

УДК 347.468; 347.441.144.2

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPFb2001128D

Др Снежана Дабих*

УТИЦАЈ ПРЕВАРЕ КОЈА ПОТИЧЕ ОД САЈЕМЦА НА ПУНОВАЖНОСТ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ И ПРАВА ЈЕМЦА – ЖРТВЕ ПРЕВАРЕ

Када је преваром сајемца наведен на закључење уговора о јемству, јемац се може наћи у прилично независној позицији јер је круг средстава које успешно може да употреби да се заштити врло ограничен. Наиме, код преваре трећег, пуноважност уговора се може оспорити само изузетно: ако је саговорач крив за превару или је уговор добротин, што је врло дискутабилно када је реч о уговору о јемству. Још су мањи изгледи за поништење позивањем на правила о заблуди: заблуда о солвентности дужника (као најчешћа) представља заблуду о мотиву која је само изузетно правно релевантна. Коначно, право на накнаду штете од сајемца – аутора преваре може бити ограниченог домета: најпре, постоји ризик да ће штета моћи да се накнади; потом, може се доћи и до апсурдне ситуације да преварени јемац не може одбити регресни захтев од сајемца – аутора преваре (који је платио дуг), али би након тога могао да се користи правом на накнаду штете.

Кључне речи: *Јемство. – Пуноважност уговора. – Превара од трећег. – Заблуда о солвентности дужника. – Однос између сајемаца.*

1. УВОД

Упоредноправна судска пракса сведочи о томе да се јемци често позивају на чињеницу да су при закључењу уговора о јемству били жртве заблуде, најчешће о финансијској ситуацији дужника¹,

* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду, snezana.dabic@ius.bg.ac.rs.

¹ Осим заблуде о солвентности дужника, која је најчешћа, јемци се позивају и на заблуду о природи уговора о јемству, заблуду о сопственој солвентности,

те да не би ни пристали да јемче да им је та чињеница била позната у тренутку закључења уговора. Порекло такве заблуде јемца је, међутим, ретко у преварним *радњама* његовог саговорача – повериоца.² Превара углавном потиче од трећег, и то најчешће од дужника: он има највише интереса да прикрије или чак улепша своје финансијско стање како би приволео јемца да пристане да јемчи. Ипак, то не мора нужно увек бити случај. Истовремено с развојем идеје о утицају преваре која потиче од дужника на пуноважност уговора о јемству и развојем предуговорне дужности обавештавања у корист јемаца а на терет поверилаца (Дабић 2018а, 220 и даље), у упоредном праву, посебно француском, пажњу је привукло још једно питање: да ли и на који начин чињеница да је заблуда једног сајемца о солвентности дужника изазвана преварним радњама другог сајемца може утицати на пуноважност уговора о јемству и/или однос између сајемаца? То питање је предмет истраживања и у овом раду.

Наиме, интересовање за питање утицаја преваре која потиче од сајемца у француском праву је порасло након једног познатог случаја у француској судској пракси.³ Околности случаја биле су такве да су два пара, супружници Гинер (*Giner*) и Сер (*Serre*), пристали да буду солидарни јемци за исплату зајма који је поверилац (банка) одобрио дужнику. Дужник је убрзо након тога пао у стечај, један од сајемаца је намирио дуг повериоцу, а потом се обратио својим сајемцима са регресним захтевом за надокнаду њиховог дела дуга. Они су, међутим, одбили да покрију свој део дуга истичући да при закључењу уговора

заблуду о обиму обвезивања, заблуду о основу, заблуду о постојању другог средства обезбеђења или његовог ранга, итд. (видети о томе, примера ради, у Simler 2008, 143–154; Barthez, Houtcieff 2010, 225–237; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 78–80; Mignot 2010, 77–80).

² Један од ретких примера може се наћи у француској судској пракси. Наиме, француски Касациони суд је поништио уговор о јемству због преваре која потиче од повериоца, која се огледала у томе што је поверилац (банка) изричито потврдио јемцу, пре закључења уговора о јемству, да је финансијска ситуација дужника „здрава“ и да не постоји никакав ризик за јемца, иако је знао да је дужник већ био у дуговима. Видети одлуку француског Касационог суда (*Cour de Cassation*) – ФКС од 7. фебруара 1983. године, бр. 81–15339. Све одлуке ФКС које се помињу у овом раду биле су доступне на сајту <https://www.legifrance.gouv.fr/>, 15. августа 2019. године.

Међутим, требало би напоменути да је у упоредном праву прихваћена могућност поништења уговора о јемству због преваре ћутањем коју је учинио поверилац. Дакле, ако се повериоцу нешто замера, то је ретко вршење преварних *радњи*, а много чешће то што је био потпуно пасиван при закључењу уговора о јемству, иако је био свестан тога да дужник неће моћи да испуни своју обавезу и да ће се терет испуњења готово сигурно превалити на јемца. Дозвољавање могућности поништења уговора због преваре ћутањем довело је до развоја предуговорне дужности обавештавања у корист јемаца, а на терет повериоца (више о томе Дабић 2018а, 220 и даље).

³ Видети одлуку ФКС од 29. маја 2001. године, бр. 96–18118.

о јемству нису били упознати са тешком материјалном ситуацијом у којој се дужник налазио, те да их је управо сајемац који је повериоцу исплатио дуг својим преварним радњама навео на закључење уговора о јемству, знајући притом да се дужник налази пред стечајем.

Када ствари тако стоје, основна питања која се постављају јесу следећа: да ли и до каквих правних последица води превара која потиче од сајемца? Може ли се сајемац – жртва преваре с успехом позивати на правила о превари или пак о заблуди како би исходовао поништење уговора о јемству? Уколико је одговор позитиван, под којим условима је то могуће? С друге стране, ако је одговор негативан, која средства преостају сајемцу – жртви преваре како би се заштитио?

