

UNIVERZITET PRIVREDNA AKADEMIJA U NOVOM SADU
PRAVNI FAKULTET ZA PRIVREDU I PRAVOSUĐE U NOVOM SADU

DOKTORSKA DISERTACIJA

PRAVNA OBELEŽJA BANKARSKE GARANCIJE KAO INSTITUTA
OBEZBEĐENJA POTRAŽIVANJA

Mentor:

Prof. dr Milan Počuča

Kandidat:

Mr Savo Minić

Novi Sad

2018.

UNIVERSITY BUSINESS ACADEMY IN NOVI SAD
FACULTY OF LAW AND COMMERCE AND JUDICIARY IN NOVI SAD

DOCTORAL DISSERTATION

Legal Aspects of Bank Guarantee as a Mean of Securing Claims

Mentor:

Phd. Milan Počuča

Candidate:

LL.M. Savo Minić

Novi Sad

2018.

UNIVERZITET PRIVREDNA AKADEMIJA U NOVOM SADU
PRAVNI FAKULTET ZA PRIVREDU I PRAVOSUĐE U NOVOM SADU

KLJUČNI PODACI O ZAVRŠNOM RADU

Vrsta rada:	Doktorska disertacija
Ime i prezime autora:	Mr Savo Minić
Mentor (titula, ime, prezime, zvanje, institucija)	Dr Milan Počuča Redovni profesor Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu
Naslov rada:	PRAVNA OBELEŽJA BANKARSKE GARANCIJE KAO SREDSTVA OBEZBEĐENJA POTRAŽIVANJA
Jezik publikacije (pismo):	Srpski (latinica)
Fizički opis rada:	Uneti broj: Stranica: 300 Poglavlja 7 Referenci: 221 Tabela - Slika - Grafikona - Priloga
Naučna/umetnička oblast:	Privrednopravna uža naučna oblast
Predmetna odrednica, ključne reči:	Bankarska garancija; sredstva obezbeđenja potraživanja; korisnik garancije; nalogodavac; banka garant; elementi bankarske garancije; pravna priroda bankarske garancije; ugovor o izdavanju bankarske garancije; jednoobrazna pravila za garancije na poziv; jednoobrazna pravila za ugovorne garancije; uslovna bankarska garancija; bezuslovna bankarska garancija
Izvod (apstrakt ili rezime) na jeziku završnog rada:	Tema istraživanja doktorske disertacije jeste bankarska garancija kao obligacionopravno sredstvo obezbeđenja. Predmet istraživanja doktorske disertacije jeste analiza opštih i specifičnih pravnih obeležja bankarske garancije kao relevantnog obligacionopravnog sredstva obezbeđenja. Okvir istraživanja je podeljen na šest posebnih delova u kojima su razmatrano i analizirano sledeće : <ul style="list-style-type: none">• teorijsko shvatanjem pojma i opštih obeležja bankarske garancije;

	<ul style="list-style-type: none"> • analiza relevantnih izvora prava, kako sa stanovišta pravnog sistema R. Srbije, tako i sa stanovišta međunarodne prakse; • razmatranje i analiza pravne prirode bankarske garancije; • identifikovanje i analiza pravnih odnosa između učesnika u garancijskom poslu, • identifikovanje i analiza fundamentalnih načela bankarske garancije; • razmatranje pravne prirode bankarske garancije u kontekstu obligatornih i fakultativnih elemenata koje bankarska garancija sadrži; • analiza opštih i specifičnih obeležja različitih vrsti bankarskih garancija; i • uporednopravna analiza bankarske garancije i drugih relevantnih obligacionopravnih sredstava obezbeđenja. <p>U radu su obrađena i druga relevantna pitanja od značaja, uz adekvatno korišćenje naučne i stručne literature. Sprovedeno empirijsko istraživanje je obavljeno kroz analizu sadržaja presuda i rešenja sudova u R. Srbiji. Ovi izvori su korišćeni u svim segmentima rada.</p> <p>Izvedeni zaključci na kraju istraživanja u potpunosti su potvrdili dve od tri definisane hipoteze istraživanja, dok je jedna hipoteza teorijski potvrđena, dok izvori sudske prakse kao deo empirije istu nisu potvrdilo.</p> <p>Doktorska disertacija predstavlja originalni doprinos nauci, jer ne samo da su sublimirana i analizirana dosadašnja pravna znanja u vezi sa predmetom istraživanja, već su otvorena mnogobrojna pitanja od značaja u pogledu načina pravnog tretmana bankarske garancije i u pravu R. Srbije, i potrebe da se odredbe Zakona o obligacionim odnosima inoviraju, odnosno promene u svetlu međunarodnopravnih tendencija uređenja ovog instituta, koji je učinjen u publikaciji Jednoobraznih pravila za garancije na poziv od strane Međunarodne trgovinske komore.</p>
Datum odbrane: (Popunjavanje naknadno odgovarajuća služba)	
Članovi komisije: (titula, ime, prezime, zvanje, institucija)	<p>Predsednik: dr Nebojša Šarkić, redovni profesor, Pravni fakultet, Univerzitet Union, Beograd</p> <p>Član: dr Milan Počuča, redovni profesor, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu</p> <p>Član: dr Predrag Mirković, docent, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu</p>

Napomena:	Autor doktorske disertacije potpisao je sledeće Izjave: 1. Izjava o autorstvu, 2. Izjava o istovetnosti štampane i elektronske verzije dokorskog rada i 3. Izjava o korišćenju. Ove Izjave se čuvaju na fakultetu u štampanom i elektronskom obliku.
-----------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Prilog 3.

UNIVERSITY BUSINESS ACADEMY IN NOVI SAD
Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad

KEY WORD DOCUMENTATION

Document type:	Doctoral dissertation
Author:	Msr Savo Minić
Menthor (title, first name, last name, position, institution)	Dr Milan Počuča Full time professor Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad
Title:	Legal Aspects of Bank Guarantee as a Mean of Securing Claims
Language of text (script):	Serbian language (latin script)
Physical description:	Number of: Pages: 300 Chapters: 7 References: 221 Tables Illustrations Graphs Appendices
Scientific/artistic field:	Commercial law
Subject, Key words:	Bank guarantee; means of securing claims; user of guarantee; orderer; bank guarantor; elements of a bank guarantee; the legal nature of the bank guarantee; contract on issuing bank guarantees; uniform rules for call guarantees; uniform rules for contractual guarantees; conditional bank guarantee; unconditional bank guarantee
Abstract (or resume) in the language of the text:	The theme of the research of the doctoral dissertation is the bank guarantee as the obligatory legal means of security. The subject of doctoral dissertation research is the analysis of general and specific legal features of the banking guarantee as a relevant obligatory legal means of security. The research framework was divided into six specific sections in which the following were considered and analyzed: • theoretical understanding of the concept and general characteristics of the bank guarantee;

