ На јемца који је намирио повериочево потраживање прелази то потраживање са свим споредним пра-

² Хибер Драгор, Живковић Милош, „Обезбеђење и учвршћење потраживања“, Правни факултет у Београду, 2015, стр. 15-19.

³ Закон о облигационим односима, члан 997.

⁴ ЗОО, члан 1004, став 1.

⁵ ЗОО, члан 1013, став 1.

вима и гаранцијама његовог испуњења.⁶ Прелаз повериочевих права на јемца називамо суброгацијом.

Мотиви јемца да прихвати обавезу јемства за дуговање дужника могу бити различите природе. Одговор на питање мотива лежи у односу између јемца и главног дужника. Разлози обавезивања јемца могу бити добротине (поклон), али су, најчешће, теретни. Могу се заснивати на пуномоћству, уговору о раду, чак и на пословодству без налога. Међутим, можемо рећи да је јемство апстрактно, будући да разлози обавезивања јемца по себи не утичу на постојање јемства.⁷

О ДЕРИВАТИМА УГОВОРА О ЈЕМСТВУ

Поред класичног јемства, у правном промету и пракси све значајније место заузимају деривати овог института.⁸ Са развојем привреде и банкарског пословања, развијале су се и установе од којих неке, због својих карактеристика, обезбеђују виши степен правне сигурности поверилаца, а друге поједностављују и убрзавају поступак обезбеђивања потраживања.

У прву категорију “деривата” уговора о јемству сврставамо поједина неакцесорна средства обезбеђења, као што је самостално јемство, институт настао у француском праву („*garantie autonome*“).⁹ Оно се односи на обавезивање које не дели правну судбину основног правног посла, нити је од њега зависно, из чега произлази да јемац не може ни да се позива на приговоре из њега. Такво неакцесорно средство обезбеђења постоји олично у институту банкарске гаранције. Основне одредбе о банкарској гаранцији позициониране су у Закону о облигационим односима. Посебна правила о овом средству обезбеђења налазе се у другим законима, као што су Царински закон и Закон о девизном пословању. За овај институт привредног, односно трговачког права карактеристично је то да је обавеза банке гаранта самостална, а не акцесорна. Ако обавеза из основног уговора из неког разлога и престане да постоји, обавеза банке гаранта остаје пуноважна. Дакле, док јемац одговара за туђу обавезу, банка код банкарске гаранције одговара за своју облигацију и испуњава своју облигацију. У овоме се огледа и најва-

⁶ ЗОО, члан 1003.

⁷ Шире о овоме: Салма Жојеф, „Јемство“, Правни живот, број 7-8/1993, Београд, стр. 719

⁸ Вид. детаљније Бојан Пајтић, Однос уговора о јемству и сродних института привредног права, Зборник радова Правног факултета, 1/2015, стр. 149-155.; Бојан Пајтић, Банкарска гаранција у српском и европским правним системима, Зборник радова Правног факултета, 3/2015, стр. 1127-1134.

⁹ Више о овом питању видети код: Philippe Simler, „*Cautionnement et garanties autonomes*“, Litec, Paris, 1999, стр. 857.

жнија разлика између јемства и банкарске гаранције као његовог својеврсног деривата. Гарант ће, стога, одговарати кориснику и када трећи, за чију чинибу 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.¹⁰ Code civil у параграфу 2321. јасно говори о томе. У највећој држави англосаксонског правног система, Сједињеним Америчким Државама, међутим, издавање гаранција које по својим основним карактеристикама, одговарају банкарским гаранцијама континенталног права, представља делатност осигуравајућих друштава.¹¹

У другу категорију деривата, која омогућава много ефикасније обезбеђивање потраживања него класичан уговор о јемству (посебно оних потраживања која су настала по основу закљученог уговора о кредиту), спада менично јемство. Оно искључује потребу склапања уговора да би дошло до обезбеђења потраживања. Менични јемац стиче тај статус потписивањем менице.