2. МОГУЋНОСТ ПОНИШТЕЊА УГОВОРА О ЈЕМСТВУ ПОЗИВАЊЕМ НА ПРАВИЛА О ПРЕВАРИ КАО МАНИ ВОЉЕ

Прва препрека са којом се суочава јемац који је преваром намамљен да закључи уговор о јемству јесте та што законодавац, и у нашем и упоредном праву, као основно правило поставља захтев да превара потиче од сауговорача, како би могла да утиче на пуноважност закљученог уговора.⁴ Обмана од трећег, ма колико одлучујуће деловала на вољу једне стране, само изузетно рађа право да се захтева поништење уговора применом правила о превари. Реч је, заправо, о ситуацијама у којима је сауговорач макар посредно допринео томе да се друга страна нађе у заблуди, пропутивши намерно или услед непажње да је из ње извуче. На првом месту, то је случај онда када је друга уговорна страна у време закључења уговора знала за превару.⁵ Свест о превари трећег и злоупотреба такве ситуације обесмишљава чињеницу да превара није директно последица радњи сауговорача. *Fraus est celare fraudem* – у литератури се наводи да, пропутивши да је извуче из заблуде, и сауговорач сâм врши превару (Перовић 1980а, 303; Визнер 1978, 297; Горенц 2014, 438)⁶ јер га такво понашање

⁴ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/79, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 65, ст. 1. За иста или слична упоредноправна решења видети, примера ради, чл. 1137 француског Грађанског законика – ФГЗ чл. 28, ст. 1 швајцарског Законика о облигацијама – ШГЗ, § 123, ст. 1 немачког Грађанског законика – НГЗ, §870 аустријског Грађанског законика – АГЗ.

⁵ ЗОО, чл. 65, ст. 3.

⁶ У случају обмањујућих реклама произвођача, купац би могао да захтева поништење уговора ако је продавац, из свог професионалног искуства, знао да особине производа не одговарају тврдњама из рекламе јер је дужан да о томе обавести купца. Видети Schmidlin 2012, 257.

чини саучесником трећег.⁷ У појединим системима, међу којима је и наш, иде се чак и корак даље, па се сматра да превара трећег утиче на закључени уговор не само онда када је сауговорач за то знао него и када је *морао знати*.⁸ Кривица сауговорача се огледа у томе што је непажњом пропустио да уочи превару трећег, односно заблуду у којој се друга страна налази и извуче је из ње.⁹ Стори (Story 1920, 162) такав пропуст сликовито објашњава као „преварно слепило“ (*fraudulent blindness*“).

Међутим, ван поменутих случајева, начелно се сматра да код теретних уговора превара од трећег нема утицаја на пуноважност закљученог уговора.¹⁰ Иако се такав став критикује, посебно у материји јемства,¹¹ главни разлог због којег се ограничава дејство пре-

⁷ Саучесником се сматра и онај сауговорач који је „само“ био свестан преваре и њу је искористио; није неопходно да се докаже да је између сауговорача и трећег постојао претходни договор о преварном поступању трећег. „Ако је између уговорача и трећег неког било споразумљења, саучешћа, не баш онаквог као што се тражи у кривичном праву, него ако је само уговорач знао за превару трећег лица, не хтевши обавестити о томе другу страну, то ће дати повода да се уговор поништи“ (Павловић 2014, 213).

⁸ ЗОО, чл. 65, ст. 3. Исто решење је прихваћено и у швајцарском, аустријском и немачком праву. Видети ШЗО, чл. 28, ст. 2; АГЗ, § 875; НГЗ, § 123, ст. 2 (више о томе Дабић 2017, 84 и даље).

⁹ Како наши писци објашњавају, сауговорач је „према једном општем току ствари требало да зна за такве радње“ (Перовић 1980а, 303), односно „због своје непажње за њу (заблуду, прим. аут) није знао“ (Цигој 1980, 204), односно „није употребио онај степен пажње који се иначе захтијева у таквим ситуацијама“ (Визнер 1978, 297).

¹⁰ Требало би, међутим, поменути да се у упоредноправним системима може наићи и на друге изузетке правила да превара која потиче од трећег нема утицаја на пуноважност уговора. Неке од њих је креирала судска пракса, па су накнадно имплементирани у законске одредбе. Тако, према § 123 (2) НГЗ, ако неко треће лице стиче право из уговора који се закључује, изјава којом се уговара корист за њега може се поништити у односу на њега, у случају када је трећи знао или морао знати за превару. У појединим системима судови су поништавали уговоре и онда када превара потиче од трећег, а сауговорач за њу није знао нити могао знати, уколико се у улози трећег лица налазе субјекти који припадају тзв. кругу сауговорача (*„cercle du contractant“*), због чега се и не могу сматрати правим „трећим“ лицима. Ту се првенствено мисли на случајеве када превара потиче од заступника сауговорача жртве преваре, али и тзв. привидних заступника, затим лица која служе сауговорачу, пословође без налога и обећаваоца радње трећег (више о томе Дабић 2017, 90 и даље; Видети и чл. 1138 ФГЗ и чл. 7:208 Нацрта Заједничког референтног оквира (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*)).

¹¹ Реч је заправо о идеји да је у материји јемства поистовећивање дужника са свим трећим лицима резултат апстрактног, нереалног приступа. Иако се однос између повериоца и јемца заснива на посебном уговору, нема никаквог смисла да се посматра самостално, независно од других, а посебно односа између повериоца и дужника. Штавише, због акцесорности, постојање и дејства уговора о јемству „омеђена су судбином уговора из којег је настала обавеза за коју се јемчи“ (Хибер, Живковић 2015, 283). На тај начин се и формира троугао, тространи однос између

варе која потиче од трећег јесте у томе што последице преваре не би требало да сноси невини саговорач; дакле, онај коме се не може ни на који начин приговорити да је крив за заблуду друге стране. Превара се посматра више као приватна казна, а лични карактер казне забрањује да се она примени на лице које није ни на који начин учествовало у долозним радњама (Ghestin 2013, 1169).

Примењено на проблем којим се ми бавимо, уколико би се дозволило поништење уговора о јемству због преваре која потиче од сајемца, показало би се да је таква санкција штетна за (невиног) повериоца. Он би се, као жртва несавесности трећег, нашао у врло незавидној ситуацији: с једне стране, не би имао могућност наплате од дужника због његове инсолвентности, с друге стране, изгубио би и могућност да се наплати од сајемца који је исходио поништење уговора о јемству као жртва преваре. Штетне последице би биле ублажене једино тиме што би повериоцу и даље преостајала могућност да се намири од другог, односно преосталих сајемаца, међу којима је и сајемац који је извршио преварне радње – аутор преваре (Legeais 2001, 145).

Другим речима, могућност поништења позивањем на правила о превари постоји тек уколико се утврди да је саговорач крив за заблуду жртве (јемца), макар и посредно.