	<ul style="list-style-type: none"> • analysis of relevant sources of law, both from the point of view of the legal system of the Republic of Serbia, and from the point of view of international practice; • reading and analysis of the legal nature banking garacnije; • identification and analysis of legal relationships between participants in the guarantee work, • identifying and analyzing the fundamental principles of a bank guarantee; • consideration of the legal nature of the bank guarantee in the context of the obligatory and optional elements that a bank guarantee contains; • analysis of general and specific features of different types of bank guarantees; and • comparative analysis of the bank guarantee and other relevant security means of security. <p>Other relevant issues of importance are also addressed in this paper, with adequate use of scientific and professional literature. The empirical research was conducted through an analysis of the content of judgments and court decisions in R. Serbia. These sources were used in all segments of work.</p> <p>The conclusions drawn at the end of the study were fully confirmed by two of the three defined hypotheses of the research, while one hypothesis was theoretically confirmed, while the sources of case-law as part of the empiricism did not confirm it.</p> <p>Doctoral dissertation is an original contribution to science, because not only the legal knowledge regarding the subject of research has been sublimated and analyzed, but many important questions have been raised regarding the manner of legal treatment of bank guarantees in the law of R. Serbia, and the need for the provisions of the Law on obligation, or changes in the light of the international legal tendencies of the organization of this institution, which is made in the publication of Uniform Rules for Guarantees on Call by the International Chamber of Commerce</p>
<p>Defended: (The faculty service fills later.)</p>	
<p>Thesis Defend Board: (title, first name, last name, position, institution)</p>	<p>President: PhD Nebojša Šarkić, full time professor, Law Faculty, University Union, Belgrade</p> <p>Member: PhD Milan Počuča, full time professor, Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad, University Business Academy in Novi Sad</p> <p>Member: PhD Predrag Mirković, assistan professor, Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad, University Business Academy in Novi Sad</p>

Note:	<p>The author of doctoral dissertation has signed the following Statements:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Statement on the authority,2. Statement that the printed and e-version of doctoral dissertation are identical and3. Statement on copyright licenses. <p>The paper and e-versions of Statements are held at the faculty.</p>
-------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

SADRŽAJ

UVOD	13
Predmet istraživanja	14
Ciljevi i očekivani rezultati istraživanja.....	16
Hipoteze istraživanja	17
Metodologija i izvori istraživanja.....	17
GLAVA I: POJAM I IZVORI PRAVA BANKARSKE GARANCIJE	19
POJMOVNA I TERMINOLOŠKA ODREĐENJA BANKARSKE GARANCIJE	19
Uvod.....	19
1. Pojam bankarske garancije - diverzitet u shvatanju pojma bankarske garancije u okviru pravne nauke.....	19
2. Opšta i specifična obeležja bankarske garancije - doktrinarna shvatanja domaće pravne javnosti	35
3. Izvori prava bankarske garancije	44
Uvod.....	44
3.1. Kratka geneza istorijsko-pravnog nastanka bankarske garancije.....	45
3.2. Bankarska garancija u pravu R. Srbije	48
3.3. Međunarodnopravni okvir – autonomni izvori prava.....	62
3.3.1. Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije (Publikacija 325).....	64
3.3.2. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 458).....	72
3.3.3. Jednoobrazna pravila za garanciju na poziv (publikacija 758)	82
3.4. Opšti osvrt na izvore prava za bankarske garancije	89
GLAVA II: PRAVNA OBELEŽJA BANKARSKE GARANCIJE	92
Uvod.....	92
1. Pravni odnos između poverioca i dužnika iz osnovnog posla.....	94
2. Pravni odnos između nalogodavca i banke garanta.....	97

3. Ugovor o izdavanju bankarske garancije	99
4. Pravni odnos između banke garanta i korisnika bankarske garancije	104
5. Pravna priroda ugovora o izdavanju bankarske garancije.....	111
6. Pravna priroda bankarske garancije	113
GLAVA III: NAČELA BANKARSKE GARANCIJE	123
Uvod.....	123
1. Načelo formalnosti	124
2. Načelo samostalnosti.....	125
3. Načelo novčanosti	126
4. Načelo personalnosti i neposrednosti.....	129
5. Načelo neopozivosti	132
6. Načelo bezuslovnosti.....	133
GLAVA IV: ELEMENTI BANKARSKE GARANCIJE	135
Uvod.....	135
1. Bitni elementi bankarske garancije	138
1.1. Ime (naziv) banke koja izdaje garanciju.....	139
1.2. Ime nalogodavca za čiji račun se izdaje bankarska garancija	140
1.3. Osnovni posao povodom kojeg se izdaje bankarska garancija	141
1.4. Novčani iznos garancije i valuta	143
1.5. Rok važenja garancije	144
1.6. Garantna klauzula.....	148
1.7. Kalendarski i geografski elementi.....	149
2. Ostali - nebitni elementi bankarske garancije	152
2.1. Klauzula o vraćanju bankarske garancije.....	153
2.2. Broj bankarske garancije.....	155
GLAVA V: VRSTE BANKARSKIH GARANCIJA.....	157
Uvod.....	157

1. Uslovna i bezuslovna bankarska garancija.....	160
1.1. Uslovna bankarska garancija.....	160
1.2. Bezuslovna bankarska garancija	165
2. Podela bankarskih garancija na osnovu predmeta osnovnog ugovora.....	168
2.1. Bankarska garancija za dobro izvršenje posla.....	169
2.2. Garancije za vraćanje avansa	181
2.3. Licitacione garancije	185
2.4. Konosmanska garancija (bill of lading guarantee).....	190
2.5. Carinska garancija	196
2.6. Konsignaciona garancija	200
2.7. Garancija za otplatu finansijskih kredita.....	204
2.8. Garancija za otplatu kredita putem doznake	207
3. Podela bankarskih garancija na osnovu broja banaka koje učestvuju u garancijskom odnosu	210
3.1. Supergarancija.....	210
3.2. Kontragarancija	215
3.3. Notificirane i konfirmirane kontragarancije.....	220
4. Apstraktne i kauzalne bankarske garancije	222
GLAVA VI: PRAVNE DISTINKCIJE IZMEĐU BANKARSKE GARANCIJE I DRUGIH INSTITUTA OBEZBEĐENJA.....	225
Uvod.....	225
1. Bankarska garancija i ugovor o jemstvu	227
2. Bankarska garancija i ugovorna kazna.....	230
3. Bankarska garancija i dokumentarni akreditiv	235
4. Bankarska garancija i ugovor o osiguranju	242
5. Bankarska garancija i dokumentarni inkaso.....	248
6. Bankarska garancija i ugovor u korist trećeg lica	253

7. Bankarska garancija i menično jemstvo.....	254
8. Bankarska garancija i kreditni nalog.....	261
9. Bankarska garancija i ugovor o pristupanju duga.....	264
ZAKLJUČAK	267
Realizovani ciljevi istraživanja	268
Provera definisanih hipoteza istraživanja.....	282
LITERATURA:	285