ПРОБЛЕМИ ЈЕМЧЕЊА ЗА ПОСЛОВНО НЕСПОСОБНОГ ДУЖНИКА

Према ЗОО, јемство се даје за пуноважну и доспелу обавезу дужника.¹² Дакле, предмет јемства је дужникова обавеза према повериоцу из основног уговора. Уколико је једна од уговорних страна пословно неспособно лице, предмет обавезе јемца би, према општем правилу, био недопуштен. Међутим, законодавац је когентном одредбом дефинисао правило да она лица, која се обавезу као јемци за обавезу неког пословно неспособног лица, одговарају повериоцу исто као јемци пословно способног лица.¹³ Овакво опредељење се односи, како на малолетна лица, тако и на она пунолетна лица која су лишена пословне способности. Интенција законодавца приликом имплементирања овог члана у ЗОО била је да се, пре свега, заштите малолетници. Међутим, у правној теорији се често заборавља да овакво решење,

¹⁰ Опширније: Миладин Петар, „Банкарско јемство на први позив“, Зборник Правног факултета у Загребу, број 56, 2006, стр. 341. и 342.

¹¹ Више детаља о овом, али и осталим средствима обезбеђења потраживања у англосаксонском праву видети код: Eisenberg A. Melvin, „Contracts“, Gilbert Law summaries, Fourteenth Edition, Chicago, 2002, стр. 181 – 218.

¹² ЗОО, члан 997.

¹³ ЗОО, члан 1000.

свакако, иде у прилог и повериоцу који је приликом закључења правног посла био савестан, јер јемство гарантује већу извесност да ће своје потраживање успети да наплати. Наведено решење није карактеристично само за наше право. И у упоредним правним системима наилазимо на сличне одредбе. Тако, Аустријски грађански законик одређује да онај ко јемчи за особу која „не може себе да обавезе“, односно, која није пословно способна, одговара као солидарни дужник за обавезу пословно неспособног дужника, чак и уколико му није било познато да дужник не поседује пословну способност.¹⁴ Овакав приступ је карактеристичан и за француски Code civil, према коме обавеза јемца постоји чак и уколико уговор може бити поништен због „одређеног личног изузетка“, под тим подразумевајући, пре свега, пословну неспособност. Code civil, за разлику од нашег Закона о облигационим односима, експлицитно наводи малолетство као пример оваквог изузетка.¹⁵ Поред наведених правних прописа, одговорност јемца за обавезу пословно неспособног дужника познају и шпански Грађански законик (члан 1824), италијански Грађански законик (члан 1939) и многи други правни прописи.

Јасно је, на основу одредбе нашег закона, да јемац јемчи и за обавезе дужника који није пословно способан. Поставља се, међутим, питање, какве правне последице наступају по уговор о јемству, ако је јемац био у заблуди у односу на пословну способност дужника из основног правног посла, мислећи да она није мањкава? Нема никакве дилеме да се уговор о јемству склапа с обзиром на личност дужника. Тако, примера ради, у случају преузимања дуга, односно, промене дужника, јемство чак и престаје, ex lege, ако јемац изричито не пристане да одговара и за новог дужника.¹⁶ Јемцу није свеједно за кога јемчи, односно, није му свеједно да ли је дужник солвентан и да ли постоји могућност да ће, након што је повериоцу исплатио дужникову обавезу и након што дође до суброгације, бити у могућности да се регресира од главног дужника. Према томе, заблуда јемца о пословној способности дужника, несумњиво има карактер заблуде о личности која је, у овом случају, битна заблуда. У случају постојања битне заблуде једне од уговорних страна, уговор је рушлив. Није ли то случај и са уговором о јемству? Или чињеница да се ЗОО о овом питању није огласио значи да јемац увек и у сваком случају јемчи за обавезу пословно неспособног дужника? Поједини аутори решење ове дилеме проналазе у одређењу да заблуда није извињавајућа, јер су узраст, односно, пословна способност лица за која се јемчи, „лако проверљива чињеница“.¹⁷ Међутим, да ли је баш тако? Не

¹⁴ АГЗ, параграф 1352.

¹⁵ Code civil, paragraph 2289.