Међутим, на овом месту, када је реч о могућности поништења уговора услед преваре која потиче од трећег, чини се важним анализирати још један изузетак који се односи на добротине уговоре.¹² Наиме, према чл. 65, ст. 4 ЗОО, уговор без накнаде може се поништити и кад је превару учинило треће лице, без обзира на то да ли је друга уговорна страна у време закључења уговора знала или морала знати за превару. Слична одредба се може наћи и у другим упоредноправним системима.¹³ Може ли то правило да утиче на проширење круга случајева у којима се може захтевати поништење уговора

повериоца, јемца и главног дужника, у коме дужник игра централну улогу (више о томе Дабић 2018а, 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).

¹² У литератури се наглашава да се исто правило које се примењује на добротине има примењивати и на једностране правне послове. Разлог је у томе што аутор једностраног посла и нема саговорача, те би се свако лице које врши преварне радње могло сматрати трећим (Pogacchia 2001, 207–31; Heinich 2016, 581). Има идеја да би и тада требало сузити круг и превару узимати у обзир само ако потиче од лица које стиче користи од таквог посла (бенефицијара) јер се само у тој хипотези мани воље придружује санкција за деликт (Ghestin 2013, 1172–1173). Поменути изузетак, међутим, није могуће применити на јемство (које је једностранообавезни *уговор*) те неће бити предмет дубље анализе.

¹³ Видети примера ради, § 6:93 мађарског Грађанског законика из 2013. године – МГЗ; чл. 86 ст. 2 пољског Грађанског законика из 1964. године – ПГЗ.

о јемству због преваре која потиче од сајемца (или уопште трећег лица) макар у односу на случајеве у којима би се јемство могло означити као доброчином?

Одговор на постављено питање умногоме зависи од одговора на једно претходно: да ли уговор о јемству представља доброчин или теретан правни посао?

Природа уговора о јемству представља једно од врло дискутабилних правних питања, о којем је уједно често дискутовано у материји јемства, које умногоме превазилази оквире овог рада. Ипак, представљено на један уопштен начин, може се рећи да док начелно постоји каква-таква сагласност око тога да уговор о јемству представља једностранообавезни уговор,¹⁴ у погледу утврђивања природе јемства као доброчином или теретног уговора у теорији и судској пракси се може уочити лепеза различитих схватања.

Један од узрока размимоилажења у ставовима јесте у начину на који се посматра јемство.¹⁵

Наиме, када се строго посматра само уговор о јемству и однос између повериоца и јемца, независно од односа између јемца и дужника, односно повериоца и дужника, постоје озбиљни аргументи да се уговор о јемству означи као доброчин. Јемац за своје обвезивање од повериоца, начелно, не добија контрапрестацију, другим речима, поверилац стиче корист од обвезивања јемца без обавезе давања икакве противнакнаде (вид. Barthez, Houtcieff 2010, 42 и тамо наведене ауторе). Међутим, такво схватање паги од озбиљне мањкавости: у њему се меша карактер једностраности с карактером доброчиности уговора и полази се од погрешне премисе да једнообавезујући уговор нужно мора бити доброчин. Осим тога, како је лепо објашњено у нашој теорији, „бестеретност односа између јемца и повериоца даје замагљену слику односа у целини“ (Хибер, Живковић 2015, 319), па се може погрешно закључити да и професионални јемац (банкар) јемчи доброчином, иако то очигледно није случај – ако и не стиче корист директно од повериоца, своју услугу јемчења наплаћује од дужника.

Поједини писци, пак, иако у фокусу имају, такође, само однос између повериоца и јемца, нуде нешто другачије објашњење, али у прилог теретности јемства: пошто се јемац не обавезује повериоцу да би му учинио било какву услугу или доброчинство¹⁶ – не постоји,

¹⁴ Има схватања да се једностран карактер уговора о јемству може довести у питање имајући у виду да поверилац има извесне дужности према јемцу, али је питање колико те дужности могу учинити да се он сматра (правим) двостранообавезним уговором (више о томе Хибер, Живковић 2015, 314 и даље).

¹⁵ О лутању наше судске праксе у вези с тим више у Хибер 2015, 59 и даље.

¹⁶ У теорији се помиње да би, крајње изузетно, ангажовање јемца могло имати доброчин карактер и у односу на повериоца. Симлер (Simler 2008, 69) наводи

дакле, *animus donandi* у односу на повериоца – уговор о јемству би увек требало разумети као теретни уговор (Simler 2008, 67). Проблематичност те идеје је у томе што ни она не одговара стварности: ако и постоји мотив јемца да учини услугу, добротинство, оно готово никада није усмерено ка повериоцу већ ка дужнику.

Схватајући ограничења поделе на добротине и теретне правне послове када је реч о уговору о јемству, не чуди што поједини писци прибегавају сасвим новој квалификацији уговора о јемству као „неутралног“ (Aynès, Crosq 2013, 91–92): у односу између јемца и повериоца, јемац нема намеру да поклони, те се не може сматрати добротиним, али, с друге стране, јемац не очекује ни противнакнаду од повериоца, па се не може сматрати ни теретним. Према њима, дакле, јемство није нити добротинско нити теретно. Али, која би онда правила требало примењивати на уговор о јемству? Таквом ставу се приговара да се на тај начин се проблем квалификације само заобилази, а занемарује се његова практична вредност (Хибер 2015, 67), која се, између осталог, види и из питања може ли се уговор о јемству поништити у сваком случају због преваре коју почини трећи.

Увиђајући проблематичност тих схватања, поједини писци су развили идеју да је, при квалификацији јемства као добротинског или теретног правног посла, погрешно уговор о јемству посматрати као посебан уговор, односно независно од осталих уговора који чине сложену установу јемства. Напротив. Уговор о јемству се мора посматрати у оквиру тространог односа који се рађа између повериоца, јемца и дужника, због чега се добротински или теретни карактер јемства мора тражити не у односу између повериоца и јемца него у односу између јемца и дужника (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 57–58; François 2004, 21–22). А када се ствари поставе на такав начин, више се аргумената може изнети да је јемство теретно.

Најпре, то је несумњиво случај ако јемац очекује да ће за преузимање обавезе јемчења добити накнаду од дужника, било директну било индиректну. Теретни карактер јемства је тада очигледан.

Међутим, има схватања да би се јемство требало сматрати теретним и ако таква накнада није уговорена у односу између јемца и дужника. Објашњење је у томе да јемац нема *intentio liberalis* ни према дужнику јер, и ако га поверилац позове да намири дуг, он има намеру да се накнадно намири од дужника, суброгацијом у повериочева права. Другим речима, иако је прихватио да јемчи без накнаде, јемац се није одрекао права да захтева од дужника да му исплати оно што је за њега платио, због чега би се то очекивање остварења права

као пример случај када би се с намером јемчило за дужника који је очигледно инсолвентан и неће бити у могућности да врати дуг, што заправо представља индиректан поклон повериоцу.