UVOD

Dinamični razvoj svetske ekonomije umnogome je uticao na način poslovanja privrednih subjekata. Globalni razvoj informacionih tehnologija, unapređenje brzine realizacije poslovnih aktivnosti, dramatično povećan broj subjekata koji obavljaju različite poslovne aktivnosti, globalizacija svetske, regionalne i lokalne trgovine, sve veće učešće države u poslove komercijalnog karaktera, jesu samo neki od faktora koji su preoblikovali način poslovanja u svetu danas u odnosu na period od pre nekoliko decenija. Rast svetske ekonomije, i regionalnih ekonomija sveta, jeste između ostalog povezan i sa prethodno navedenim faktorima koji su na neposredan i posredan način doprineli razvoju obima poslovanja i nacionalnih ekonomija širom sveta. Iako ima niz pozitivnih aspekata dinamičnog razvoja poslovanja u svetu, kao i svaki napredak u društvu i promene koje prate takav napredak, jesu neretko povezane sa nekim negativnim aspektima takvog stanja. Sa stanovišta individualnih interesa poslovnih subjekata, primarni interes njihove zaštite jeste ispunjavanje ugovorom preuzetih obaveza od strane poslovnih subjekata sa kojima obavljaju poslovne aktivnosti. Prema različitim istraživanjama relevantnih organizacija, rizik neispunjenja ugovorom preuzetih obaveza i nemogućnost naplate potraživanja dramatično raste kao razik od vrhunskog uticaja koji pogađa poslovne subjekte. Posledično, unapređenje različitih instrumenata obezbeđenja potraživanja, odnosno ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza, jeste postalo esencijalno pitanje od značaja u poslovima velikih vrednosti, poslovima sa inostranstvom, odnosno u različitim poslovnim aktivnostima koje prevazilaze određene standarde i svrstavaju se u srednje ili visoko rizične poslove usled kompleksnosti njihove realizacije. Kao uvodna argumentacija u kontekstu izbora predmeta istraživanja, odnosno opšte tematike istraživanja, njegove društveno-naučne opravdanosti, autor ovog rada je za temu istraživanja izabrao bankarsku garanciju kao sredstvo obezbeđenja koje usled specifičnosti načina poslovanja u poslednjih par decenija sve više dobija na značaju. Ograničenost stvarnopravnih instituta obezbeđenja u njihovoj primeni od strane poslovnih subjekata, posledično je takođe uticala na razvoj i oblikovanje različitih obligaciono pravnih modela obezbeđenja, naročito u poslovima sa elementima inostranosti. Uloga i značaj bankarske garancije, odnosno garancija kao instrumenata uopšte, jeste dramatično povećana. Uvažavajući činjenicu da najveći segment obligacionih odnosa jeste zasnovan na afirmaciji autonomije volje ugovornih strana, bankarska garancija je značajno unapređena u praksi njenog korišćenja od strane subjekata poslovanja, banaka i drugih pravnih subjekata koje izdaju garancije. Pored toga, Međunarodna trgovinska komora je značajno unapredila sistem

Jednoobraznih pravila za garancije, tako da proces unifikacije ovog instituta obezbeđenja na svetskom nivou jeste dostigao značajan nivo u smislu standardizacije pravila za garancije, i njihove jednoobrazne primene u svetu od strane subjekata u garancijskom poslu. Društveni značaj izabrane teme istraživanja jeste prethodno konstatovan, i kao takav predstavlja validnu osnovu za sprovođenje istraživanja na izabranu temu. Osnova naučne opravdanosti teme istraživanja proizilazi iz određene simbioze sa društvenim značajem teme. Usled povećanog korišćenja u praksi različitih oblika garancija, potreba za naučnim istraživanjem na ovom polju jeste validna. Bankarska garancija je relativno dugo prisutna u pravu i praksi, ali masovnije korišćenje ovog instituta obezbeđenja jeste umnogome uticalo na njeno prakseno oblikovanje od strane učesnika u garancijskom poslu. Sa stanovišta unutrašnjeg prava, bankarska garancija je imenovani institut koji je zakonski uređen u okviru Zakona o obligacionim odnosima iz 1978 godine. U tom smislu, institut bankarske garancije primenjuje se u unutrašnjem pravu već četiri decenije, i svakako je u tom periodu njegove primene došlo do identifikacije kvaliteta njenog normativnog regulisanja, kao i sudske prakse domaćih sudova, što zahteva posebno naučno istraživanje. Sa stanovišta međunarodnog prava, bankarska garancija i druge garancije jesu bile u fokusu interesovanja Međunarodne trgovinske komore, koja je kroz tri različite publikacije pokušala unificiranje pravila za garancije koja bi bila globalno prihvaćena i primenjena. Naučna opravdanost istraživanja ogleda se i u odsustvu ozbiljnijih naučnih istraživanja na izbranu temu, posebno uzimajući u obzir ulogu i značaj novih Jednoobraznih pravila za garancije na poziv koja su usvojena od strane Međunarodne trgovinske komore, i koja su u primeni od 2010 godine. Navedena argumentacija u pogledu društvene i naučne validacije teme istraživanja doktorske disertacije jeste bila od uticaja prilikom izbora teme istraživanja, a specifičnosti prethodno opisanog potvrđuju društveno-naučnu opravdanost izbora teme, što će biti posebno dokazano kroz kvalitet sprovedenog istraživanja u radu.

Predmet istraživanja

Predmet istraživanja doktorske disertacije jeste teorijska i empirijska analiza pravnih obeležja i pravne prirode bankarske garancije koja je zasnovana na primeni normativnog, komparativnog i istorijskog metoda istraživanja, kao i analiza sadržaja sudske prakse. Bankarska garancija kao pravni institut i sredstvo obezbeđenja potraživanja jeste regulisana odredbama Zakona o obligacionim odnosima iz 1978 godine. Specifičnost bankarske

garancije kao pravnog instituta ogleda se u činjenici da je naš pravni sistem jedan od retkih koji putem zakona posebno reguliše navedeni institut obezbeđenja. Specifičnost predmeta istraživanja jeste to što pravna priroda i pravna obeležja bankarske garancije, u značajnom delu naučne i stručne javnosti, izazivaju oprečna mišljenja i stavove. Jedan deo naučne javnosti smatra je reč o uslužnom bankarskom poslu koji nastaje jednostranom izjavom volje banke koja je sadržana u bankarskoj garanciji (Vasiljević, M.), dok drugi deo javnosti smatra da bankarska garancija jeste ugovor između banke garanta i korisnika garancije kojim se konstituiše obaveza samo za jednu ugovornu stranu, tj. za banku koja izdaje garanciju (Rozenberg, L.J.). Bankarska garancija je u unutrašnjem pravu regulisana odredbama Zakona o obligacionim odnosima, ali navedeni propis sa samo pet članova zakona reguliše relevantna pitanja od značaja u vezi sa bankarskom garancijom, i to: pojam bankarske garancije; izmirenje obaveze iz garancije u novcu; potvrda garancije i ustupanje prava iz garancije; i garancija bez prigovora. Shvatajući ulogu i značaj bankarske garancije kao personalnog sredstva obezbeđenja u poslovanju subjekata u nacionalnim i međunarodnim okvirima, jasno je da značajan izvor regulisanja datog instituta jesu autonomni izvori prava, među kojima su najznačajnija Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758 koja je stupila na snagu 1.jula 2010. godine i zamenila dotadašnja pravila sadržana u publikaciji 458). Kompleksnost predmeta istraživanja ogleda se u činjenici da, iako je bankarska garancija imenovani institut u domaćem pravu, primena normi našeg zakona jeste limitirana na domicijalnom pravnom prostoru. Uloga i značaj bankarske garancije na međunarodnom planu jeste svakako značajnija, dok provizorno zakonsko regulisanje bankarske garancije u okviru Zakona o obligacionim odnosima značajno limitira i otežava primenu bankarske garancije u poslovima privrednih subjekata. Predmet istraživanja granično istražuje kvalitet zakonskog normiranja bankarske garancije u domaćem pravu, i u korelaciji sa sadržajem Jednobraznih pravila za garancije na poziv, biće učinjen pokušaj identifikovanja eventualnih manjkavosti nacionalne regulative shodno usvojenim međunarodnim standardima. Predmet istraživanja obuhvata i analizu sudske prakse u predmetima u kojima su razmatrane i usvajane odluke sudova u R. Srbiji povodom sporova u vezi sa bankarskom garancijom. Za potrebe empirijskog dela istraživanja prikupljeno je više od trideset presuda i mišljenja domaćih sudova u sporovima u vezi sa bankarskom garancijom. Predmet istraživanja jeste kompleksnog karaktera, jer normativna ograničenost regulisanja bankarske garancije u pravu R. Srbije sa jedne strane, i njena praksena upotreba na bazi autonomije volje poslovnih subjekata i pozivanje na primenu Jednoobraznih pravila

za garancije na poziv sa druge strane, čine ovo istraživanje kompleksnim. Intencija autora jeste da ovim radom pruži naučni, ali i društveni doprinos na temu istraživanja, tako da ovaj rad doprinese podizanju naučne i društvene informisanosti o bankarskoj garanciji kao sredstvu obezbeđenja sa stanovišta postulata pravne nauke.