¹⁶ ЗОО, члан 449, став 1.

¹⁷ Хибер Драгор, Живковић Милош, „Обезбеђење и учвршћење потраживања“, Правни факултет у Београду, 2015, стр. 297.

можемо пренебрегнути да наш закон, за разлику од Француског грађанског законика, није резервисао „привилегију“ јемчења за пословно неспособна лица – само за малолетнике (иако, с разлогом, претпостављамо да је управо то била интенција законодавца). Пунолетна лица лишена пословне способности, такође, спадају у категорију оних за које јемац јемчи, без обзира на мањкавост њихове воље и зрелости. Чињеница да је неко лице у ванпарничном поступку некада негде лишено пословне способности нити је лако проверљива, нити се чак ни од доброг домаћина или доброг привредника очекује да, приликом закључења правног посла, проверава да ли је његов сауговарач био подвргнут таквом поступку пред судом.

Поједини аутори заузимају став да, будући да обавеза дужника, који није пословно способан, није пуноважна, јемство није настало, нити производи правно дејство. Они инсистирају на томе да у овом случају говоримо о самосталној обавези солидарне одговорности трећег лица са дужником, или о институту приступања дугу, а искључују могућност да се ради о уговору о јемству.¹⁸ Према овим теоретичарима, јемац се претворио у дужника, будући да нема право на регрес уколико је испунио обавезу према повериоцу. Вођени великим бројем одступања од класичног уговора о јемству, истичу да због ситуације која се веома ретко дешава у правном промету, није рационално реметити основне принципе јемства.¹⁹ Основна идеја овог приступа је да јемчење за пословно неспособна лица не треба да постоји као изузетак у позитивном праву. Не бисмо се сложили са овим ставом, зато што је, по нашем мишљењу, оправдано у правном систему оставити механизам којим се штите, пре свега, малолетна лица, као посебно фрагилна категорија у правном промету. Законодавац је, опредељењем да јемац за обавезу неког пословно неспособног лица, одговара повериоцу исто као јемац пословно способног лица, практично, успоставио овакво јемство као неакцесорно, при чему је, врло јасно и “новог дужника” за обавезу пословно неспособног лица квалификовао као јемца. Одсуство акцесорности још увек не значи да јемства нема, нити је ово једино неакцесорно јемство у нашем праву и упоредном праву и пракси. Примера ради и сама банкарска гаранција представља, својеврсно, неакцесорно јемство. Недоумице које се јављају у односу на обавезе пословно неспособног дужника могу бити разрешене преузимањем решења која постоје у неким великим грађанским кодификацијама, као што су Аустријски грађански законик и Француски грађански законик.

¹⁸ Види код: Павићевић Божидар, „Коментар Закона о облигационим односима II“, редактори Благојевић Борислав и Круљ Врлета, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 586.

¹⁹ Вуковић Михајло, „Обвезно право“, Књига II, Школска књига Загреб, 1964, стр. 183.

Аустријски грађански законик је експлицитним одређењем да јемац одговара за обавезу дужника чак и уколико му није било познато да он није пословно способан – јасно разрешио горе поменуту дилему о дејству заблуде јемца на пуноважност уговора о јемству. Проблем се јавља код оних правних прописа, међу које спада и наш ЗОО, који су по овом, веома важном питању, остали недоречени. Оправдано би било да творци новог Грађанског законика Србије у њега унесу одређење, слично оном из АГЗ, да би биле отклоњене све потенцијалне дилеме, како у теорији, тако и у пракси. Да би овакво решење било конзистентно и да би интенција заштите малолетника била потврђена, прагматично би било унети у наш правни систем и одредбу сличну оној која већ постоји у Француском грађанском законик и резервисати „привилегију“ јемчења за обавезе пословно неспособних лица – само за малолетнике.

