

UDK 347.468; 347.441.144.2

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalipFB2001128D

Dr Snežana Dabić*

UTICAJ PREVARE KOJA POTIČE OD SAJEMCA NA PUNOVAŽNOST UGOVORA O JEMSTVU I PRAVA JEMCA – ŽRTVE PREVARE

Kada je prevarom sajemca naveden na zaključenje ugovora o jemstvu, jemac se može naći u prilično nezavidnoj poziciji jer je krug sredstava koje uspešno može da upotrebi da se zaštiti vrlo ograničen. Naime, kod prevare trećeg, punovažnost ugovora se može osporiti samo izuzetno: ako je saugovarač kriv za prevaru ili je ugovor dobročin, što je vrlo diskutabilno kada je reč o ugovoru o jemstvu. Još su manji izgledi za poništenje pozivanjem na pravila o zabludi: zabluda o solventnosti dužnika (kao najčešća) predstavlja zabludu o motivu koja je samo izuzetno pravno relevantna. Konačno, pravo na naknadu štete od sajemca – autora prevare može biti ograničenog dometa: najpre, postoji rizik da će šteta moći da se naknadi; potom, može se doći i do apsurdne situacije da prevareni jemac ne može odbiti regresni zahtev od sajemca – autora prevare (koji je platio dug), ali bi nakon toga mogao da se koristi pravom na naknadu štete.

Ključne reči: Jemstvo. – Punovažnost ugovora. – Prevara od trećeg. – Zabluda o solventnosti dužnika. – Odnos između sajemaca.

1. UVOD

Uporednopravna sudska praksa svedoči o tome da se jemci često pozivaju na činjenicu da su pri zaključenju ugovora o jemstvu bili žrtve zablude, najčešće o finansijskoj situaciji dužnika¹, te da ne bi ni pri-

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, snezana.dabic@ius.bg.ac.rs.

¹ Osim zablude o solventnosti dužnika, koja je najčešća, jemci se pozivaju i na zabludu o prirodi ugovora o jemstvu, zabludu o sopstvenoj solventnosti, zabludu o obimu obezbevanja, zabludu o osnovu, zabludu o postojanju drugog sredstva obezbeđenja

stali da jemče da im je ta činjenica bila poznata u trenutku zaključenja ugovora. Poreklo takve zablude jemca je, međutim, retko u prevarnim *radnjama* njegovog saugovarača – poverioca.² Prevara uglavnom potiče od trećeg, i to najčešće od dužnika: on ima najviše interesa da prikrije ili čak ulepša svoje finansijsko stanje kako bi privoleo jemca da pristane da jemči. Ipak, to ne mora nužno uvek biti slučaj. Istovremeno s razvojem ideje o uticaju prevare koja potiče od dužnika na punovažnost ugovora o jemstvu i razvojem predugovorne dužnosti obaveštavanja u korist jemca a na teret poverilaca (Dabić 2018a, 220 i dalje), u uporednom pravu, posebno francuskom, pažnju je privuklo još jedno pitanje: da li i na koji način činjenica da je zabluda jednog sajemca o solventnosti dužnika izazvana prevarnim radnjama drugog sajemca može uticati na punovažnost ugovora o jemstvu i/ili odnos između sajemaca? To pitanje je predmet istraživanja i u ovom radu.

Naime, interesovanje za pitanje uticaja prevare koja potiče od sajemca u francuskom pravu je poraslo nakon jednog poznatog slučaja u francuskoj sudskoj praksi.³ Okolnosti slučaja bile su takve da su dva para, supružnici Giner (*Giner*) i Ser (*Serre*), pristali da budu solidarni jemci za isplatu zajma koji je poverilac (banka) odobrio dužniku. Dužnik je ubrzo nakon toga pao u stečaj, jedan od sajemaca je namirio dug poveriocu, a potom se obratio svojim sajemcima sa regresnim zahtevom za nadoknadu njihovog dela duga. Oni su, međutim, odbili da pokriju svoj deo duga ističući da pri zaključenju ugovora o jemstvu nisu bili upoznati sa teškom materijalnom situacijom u kojoj se dužnik nalazio, te da ih je upravo sajemac koji je poveriocu isplatio dug svojim prevarnim radnjama naveo na zaključenje ugovora o jemstvu, znajući pritom da se dužnik nalazi pred stečajem.

ili njegovog ranga, itd. (videti o tome, primera radi, u Simler 2008, 143–154; Barthez, Houtcieff 2010, 225–237; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 78–80; Mignot 2010, 77–80).

² Jedan od retkih primera može se naći u francuskoj sudskoj praksi. Naime, francuski Kasacioni sud je poništio ugovor o jemstvu zbog prevare koja potiče od poverioca, koja se ogledala u tome što je poverilac (banka) izričito potvrdio jemcu, pre zaključenja ugovora o jemstvu, da je finansijska situacija dužnika „zdrava“ i da ne postoji nikakav rizik za jemca, iako je znao da je dužnik već bio u dugovima. Videti odluku francuskog Kasacionog suda (*Cour de Cassation*) – FKS od 7. februara 1983. godine, br. 81–15339. Sve odluke FKS koje se pominju u ovom radu bile su dostupne na sajtu <https://www.legifrance.gouv.fr/>, 15. avgusta 2019. godine.

Međutim, trebalo bi napomenuti da je u uporednom pravu prihvaćena mogućnost poništenja ugovora o jemstvu zbog prevare ćutanjem koju je učinio poverilac. Dakle, ako se poveriocu nešto zamera, to je retko vršenje prevarnih *radnji*, a mnogo češće to što je bio potpuno pasivan pri zaključenju ugovora o jemstvu, iako je bio svestan toga da dužnik neće moći da ispuni svoju obavezu i da će se teret ispunjenja gotovo sigurno prevaliti na jemca. Dozvoljavanje mogućnosti poništenja ugovora zbog prevare ćutanjem dovelo je do razvoja predugovorne dužnosti obaveštavanja u korist jemca, a na teret poverioca (više o tome Dabić 2018a, 220 i dalje).

³ Videti odluku FKS od 29. maja 2001. godine, br. 96–18118.

Kada stvari tako stoje, osnovna pitanja koja se postavljaju jesu sledeća: da li i do kakvih pravnih posledica vodi prevara koja potiče od sajemca? Može li se sajemac – žrtva prevare s uspehom pozivati na pravila o prevari ili pak o zabludi kako bi ishodovao poništenje ugovora o jemstvu? Ukoliko je odgovor pozitivan, pod kojim uslovima je to moguće? S druge strane, ako je odgovor negativan, koja sredstva preostaju sajemcu – žrtvi prevare kako bi se zaštitio?

2. MOGUĆNOST PONIŠTENJA UGOVORA O JEMSTVU POZIVANJEM NA PRAVILA O PREVARI KAO MANI VOLJE

Prva prepreka sa kojom se suočava jemac koji je prevarom namamljen da zaključi ugovor o jemstvu jeste ta što zakonodavac, i u našem i uporednom pravu, kao osnovno pravilo postavlja zahtev da prevara potiče od saugovarača, kako bi mogla da utiče na punovažnost zaključenog ugovora.⁴ Obmana od trećeg, ma koliko odlučujuće delovala na volju jedne strane, samo izuzetno rađa pravo da se zahteva poništenje ugovora primenom pravila o prevari. Reč je, zapravo, o situacijama u kojima je saugovarač makar posredno doprineo tome da se druga strana nađe u zabludi, propustivši namerno ili usled nepažnje da je iz nje izvuče. Na prvom mestu, to je slučaj onda kada je druga ugovorna strana u vreme zaključenja ugovora znala za prevaru.⁵ Svest o prevari trećeg i zloupotreba takve situacije obesmišljava činjenicu da prevara nije direktno posledica radnji saugovarača. *Fraus est celare fraudem* – u literaturi se navodi da, propustivši da je izvuče iz zablude, i saugovarač sâm vrši prevaru (Perović 1980a, 303; Vizner 1978, 297; Gorenc 2014, 438)⁶ jer ga takvo ponašanje čini saučesnikom trećeg.⁷ U pojedinim sistemima, među kojima je i naš,

⁴ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/79, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, čl. 65, st. 1. Za ista ili slična uporednopravna rešenja videti, primera radi, čl. 1137 francuskog Građanskog zakonika – FGZ čl. 28, st. 1 švajcarskog Zakonika o obligacijama – ŠGZ, § 123, st. 1 nemačkog Građanskog zakonika – NGZ, §870 austrijskog Građanskog zakonika – AGZ.