Ciljevi i očekivani rezultati istraživanja

Ciljevi istraživanja doktorske disertacije jesu determinisani u skladu sa definisanim predmetom istraživanja. Ciljevi istraživanja su kategorisani na jedan opšti cilj, i više posebnih ciljeva istraživanja.

1. Opšti cilj istraživanja jeste: normativna analiza odredbi Zakona o obligacionim odnosima koje regulišu institut bankarske garancije radi determinisanja pravnih obeležja i pravne prirode bankarske garancije.

2. Posebni ciljevi istraživanja su:

- doktrinarno shvatanje pojma i pravnih obeležja bankarske garancije u okvirima domaće pravne i stručne javnosti;
- utvrđivanje svih relevantnih izvora prava koji na posredan ili neposredan način utiču na pravno i prakseno uobličavanje bankarske garancije na unutrašnjem i međunarodnom planu;
- jasno definisan hijerarhijski odnos različitih izvora prava;
- determinisanje pravne prirode bankarske garancije usled polarizovanog mišljenja da li ista predstavlja jednostrani pravni posao banke kao izdavaoca garancije, ili je reč o jednostrano obaveznom ugovoru između banke garanta i korisnika garancije;
- analiza opštih i specifičnih pravnih obeležja bankarske garancije;
- determinisanje prava i obaveza nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla), banke garanta (banka nalogodavca) i korisnika garancije (poverilac iz osnovnog posla);
- analiza opštih i specifičnih obeležja ugovora o izdavanju bankarske garancije;
- determinisanje osnovnih načela bankarske garancije;
- identifikovanje, klasifikacija i analiza obligatornih i fakultativnih elemenata bankarske garancije;
- prikaz evolucije i razvoja bankarske garancije koji je posledično uticao na pojavu različitih vrsta garancija i njihova pojedinačna analiza;

- uporedno-pravna analiza bankarske garancije sa drugim institutima i sredstvima obezbeđenja;
- empirijsko istraživanje koje obuhvata prikaz i analizu sudske prakse sudova u R. Srbiji kroz analizu presuda i rešenja sudova u postupcima, gde su predmeti spora bila pitanja od pravnog interesa iz domena bankarskih garancija.

3. Primarni rezultat sprovedenog istraživanja jeste naučno autentično, objektivno i metodološki prihvatljivo determinisanje pravne prirode i pravnih obeležja bankarske garancije u pravu R. Srbije. Ostali rezultati istraživanja su u skladu sa posebno definisanim ciljevima što je prethodno elaborirano. Konačan rezultat istraživanja jeste podignut stepen naučnog saznanja iz oblasti predmeta istraživanja.

Hipoteze istraživanja

Sprovedenim istraživanjem i izradom doktorske disertacije očekuje se potvrda definisanih hipoteza istraživanja:

- H1 - Bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi jeste jednostrani posao banke;
- H2 - Uticaj na pravno uobličavanje bankarske garancije jeste zasnovan na primeni autonomnih izvora prava i autonomije volje subjekata u garancijskom odnosu;
- H3 - Bankarska garancija po svojoj pravnoj konstrukciji jeste značajan institut obezbeđenja potraživanja, odnosno izvršenja ugovora, kojim se pruža viši stepen pravne zaštite interesa korisnika garancije u odnosu na druga obligacionopravna sredstva obezbeđenja.

Metodologija i izvori istraživanja

Osnovne metode naučnog mišljenja i istraživanja u društvenim naukama jesu: analitičke osnovne metode (metoda analize, metoda apstrakcije, metode specijalizacije, dedukcija kao osnovna metoda naučnog saznanja); i sintetičke osnovne metode (sinteza, konkretizacija, generalizacija i indikacija kao osnovne naučne metode). Osnovni metodi istraživanja koji su primenjeni u istraživanju i pisanju doktorske disertacije jesu normativni metod, uporednopravni metod, istorijskopravni metod, i analiza sadržaja dokumenata za potrebe empirijskog dela istraživanja.

U skladu sa definisanim predmetom istraživanja, determinisanim opštim i posebnim ciljevima istraživanja, a u svrhu provere definisanih hipoteza istraživanja, izabrana literatura koja je korišćena za potrebe ovog istraživanja, jeste adekvatnog obima i kvaliteta. Uvažavajući užu predmetnu orijentaciju rada, obim izabrane literature jeste usko povezan sa predmetom i definisanim ciljevima istraživanja. U većem delu dominiraju izvori domaće literature, bilo da je reč o naučnim ili stručnim radovima, monografijama i stručnim komentarima i mišljenjima koji su sadržani u drugim publikacijama. Manji deo izvora literature jeste inostranog karaktera, ali isto opravdavamo činjenicom da predmet istraživanja jeste baziran na intenciji tumačenja pravnih obeležja i pravne prirode bankarske garancije koja je okvirno pravno uobličena u odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Bankarska garancija je na međunarodnom planu regulisana putem pravila Međunarodne trgovinske komore za garancije na poziv, odnosno ugovorne garancije, a sadržaj pravila je u većem delu istraživanja bio osnovni ili supsidijarni izvor podataka. Intencija autora ovog rada nije bila da istraživanjem obuhvati sve karakteristike bankarske garancije, jer iako je reč o sredstvu obezbeđenja potraživanja, ovaj institut se može analizirati kako sa stanovišta pravne, tako i sa stanovišta ekonomske nauke. U inostranoj naučnoj i stručnoj javnosti mnogo je veći naglasak dat na ekonomskim obeležjima bankarske garancije, uz veoma ograničena istraživanja koja su usmerena na pravna obeležja i karakteristike ovog instituta. Potvrda navedenog jeste to što domaća naučna i stručna javnost, u izuzetno retkim situacijama koristi međunarodne izvore podataka kada za predmet svojih istraživanja imaju analizu bankarske garancije sa stanovišta pravne nauke. U pogledu aktuelnosti izabrane literature, smatramo da ona zadovoljava date kriterijume. Kada je reč o naučnim i stručnim člancima koji su publikovani u referentnim časopisima uglavnom su korišćeni oni novijeg datuma. Drugi izvori podataka, kao što su stručne i naučne monografije, i komentari Zakona o obligacionim odnosima, jesu starijeg datuma, ali prema našem mišljenju ovo ne predstavlja nedostatak, već objektivno stanje usled činjenice da je bankarska garancija normativno regulisana u okviru i dalje aktuelnog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