из суброгације могло третирати као корист коју ће јемац остварити.¹⁷ У вези с тим, међутим, остаје питање да ли се *intentio liberalis* може негирати само због тога што јемац очекује повраћај плаћеног (Хибер, Живковић 2015, 317). Прихватајући да јемчи без накнаде, јемац ипак чини „пријатељску услугу“ дужнику, на својеврстан начин га кредитира, појамљујући му своју кредитну способност и стављајући своју имовину на располагање (Barthez, Houtcieff 2010, 90). Уз то, јемац макар на одређено време сноси ризик инсолвентности дужника без икакве накнаде за то, у чему би могао да се уочи добротин карактер јемства.

Наизглед делује да је узимање у обзир односа између јемца и дужника при квалификацији јемства као добротиног или теретног логичније и да више одговара стварности. Ипак, на крају излагања о природи јемства може се изнети као озбиљан аргумент чињеница да би било у најмању руку неоправдано, ако не и врло опасно, само на основу тога просуђивати може ли се уговор о јемству поништити због преваре која потиче од трећег чак и онда када поверилац за превару није знао нити могао знати.¹⁸ Наиме, иако је, уопштено гледано, неспорно да јемство поприма карактер добротиног онда када јемац јемчи из пријатељских побуда, не сме се занемарити да такав чин добротинства није усмерен ка повериоцу већ ка дужнику, те нема довољно оправдања да се поверилац подвргне примени строжих правила која се односе на добротине уговоре када је реч о манама воље. То би, уосталом, било на штету невиног повериоца који при закључењу уговора о јемству није утицао нити би могао на било који начин да утиче на чињеницу да ли ће се јемац обавезати са накнадом или без накнаде од дужника или, штавише, да ли јемац жели да учини индиректан поклон дужнику одрекавши се (унапред) права да од дужника захтева повраћај онога што ће евентуално платити за њега. То би могло да уруши јемство као средство обезбеђења.

Не чуди, стога, што поједини писци изричито наглашавају да добротине или теретни карактер јемства, који резултира из једног спољашњег односа у односу на уговор из ког поверилац извлачи своје право, не би требало да мења режим који се примењује на уговор о јемству.¹⁹ „Једино би односи између дужника и јемца треба-

¹⁷ Уколико се унапред одрекао тог права, тада постоји *animus donandi*, али се онда мења правна природа посла – реч је о индиректном поклону, не и јемству (Хибер 2015, 66, 70).

¹⁸ Има, међутим, и другачијих схватања. Строжи систем који се примењује на превару која потиче од трећег код добротиних уговора уопште има се применити и на уговор о јемству, који се квалификује као једностранообавезујући, али који мора бити склопљен из пријатељских побуда и без противнакнаде (Ghestin 2013, 1173).

¹⁹ Чини се да је у том смеру размишљао и ФКС, када је у одлуци од 20. марта 1989. године, бр. 87–15450, изнео да „и у једностранообавезним уговорима какав

ло да буду погођени таквом квалификацијом, нарочито када је реч о примени правила која се односе на добротине уговоре“ (François 2004, 23).²⁰ Другим речима, када је реч о односу повериоца и јемца јемство би требало посматрати као теретан правни посао.

3. МОГУЋНОСТ ПОНИШТЕЊА УГОВОРА О ЈЕМСТВУ ПОЗИВАЊЕМ НА ПРАВИЛА О ЗАБЛУДИ КАО МАНИ ВОЉЕ

Онда када (са)јемац не може да се позове на правила о превари како би исходовао поништење уговора о јемству због заблуде о солвентности главног дужника, поставља се питање: може ли се он са више успеха позивати на правила о заблуди?

Када је реч о анализи утицаја заблуде о солвентности дужника на пуноважност уговора о јемству, најпре би требало напоменути, мада се подразумева само по себи, да се јемац не може позивати на правила о заблуди како би исходовао поништење уговора онда када је главни дужник постао инсолвентан *након* закључења уговора о јемству (Barthez, Houtcieff 2010, 227; Aynès, Crocq 2013, 79; Simler 2008, 146–147). Свака накнадна инсолвентност значила би само просту промену околности која, ма колико значајна, не може довести у питање пуноважност уговора. Осим тога, покриће ризика евентуалне будуће дужникове инсолвентности управо и јесте предмет закључења уговора о јемству. У супротном, којој би сврси служило јемство ако би јемац могао једноставно да се ослободи своје обавезе тврдећи да није могао да замисли да би дужник једног дана могао да се нађе у ситуацији да не може да врати дуг? Јемство би као установа потпуно изгубило свој смисао: ризик инсолвентности је у бићу јемства.

О заблуди о солвентности дужника, дакле, можемо говорити само уколико је инсолвентност дужника постојала у *тренутку* закључења уговора о јемству.²¹ Ту се природно намеће следеће питање: о каквој врсти заблуде је реч?

је уговор о јемству, превара може утицати на пуноважност уговора само уколико потиче од саговорача“.

²⁰ Претпоставља се да таква идеја стоји иза схватања изнетих у теорији да, иако квалификација јемства као теретног или добротиног има одређеног теоријског значаја, њен практични значај је слаб (Barthez, Houtcieff 2010, 94).

²¹ На овом месту је корисно рећи да се као додатан захтев поставља и чињеница да није реч само о пролазним финансијским потешкоћама дужника већ таквим да представљају јасан сигнал да дужник неће бити у могућности да исплати дуг о доспелости. Ако би дужник у тренутку закључења уговора о јемству био инсолвентан али накнадно постао солвентан, „разлог“ за поништење уговора би отпао – јемац тада не би ни имао интереса да захтева поништење уговора о јемству,

На први поглед могло би се учинити да заблуда о солвентности дужника представља заблуду о (битним својствима) личности (Piedelièvre 2008, 55). У односу између јемца и дужника, који се често означава као *intuitu personae*, солвентност дужника несумњиво делује као одлучујући квалитет дужника: иако јемцу није забрањено да свесно преузме ризик сумњиве солвентности дужника или пак ризик утврђене инсолвентности, уобичајено је да јемац при закључењу уговора о јемству не очекује да ће заиста бити у позицији да мора да плати дуг уместо дужника. Као и поверилац, и јемац на својеврстан начин кредитира дужника, поклањајући му поверење и позајмљујући му сопствену кредитну способност (Simler 2008, 146). Онда када се утврди да је то поверење било засновано на лажним основама, сматраће се да је јемац био у заблуди при преузимању обавезе јемчења. Међутим, све и када би се прихватило да је солвентност, на својеврстан начин, битно својство личности, специфичност јемства је у томе да се уговор о јемству закључује са повериоцем, а не са дужником. Њему (повериоцу) се, дакле, супротставља јемчева заблуда. Из тог разлога, не може бити говора о заблуди о личности јер је дужник, чија је солвентност доведена у питање, треће лице у односу на уговор о јемству.