⁵ ZOO, čl. 65, st. 3.

⁶ U slučaju obmanjujućih reklama proizvođača, kupac bi mogao da zahteva poništenje ugovora ako je prodavac, iz svog profesionalnog iskustva, znao da osobine proizvoda ne odgovaraju tvrdnjama iz reklame jer je dužan da o tome obavesti kupca. Videti Schmidlin 2012, 257.

⁷ Saučesnikom se smatra i onaj saugovarač koji je „samo“ bio svestan prevare i nju je iskoristio; nije neophodno da se dokaže da je između saugovarača i trećeg postojao prethodni dogovor o prevarnom postupanju trećeg. „Ako je između ugovarača i trećeg nekog bilo sporazumljenja, saučešća, ne baš onakvog kao što se traži u krivičnom pravu, nego ako je samo ugovarač znao za prevaru trećeg lica, ne htevi obavestiti o tome drugu stranu, to će dati povoda da se ugovor poništi“ (Pavlović 2014, 213).

ide se čak i korak dalje, pa se smatra da prevara trećeg utiče na zaključeni ugovor ne samo onda kada je saugovarač za to znao nego i kada je *morao znati*.⁸ Krivica saugovarača se ogleda u tome što je nepažnjom propustio da uoči prevaru trećeg, odnosno zabludu u kojoj se druga strana nalazi i izvuče je iz nje.⁹ Stori (Story 1920, 162) takav propust slikovito objašnjava kao „prevarno slepilo“ („*fraudulent blindness*“).

Međutim, van pomenutih slučajeva, načelno se smatra da kod teretnih ugovora prevara od trećeg nema uticaja na punovažnost zaključenog ugovora.¹⁰ Iako se takav stav kritikuje, posebno u materiji jemstva,¹¹ glavni razlog zbog kojeg se ograničava dejstvo prevare koja potiče od trećeg jeste u tome što posledice prevare ne bi trebalo da snosi nevinu saugovarač; dakle, onaj kome se ne može ni na koji način prigovoriti da je kriv za zabludu druge strane. Prevarena se posmatra više kao privatna kazna, a lični karakter kazne zabranjuje da se ona primeni na lice koje nije ni na koji način učestvovalo u doložnim radnjama (Ghestin 2013, 1169).

Primenjeno na problem kojim se mi bavimo, ukoliko bi se dozvolilo poništenje ugovora o jemstvu zbog prevare koja potiče od sajemca,

⁸ ZOO, čl. 65, st. 3. Isto rešenje je prihvaćeno i u švajcarskom, austrijskom i nemačkom pravu. Videti ŠZO, čl. 28, st. 2; AGZ, § 875; NGZ, § 123, st. 2 (više o tome Dabić 2017, 84 i dalje).

⁹ Kako naši pisci objašnjavaju, saugovarač je „prema jednom opštem toku stvari trebalo da zna za takve radnje“ (Perović 1980a, 303), odnosno „zbog svoje nepažnje za nju (zabludu, prim. aut) nije znao“ (Cigoj 1980, 204), odnosno „nije upotrebio onaj stepen pažnje koji se inače zahtijeva u takvim situacijama“ (Vizner 1978, 297).

¹⁰ Trebalo bi, međutim, pomenuti da se u uporednopravnim sistemima može naići i na druge izuzetke pravila da prevara koja potiče od trećeg nema uticaja na punovažnost ugovora. Neke od njih je kreirala sudska praksa, pa su naknadno implementirani u zakonske odredbe. Tako, prema § 123 (2) NGZ, ako neko treće lice stiče pravo iz ugovora koji se zaključuje, izjava kojom se ugovara korist za njega može se poništiti u odnosu na njega, u slučaju kada je treći znao ili morao znati za prevaru. U pojedinim sistemima sudovi su poništavali ugovore i onda kada prevara potiče od trećeg, a saugovarač za nju nije znao niti mogao znati, ukoliko se u ulozi trećeg lica nalaze subjekti koji pripadaju tzv. krugu saugovarača („*cercle du contractant*“), zbog čega se i ne mogu smatrati pravim „trećim“ licima. Tu se prvenstveno misli na slučajeve kada prevara potiče od zastupnika saugovarača žrtve prevare, ali i tzv. prividnih zastupnika, zatim lica koja služe saugovaraču, poslovođe bez naloga i obećavaoca radnje trećeg (više o tome Dabić 2017, 90 i dalje; Videti i čl. 1138 FGZ i čl. 7:208 Nacrta Zajedničkog referentnog okvira (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR)).

¹¹ Reč je zapravo o ideji da je u materiji jemstva poistovećivanje dužnika sa svim trećim licima rezultat apstraktnog, nerealnog pristupa. Iako se odnos između poverioca i jemca zasniva na posebnom ugovoru, nema nikakvog smisla da se posmatra samostalno, nezavisno od drugih, a posebno odnosa između poverioca i dužnika. Štaviše, zbog akcesornosti, postojanje i dejstva ugovora o jemstvu „omeđena su sudbinom ugovora iz kojeg je nastala obaveza za koju se jemči“ (Hiber, Živković 2015, 283). Na taj način se i formira trougao, trostrani odnos između poverioca, jemca i glavnog dužnika, u kome dužnik igra centralnu ulogu (više o tome Dabić 2018a, 223; Albiges, Dumont-Lefrand 2015, 58; Simler, Delebecque 2016, 79; Simler 2008, 159; Barthez, Houtcieff 2010, 238; François 2004, 96; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2016, 80).

pokazalo bi se da je takva sankcija štetna za (nevinog) poverioca. On bi se, kao žrtva nesavesnosti trećeg, našao u vrlo nezavidnoj situaciji: s jedne strane, ne bi imao mogućnost naplate od dužnika zbog njegove insolventnosti, s druge strane, izgubio bi i mogućnost da se naplati od sajemca koji je ishodio poništenje ugovora o jemstvu kao žrtva prevare. Štetne posledice bi bile ublažene jedino time što bi poveriocu i dalje preostajala mogućnost da se namiri od drugog, odnosno preostalih sajemaca, među kojima je i sajemac koji je izvršio prevarne radnje – autor prevare (Legeais 2001, 145).

Drugim rečima, mogućnost poništenja pozivanjem na pravila o prevari postoji tek ukoliko se utvrdi da je saugovarač kriv za zabludu žrtve (jemca), makar i posredno.

Međutim, na ovom mestu, kada je reč o mogućnosti poništenja ugovora usled prevare koja potiče od trećeg, čini se važnim analizirati još jedan izuzetak koji se odnosi na dobročine ugovore.¹² Naime, prema čl. 65, st. 4 ZOO, ugovor bez naknade može se poništiti i kad je prevaru učinilo treće lice, bez obzira na to da li je druga ugovorna strana u vreme zaključenja ugovora znala ili morala znati za prevaru. Slična odredba se može naći i u drugim uporednopravnim sistemima.¹³ Može li to pravilo da utiče na proširenje kruga slučajeva u kojima se može zahtevati poništenje ugovora o jemstvu zbog prevare koja potiče od sajemca (ili uopšte trećeg lica) makar u odnosu na slučajeve u kojima bi se jemstvo moglo označiti kao dobročino?

Odgovor na postavljeno pitanje umnogome zavisi od odgovora na jedno prethodno: da li ugovor o jemstvu predstavlja dobročin ili teretan pravni posao?