GLAVA I: POJAM I IZVORI PRAVA BANKARSKE GARANCIJE

POJMOVNA I TERMINOLOŠKA ODREĐENJA BANKARSKE GARANCIJE

Uvod

Institut bankarske garancije jeste u nacionalno pravo ušao kroz njegovo ozakonjenje u okviru Zakona o obligacionim odnosima, u okviru kojeg je i danas regulisan. Pojam bankarske garancije, odnosno zakonski opis pojma jeste dat u okviru ovog zakona, ali intencija autora ovog rada jeste da ukaže na sav diverzitet u kontekstu pojmovnog definisanja bankarske garancije u okviru naučne i stručne javnosti. Ovo je uslovljeno činjenicom da naš pravni sistem jeste jedan od retkih na evropskom pravnom području koji je na nivou zakona definisao i bliže regulisao institut garancije. Sa intencijom je prethodna rečenica završena sa upotrebom termina «garancija», a ne bankarska garancija, jer jedan od prvih, ali i najvećih problema u definisanju pojma bankarske garancije jeste shvatanje njene pravne prirode unutar drugih nacionalnih prava država, te korišćenje različitih termina za ono što mi u našem pravu smatramo kao bankarsku garanciju. Iako bi metodološki bilo ispravno da prvo prikažemo zakonski opis pojma bankarske garancije shodno Zakonu o obligacionim odnosima, smatramo da je prethodno neophodno izdvojiti i analizirati različita shvatanja o pojmu bankarske garancije unutar spektra domaće naučne zajednice, pa da na osnovu takve analize istu nadogradimo sa prikazom svih odredbi Zakona o obligacionim odnosima koji regulišu različita partikularna pitanja od značaja za ovaj pravni institut u okviru segmenta rada - Izvore prava bankarske garancije. U tom smislu, u nastavku rada biće prezentovani različiti koncepti shvatanja bankarske garancije u pogledu njenog pojma, kao i neki od opštih obeležja ovog instituta, bez ulaženja u granična razmatranja njenih specifičnih pravnih obeležja koja će biti predmet razmatranja u posebnom poglavlju.

1. Pojam bankarske garancije - diverzitet u shvatanju pojma bankarske garancije u okviru pravne nauke

Opšti pojam bankarske garancije nije unutar pravne nauke jedinstveno formulisan. Radi preglednijeg metodološkog pogleda i analize pojma bankarske garancije, navešćemo zakonsku definiciju pojma koja sadržana u čl. 1083 Zakona o obligacionim odnosima, ali bez ulaženja u analizu datog pojma, koja će biti predmet posebnog odeljka rada. U tom smislu, zakonodavac definiše ovaj pravni institut tako što propisuje da *bankarskom*

garancijom se obavezuje banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji. Zakonska definicija pojma bankarske garancije jeste osnov za njenu primenu i shvatanje, ali da bismo stekli širi kontekst značenja pojma bankarske garancije, moraju se analizirati različita shvatanja ovog pojma unutar pravne nauke. Prethodno rečeno predstavlja užu predmetnu orijentaciju ovog segmenta rada, i oslanja se na jedan od posebnih ciljeva istraživanja koji su u uvodnom delu rada determinisani.

Inostrana i domaća naučna javnost koja se bavi proučavanjem materije bankarske garancije nije u dovoljnoj meri usaglasila svoja mišljenja i stavove u pogledu načina definisanja pojma bankarske garancije.¹ Navedeno mišljenje Ivaniša, M. i Ivaniša, S., nam jasno ukazuje na inicijalne probleme u pogledu prihvatljivog koncepta shvatanja pojma bankarske garancije sa kojim bi veći deo naučne javnosti bio zadovoljan. Izdvojeno mišljenje ovih autora korespondira sa opštim stavom većeg dela naučne zajednice, što će u radu biti i elaborirano. Ovaj stav u stvari identifikuje svu problematiku bankarske garancije kao pravnog instituta, imajući u vidu činjenicu da njen pojam i pravna obeležja, jesu partikularno regulisani odredbama domaćeg prava u pojedinim segmentima, dok uloga autonomnih izvora prava u korišćenju bankarske garancije u poslovima sa inostranstvom jeste izuzetno značajna što se može videti u radu Međunarodne trgovinske komore u Parizu. Pojam bankarske garancije uistinu može biti veoma različit, ako osnov za njegovo identifikovanje pronalazimo u zakonskom tekstu nacionalnog prava, ili pak u tekstu različitih publikacija Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, odnosno Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije. Činjenica da ovaj pravni institut nije na zakonskom nivou regulisan u većem broju država u svetu čini pitanje definisanja pojma bankarske garancije znatno kompleksnijim, naročito sa stanovišta njenog definisanja u međunarodnim okvirima. Posledično ne može se dati opšti pojam bankarske garancije koji bi bio univerzalnog karaktera, jer kao takav nikada nije ni kodifikovan na međunarodnom planu, dok različiti koncepti pravnog regulisanja ovog instituta, koji gravitiraju od zakonskog regulisanja istog do njegovog potpunog neprepoznavanja kao posebnog instituta u pravnim sistemima većine država u svetu, jesu realni faktori koji se moraju uvažiti prilikom pokušaja definisanja pojma bankarske garancije. Posebno se mora apostrofirati činjenica da, bankarska garancija kao institut obezbeđenja izvršenja ugovora, jeste terminološki vezana za naše domicijalno pravo, te da se u svetu ova vrsta garancija terminološki određuje kao garancija za plaćanje ili

¹ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom. Visoka škola

druga vrsta garancija, bez ulaženja u njeno terminološko definisanje na osnovu pravnog subjektiviteta izdavaoca garancije, jer prema iskustvima korišćenja ovog sredstva obezbeđenja u svetu banke su same jedne od pravnih subjekata koji se pojavljuju u ulozi garanta, što će biti predmet posebnog razmatranja kroz celo istraživanje.

1. *Bankarska garancija predstavlja sredstvo obezbeđenja ispunjenja poveriočevog potraživanja, tako što se banka-izdavalac garancije obavezuje prema poveriocu (korisniku garancije), da će mu isplatiti potraživanje prema dužniku (nalogodavcu), a ako ovaj to ne učini o dospelosti, pod uslovima iz garancije, (koja mora biti u pismenom obliku).*² Jedan od važnijih članova domaće naučne zajednice iz oblasti korporativnog, odnosno trgovinskog prava, Vasiljević, M. definiše bankarsku garanciju kroz kombinovanje njenog upotrebnog karaktera, uz primenu kogentnih normi teksta zakona koje definišu sam pojam bankarske garancije. Deduktivni pristup analize definicije pojma bankarske garancija od strane ovog autora nam ukazuje da autor posmatra bankarsku garanciju kao sredstvo obezbeđenja ispunjenja poveriočevog potraživanja, što je veoma precizan način definisanja pravnog karaktera ovog instrumenta. Bankarska garancija jeste i zamišljena, pa onda i pravno uobličena, kao sredstvo obezbeđenja ispunjena ugovornih obaveza, koju iz osnovnog pravnog posla crpi poverilac. Pravna priroda bankarske garancije jeste samostalna u odnosu na druge pravne poslove i činjenice, te obaveza koja se izdavanjem garancije konstituiše jeste nezavisna i samostalna obaveza banke garanta, ali ista ne predstavlja supstitut obaveze dužnika iz osnovnog posla, već materijalno obeštećenje poverioca odnosno korisnika garancije ukoliko dužnik iz osnovnog posla ne izvrši obavezu koja je definisana u sadržaju osnovnog ugovora. Autor ovaj institut jasno distancira od ugovora o jemstvu, što će biti predmet posebnog razmatranja u više različitih poglavlja u okviru ovog istraživanja. U opisu pojma bankarske garancije Vasiljević, M. jasno prihvata kogentne norme zakona za ovaj institut, te jasno ukazuje da obaveza banke garanta jeste isključivo vezana za plaćanja, čime afirmiše jedno od osnovnih načela bankarske garancije, načelo novčanosti garancije. Kritiku definicije pojma bankarske garancije od strane gore navedenog autora možemo uputiti u segmentu iste u kojem autor navodi da se «*banka-izdavalac garancije obavezuje prema poveriocu (korisniku garancije), da će mu isplatiti potraživanje prema dužniku (nalogodavcu)*». Problem ovog segmenta definicije jeste u njenoj jezičkoj konstrukciji koja prilikom njenog tumačenja može biti pogrešno shvaćena. Naime, autor navodi da će banka isplatiti potraživanje koje korisnik garancije ima prema dužniku (nalogodavcu), ali ovo je