У правној науци се сусрећемо са још једном значајном дилемом која прати јемчење за обавезу пословно неспособног лица. Недоумица се односи на право јемца на суброгацију у случају испуњења обавезе главног дужника према повериоцу.²⁰ Закон о облигационим односима је утврдио да јемац, након испуњења, аутоматски преузима улогу повериоца. Дакле, на јемца који је намирио повериочево потраживање прелази то потраживање са свим споредним правима и гаранцијама његовог испуњења.²¹ Међутим, уколико је дужник пословно неспособно лице (најчешће малолетно), његова обавеза није пуноважна. То што ју је јемац испунио према повериоцу, не значи да је преобразио малолетникову обавезу и учинио је важећом,²² нити он то, као треће лице у односу на повериоца и дужника, с обзиром на релативно дејство облигације, може учинити. Према томе, дужник и нема обавезу према јемцу, без обзира што је овај намирио повериочево потраживање. У овој ситуацији јемство има искључиво добротини карактер, па се, са правом, може претпоставити да ће улогу јемца који јемчи за обавезу малолетника, преузети, пре свега, неки његов близак сродник, односно лице које у односу на дете има неку природну облигацију. С обзиром на ову околност, уколико јемац који није знао за одсуство пословне способности дужника, изврши његову обавезу, не може основано подићи кондикциону тужбу (тужбу за повраћај датог због правно неоснованог обogaћења). Ово напомињемо због тога што, како смо већ истакли, ЗОО није разрешио правне последице заблуде јемца у односу на пословну неспособност дужника.

²⁰ О проблему суброгације јемца у случају одсуства пословне способности дужника, видети код: Apathy Peter, Riedler Andreas, „Bürgerliches Recht“, Verlag Österreich, Wien, 2015, стр. 209-212.

²¹ ЗОО, члан 1003.

²² Слично овоме види код: Хибер, Живковић, стр. 297.

Када је у питању банкарска гаранција (као, у правном промету најчешће коришћени дериват уговора о јемству), Закон о облигационим односима није предвидео могућност да се она да пословно неспособном лицу, па да банка гарант одговара повериоцу исто као банка гарант пословно способног лица. Овакво опредељење законодавца је исправно. Наиме, за разлику од јемства, које може бити добротин правни посао, па у том случају јемац јемчи за дуг главног дужника, зато што у односу на њега има намеру дарожљивости (*animus donandi*), банкарска гаранција никада нема добротин карактер.

ПРОБЛЕМ ЈЕМЧЕЊА ЗА ПРИРОДНУ ОБАВЕЗУ

Још једна дилема заокупља пажњу, како домаће, тако и стране правне науке. Односи се на могућност јемчења за природну обавезу. Да бисмо одговорили на питање да ли јемчење за природну облигацију производи дејство, морамо прво дефинисати шта се сматра природним обавезама, будући да теорија по том питању није једнодушна. Основна карактеристика природних облигација је постојање дуга на страни дужника, али и одсуство његове одговорности за дуг. Потраживање повериоца има ваљан основ. Оно, међутим, не може бити реализовано принудним судским путем. Прецизности ради, иако законодавац није уредио питање ове врсте облигација посебним чланом или одељком Закона о облигационим односима, управо због ваљане каузе природне облигације је у наш правни систем унео санкцију посредног карактера. Тако је Закон о облигационим односима предвидео да се не може “тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности.”²³ Дакле, уколико је дужник извршио одређењу природну облигацију, независно од тога да ли се ради о застарелој обавези, или облигацији заснованој на плану етике, нема право да тражи повраћај датог користећи кондикциону тужбу која се подноси у случајевима неоснованог обогаћења.

Традиционална немачка доктрина разликује у свакој облигацији два елемента: дуговану чинидбу (*Schuld*) и одговорност (*Haftung*). Ова два елемента иду редовно у корак један са другим, али нису нераздвојиви. Теорија природне облигације, која је римског порекла, али је преузета у континенталним грађанским законима, показује да дуг може да постоји, али да притом поверилац не мора нужно да има право да захтева извршење.²⁴

²³ Закон о облигационим односима, члан 213.

²⁴ О одсуству елемента принуде код природних облигација у немачкој правној доктрини видети код: Brox Hans, Dietrich Walker Wolf, *Allegemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, München, 2015, стр. 17.