Priroda ugovora o jemstvu predstavlja jedno od vrlo diskutabilnih pravnih pitanja, o kojem je ujedno često diskutovano u materiji jemstva, koje umnogome prevazilazi okvire ovog rada. Ipak, predstavljeno na jedan uopšten način, može se reći da dok načelno postoji kakva-takva saglasnost oko toga da ugovor o jemstvu predstavlja jednostranoobavezni ugovor,¹⁴ u pogledu utvrđivanja prirode jemstva kao dobročinog ili te-

¹² U literaturi se naglašava da se isto pravilo koje se primenjuje na dobročine ima primenjivati i na jednostrane pravne poslove. Razlog je u tome što autor jednostranog posla i nema saugovarača, te bi se svako lice koje vrši prevarne radnje moglo smatrati trećim (Poracchia 2001, 207–31; Heinich 2016, 581). Ima ideja da bi i tada trebalo suziti krug i prevaru uzimati u obzir samo ako potiče od lica koje stiče koristi od takvog posla (beneficijara) jer se samo u toj hipotezi mani volje pridružuje sankcija za delikt (Ghestin 2013, 1172–1173). Pomenuti izuzetak, međutim, nije moguće primeniti na jemstvo (koje je jednostranoobavezni *ugovor*) te neće biti predmet dublje analize.

¹³ Videti primera radi, § 6:93 mađarskog Građanskog zakonika iz 2013. godine – MGZ; čl. 86 st. 2 poljskog Građanskog zakonika iz 1964. godine – PGZ.

¹⁴ Ima shvatanja da se jednostrani karakter ugovora o jemstvu može dovesti u pitanje imajući u vidu da poverilac ima izvesne dužnosti prema jemcu, ali je pitanje koliko

retnog ugovora u teoriji i sudskoj praksi se može uočiti lepeza različitih shvatanja.

Jedan od uzroka razmimoilaženja u stavovima jeste u načinu na koji se posmatra jemstvo.¹⁵

Naime, kada se strogo posmatra samo ugovor o jemstvu i odnos između poverioca i jemca, nezavisno od odnosa između jemca i dužnika, odnosno poverioca i dužnika, postoje ozbiljni argumenti da se ugovor o jemstvu označi kao dobročin. Jemac za svoje obvezivanje od poverioca, načelno, ne dobija kontraprestaciju, drugim rečima, poverilac stiće korist od obvezivanja jemca bez obaveze davanja ikakve protivnagnade (vid. Barthez, Houtcieff 2010, 42 i tamo navedene autore). Međutim, takvo shvatanje pati od ozbiljne manjkavosti: u njemu se meša karakter jednostranosti s karakterom dobročinstva ugovora i polazi se od pogrešne premise da jednoobavezujući ugovor nužno mora biti dobročin. Osim toga, kako je lepo objašnjeno u našoj teoriji, „besteretnost odnosa između jemca i poverioca daje zamagljenu sliku odnosa u celini“ (Hiber, Živković 2015, 319), pa se može pogrešno zaključiti da i profesionalni jemac (bankar) jemči dobročino, iako to očigledno nije slučaj – ako i ne stiće korist direktno od poverioca, svoju uslugu jemčenja naplaćuje od dužnika.

Pojedini pisci, pak, iako u fokusu imaju, takođe, samo odnos između poverioca i jemca, nude nešto drugačije objašnjenje, ali u prilog teretnosti jemstva: pošto se jemac ne obavezuje poveriocu da bi mu učinio bilo kakvu uslugu ili dobročinstvo¹⁶ – ne postoji, dakle, *animus donandi* u odnosu na poverioca – ugovor o jemstvu bi uvek trebalo razumeti kao teretni ugovor (Simler 2008, 67). Problematičnost te ideje je u tome što ni ona ne odgovara stvarnosti: ako i postoji motiv jemca da učini uslugu, dobročinstvo, ono gotovo nikada nije usmereno ka poveriocu već ka dužniku.

Shvatajući ograničenja podele na dobročine i teretne pravne poslove kada je reč o ugovoru o jemstvu, ne čudi što pojedini pisci pribegavaju sasvim novoj kvalifikaciji ugovora o jemstvu kao „neutralnog“ (Aynès, Crocq 2013, 91–92): u odnosu između jemca i poverioca, jemac nema nameru da pokloni, te se ne može smatrati dobročinim, ali, s druge strane, jemac ne očekuje ni protivnagnadu od poverioca, pa se ne može smatrati ni teretnim. Prema njima, dakle, jemstvo nije niti dobročino niti teretno. Ali, koja bi onda pravila trebalo primenjivati na ugovor o jemstvu? Takvom stavu se prigovara da se na taj način se problem kvalifikacije samo

te dužnosti mogu učiniti da se on smatra (pravim) dvostranoobaveznim ugovorom (više o tome Hiber, Živković 2015, 314 i dalje).

¹⁵ O lutanju naše sudske prakse u vezi s tim više u Hiber 2015, 59 i dalje.

¹⁶ U teoriji se pominje da bi, krajnje izuzetno, angažovanje jemca moglo imati dobročin karakter i u odnosu na poverioca. Simler (Simler 2008, 69) navodi kao primer slučaj kada bi se s namerom jemčilo za dužnika koji je očigledno insolventan i neće biti u mogućnosti da vrati dug, što zapravo predstavlja indirektan poklon poveriocu.

zaobilazi, a zanemaruje se njegova praktična vrednost (Hiber 2015, 67), koja se, između ostalog, vidi i iz pitanja može li se ugovor o jemstvu poništiti u svakom slučaju zbog prevare koju počini treći.

Uviđajući problematičnost tih shvatanja, pojedini pisci su razvili ideju da je, pri kvalifikaciji jemstva kao dobročinog ili teretnog pravnog posla, pogrešno ugovor o jemstvu posmatrati kao poseban ugovor, odnosno nezavisno od ostalih ugovora koji čine složenu ustanovu jemstva. Naprotiv. Ugovor o jemstvu se mora posmatrati u okviru trostranog odnosa koji se rađa između poverioca, jemca i dužnika, zbog čega se dobročin ili teretni karakter jemstva mora tražiti ne u odnosu između poverioca i jemca nego u odnosu između jemca i dužnika (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 57–58; François 2004, 21–22). A kada se stvari postave na takav način, više se argumenata može izneti da je jemstvo teretno.

Najpre, to je nesumnjivo slučaj ako jemac očekuje da će za preuzimanje obaveze jemčenja dobiti naknadu od dužnika, bilo direktnu bilo indirektnu. Teretni karakter jemstva je tada očigledan.

Međutim, ima shvatanja da bi se jemstvo trebalo smatrati teretnim i ako takva naknada nije ugovorena u odnosu između jemca i dužnika. Objašnjenje je u tome da jemac nema *intentio liberalis* ni prema dužniku jer, i ako ga poverilac pozove da namiri dug, on ima nameru da se naknadno namiri od dužnika, subrogacijom u poveriočeva prava. Drugim rečima, iako je prihvatio da jemči bez naknade, jemac se nije odrekao prava da zahteva od dužnika da mu isplati ono što je za njega platio, zbog čega bi se to očekivanje ostvarenja prava iz subrogacije moglo tretirati kao korist koju će jemac ostvariti.¹⁷ U vezi s tim, međutim, ostaje pitanje da li se *intentio liberalis* može negirati samo zbog toga što jemac očekuje povraćaj plaćenog (Hiber, Živković 2015, 317). Prihvatajući da jemči bez naknade, jemac ipak čini „prijateljsku uslugu“ dužniku, na svojevrsan način ga kreditira, pojamljujući mu svoju kreditnu sposobnost i stavljajući svoju imovinu na raspolaganje (Barthez, Houtcieff 2010, 90). Uz to, jemac makar na određeno vreme snosi rizik insolventnosti dužnika bez ikakve naknade za to, u čemu bi mogao da se uoči dobročin karakter jemstva.