² Vasiljević, M. (1995): Trgovinsko pravo. Savremena administracija. Beograd, str. 730.

samo tačno kod određenih vrsta garancija. Način određivanja visine garantovanog novčanog iznosa jeste zasnovan na dva principa koja se primenjuju u zavisnosti od vrste bankarske garancije. Tako, ako je bankarska garancija izdata u vezi sa obavezom dužnika koja predstavlja dug koji je izražen u novcu, onda iznos garancije najčešće korespondira sa ovim iznosom. Međutim, postoji čitav spektar bankarskih garancija gde se novačni iznos garancije ne utvrđuje na osnovu novčane obaveze dužnika iz osnovnog posla, već na osnovu drugih elemenata. Bankarska garancija nije samo sredstvo obezbeđenja ispunjenja ugovorne obaveze dužnika, već neretko predstavlja i sredstvo obeštećenja korisnika garancije kada isti pretrpi štetu usled neispunjenja ugovorne obaveze dužnika iz osnovnog posla. Jedan od takvih primera jeste i garancija za dobro izvršenje posla, gde banka garantuje da će dužnik iz osnovnog ugovora u skladu sa definisanim kriterijumima osnovnog posla isti izvršiti saobrazno sa datim standardima, te u suprotnom novčani iznos garancije predstavlja vrstu novčanog obeštećenja korisnika garancije, jer šteta koja proizađe iz ponašanja dužnika jeste različitog inteziteta. Bankarska garancija predstavlja jedan od mehanizama obeštećenja korisnika, i takav iznos nikada ne korespondira sa ukupnom vrednošću osnovnog posla odnosno obaveze koju je dužnik imao po osnovu odredaba osnovnog ugovora. Dakle, iako je definicija pojma bankarske garancije od strane navedenog autora u osnovi tačna, ona nije potpuna iz razloga koji su prethodno apostrofirani.

Drugi autori prilikom definicije pojma bankarske garancije ukazuju na njenu pravnu prirodu. Tako Vukadinović, R. smatra da *«u opštem smislu, pod garancijom se razume pravni posao u kome se jedno lice (garant) obavezuje da drugom licu isplati određenu sumu novca ako ispuni uslove iz garancije. U užem smislu, garancija se može definisati kao jednostrana obaveza garanta da licu koje je označeno u garanciji (korisnik) na njegov zahtev isplati u garanciji naznačeni iznos novca ako ispuni uslove iz garancije.»*³ Vukadinović, R. se jasno odlučio da u pristupu definisanju pojma bankarske garancije ovaj institut sagleda sa šireg i užeg stanovišta, dajući dve definicije pojmu garancije. Prvo što uočavamo kod obe definicije jeste njihova terminološka neusklađenost sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Ako smo Vasiljevićev pristup pohvalili u kontekstu definisanja pojma bankarske garancije na postulatima njenog zakonskog definisanja pojma bankarske garancije, onda Vukadinovića moramo kritikovati u pogledu ne pridržavanja okvira zakonskog teksta definicije pojma bankarske garancije. Naime, u oba slučaja

³ Vukadinović, R. (2015): O pravnom regulisanju posla garancije u novom Građanskom zakoniku. Budvanski pravnički dani, Savetovanje pravnika, Budva. str. 23.

definisnja pojma bankarske garancije navedeni autor izostavlja termin «bankarska», te daje definiciju garancije kao opšteg pojma. Smatramo da je intencija ovog autora bila zasnovana na činjenici da se u svetu primarno koristi termin garancija (uz prefikse različitog karaktera u zavisnosti od vrste garancije), dok naše pravo poznaje isključivo termin «bankarska garancija». Uvažavajući kogentnost zakonskog definisanja pojma bankarske garancije mišljenja smo da, kada se govori o ovom institutu u kontekstu njegovog definisanja, ne može se izostaviti terminološko određenje naziva ovog instituta onako kako je učinjeno od strane zakonodavca. Drugim rečima, smatramo da je za potrebe definisanja pojma bankarske garancije unutar domaće pravne javnosti neophodno uvek se držati termina koje je sam zakonodavac odredio, pa shodno tome uvek se mora koristiti pun naziv ovog instituta, odnosno bankarska garancija, a ne samo garancija. Specifičnost definisanja bankarske garancije od strane pomenutog autora uočavamo u njegovom širem pristupu definisanja ovog instituta. Naime, pravna priroda bankarske garancije jeste donekle upitna, i kao takva biće predmet posebnog segmenta istraživanja u ovom radu. U vezi sa tim, Vukadinović apostrofira da «garancija jeste pravni posao», čime ovaj autor ulazi u sferu definisanja pravne prirode garancije kao jednostranog pravnog posla, što je po našem mišljenju pogrešno. Iako ne negiramo da postoji jača argumentacija pristalica tumačenja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla u odnosu na ugovorno shvatanje pravne prirode bankarske garancije, ipak smo mišljenja da je pogrešno u definisanju ovog instituta ulaziti u njegovu pravnu kvalifikaciju, iz razloga što postoje oprečni stavovi unutar domaće naučne zajednice po ovom pitanju. Prilikom definisanja pojma bankarske garancije mora se izbeći klopka definisanja i njene pravne prirode, jer će ista uvek biti kritikovana od strane jednog dela pravne javnosti koji drugačije tumači pravnu prirodu bankarske garancije. U konačnosti smatramo za pozitivnim što je Vukadinović dao šire i uže tumačenje bankarske garancije, čime je uspeo da pokrije opšte i specifične karakteristike ovog instituta. Kritiku autoru možemo uputiti u segmentu šire definicije pojma garancije, gde autor povezuje isplatu garantovanog novčanog iznosa, odnosno «isplatu određene sume novca, ako se ispune uslovi iz garancije». Ovo je samo delimično tačno i odnosi se na posebnu vrstu bankarskih garancija, odnosno na uslovne bankarske garancije. Značaj bankarskih garancija ogleda se najviše u maksimiziranju zaštite interesa korisnika garancija, što podrazumeva i безусловnu mogućnost naplate garantovanog novčanog iznosa, a što korespondira sa postojanjem posebne vrste garancije, безусловne bankarske garancije. I šira i uža definicija garancije od strane ovog autora jesu definicije za tkz. uslovne garancije, što po našem mišljenju jeste

nepotpuno definisanje ovog pravnog instituta, ako znamo da čak i odredbe Zakona o obligacionim odnosima prave jasne distinkcije između uslovnih i безусловnih garancija, što će biti posebno analizirano i istaknuto u okviru sledećeg poglavlja disertacije u kojem se analizira tekst Zakona o obligacionim odnosima koji uređuje materiju instituta bankarske garancije.