Принуда која постоји тада може бити само моралне природе: сам дужник је има на савести, при чему је увек слободан да је не испуни.²⁵

Поједини аутори заговарају тезу, која се чини исправном, да, због наведеног, термин природне облигације ваља заменити појмом „неутуживе тражбине“, будући да утуживе тражбине никако не можемо третирати као „неприродне“. Према поменутиим теоретичарима, модерни правни системи у неутуживе тражбине сврставају три основне врсте тражбина: застареле тражбине, тражбине из уговора о допуштеној игри и опклади и тражбине из уговора који нису склопљени у одговарајућој форми.²⁶ Не бисмо се у потпуности могли сложити са оваквим, прилично рестриктивним приступом. Наиме, натуралне, односно, природне облигације нису само оне које су застареле, или засноване мимо одговарајуће форме. Натуралним облигацијама можемо сматрати и оне обавезе које нису засноване на уговору или законским одредбама, већ су утемељене у моралним, односно, природним дужностима произашлим из породичних односа, обичаја средине или сличних околности. Примера ради, издржавање остарелог сродника у односу на кога не постоји законска обавеза издржавања, али постоји морална обавеза, јер је поверилац у овом односу издржавао дужника док је био малолетан, свакако спада у натуралне облигације. Дужник, након што је испуни, не би имао право да кондикционом тужбом тражи повраћај датог, јер се кауза ове облигације сматра ваљаном, па се оно што је потрошено на име издржавања повериоца никако не може „подвести“ под његово правно неосновано обогаћење.²⁷

Можемо се, међутим, сложити, да у правном промету, када су у питању натуралне облигације, најчешће сусрећемо управо оне које су застареле. Према нашем Закону о облигационим односима, „застарелост престaje право захтевати испуњење обавезе.“²⁸ Законодавац је под овом дефиницијом подразумевао одсуство права повериоца да судским путем тражи испуњење обавезе, јер застарелост управо и наступа кад протекне законом одређено време у коме је поверилац могао захтевати испуњење облигације. Суд се не може обазирати на застарелост ако се дужник није на њу позвао,²⁹ тако да, уколико је поверилац ипак покренуо парнични поступак да би пред судом

²⁵ Опширније: Sériaux Alain, „Manuel de droit des obligations“, Presses Universitaires de France, 2014, стр. 15.

²⁶ Опширније о овоме видети код: Јаков Радишић, „Облигационо право“, Издавачко предузеће „Номос“, Београд, 2004, стр. 47 и 48.

²⁷ У упоредној литератури наилазимо чак и на примере према којима се ситуација у којој мушкарац својој конкубини даје одређене суме новца као допринос трошковима домаћинства, односно, као учешће у финансирању куповине заједничког стана – сматра природном облигацијом. Повраћај датог путем кондикцијске тужбе је немогућ. Тако: Sériaux, стр. 22.

²⁸ Закон о облигационим односима, члан 360. став 1.

²⁹ Закон о облигационим односима, члан 360. став 3.

реализовао своје застарело потраживање, а дужник не поднесе приговор застарелости, ипак постоји посредна, додуше, више хипотетичка могућност да се и натурална облигација испуни принудним судским извршењем. Наравно, мала је вероватноћа да ће се оваква ситуација догодити, па се у теорији често наводи да “поверилац нема право да судским путем захтева испуњење овакве облигације (он не поседује захтев односно тужбу у материјалном смислу речи), што значи да је таква облигација лишена присуства уобичајене правне санкције, али не и сваке санкције.”³⁰ Поред осуде друштвене средине (или, бар, једног њеног дела), која, по природи ствари, следује оним лицима која крше одређене етичке стандарде, могуће су и санкције “карактеристичне за правни промет: прометни бојкот дужника путем колективних прекида пословних веза, путем тзв. црних листа (које су нарочито практиковане у међународном привредном промету, али су у неким земљама ефикасан начин санкционисања и у унутрашњем промету.”³¹