Naizgled deluje da je uzimanje u obzir odnosa između jemca i dužnika pri kvalifikaciji jemstva kao dobročinog ili teretnog logičnije i da više odgovara stvarnosti. Ipak, na kraju izlaganja o prirodi jemstva može se izneti kao ozbiljan argument činjenica da bi bilo u najmanju ruku neopravdano, ako ne i vrlo opasno, samo na osnovu toga prosuđivati može li se ugovor o jemstvu poništiti zbog prevare koja potiče od trećeg čak

¹⁷ Ukoliko se unapred odrekao tog prava, tada postoji *animus donandi*, ali se onda menja pravna priroda posla – reč je o indirektnom poklonu, ne i jemstvu (Hiber 2015, 66, 70).

i onda kada poverilac za prevaru nije znao niti mogao znati.¹⁸ Naime, iako je, uopšteno gledano, nesporno da jemstvo poprima karakter dobroćinog onda kada jemac jemči iz prijateljskih pobuda, ne sme se zanemariti da takav čin dobroćinstva nije usmeren ka poveriocu već ka dužniku, te nema dovoljno opravdanja da se poverilac podvrgne primeni strožih pravila koja se odnose na dobroćine ugovore kada je reč o manama volje. To bi, uostalom, bilo na štetu nevinog poverioca koji pri zaključenju ugovora o jemstvu nije uticao niti bi mogao na bilo koji način da utiče na činjenicu da li će se jemac obavezati sa naknadom ili bez naknade od dužnika ili, štaviše, da li jemac želi da učini indirektan poklon dužniku odrekavši se (unapred) prava da od dužnika zahteva povraćaj onoga što će eventualno platiti za njega. To bi moglo da uruši jemstvo kao sredstvo obezbeđenja.

Ne čudi, stoga, što pojedini pisci izričito naglašavaju da dobroćini ili teretni karakter jemstva, koji rezultira iz jednog spoljašnjeg odnosa u odnosu na ugovor iz kog poverilac izvlači svoje pravo, ne bi trebalo da menja režim koji se primenjuje na ugovor o jemstvu.¹⁹ „Jedino bi odnosi između dužnika i jemca trebalo da budu pogođeni takvom kvalifikacijom, naročito kada je reč o primeni pravila koja se odnose na dobroćine ugovore“ (François 2004, 23).²⁰ Drugim rečima, kada je reč o odnosu poverioca i jemca jemstvo bi trebalo posmatrati kao teretan pravni posao.

3. MOGUĆNOST PONIŠTENJA UGOVORA O JEMSTVU POZIVANJEM NA PRAVILA O ZABLUDI KAO MANI VOLJE

Onda kada (sa)jemac ne može da se pozove na pravila o prevari kako bi ishodovao poništenje ugovora o jemstvu zbog zablude o solventnosti glavnog dužnika, postavlja se pitanje: može li se on sa više uspeha pozivati na pravila o zabludi?

Kada je reč o analizi uticaja zablude o solventnosti dužnika na punovažnost ugovora o jemstvu, najpre bi trebalo napomenuti, mada se

¹⁸ Ima, međutim, i drugačijih shvatanja. Stroži sistem koji se primenjuje na prevaru koja potiče od trećeg kod dobroćinih ugovora uopšte ima se primeniti i na ugovor o jemstvu, koji se kvalifikuje kao jednostranoobavezujući, ali koji mora biti sklopljen iz prijateljskih pobuda i bez protivnaknade (Ghestin 2013, 1173).

¹⁹ Čini se da je u tom smeru razmišljao i FKS, kada je u odluci od 20. marta 1989. godine, br. 87–15450, izneo da „i u jednostranoobaveznim ugovorima kakav je ugovor o jemstvu, prevara može uticati na punovažnost ugovora samo ukoliko potiče od saugovarača“.

²⁰ Pretpostavlja se da takva ideja stoji iza shvatanja iznetih u teoriji da, iako kvalifikacija jemstva kao teretnog ili dobroćinog ima određenog teorijskog značaja, njen praktični značaj je slab (Barthez, Houtcieff 2010, 94).

podrazumeva sâmo po sebi, da se jemac ne može pozivati na pravila o zabludi kako bi ishodovao poništenje ugovora onda kada je glavni dužnik postao insolventan *nakon* zaključenja ugovora o jemstvu (Barthez, Houtcieff 2010, 227; Aynès, Crocq 2013, 79; Simler 2008, 146–147). Svaka naknadna insolventnost značila bi samo prostu promenu okolnosti koja, ma koliko značajna, ne može dovesti u pitanje punovažnost ugovora. Osim toga, pokriće rizika eventualne buduće dužnikove insolventnosti upravo i jeste predmet zaključenja ugovora o jemstvu. U suprotnom, kojoj bi svrsi služilo jemstvo ako bi jemac mogao jednostavno da se oslobodi svoje obaveze tvrdeći da nije mogao da zamisli da bi dužnik jednog dana mogao da se nađe u situaciji da ne može da vrati dug? Jemstvo bi kao ustanova potpuno izgubilo svoj smisao: rizik insolventnosti je u biću jemstva.

O zabludi o solventnosti dužnika, dakle, možemo govoriti samo ukoliko je insolventnost dužnika postojala *u trenutku* zaključenja ugovora o jemstvu.²¹ Tu se prirodno nameće sledeće pitanje: o kakvoj vrsti zablude je reč?

Na prvi pogled moglo bi se učiniti da zabluda o solventnosti dužnika predstavlja zabludu o (bitnim svojstvima) ličnosti (Piedelièvre 2008, 55). U odnosu između jemca i dužnika, koji se često označava kao *intuitu personae*, solventnost dužnika nesumnjivo deluje kao odlučujući kvalitet dužnika: iako jemcu nije zabranjeno da svesno preuzme rizik sumnjive solventnosti dužnika ili pak rizik utvrđene insolventnosti, uobičajeno je da jemac pri zaključenju ugovora o jemstvu ne očekuje da će zaista biti u poziciji da mora da plati dug umesto dužnika. Kao i poverilac, i jemac na svojevrsan način kreditira dužnika, poklanjajući mu poverenje i pozajmljujući mu sopstvenu kreditnu sposobnost (Simler 2008, 146). Onda kada se utvrdi da je to poverenje bilo zasnovano na lažnim osnovama, smatraće se da je jemac bio u zabludi pri preuzimanju obaveze jemčenja. Međutim, sve i kada bi se prihvatilo da je solventnost, na svojevrsan način, bitno svojstvo ličnosti, specifičnost jemstva je u tome da se ugovor o jemstvu zaključuje sa poveriocem, a ne sa dužnikom. Njemu (poveriocu) se, dakle, suprotstavlja jemčeva zabluda. Iz tog razloga, ne može biti

²¹ Na ovom mestu je korisno reći da se kao dodatan zahtev postavlja i činjenica da nije reč samo o prolaznim finansijskim poteškoćama dužnika već takvim da predstavljaju jasan signal da dužnik neće biti u mogućnosti da isplati dug o dospelosti. Ako bi dužnik u trenutku zaključenja ugovora o jemstvu bio insolventan ali naknadno postao solventan, „razlog“ za poništenje ugovora bi otpao – jemac tada ne bi ni imao interesa da zahteva poništenje ugovora o jemstvu, a čini se da mu to ne bi trebalo omogućiti ni ako bi pokušao da se na takav način, iz nekog razloga, oslobodi svoje obaveze. U tom smislu, zabluda o insolventnosti se procenjuje u trenutku zaključenja ugovora, ali se u obzir mora uzeti i trenutak dospelosti dužnikove obaveze, tj. mora se utvrditi da li je dužnik u tom momentu solventan jer bi to značilo da je naknadno otpao razlog za poništenje ugovora o jemstvu (uopšteno o uticaju insolventnosti saugovarača na punovažnost ugovora Dabić 2018b, 288–289).

govora o zabludi o ličnosti jer je dužnik, čija je solventnost dovedena u pitanje, treće lice u odnosu na ugovor o jemstvu.

Zabluda o solventnosti dužnika druge je vrste. Ona zapravo predstavlja zabludu o motivu – solventnost dužnika je jedan od odlučujućih motiva koji opredeljuju jemca da pristane da jemči (Piedelièvre 2008, 55–56; Barthez, Houtcieff 2010, 228; Aynès, Crocq 2013, 79; Simler 2008, 146; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79). Ali se u tome i ogleda glavni problem zbog kojeg sudovi nisu skloni da prihvate poništenje ugovora o jemstvu zbog zablude o solventnosti dužnika. Naime, zabluda o motivu se tradicionalno isključuje iz polja primene zablude i samo izuzetno utiče na punovažnost ugovora. Prvu grupu slučajeva u kojima motiv ulazi u kauzu čine dobroćini ugovori,²² ali u vezi s tim je već pruženo objašnjenje zašto bi na ugovor o jemstvu bilo pogrešno (ili makar pogubno, neopravdano) primenjivati pravila koja važe za dobroćinane ugovore. Ako se izade iz domena dobroćinanih ugovora, u drugu grupu slučajeva u kojima motiv ulazi u kauzu spadaju određeni teretni ugovori, i to samo oni kod kojih je motiv unet u ugovorno polje (Cigoj 1980, 201; Perović 1980b, 260; Vizner 1978, 291).