Заблуда о солвентности дужника друге је врсте. Она заправо представља заблуду о мотиву – солвентност дужника је један од одлучујућих мотива који опредељују јемца да пристане да јемчи (Piedelièvre 2008, 55–56; Barthez, Houtcieff 2010, 228; Aynès, Crocq 2013, 79; Simler 2008, 146; Bourassin, Brémont, Jobard-Bachelier 2014, 79). Али се у томе и огледа главни проблем због којег судови нису склони да прихвате поништење уговора о јемству због заблуде о солвентности дужника. Наиме, заблуда о мотиву се традиционално искључује из поља примене заблуде и само изузетно утиче на пуноважност уговора. Прву групу случајева у којима мотив улази у каузу чине добротини уговори,²² али у вези с тим је већ пружено објашњење зашто би на уговор о јемству било погрешно (или макар погубно, неоправдано) примењивати правила која важе за добротине уговоре. Ако се изађе из домена добротиних уговора, у другу групу случајева у којима мотив улази у каузу спадају одређени теретни уго-

а чини се да му то не би требало омогућити ни ако би покушао да се на такав начин, из неког разлога, ослободи своје обавезе. У том смислу, заблуда о инсолвентности се процењује у тренутку закључења уговора, али се у обзир мора узети и тренутак доспелости дужникове обавезе, тј. мора се утврдити да ли је дужник у том моменту солвентан јер би то значило да је накнадно отпао разлог за поништење уговора о јемству (уопштено о утицају инсолвентности саговорача на пуноважност уговора Дабић 2018б, 288–289).

²² Видети ЗОО, чл. 62, у коме се предвиђа да се код уговора без накнаде битном заблудом сматра и заблуда о побуди која је била одлучна за преузимање обавезе.

вори, и то само они код којих је мотив унет у уговорно поље (Цигој 1980, 201; Перовић 1980б, 260; Визнер 1978, 291).

Управо су се том логиком водили француски судови при постављању захтева, да би се уговор о јемству уопште могао поништити због заблуде о солвентности дужника, да је јемац солвентност главног дужника подигао на ниво одлучујућег услова за закључење уговора (о јемству) и тиме га изричито унео у уговорно поље.²³ Исто важи и у случају заблуде једног сајемца о инсолвентности не дужника већ другог сајемца.²⁴

Таква пракса има своје оправдање. Оно се, првенствено, огледа у потреби заштите повериоца (сауговорача) и очувању јемства као средства обезбеђења. Било би превише једноставно за јемца да избегне своју обавезу тврдећи да у тренутку закључења уговора није знао да је дужник био у тако лошем финансијском стању (Piedelièvre 2008, 55–56; Simler 2008, 146). То би, у крајњем, практично искључило могућност да се јемчи за инсолвентног дужника, иако би за дужника то и те како могло бити корисно и представљало „карту“ за излазак из тренутних финансијских потешкоћа. Осим тога, начелно није забрањено да се јемчи за инсолвентног дужника, нарочито ако се његов финансијски опоравак очекује након што добије средства од повериоца (Barthez, Houtcief 2010, 228–229). Ако инсолвентност дужника и постоји у време обвезивања јемца, то не значи да ће он несумњиво бити инсолвентан и у будућности, а то је једино што може интересовати јемца (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 79).²⁵

Међутим, таквом резонувању се може упутити озбиљна замерка: колико је заправо реално очекивати да би јемац могао да испреговара уношење изричите клаузуле по којој се солвентност главног дужника подиже на ниво одлучујућег услова за преузимање обавезе јемчења? Одговор је негативан из најмање два разлога. Прво, поверилац (у чијој су улози најчешће банке) је готово увек економски моћнија страна у односу на јемца и стога је он (поверилац) тај

²³ Видети примера ради, одлуке ФКС: од 25. октобра 1977, бр. 76–11441; од 2. марта 1982, бр. 79–16538; од 19. марта 1985, бр. 84–10533; од 11. фебруара 1986, бр. 84–11117; од 11. децембра 1990, бр. 89–14631; од 11. јануара 1994, бр. 91–17691. Таквом праксом француски Касациони суд је одступио од ранијег става према којем се поништење уговора о јемству због заблуде о солвентности дужника начелно прихватао. Видети у том смислу одлуке ФКС: од 1. марта 1972, бр. 70–10313, од 7. маја 1975. године, бр. 74–10551.

О томе и у Barthez, Houtcief 2010, 228–229; Simler 2008, 146 и 147; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachelier 2014, 79.

²⁴ Видети одлуку ФКС од 26. јуна 2001. године, бр. 98–12594.

²⁵ О ставу да ФКС прави разлику између инсолвентности и одрживости друштва за које се јемчи видети Barthez, Houtcief 2010, 229–230.

који диктира услове под којима ће се закључити уговор о јемству (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79). Друго, све и ако би се, аргументације ради, занемарио претходни аргумент, тешко да би поверилац пристао да се унесе таква клаузула у уговор о јемству и из разлога што би то могло да побуди сумњу код њега. Зашто уопште јемац инсистира на уношењу такве клаузуле? Има ли он неке информације о дужниковој финансијској ситуацији које он (поверилац) нема? Зашто би јемац подизао на ниво услова солвентност дужника ако има све разлоге да верује да је она установљена (да је дужник солвентан)? (Simler 2008, 148) Такав захтев јемца могао би да поколеба повериоца не само у намери да закључи уговор о јемству већ и у томе да ли би дужника уопште требало кредитирати па макар то било обезбеђено јемством.