U pokušaju što boljeg definisanja bankarske garancije određeni autori ukazuju na njenu specifičnu upotrebnu vrednost kao validnog i priznatog sredstva obezbeđenja izvršenja ugovora. Bankarska garancija je najčešće korišćeno personalno sredstvo obezbeđenja ispunjenja obaveza iz ugovora o kreditu koje zaključuju privredni subjekti.⁴ Nadalje se ističe da osim ugovora o kreditu, osnov za izdavanje bankarske garancije mogu biti i razni drugi ugovori u privredi, kao što su ugovor o prodaji robe ili nepokretnosti, ugovor o građenju i sl. Intencija autora, Vasiljević Z., jeste da ukaže na specifičnu upotrebnu korist bankarske garancije, a da pritom istu argumentaciju iskoristi kao posredan način definisanja bankarske garancije. Iako sama definicija pojma bankarske garancije uistinu nije potpuna, ipak sadrži dovoljno elemenata koji je bliže definišu. Tako iz ove definicije zaključuje se da je bankarska garancija personalno sredstvo obezbeđenja, da je kao takvo sredstvo povezano sa prethodno postojećom ugovornom obavezom, kao i da je koriste privredni subjekti. Pored toga, ukazuje na širi spektar poslova povodom kojih se bankarska garancija izdaje, uz akcenat samog autora da je najčešće reč o poslovima u privredi. U osnovi ipak moramo konstatovati da ovakav vid definisanja pojma bankarske garancije jeste nepotpun, te da na osnovu istog možemo samo zaključiti da je u pitanju sredstvo obezbeđenja izvršenja odnosno ispunjenja ugovorne obaveze, dok bliže pojašnjenje pravne prirode bankarske garancije odnosno njenog bližeg definisanja nije učinjeno, što svakako predstavlja propust ovog autora.

U pokušaju bližeg definisanja bankarske garancije, pojedini autori ukazuju i na njenu povezanost sa drugim pravnim institutima. U tom smislu, Živković, M. ističe da *«bankarska garancija predstavlja specifičan vid ličnog obezbeđenja potraživanja, nastalog iz ustanove jemstva, čija je specifičnost i praktična prednost činjenica da za dužnikovu obavezu garantuje banka – izdavalac garancije, koja je po pravilu, u posebnom režimu nadzora od*

⁴ Vasiljević, Z. (2015): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja davaoca kredita. Zbornik radova "Usluge i zaštita", Kragujevac, str. 300.

*centralne banke, pa predstavlja veoma pouzdanog dužnika».*⁵ Apostrofiranje na povezanost bankarske garancije sa drugim pravnim institutima jeste jedna od validnih polaznih tačaka u pokušaju definisanja pojma bankarske garancije. U izdvojenom mišljenju autora ističe se povezanost bankarske garancije i jemstva, gde autor stoji na stanovištu da je bankarska garancija nastala iz ustanove jemstva, što u osnovi jeste validna argumentacija. Specifičnost ove definicije, osim ukazivanja na nastanak bankarske garancije na postulatima pravnog instituta jemstva, jeste ukazivanje na činjenicu da iza izdavanja bankarske garancije stoji banka kao poseban pravni subjekt, koji kao takav uživa visok stepen poverenja kod korisnika garancije u smislu izvesnosti izvršenja ugovorne obaveze dužnika iz osnovnog posla, odnosno sigurnu isplatu garantovanog novčanog iznosa. Imajući u vidu da izdavalac bankarske garancije jeste banka, značaj ove pravne činjenice jeste neretko bio naglašen kao posebno obeležje ovog pravnog instituta, uz ukazivanje na sve pogodnosti datog pravnog stanja u kojem banka na sebe preuzima obavezu isplate garantovanog novčanog iznosa ukoliko dužnik svoju obavezu iz osnovnog ugovora ne izvrši. Smatramo da je prilikom bližeg definisanja bankarske garancije validno i opravdano ukazati na benefite ovog pravnog instituta, ali da to ne sme biti na štetu ostalih segmenata definicija bankarske garancije koji moraju biti inkorporirani. Navedena definicija u nedovoljnoj meri determiniše pojam bankarske garancije, što se uočava u odsustvu pojmova kao što je korisnik garancije, garantovani novčani iznos, nalogodavac, i sl. Kao i u prethodna dva slučaja, i ovde je mišljenje autora ovog rada, da ovaj vid definisanja pojma bankarske garancije, iako u jednom segmentu jeste tačan i ukazuje na određena specifična obeležja bankarske garancije, ipak jeste nepotpun. Prilikom definisanja pojma bankarske garancije uvek se mora početi od obaveznih elemenata koji takva definicija mora da sadrži, a koji moraju da budu u simbiozi sa tekstom zakona koji definiše pojam bankarske garancije.

Uloga bankarske garancije jeste značajna kako sa stanovišta njenog korišćenja u unutrašnjim poslovnim odnosima, tako i sa stanovišta međunarodnih poslovnih odnosa. Važnost bankarske garancije, odnosno različitih vrsta garancija koje se pojavljuju u međunarodnoj trgovini, jeste upravo zasnovana na činjenici da ovo sredstvo obezbeđenja nema realnu alternativu kada su u pitanju poslovi velikih vrednosti sa elementima inostranosti. Jedan od autora koji upravo u svojoj definiciji pojma bankarske garancije apostrofira i sublimira više važnih pravnih obeležja bankarske garancije, a da pritom ne

⁵ Živković, M. (2012): O mogućnosti zalaganja potraživanja iz bankarske garancije i sredstava na tekućim računima upisom u registar zaloge. Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, str. 229.