Upravo su se tom logikom vodili francuski sudovi pri postavljanju zahteva, da bi se ugovor o jemstvu uopšte mogao poništiti zbog zablude o solventnosti dužnika, da je jemac solventnost glavnog dužnika podigao na nivo odlučujućeg uslova za zaključenje ugovora (o jemstvu) i time ga izričito uneo u ugovorno polje.²³ Isto važi i u slučaju zablude jednog sajemca o insolventnosti ne dužnika već drugog sajemca.²⁴

Takva praksa ima svoje opravdanje. Ono se, prvenstveno, ogleda u potrebi zaštite poverioca (saugovarača) i očuvanju jemstva kao sredstva obezbeđenja. Bilo bi previše jednostavno za jemca da izbegne svoju obavezu tvrdeći da u trenutku zaključenja ugovora nije znao da je dužnik bio u tako lošem finansijskom stanju (Piedelièvre 2008, 55–56; Simler 2008, 146). To bi, u krajnjem, praktično isključilo mogućnost da se jemči za insolventnog dužnika, iako bi za dužnika to i te kako moglo biti korisno i predstavljalo „kartu“ za izlazak iz trenutnih finansijskih poteškoća. Osim

²² Videti ZOO, čl. 62, u kome se predviđa da se kod ugovora bez naknade bitnom zabludom smatra i zabluda o pobudi koja je bila odlučna za preuzimanje obaveze.

²³ Videti primera radi, odluke FKS: od 25. oktobra 1977, br. 76–11441; od 2. marta 1982, br. 79–16538; od 19. marta 1985, br. 84–10533; od 11. februara 1986, br. 84–11117; od 11. decembra 1990, br. 89–14631; od 11. januara 1994, br. 91–17691. Takvom praksom francuski Kasacioni sud je odstupio od ranijeg stava prema kojem se poništenje ugovora o jemstvu zbog zablude o solventnosti dužnika načelno prihvatalo. Videti u tom smislu odluke FKS: od 1. marta 1972, br. 70–10313, od 7. maja 1975. godine, br. 74–10551.

O tome i u Barthez, Houtcieff 2010, 228–229; Simler 2008, 146 i 147; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79.

²⁴ Videti odluku FKS od 26. juna 2001. godine, br. 98–12594.

toga, načelno nije zabranjeno da se jemči za insolventnog dužnika, naročito ako se njegov finansijski oporavak očekuje nakon što dobije sredstva od poverioca (Barthez, Houtcieff 2010, 228–229). Ako insolventnost dužnika i postoji u vreme obvezivanja jemca, to ne znači da će on nesumnjivo biti insolventan i u budućnosti, a to je jedino što može interesovati jemca (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79).²⁵

Međutim, takvom rezonovanju se može uputiti ozbiljna zamerka: koliko je zapravo realno očekivati da bi jemac mogao da ispregovara unošenje izričite klauzule po kojoj se solventnost glavnog dužnika podiže na nivo odlučujućeg uslova za preuzimanje obaveze jemčenja? Odgovor je negativan iz najmanje dva razloga. Prvo, poverilac (u čijoj su ulozi najčešće banke) je gotovo uvek ekonomski moćnija strana u odnosu na jemca i stoga je on (poverilac) taj koji diktira uslove pod kojima će se zaključiti ugovor o jemstvu (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79). Drugo, sve i ako bi se, argumentacije radi, zanemario prethodni argument, teško da bi poverilac pristao da se unese takva klauzula u ugovor o jemstvu i iz razloga što bi to moglo da pobudi sumnju kod njega. Zašto uopšte jemac insistira na unošenju takve klauzule? Ima li on neke informacije o dužnikovoj finansijskoj situaciji koje on (poverilac) nema? Zašto bi jemac podizao na nivo uslova solventnost dužnika ako ima sve razloge da veruje da je ona ustanovljena (da je dužnik solventan)? (Simler 2008, 148) Takav zahtev jemca mogao bi da pokoleba poverioca ne samo u nameri da zaključi ugovor o jemstvu već i u tome da li bi dužnika uopšte trebalo kreditirati pa makar to bilo obezbeđeno jemstvom.

Postavljanjem zahteva da solventnost dužnika bude izričito ugovorena kao uslov pri zaključenju ugovora o jemstvu, sudska praksa je praktično „zatvorila vrata“ mogućnosti poništenja ugovora zbog zablude o solventnosti dužnika (Cabrillac *et al.* 2010, 74–75). To je i razlog zašto je doktrina podeljena po pitanju tako stroge sudske prakse. Ako je u trenutku zaključenja ugovora o jemstvu finansijska situacija dužnika u takvoj meri preopterećena da je (gotovo) izvesno da dužnik neće biti u mogućnosti da vrati dug, odnosno da će jemac (gotovo) sigurno biti pozvan da plati umesto njega, osnovano se pitaju pojedini pisci, ne potkopava li se time sama priroda jemstva? Može li biti govora o *jemstvu* ako ne postoji nikakva alea (neizvesnost) u pogledu činjenice da će jemac platiti dug niti u pogledu mogućnosti za jemca da se naknadno regresira od glavnog dužnika? (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79–80) Aktiviranje jemstva jeste uslovljeno neispunjenjem obaveze od dužnika, ali ono mora ostati u sferi „mogućeg“.

Pretpostavlja se da je pod uticajem takvih kritika francuski Kasacioni sud ublažio svoj stav prihvatajući, u dosta citiranoj ali i kritikovanoj

²⁵ O stavu da FKS pravi razliku između insolventnosti i održivosti društva za koje se jemči videti Barthez, Houtcieff 2010, 229–230.

odluci iz 2002. godine, da uslov da je dužnik solventan može biti uveden u ugovorno polje i prećutno.²⁶

Pojedini francuski pisci izrazili su bojazan da bi takav stav suda mogao da pokrene evoluciju u pogledu mogućnosti jemca da zahteva poništenje ugovora zbog zablude o solventnosti dužnika (François 2004, 92–93; Mignot 2010, 78; Cabrillac *et al.* 2010, 74–75). U čemu se, zapravo, ogleda problematičnost šireg prihvatanja takvog stava? Naime, da bi se moglo utvrditi da je solventnost dužnika podignuta na nivo uslova za zaključenje ugovora, mora se prethodno ustanoviti da je poverilac znao za (odlučujući) značaj koji jemac pridaje takvoj činjenici i da je pristao da se ona unese u ugovorno polje, makar to bilo i prećutno. Polazeći od toga, stvari se mogu odvijati na dva načina: prvi, da je poverilac bio svestan značaja koji jemac daje solventnosti dužnika upravo zato što mu je bilo poznato dužnikovo finansijsko stanje; drugi, da je poverilac morao biti svestan značaja koji jemac daje solventnosti dužnika iz prostog razloga što je i njemu sâmom takva okolnost bitna. Međutim, i u jednom i u drugom slučaju se pozivanju na pravila o zabludi kako bi se ishodovalo poništenje ugovora mogu uputiti zamerke. U prvom slučaju, otvara se pitanje kvalifikacije: ako je poveriocu bilo poznato finansijsko stanje dužnika, ne vodi li to zaključku da je možda reč o prevari ćutanjem od strane poverioca?²⁷ S druge strane, ako se krene putem da je poverilac morao biti svestan značaja koji jemac daje solventnosti dužnika iz prostog razloga što je i njemu sâmom takva okolnost bitna, zar to ne stvara opasnost da bi se u svakom slučaju moglo zaključiti da je prećutno ugovoren uslov da

²⁶ Reč je o odluci FKS od 1. oktobra 2002. godine, br. 00–13189: „...*la caution, tiers à la société cautionnée, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque qui était en relation d'affaires avec cette société ne pouvait ignorer cette situation, et qui en déduit, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution, faisant ainsi ressortir que celle-ci avait fait de la solvabilité du débiteur principal la condition tacite de sa garantie*“.