Према свему наведеном, природне облигације се сматрају непотпуним, јер не садрже све потребне елементе. Поседују дуг (Schuld), али не и одговорност (Haftung). Да ли је, дакле, могуће јемчити за натуралну обавезу?³² С обзиром да је законодавац јасно дефинисао да се јемство може дати за сваку пуноважну обавезу,³³ јасно је да натурална облигација, будући да њено постојање и основ нису спорни, представља ваљан предмет уговора о јемству. Њена мањкавост у процесном смислу, односно, њена „неутуживост“, међутим, стављају под знак питања правно дејство уговора о јемству. Управо на пољу правног дејства јемства за природну обавезу, подела ових облигација по основу настанка добија на значају.

Када су у питању оне натуралне облигације које произлазе из застарелих обавеза, Законом о облигационим односима је дефинисано да застарелошћу обавезе главног дужника застарева и обавеза јемца.³⁴ То, практично, значи да приговор застарелости према повериоцу могу поднети, како дужник, тако и јемац. Уколико говоримо о природној обавези која нема основ у застарелој облигацији, можемо се сложити са констатацијом да уговор о јемству неће производити правна дејства акцесорног правног посла, него контракта којим се преузима самостална обавеза, будући да је јемчева одговорност условљена немогућношћу да се поверилац наплати од дужника.³⁵

³⁰ Види: Перовић Слободан, „Облигационо право“, стр. 79.

³¹ Опширније: Салма Јожеф, „Облигационо право“, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2007, стр. 60.

³² Опширније о овоме видети код: Dullinger Silvia, „Bürgerliches Recht“, Verlag Österreich GmbH, Wien, 2014, стр. 12 и 13.

³³ ЗОО, члан 1001.

³⁴ ЗОО, члан 1019, став 1.

³⁵ Хибер, Живковић, стр. 304.

У сваком случају, уколико јемац изврши застарелу или било коју другу натуралну обавезу, нема право на кондикциону тужбу, као што је нема ни дужнику истој ситуацији.

Што се банкарске гаранције тиче, у Закону о облигационим односима не постоје одредбе које би определиле да ли давање банкарске гаранције за природну обавезу производи дејство. Напомињем да се ово средство обезбеђења најчешће користи ради аплицирања за одређене кредитне линије у пољопривреди или привреди, као и за замашније инфраструктурне подухвате. Хипотетички је могуће замислити да банкарска гаранција буде дата за обезбеђење неке натуралне облигације. Уколико би се тако нешто догодило, она би била правно ваљана. Банкарска гаранција је неакцесорна, па је обавеза банке гаранта самостална. С обзиром на ту околност, ни застарелост обавезе главног дужника не утиче на пуноважност овог средства обезбеђења. Наравно, оваква ситуација тешко да је у пракси могућа, с обзиром на пословне политике и строге процедуре банкарских организација.

Bojan L. Pajtić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

Legal Regime of Guarantees and its Derivatives – Problems and proposals de lege ferenda –

Abstract: *This article is focused solely on the institute of guarantees as collateral in the civil sense, and not to bail in the criminal proceedings, either on bail in customs procedures. However, in addition to traditional guarantees in the legal transactions and practices, derivatives of this institute are increasingly important. With the development of economy and banking operations this institutions have been developed too. Due to its characteristics, this institutions enable a higher level of legal security of creditors and others, and simplify and accelerate the process of securing claims. This article is focused on the most important theoretical and practical problems arising from different doctrinal approaches and vagueness of the law in relation to guarantee and institutes that we can call the derivatives of this legal transaction. Specifically, what legal consequences occur after the contract of guarantee, if the guarantor was mistaken in relation to the debtor, thinking that he was not minor? Is guarantor subrogated in case of fulfillment of obligations of the principal debtor (deprived of legal capacity), according to the guarantor? What is the legal effect if guarantor has guaranteed for natural obligations? I believe that this article will provide answers to some of these questions, about which there is no consensus, both in legal theory and in practice.*

Keywords: *guarantee, securing claims, legal capacity, natural obligations, Law on Obligations.*

Датум пријема рада: 03.03.2018.