Постављањем захтева да солвентност дужника буде изричито уговорена као услов при закључењу уговора о јемству, судска пракса је практично „затворила врата“ могућности поништења уговора због заблуде о солвентности дужника (Cabrillac *et al.* 2010, 74–75). То је и разлог зашто је доктрина подељена по питању тако строге судске праксе. Ако је у тренутку закључења уговора о јемству финансијска ситуација дужника у таквој мери преоптерећена да је (готово) извесно да дужник неће бити у могућности да врати дуг, односно да ће јемац (готово) сигурно бити позван да плати уместо њега, основано се питају поједини писци, не поткопава ли се тиме сама природа јемства? Може ли бити говора о *јемству* ако не постоји никаква алеа (неизвесност) у погледу чињенице да ће јемац платити дуг нити у погледу могућности за јемца да се накнадно регресира од главног дужника? (Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 79–80) Активирање јемства јесте условљено неиспуњењем обавезе од дужника, али оно мора остати у сфери „могућег“.

Претпоставља се да је под утицајем таквих критика француски Касациони суд ублажио свој став прихватајући, у доста цитираној али и критикованој одлуци из 2002. године, да услов да је дужник солвентан може бити уведен у уговорно поље и прећутно.²⁶

²⁶ Реч је о одлуци ФКС од 1. октобра 2002. године, бр. 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“.

О томе и у Piedelièvre 2008, 56; Barthez, Houtcieff 2010, 229–230; François 2004, 93 фн. 4; Mignot 2010, 78; Cabrillac *et al.* 2010, 74–75; Simler 2008, 149; Bourassin, Brémond, Jobard-Bachellier 2014, 80.

Поједини француски писци изразили су бојазан да би такав став суда могао да покрене еволуцију у погледу могућности јемца да захтева поништење уговора због заблуде о солвентности дужника (François 2004, 92–93; Mignot 2010, 78; Cabrillac *et al.* 2010, 74–75). У чему се, заправо, огледа проблематичност ширег прихватања таквог става? Наиме, да би се могло утврдити да је солвентност дужника подигнута на ниво услова за закључење уговора, мора се претходно установити да је поверилац знао за (одлучујући) значај који јемац придаје таквој чињеници и да је пристао да се она унесе у уговорно поље, макар то било и прећутно. Полазећи од тога, ствари се могу одвијати на два начина: први, да је поверилац био свестан значаја који јемац даје солвентности дужника управо зато што му је било познато дужниково финансијско стање; други, да је поверилац морао бити свестан значаја који јемац даје солвентности дужника из простог разлога што је и њему сâмом таква околност битна. Међутим, и у једном и у другом случају се позивању на правила о заблуди како би се исходovalo поништење уговора могу упутити замерке. У првом случају, отвара се питање квалификације: ако је повериоцу било познато финансијско стање дужника, не води ли то закључку да је можда реч о превари ћутањем од стране повериоца?²⁷ С друге стране, ако се крене путем да је поверилац морао бити свестан значаја који јемац даје солвентности дужника из простог разлога што је и њему сâмом таква околност битна, зар то не ствара опасност да би се у сваком случају могло закључити да је прећутно уговорен услов да је дужник солвентан?²⁸ Другим речима, то би значило да је поништење уговора због заблуде о солвентности дужника увек могуће, евентуално уз једину препреку да заблуда јемца мора бити нескривљена, неизвињавајућа. Тиме би се урушило јемство као средство обезбеђења.

²⁷ То би се питање основано могло поставити и поводом одлуке ФКС од 1. октобра 2002. године. Наиме, већ се из доступног текста одлуке може видети да је суд образложење за поништење уговора видео, између осталих чињеница, и у томе да банка, која је већ неколико година пословала са главним дужником, није могла да не зна за његову непоправљиво угрожену ситуацију. Осим тога, суд је ценно чињеницу да је јемац „трећи у односу на главног дужника“, што значи да није био у могућности да се сâм информише о његовој финансијској ситуацији, те да је „прихватио ризик да помогне друштву које се налази у одређеним потешкоћама, али не и да се zaloжи за друштво које се већ налази у непоправљиво угроженој ситуацији“. Ипак, остаје питање није ли у таквој ситуацији адекватнији основ за поништење превара ћутањем (о томе и François 2004, 93 фн. 4; Aynès, Crocq 2013, 79).

²⁸ „*N'est-il pas evident que, sauf circonstances particulières, la caution ne se serait pas oblige si elle avait su que le débiteur était déjà insolvable?*“ (Simler 2008, 148). Видети и Cabrillac *et al.* 2010, 74–75, као и став Рончевског (Rontchevsky) који тврди да имовинска ситуација дужника уобичајено представља елемент који одлучујуће утиче на вољу јемца да јемчи и који, стога, нужно улази у уговорно поље, те да поверилац не може да не зна да јемац, осим изузетно, не би прихватио да јемчи за доказану инсолвентност (Barthez, Houtcieff 2010, 229 фн. 82).

4. МОГУЋНОСТ ИСТИЦАЊА НЕПУНОВАЖНОСТИ ЈЕМСТВА У ОДНОСУ ИЗМЕЂУ САЈЕМАЦА

С идејом да се поверилац заштити од последица поништења уговора о јемству због заблуде коју није скривио, а тиме посредно и јемство као средство обезбеђења, с једне стране, и да се пружи заштита и јемцу који је преварним радњама другог сајемца наведен на закључење уговора о јемству, с друге стране, француски Касациони суд изнео је став, у једној врло занимљивој одлуци донетој почетком 21. века²⁹, која је привукла доста пажње, да, иако се ништавост уговора о јемству (у који је јемац намамљен преваром сајемца о финансијском стању дужника) не може истицати према (невином) повериоцу, она се може истицати накнадно, у регресном поступку, у односима између сајемаца.

Околности случаја у коме је изнет такав став представљене су укратко у уводном делу овог рада. Подсећања ради, два пара, супружници Гинер (*Giner*) и Сер (*Serre*), пристали да буду солидарни јемци за исплату зајма који је поверилац (банка) одобрио једном друштву (дужнику). То друштво је убрзо након тога пало у стечај, госпођа Гинер је намирила дуг банци-повериоцу, а потом се обратила супружницима Сер са регресним захтевом за надокнаду њиховог дела дуга. Они су, међутим, одбили да покрију свој део дуга истичући да их је управо госпођа Гинер преваром навела на закључење уговора о јемству тиме што се није либила да се користи лажима (посебно прикривајући тешку материјалну ситуацију дужника) како би их наговорила да јемче, знајући притом да се дужник налази пред стечајем. Мада француски Апелациони суд није био убеђен тим аргументом, Привредно одељење Касационог суда је изнело становиште да се „...у односима између сајемаца, јемац може позивати на ништавост уговора о јемству закљученог под преваром ако она потиче од његовог сајемца“.