O tome i u Piedelièvre 2008, 56; Barthez, Houtcieff 2010, 229–230; François 2004, 93 fn. 4; Mignot 2010, 78; Cabrillac *et al.* 2010, 74–75; Simler 2008, 149; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 80.

²⁷ To bi se pitanje osnovano moglo postaviti i povodom odluke FKS od 1. oktobra 2002. godine. Naime, već se iz dostupnog teksta odluke može videti da je sud obrazloženje za poništenje ugovora video, između ostalih činjenica, i u tome da banka, koja je već nekoliko godina poslovala sa glavnim dužnikom, nije mogla da ne zna za njegovu nepopravljivo ugroženu situaciju. Osim toga, sud je cenio činjenicu da je jemac „treći u odnosu na glavnog dužnika“, što znači da nije bio u mogućnosti da se sâm informiše o njegovoj finansijskoj situaciji, te da je „prihvatio rizik da pomogne društvu koje se nalazi u određenim poteškoćama, ali ne i da se založi za društvo koje se već nalazi u nepopravljivo ugroženoj situaciji“. Ipak, ostaje pitanje nije li u takvoj situaciji adekvatniji osnov za poništenje prevara ćutanjem (o tome i François 2004, 93 fn. 4; Aynès, Crocq 2013, 79).

je dužnik solventan?²⁸ Drugim rečima, to bi značilo da je poništenje ugovora zbog zablude o solventnosti dužnika uvek moguće, eventualno uz jedinu prepreku da zabluda jemca mora biti neskrivljena, neizvinjavajuća. Time bi se urušilo jemstvo kao sredstvo obezbeđenja.

4. MOGUĆNOST ISTICANJA NEPUNOVAŽNOSTI JEMSTVA U ODNOSU IZMEĐU SAJEMACA

S idejom da se poverilac zaštititi od posledica poništenja ugovora o jemstvu zbog zablude koju nije skrivio, a time posredno i jemstvo kao sredstvo obezbeđenja, s jedne strane, i da se pruži zaštita i jemcu koji je prevarnim radnjama drugog sajemca naveden na zaključenje ugovora o jemstvu, s druge strane, francuski Kasacioni sud izneo je stav, u jednoj vrlo zanimljivoj odluci donetoj početkom 21. veka²⁹, koja je privukla dosta pažnje, da, iako se ništavost ugovora o jemstvu (u koji je jemac namamljen prevarom sajemca o finansijskom stanju dužnika) ne može isticati prema (nevinom) poveriocu, ona se može isticati naknadno, u regresnom postupku, u odnosima između sajemaca.

Okolnosti slučaja u kome je iznet takav stav predstavljene su ukratko u uvodnom delu ovog rada. Podsećanja radi, dva para, supružnici Giner (*Giner*) i Ser (*Serre*), pristali da budu solidarni jemci za isplatu zajma koji je poverilac (banka) odobrio jednom društvu (dužniku). To društvo je ubrzo nakon toga palo u stečaj, gospođa Giner je namirila dug banci-poveriocu, a potom se obratila supružnicima Ser sa regresnim zahtevom za nadoknadu njihovog dela duga. Oni su, međutim, odbili da pokriju svoj deo duga ističući da ih je upravo gospođa Giner prevarom navela na zaključenje ugovora o jemstvu time što se nije libila da se koristi lažima (posebno prikrivajući tešku materijalnu situaciju dužnika) kako bi ih nagovorila da jemče, znajući pritom da se dužnik nalazi pred stečajem. Mada francuski Apelacioni sud nije bio ubeđen tim argumentom, Privredno odeljenje Kasacionog suda je iznelo stanovište da se „...u odnosima između sajemaca, jemac može pozivati na ništavost ugovora o jemstvu zaključenog pod prevarom ako ona potiče od njegovog sajemca“.

Takvo ograničeno isticanje ništavosti ugovora o jemstvu samo u odnosima između sajemaca podržali su pojedini francuski pisci (Mortier

²⁸ „*N'est-il pas evident que, sauf circonstances particulières, la caution ne se serait pas obligée si elle avait su que le débiteur était déjà insolvable?*“ (Simler 2008, 148). Videti i Cabrillac *et al.* 2010, 74–75, kao i stav Rončevskog (*Rontchevsky*) koji tvrdi da imovinska situacija dužnika uobičajeno predstavlja element koji odlučujuće utiče na volju jemca da jemči i koji, stoga, nužno ulazi u ugovorno polje, te da poverilac ne može da ne zna da jemac, osim izuzetno, ne bi prihvatio da jemči za dokazanu insolventnost (Barthez, Houtcieff 2010, 229 fn. 82).

²⁹ Videti odluku FKS od 29. maja 2001. godine, br. 96–18118.

2002, 999; Legeais 2001, 145). Naime, iako se utemeljenje za takvu odluku nije moglo naći u (jezičkom) tumačenju odredaba kojima je pre izmena francuskog Građanskog zakonika regulisana prevara,³⁰ smatralo se da takvo rešenje jeste u skladu sa „duhom“ pravila o prevari (Mortier 2002, 999). Najpre, ograničavanjem mogućnosti isticanja ništavosti ugovora o jemstvu samo u odnosima između sajemaca (ne i prema poveriocu) sprečava se da negativne posledice ništavosti trpi poverilac koji nije ni na koji način skrivio zabludu jemca. Drugim rečima, ograničeno rušenje ugovora o jemstvu neutralno je u odnosu na nevinog poverioca, što se smatra usklađenim sa smislom prevare kao ustanove – ona prvenstveno ima cilj da se sankcioniše deliktno ponašanje autora prevare, dok u drugi plan pada ideja da se zaštiti volja žrtve prevare. Osim toga, argument u prilog takvom stavu suda ogleda se i u tzv. međuzavisnosti jemaca: iako sajemci predstavljaju, jedan u odnosu na drugog, treća lica, među njima postoji velika međuzavisnost zbog čega se oni mogu označiti kao tzv. treća lica posebne vrste. Naime, kako navodi Mortije (Mortier 2002, 999), njihova specifičnost je u zajedničkom objektivnom i subjektivnim elementima: sajemci garantuju za isti dug, u odnosu na istog dužnika, u korist istog poverioca. Oni se, stoga, moraju ponašati lojalno jedni prema drugima, ne samo u fazi izvršenja ugovora već i u fazi zaključenja ugovora, iz više razloga: oni će možda biti dovedeni u situaciju da se obraćaju jedni drugima; teret insolventnosti jednog se deli među drugima; što je veći broj sajemaca, to se više smanjuje teret duga koji svako od sajemaca mora da snosi; konačno, rizik nestanka jednog jemca (bilo zbog njegove insolventnosti ili poništenja ugovora o jemstvu) prevladuje se na preostale sajemce.

Međutim, takvom rezonovanju francuskog Kasacionog suda imalo bi se više toga prigovoriti.

Najpre, teško je teorijski objasniti ograničeno rušenje ugovora o jemstvu.³¹ Ukoliko se žrtva prevare može pozvati na pravila o manama volje i to učini kako bi ishodila poništenje ugovora, takvo poništenje mora imati dejstvo prema svima, uključujući i poverioca (saugovarača); i obratno, ukoliko se nepunovažnost ne može isticati prema poveriocu (saugovaraču), onda ne bi trebalo da može da se ističe ni prema sajemcima (odnosno, drugim licima). Princip na kome počiva poništenje jeste „sve ili ništa“.

S druge strane, čini se važnim naglasiti da to ne znači da jemac – žrtva prevare ostaje bez ikakvih mogućnosti ukoliko ne može da ishoduje poništenje ugovora. Imajući u vidu da se prevara sankcioniše i kao civilni delikt, žrtvi prevare se, uz zahtev za poništenje ili potpuno nezavisno od njega, tradicionalno priznaje pravo da zahteva naknadu štete od autora prevare. Primenjeno na problem kojim se bavimo u ovom radu, čak i

³⁰ Videti FGZ, čl. 1116 (pre izmena iz 2016. godine).

³¹ „*On voit mal en effet, comment le cautionnement pourrait n'être nul que dans les rapports entre cofidésusés...*“ (Simler 2018, § 34).

ako ne može da ističe zahtev za poništenje prema svom saugovaraču (poveriocu), jemac ima mogućnost da zahteva naknadu štete od lica koje ga je prevarnim radnjama navelo na zaključenje ugovora – u našem slučaju od sajemca. Šta se, međutim, može javiti kao problem zbog kojeg je, pretpostavlja se, francuski Kasacioni sud izneo pomenuti stav, čija je pravna utemeljenost u najmanju ruku diskutabilna, da je ograničeno rušenje ugovora moguće? Naime, mada jemac – žrtva prevare ima pravo da zahteva naknadu štete od sajemca – autora prevare, takvo pravo se rađa tek ukoliko je šteta pretrpljena, a to će najčešće biti slučaj onda kada je on (sajemac – žrtva prevare) već isplatio poveriocu dužnikov dug ili je nekom od ostalih sajemaca (ukoliko ih ima) u regresnom postupku morao da nadoknadi deo duga koji su oni isplatili poveriocu. Međutim, kada se stvari odvijaju na način na koji su se odvijale i u slučaju pred francuskim Kasacionim sudom – da sajemac (navodni autor prevare) isplati dug poveriocu, a onda se s regresnim zahtevom obrati sajemcu (navodnoj³² žrtvi prevare) – čini se da je prihvatanje ideje da se ništavost ugovora o jemstvu može istaći između sajemaca jedini način da se spreči nastanak štete za sajemca – žrtvu prevare i odbije regresni zahtev sajemca – autora prevare (Barthez, Houtcieff 2010, 239 fn. 117). U suprotnom, ako se ništavost ne bi mogla istaći prema sajemcu – autoru prevare, moglo bi se doći u apsurdnu situaciju: da sajemac – žrtva prevare ne može odbiti regresni zahtev sajemca – autora prevare, ali bi nakon toga mogao da se koristi pravom na naknadu štete od njega!

Još jedan važan prigovor bi se mogao uputiti stavu kakav je izneo FKS. Naime, čak i ako bi se, argumentacije radi, razmatralo prihvatanje mogućnosti ograničenog rušenja ugovora, takvo rešenje bi bilo opravdano samo kada je reč o odnosu između sajemca – žrtve prevare i sajemca – autora prevare. Drugim rečima, sajemac – žrtva prevare može isticati ništavost svog ugovora o jemstvu jedino prema sajemcu – autoru prevare, a ne i prema eventualnim drugim sajemcima. Međutim, to ne proizlazi jasno iz načina na koji je FKS izneo svoj stav, te formulacija da se „*u odnosima između sajemaca* (naglašavanje naše), jemac može pozivati na ništavost ugovora o jemstvu zaključenog pod prevarom ako ona potiče od njegovog sajemca“ rađa nedoumice. Naime, ukoliko ima više sajemaca, da li to znači da se ništavost može isticati ne samo prema sajemcu od koga potiče prevara već i prema ostalim sajemcima (ukoliko ih ima)? Čini se da bi potvrđan odgovor, kakav bi mogao da sledi iz jezičkog tumačenja stava FKS, logički teško mogao da opstane, a bila bi dovedena

³² Termin „navodni“ je na oba mesta u tekstu iskorišćen iz razloga što u konkretnom slučaju koji se našao pred francuskim Kasacionim sudom zapravo nije dokazano da su ispunjeni uslovi za isticanje ništavosti ugovora o jemstvu, odnosno nije dokazano da sajemac (navodna žrtva prevare) nije znao za situaciju u kojoj se društvo (dužnik) nalazilo te da su prevarne radnje na koje se poziva odlučujuće uticale na njegovo jemčenje. Bez obzira na to što krajnji ishod nije bio takav da je ništavost uspešno istaknuta, FKS je izneo stav da je to moguće u odnosima između sajemaca. Videti odluku FKS od 29. maja 2001. godine, br. 96–18118.

u pitanje i njegova opravdanost. Razlog je u tome što bi time položaj nevinih sajemaca bio ugrožen: uspešnim isticanjem ništavosti ugovora o jemstvu u regresnom postupku prema svim sajemcima smanjuje se broj jemaca na koje se prevaljuje dužnikov dug (u slučaju insolventnosti), odnosno povećava se udeo koji svaki (preostali) sajemac ima u ukupnom dugu jer bi se na njih prevalio deo duga koji bi inače „otpao“ na sajemca – žrtvu prevare. To bi dalje otvorilo pitanje nije li dovođenjem u zabludu jednog sajemca, sajemac – autor prevare zapravo indirektno stvorio tlo za potencijalnu štetu koju bi mogli da pretrpe i ostali sajemci. Kada imaju saznanja da će više lica obezbeđivati isti dug, to utiče na volju sajemaca pri zaključenju sopstvenog ugovora o jemstvu jer se rizik insolventnosti dužnika ne prevaljuje samo na njih već na sve sajemce. Iz tih razloga, u slučaju poništenja bilo kog ugovora o jemstvu, i za njih potencijalno nastaje šteta jer se povećava njihov udeo u ukupnom dugu. S tim u vezi, može se javiti pitanje da li bi se ostali (nevin) sajemci mogli pozivati na zabludu o postojanju ili obimu sredstava obezbeđenja³³ ili na drugi način prevaliti na sajemca – autora prevare onaj višak duga koji je prevaljen na njih time što je sajemac-žrtva istakao ništavost u regresnom postupku?

Pretpostavlja se da je upravo svest o potencijalnim opasnostima i pravnim problemima koji bi se pojavili ukoliko bi se (bukvalno) primenjivao stav FKS navela i pisce koji stav načelno pozdravljaju da naglase da bi taj stav trebalo protumačiti tako da se ništavost može suprotstaviti samo sajemcu koji je autor prevare; drugim rečima, da ne bi trebalo dozvoliti isticanje ništavosti ne samo prema (nevinom) poveriocu već ni prema ostalim (nevinim) sajemcima (Mortier 2002, 999).

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kada je jemac prevarom naveden na zaključenje ugovora o jemstvu od trećeg lica, uključujući i slučaj kada ona potiče od njegovog sajemca, moglo bi se zaključiti da se on nalazi u jednoj prilično nezavidnoj poziciji. Razlog je u tome što je njemu dostupan (ako je uopšte) vrlo ograničen krug pravnih sredstava koje bi mogao uspešno da upotrebi kako bi se zaštitio. Najpre, ukoliko bi želeo da napusti ugovorni odnos u koji je uvučen prevarom, jemac bi se suočio s vrlo ozbiljnim preprekama. Ugovor o jemstvu je moguće poništiti pozivanjem na pravila o preva-

³³ U francuskoj sudskoj praksi i teoriji se, inače, iznosi stav da se ostali sajemci, u slučaju ništavosti angažovanja jednog od sajemaca, mogu pozivati na zabludu o obimu sredstava obezbeđenja samo ukoliko su ti sajemci činjenicu očuvanja integralnosti jemstava podigli na nivo odlučujućeg uslova za njihovo sopstveno angažovanje. Opravdanje leži u principu nezavisnosti različitih garancija (sredstava obezbeđenja) te ništavost jedne ne utiče na ništavost ostalih garancija. Stoga se smatra da se od takvog principa može odstupiti samo ukoliko strane izraze volju da obezbede nedeljivost različitih akata garancija (Videti odluku FKS od 2. maja 1989. godine, br. 87–17599; François 2004, 92 fn. 1; Barthez, Houtcieff 2010, 234–235; Mignot 2010, 79 i 215; Legeais 2014, comm. 97).