Такво ограничено истицање ништавости уговора о јемству само у односима између сајемаца подржали су поједини француски писци (Mortier 2002, 999; Legeais 2001, 145). Наиме, иако се утемељење за такву одлуку није могло наћи у (језичком) тумачењу одредаба којима је пре измена француског Грађанског законика регулисана превара,³⁰ сматрало се да такво решење јесте у складу са „духом“ правила о превари (Mortier 2002, 999). Најпре, ограничавањем могућности истицања ништавости уговора о јемству само у односима између сајемаца (не и према повериоцу) спречава се да негативне последице ништавости трпи поверилац који није ни на који

²⁹ Видети одлуку ФКС од 29. маја 2001. године, бр. 96–18118.

³⁰ Видети ФГЗ, чл. 1116 (пре измена из 2016. године).

начин скривио заблуду јемца. Другим речима, ограничено рушење уговора о јемству неутрално је у односу на невиног повериоца, што се сматра усклађеним са смислом преваре као установе – она првенствено има циљ да се санкционише деликтно понашање аутора преваре, док у други план пада идеја да се заштити воља жртве преваре. Осим тога, аргумент у прилог таквом ставу суда огледа се и у тзв. међузависности јемаца: иако сајемци представљају, један у односу на другог, трећа лица, међу њима постоји велика међузависност због чега се они могу означити као тзв. трећа лица посебне врсте. Наиме, како наводи Мортије (Mortier 2002, 999), њихова специфичност је у заједничком објективном и субјективним елементима: сајемци гарантују за исти дуг, у односу на истог дужника, у корист истог повериоца. Они се, стога, морају понашати лојално једни према другима, не само у фази извршења уговора већ и у фази закључења уговора, из више разлога: они ће можда бити доведени у ситуацију да се обраћају једни другима; терет инсолвентности једног се дели међу другима; што је већи број сајемаца, то се више смањује терет дуга који свако од сајемаца мора да сноси; коначно, ризик нестанка једног јемца (било због његове инсолвентности или поништења уговора о јемству) преваљује се на преостале сајемце.

Међутим, таквом резонувању француског Касационог суда имало би се више тога приговорити.

Најпре, тешко је теоријски објаснити ограничено рушење уговора о јемству.³¹ Уколико се жртва преваре може позвати на правила о манама воље и то учини како би исходила поништење уговора, такво поништење мора имати дејство према свима, укључујући и повериоца (сауговарача); и обратно, уколико се непуноважност не може истицати према повериоцу (сауговарачу), онда не би требало да може да се истиче ни према сајемцима (односно, другим лицима). Принцип на коме почива поништење јесте „све или ништа“.

С друге стране, чини се важним нагласити да то не значи да јемац – жртва преваре остаје без икаквих могућности уколико не може да исходује поништење уговора. Имајући у виду да се превара санкционише и као цивилни деликт, жртви преваре се, уз захтев за поништење или потпуно независно од њега, традиционално признаје право да захтева накнаду штете од аутора преваре. Примењено на проблем којим се бавимо у овом раду, чак и ако не може да истиче захтев за поништење према свом сауговарачу (повериоцу), јемац има могућност да захтева накнаду штете од лица које га је преварним радњама навело на закључење уговора – у нашем случају од сајемца. Шта се, међутим, може јавити као проблем због којег је,

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

претпоставља се, француски Касациони суд изнео поменути став, чија је правна утемељеност у најмању руку дискутабилна, да је ограничено рушење уговора могуће? Наиме, мада јемац – жртва преваре има право да захтева накнаду штете од сајемца – аутора преваре, такво право се рађа тек уколико је штета претрпљена, а то ће најчешће бити случај онда када је он (сајемац – жртва преваре) већ исплатио повериоцу дужников дуг или је неком од осталих сајемаца (уколико их има) у регресном поступку морао да надокнади део дуга који су они исплатили повериоцу. Међутим, када се ствари одвијају на начин на који су се одвијале и у случају пред француским Касационим судом – да сајемац (наводни аутор преваре) исплати дуг повериоцу, а онда се с регресним захтевом обрати сајемцу (наводној³² жртви преваре) – чини се да је прихватање идеје да се ништавост уговора о јемству може истаћи између сајемаца једини начин да се спречи настапак штете за сајемца – жртву преваре и одбије регресни захтев сајемца – аутора преваре (Barthez, Houtcieff 2010, 239 фн. 117). У супротном, ако се ништавост не би могла истаћи према сајемцу – аутору преваре, могло би се доћи у апсурдну ситуацију: да сајемац – жртва преваре не може одбити регресни захтев сајемца – аутора преваре, али би након тога могао да се користи правом на накнаду штете од њега!

Још један важан приговор би се могао упутити ставу какав је изнео ФКС. Наиме, чак и ако би се, аргументације ради, разматрало прихватање могућности ограниченог рушења уговора, такво решење би било оправдано само када је реч о односу између сајемца – жртве преваре и сајемца – аутора преваре. Другим речима, сајемац – жртва преваре може истицати ништавост свог уговора о јемству једино према сајемцу – аутору преваре, а не и према евентуалним другим сајемцима. Међутим, то не произлази јасно из начина на који је ФКС изнео свој став, те формулација да се „у односима између сајемаца (наглашавање наше), јемац може позивати на ништавост уговора о јемству закљученог под преваром ако она потиче од његовог сајемца“ рађа недоумице. Наиме, уколико има више сајемаца, да ли то значи да се ништавост може истицати не само према сајемцу од кога потиче превара већ и према осталим сајемцима (уколико их има)? Чини се да би потврдан одговор, какав би могао да следи из језичког тумачења

³² Термин „наводни“ је на оба места у тексту искоришћен из разлога што у конкретном случају који се нашао пред француским Касационим судом заправо није доказано да су испуњени услови за истицање ништавости уговора о јемству, односно није доказано да сајемац (наводна жртва преваре) није знао за ситуацију у којој се друштво (дужник) налазило те да су преварне радње на које се позива одлучујуће утицале на његово јемчење. Без обзира на то што крајњи исход није био такав да је ништавост успешно истакнута, ФКС је изнео став да је то могуће у односима између сајемаца. Видети одлуку ФКС од 29. маја 2001. године, бр. 96–18118.