ri kao mani volje jedino ukoliko bi se utvrdilo da je njegov saugovarač (poverilac) znao ili morao znati za prevaru. Ako, pak, nema krivice poverioca, a imajući u vidu preovlađujuće shvatanje da bi ugovor o jemstvu trebalo, osim izuzetno, smatrati teretnim poslom, punovažnost ugovora o jemstvu se tim putem ne može dovesti u pitanje. Još su manje šanse da bi se ugovor o jemstvu mogao poništiti pozivanjem na pravila o zabludi kao mani volje: zabluda o solventnosti dužnika predstavlja zabludu o motivu koja u teretnim pravnim poslovima može biti relevantna samo ukoliko je takav motiv uveden u ugovorno polje, što se praktično nikada ne dešava. Drugim rečima, jemcu – žrtvi prevare najčešće ostaje samo mogućnost da zahteva naknadu štete od autora prevare, svog sajemca. Međutim, i takvo sredstvo je ograničenog dometa. Prvo, postoji opasnost od rizika insolventnosti sajemca – autora prevare. Drugo, pravo na naknadu štete se rađa tek ukoliko je šteta pretrpljena, a to će najčešće biti slučaj onda kada je sajemac – žrtva prevare već isplatio poveriocu dužnikov dug ili je nekom od ostalih sajemaca (ukoliko ih ima) u regresnom postupku morao da nadoknadi deo duga koji su oni isplatili poveriocu. Međutim, ukoliko bi se desilo da sajemac – autor prevare isplati dug poveriocu, a onda se s regresnim zahtevom obrati sajemcu – žrtvi prevare, moglo bi se doći u apsurdnu situaciju da se ne može odbiti takav regresni zahtev i sprečiti nastanak štete za sajemca – žrtvu prevare, ali bi on nakon toga mogao da se koristi pravom na naknadu štete! Čini se da je upravo to navelo pojedine sudove u uporednom pravu da iznesu stav da, iako ne može svom saugovaraču (poveriocu), jemac može isticati ništavost u odnosima između sajemaca, dakle, u regresnom postupku. Takvo rešenje je, međutim, teško pravno objasniti. Ako se ugovor može poništiti, takvo poništenje mora imati dejstvo prema svima, i obratno. Osim toga, čak i ako bi se, argumentacije radi, prihvatila mogućnost „ograničenog rušenja“ ugovora, isticanjem ništavosti u regresnom postupku, ona bi bila opravdana samo kada je reč o odnosu između sajemca – žrtve prevare i sajemca – autora prevare, a ne i prema ostalim (nevinim) sajemcima.

LITERATURA (REFERENCES)

- Albiges, Christophe, Marie-Pierre Dumont-Lefrand. 2015. *Droit des sûretés*. Paris: Dalloz.
- Aynès, Laurent, Pierre Crocq. 2013. *Les sûretés, La publicité foncière*. Paris: LGDJ.
- Barthez, Anne-Sophie, Dimitri Houtcieff, sous la direction de Jacques Ghestin. 2010. *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*. Paris: LGDJ.
- Bourassin, Manuella, Vincent Brémont, Marie-Noëlle Jobard-Bachellier. 2010. *Droit des sûretés*. Paris: Sirey.

- Cabrillac, Michel, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel. 2010. *Droit des sûretés*. Paris: LexisNexis.
- Cigoj, Stojan. 1980. Član 103. Ništavost. 292–300. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.
- Cigoj, Stojan. 1980. Član 62. 201. Zabluda o pobudi kod ugovora bez naknade. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.
- Dabić, Snežana. 10–12/2017. Dejstva prevare koja potiče od trećeg pri zaključenju teretnih ugovora. *Pravo i privreda* 55: 80–104.
- Dabić, Snežana. 2/2018a. Predugovorna dužnost obaveštavanja jemaca. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 220–243.
- Dabić, Snežana. 2018b. *Dužnost obaveštavanja pri zaključenju ugovora*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- François, Jérôme, sous la direction de Christian Larroumet. 2004. *Droit civil, Les Sûretés personnelles*. Paris: Economica.
- Ghestin Jacques, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet. 2013. *Traité de droit civil, La formation du contrat, Tome 1: Le contrat, Le consentement*. Paris: LGDJ.
- Gorenc, Vilim. 2014. Član 284. Prijevara. 436–439. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, ur. Vilim Gorenc. Zagreb: Narodne novine.
- Heinich, Julia. 07/2016. 581 – Dol émanant du cocontractant – Exceptions. *Le Lamy Droit du contrat*.
- Hiber, Dragor, Miloš Živković. 2015. *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Hiber, Dragor. 1/2015. Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 63: 58–74.
- Legeais, Dominique. 2001. Dol entre cofidėjusseurs. *Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2001* 145, dostupno u bazi LexisNexis, poslednji pristup 4. juna 2019.
- Legeais, Dominique. 2014. Nullité pour erreur. *Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2014, comm. 97*, dostupno u bazi LexisNexis, poslednji pristup 4. juna 2019.
- Mignot, Marc. 2010. *Droit des sûretés*. Paris: Montchrestien.
- Mortier, Renaud. 2002. Dans les rapports entre cofidėjusseurs, le dol peut être invoqué par la caution qui se prévaut de la nullité du cautionnement lorsqu’il émane de son cofidėjusseur. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 26, 27 Juin 2002* 999, dostupno u bazi LexisNexis, poslednji pristup 4. juna 2019.

- Pavlović, Đorđe. 2014. *O obveznostima i ugovorima uopšte*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Perović, Slobodan. 1980b. Član 62. 260–261. Zabluda o pobudi kod ugovora bez naknade. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoqub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
- Perović, Slobodan. 1980a. *Obligaciono pravo*. Beograd: Privredna štampa.
- Piedelièvre, Stéphane. 2008. *Droit des sûretés*. Paris: Ellipses.
- Poracchia, Didier. Octobre 2001. Les vices du consentement – Le dol et la violence, 207–31. *Collection Lamy Droit civil, Lamy Droit du contrat*.
- Schmidlin, Bruno. 2012. Article 28. Dol. 250–262. *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO*, eds. Luc Thévenoz, Franz Werro. Bâle: Helbing Lichtenhahn.
- Simler, Philippe. 2008. *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*. Paris: LexisNexis SA.
- Simler, Philippe. 2018. Art. 2288 à 2320 – Fasc. 20: CAUTIONNEMENT. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats, §34. – Dol d'un cofidéjusseur, Mise à jour du 06/02/2018, https://www.lexis360.fr/Document/art_2288_a_2320_fasc_20_cautionnement_conditions_de_validite_conditions/kTWpDuU-en4G_INU-2nioDNyn-6sGAu532Tte4gAI9RE1?data=c0luZGV4PTImckNvdW50PTYm&rndNum=638634095&tsid=search5_&, poslednji pristup 15. avgusta 2019.
- Simler, Phillippe, Philippe Delebecque. 2016. *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*. Paris: Dalloz.
- Story, Justice. 1920. *Commentaries on Equity Jurisprudence*. London: Sweet and Maxwell.
- Vizner, Boris. 1978. Član 62. Zabluda o pobudi kod ugovora bez naknade. 289–292. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb – Rijeka: Riječka tiskara.
- Vizner, Boris. 1978. Član 65. Prijevara. 295–301. *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb – Rijeka: Riječka tiskara.

Snežana Dabić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL EFFECTS OF THE FRAUD ORIGINATING FROM THE
CO-SURETY ON THE VALIDITY OF THE SURETY
CONTRACT AND/OR THE RIGHTS OF THE SURETY
(THE VICTIM OF THE FRAUD)

Summary

In case a surety concludes a contract due to fraudulent acts of his co-surety, he may find himself in a rather unenviable position. Remedies for his protection are very limiting. Namely, third parties' fraud only exceptionally leads to the annulment of the contract: if the contracting party is guilty of fraud; or the contract is gratuitous, which is very questionable for surety contract. The chances for annulment are even fewer if we apply the rules of mistake: mistake as to the debtor solvency represents a mistake as to the motif which is only exceptionally legally relevant. Finally, the right to ask damages from co-surety can also be of limited nature: firstly, there is a risk that the damages cannot be compensated; secondly, an absurd situation may occur that the victim of the fraud cannot reject the contribution claim from the co-surety but he may later on ask damages from him.

Key words: *Surety. – Validity of the contract. – Third party's fraud. – Mistake as to the solvency of the debtor. – The relation between co-sureties.*

Article history:

Received: 13. 1. 2020.

Accepted: 11. 2. 2020.