става ФКС, логички тешко могао да опстане, а била би доведена у питање и његова оправданост. Разлог је у томе што би тиме положај невиних сајемаца био угрожен: успешним истицањем ништавости уговора о јемству у регресном поступку према свим сајемцима смањује се број јемаца на које се преваљује дужников дуг (у случају инсолвентности), односно повећава се удео који сваки (преостали) сајемац има у укупном дугу јер би се на њих превалио део дуга који би иначе „отпао“ на сајемца – жртву преваре. То би даље отворило питање није ли довођењем у заблуду једног сајемца, сајемац – аутор преваре заправо индиректно створио тло за потенцијалну штету коју би могли да претрпе и остали сајемци. Када имају сазнања да ће више лица обезбеђивати исти дуг, то утиче на вољу сајемаца при закључењу сопственог уговора о јемству јер се ризик инсолвентности дужника не преваљује само на њих већ на све сајемце. Из тих разлога, у случају поништења било ког уговора о јемству, и за њих потенцијално настаје штета јер се повећава њихов удео у укупном дугу. С тим у вези, може се јавити питање да ли би се остали (невини) сајемци могли позивати на заблуду о постојању или обиму средстава обезбеђења³³ или на други начин превалити на сајемца – аутора преваре онај вишак дуга који је превален на њих тиме што је сајемац-жртва истакао ништавост у регресном поступку?

Претпоставља се да је управо свест о потенцијалним опасностима и правним проблемима који би се појавили уколико би се (буквално) примењивао став ФКС навела и писце који став начелно поздрављају да нагласе да би тај став требало протумачити тако да се ништавост може супротставити само сајемцу који је аутор преваре; другим речима, да не би требало дозволити истицање ништавости не само према (невином) повериоцу већ ни према осталим (невиним) сајемцима (Mortier 2002, 999).

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Када је јемац преваром наведен на закључење уговора о јемству од трећег лица, укључујући и случај када она потиче од његовог

³³ У француској судској пракси и теорији се, иначе, износи став да се остали сајемци, у случају ништавости ангажовања једног од сајемаца, могу позивати на заблуду о обиму средстава обезбеђења само уколико су ти сајемци чињеницу очувања интегралности јемстава подигли на ниво одлучујућег услова за њихово сопствено ангажовање. Оправдање лежи у принципу независности различитих гаранција (средстава обезбеђења) те ништавост једне не утиче на ништавост осталих гаранција. Стога се сматра да се од таквог принципа може одступити само уколико стране изразе вољу да обезбеде недељивост различитих аката гаранција (Видети одлуку ФКС од 2. маја 1989. године, бр. 87–17599; François 2004, 92 фн. 1; Barthez, Houtcieff 2010, 234–235; Mignot 2010, 79 и 215; Legeais 2014, comm. 97).

сајемца, могло би се закључити да се он налази у једној прилично незавидној позицији. Разлог је у томе што је њему доступан (ако је уопште) врло ограничен круг правних средстава које би могао успешно да употреби како би се заштитио. Најпре, уколико би желео да напусти уговорни однос у који је увучен преваром, јемац би се суочио с врло озбиљним препрекама. Уговор о јемству је могуће поништити позивањем на правила о превари као мани воље једино уколико би се утврдило да је његов сауговорач (повериоца) знао или морао знати за превару. Ако, пак, нема кривице повериоца, а имајући у виду преовлађујуће схватање да би уговор о јемству требало, осим изузетно, сматрати теретним послом, пуноважност уговора о јемству се тим путем не може довести у питање. Још су мање шансе да би се уговор о јемству могао поништити позивањем на правила о заблуди као мани воље: заблуда о солвентности дужника представља заблуду о мотиву која у теретним правним пословима може бити релевантна само уколико је такав мотив уведен у уговорно поље, што се практично никада не дешава. Другим речима, јемцу – жртви преваре најчешће остаје само могућност да захтева накнаду штете од аутора преваре, свог сајемца. Међутим, и такво средство је ограниченог димензиона. Прво, постоји опасност од ризика инсолвентности сајемца – аутора преваре. Друго, право на накнаду штете се рађа тек уколико је штета претрпљена, а то ће најчешће бити случај онда када је сајемац – жртва преваре већ исплатио повериоцу дужников дуг или је неком од осталих сајемаца (уколико их има) у регресном поступку морао да надокнади део дуга који су они исплатили повериоцу. Међутим, уколико би се десило да сајемац – аутор преваре исплати дуг повериоцу, а онда се с регресним захтевом обрати сајемцу – жртви преваре, могло би се доћи у апсурдну ситуацију да се не може одбити такав регресни захтев и спречити настанак штете за сајемца – жртву преваре, али би он након тога могао да се користи правом на накнаду штете! Чини се да је управо то навело поједине судове у упоредном праву да изнесу став да, иако не може свом сауговорачу (повериоцу), јемац може истицати ништавост у односима између сајемаца, дакле, у регресном поступку. Такво решење је, међутим, тешко правно објаснити. Ако се уговор може поништити, такво поништење мора имати дејство према свима, и обратно. Осим тога, чак и ако би се, аргументације ради, прихватила могућност „ограниченог рушења“ уговора, истицањем ништавости у регресном поступку, она би била оправдана само када је реч о односу између сајемца – жртве преваре и сајемца – аутора преваре, а не и према осталим (невиним) сајемцима.

ЛИТЕРАТУРА (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 Brémond, 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.
- Дабих, Снежана. 10–12/2017. Дејства преваре која потиче од трећег при закључењу теретних уговора. *Право и привреда* 55: 80–104. (Dabić, Snežana. 10–12/2017. Dejstva prevare koja potiče od trećeg pri zaključenju teretnih ugovora. *Pravo i privreda* 55: 80–104.)
- Дабих, Снежана. 2/2018а. Предуговорна дужност обавештавања јемаца. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 220–243. (Dabić, Snežana. 2/2018. Predugovorna dužnost obaveštavanja jemaca. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 220–243.)
- Дабих, Снежана. 2018б. Дужност обавештавања при закључењу уговора. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Dabić, Snežana. 2018. *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. Prijevара. 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*.
- Хибер, Драгор, Милош Живковић. 2015. *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Hiber, Dragor, Miloš Živković. 2015. *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Хибер, Драгор. 1/2015. Побијање уговора о јемству у стечајном поступку. *Анали Правног факултета у Београду* 63: 58–74. (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.
- Павловић, Ђорђе. 2014. *О обвезностима и уговорима уопште*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Pavlović, Đorđe. 2014. *O obveznostima i ugovorima uopšte*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Perović, Slobodan. 1980b. Član 62. 260–261. Zablude 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.