izostavlja druge bitne elemente koji moraju biti sadržani u takvoj definiciji, jeste Dukić Mijatović. M. Prema stavu Dukić Mijatović, M. «*bankarska garancija jeste samostalni instrument u međunarodnoj i nacionalnoj trgovini čija osnovna karakteristika jeste, da neka banka od poverenja, preuzima nezavisnu obavezu plaćanja određenog novčanog iznosa, i to u gotovom i na prvi poziv korisnika, ako se ispune uslovi navedeni u samoj garanciji*».⁶ U vezi sa ovom definicijom pojma bankarske garancije možemo izvući niz njenih pozitivnih elemenata koji su izostavljeni kao takvi od strane prethodno citiranih autora. Prvo, u okviru ove definicije autori ukazuju na važno obeležje bankarske garancije, samostalnost i nezavisnost ovog sredstva obezbeđenja. Prilikom razmatranja različitih pravnih obeležja bankarske garancije u okviru pravne nauke, neretko se apostrofira činjenica da bankarska garancija jeste samostalni pravni instrument obezbeđenja izvršenja ugovornih obaveza. Kao takav instrument, bankarska garancija jeste istovremeno i nezavisna pravna obaveza banke garanta prema korisniku garancije. Pravni režim bankarske garancije pruža korisniku garancije potpunu zaštitu njegovih interesa, bez mogućnosti ulaganja prigovora koji se odnose na osnovni pravni posao. Nadalje, u okviru definicije apostrofira se značaj bankarske garancije u smislu njenog korišćenja, formulacijom da je reč o instrumentu koji se koristi u međunarodnoj i nacionalnoj trgovini. Osim što je naglašena upotrebna funkcija bankarske garancije u smislu subjekata korišćenja odnosno vrste poslova, smatramo za pozitivnim to što je ukazano na činjenicu da se bankarska garancija koristi i u okviru međunarodne i nacionalne trgovine. Činjenica da je od strane autora prvo navedena međunarodna, pa tek onda nacionalna trgovina, korespondira sa činjenicom da se bankarska garancija znatno više koristi u poslovima sa elementima inostranosti,⁷ odnosno u međunarodnim trgovinskim odnosima, nasuprot poslovnim odnosima koji imaju isključivo obeležje pravnih poslova u okviru nacionalnog trgovinskog prostora. Navedena definicija ovih autora jeste istovremeno autentična, precizna, terminološki usaglašena sa nacionalnim pravom koji definiše bankarsku garanciju, i u dovoljnoj meri razrađuje zakonski tekst definicije bankarske garancije čineći istu jasnijom i sadržajnijom.

Bankarska garancija se od svoje pojave u međunarodnoj trgovini do danas profirirala u učinkoviti instrument osiguranja izvršenja ugovornih obaveza koji u svojoj suštini podrazumeva apstraktnu obavezu plaćanja određenog novčanog iznosa na temelju

⁶ Dukić Mijatović, M., Gongeta, S. (2013): Bankarske garancije u svetlu pravila međunarodne trgovinske komore: URDG. Zbornik radova «Uslužno pravo», Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, str. 253.

⁷ Đurović, D. (1978): Bankarske garancije u platnom prometu sa inostranstvom. Tanjug, Beograd, str. 53.

*pisanog zahteva na prvi poziv koji korisnik podnosi garantu.*⁸ Sadržaj ove definicije jeste donekle specifičan u odnosu na prethodno analizirane, jer se ukazuje na jedno od bitnih obeležja bankarske garancije koje do sada nije u drugim definicijama apostrofirano, a to je apstraktnost obaveze plaćanja po osnovu izdate bankarske garancije. Apstraktnost bankarske garancije, tj. apstraktnost obaveze plaćanja određenog novčanog iznosa jeste upitna pravna kategorija, jer se u sadržaju bankarske garancije jasno navode važni elementi iz osnovnog posla na osnovu kojeg dolazi do izdavanja bankarske garancije, pa se dedukcijom može doći do zaključka zašto nastaje bankarska garancija. Kauza odnosno cilj može biti pravne i ekonomske kategorije,⁹ pa iako isti nije jasno uočljiv iz sadržaja bankarske garancije on se ipak može naslutiti. Ako bismo pak morali da se odlučimo da li je bankarska garancija apstraktan ili kauzalni pravni odnos, onda bismo ipak prihvatili tezu da je reč o apstraktnoj obavezi banke garanta. Ostali segmentni definicije jesu granično saobrazni sa zakonskim tekstom definicije, te su logični i jezički usklađeni sa istim, pa u tom kontekstu ova definicija se može smatrati za ispravnom. Ipak primetno je odsustvo određenih termina odnosno pojmova koji iako suštinski ne utiču na «kvalitet» same definicije, inkorporiranje istih bi bilo celishodnije u smislu preciznijeg definisanja ovog pravnog instituta.

Odredene definicije ukazuju na pogodnost bankarske garancije kao veoma efikasnog sredstva obezbeđenja izvršenja ugovora. Tako Vesić, D. ističe da *«bankarska garancija predstavlja nezameljiv instrument obezbeđenja u robnom i platnom prometu, zato što poveriocima pruža dovoljno sigurno i efikasno sredstvo obezbeđenja u slučaju da dužnik, iz bilo kojih razloga, ne ispuni, ili ne ispuni u dovoljnoj meri svoje ugovorne obaveze»*.¹⁰ Smatramo da ovaj način definisanja bankarske garancije jeste saobrazan sa nekim od prethodno analiziranih, a za koje smo konstatovali da kao definicije određenog pojma jesu nepotpune. Osim što se u definiciji ukazuje da bankarska garancija jeste instrument obezbeđenja (koriste se termini u robnom i platnom prometu), pa kao takva predstavlja sredstvo osiguranja poveriočevih ugovornih prava, odnosno apostrofira se sigurnost ovog sredstva u situacijama kada dužnik ne ispuni svoje ugovorne obaveze. Zamerke na račun ove definicije odnose se na terminološko odsustvo korišćenja termina/pojmova korisnik garancije, banka garant ili izdavalac garancije, kao i na bliže odnosno preciznije određivanje

⁸ Oršulić, I., Bulum, B. (2011): Bankarska garancija na poziv – poslednje izmene Zakona o obaveznim odnosima i nova ujednačena pravila Međunarodne trgovačke komore URDG 758. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, br. 3, str. 535.

⁹ Cigoj, S. (1988): Uloga i značaj kauze (osnova) ugovornom pravu. Pravni život, [ISSN: 0350-0500.- God. 38, knj. 377, br. 10-12 \(1988\), str. 1451-1476](https://doi.org/10.1515/0350-0500-1476)

¹⁰ Vesić, D. (2016): Zaštita investitora bankarskom garancijom. Kultura pollisa, god. XIII, br. 31, str.490.

obeležja bankarske garancije u skladu sa zakonskom definicijom ovog instituta. Originalnost u definisanja određenih pojmova u pravu nikada ne može biti na štetu izostavljanja njenih esencijalnih elemenata, čak i onda kada je ista zakonski definisana. Ukazivanje na samo određena specifična obeležja određenog insituta uz izostavljanje bitnih elemenata prilikom definisanja istog jeste po našem mišljenju pogrešno, naročito sa stanovišta standarda pravne nauke u datim situacijama.

*Institut bankarske garancije, iako predstavlja neakcesorno sredstvo obezbeđenja, izveden je iz jemstva, klasičnog personalnog, odnosno ličnog sredstva obezbeđenja obligacionopravnih potraživanja, koga karakteriše akcesornost. Iz navedenog se zaključuje da bankarskom garancijom se banka obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako ovaj to ne učini, čime ovo sredstvo obezbeđenja jasno pokazuje značajne prednosti u odnosu na druga personalna sredstva obezbeđenja.*¹¹ U pokušaju da što jasnije, sadržajnije i kvalitetnije definišu bankarsku garanciju, određeni autori shvataju kompleksnost takvog zadatka, te definiciju garancije protežu na više rečenica čineći iste deo jedne logičnopravne celine. Mišljenja smo da takav koncept, iako ima svojih nedostataka, nije pogrešan ako su u njemu integrisani svi bitni elementi koji definišu jedan pojam, odnosno u ovom slučaju bankarsku garanciju. Iz gore navedene definicije Pajtića, B. možemo uočiti niz pozitivnih elemenata jednog takvog pristupa. Prvo, od strane autora jasno je definisana pravna priroda bankarske garancije kao neakcesornog sredstva obezbeđenja. Drugo, ukazuje se na nastanak bankarske garancije kao samostalnog pravnog instituta koji je nastao na postulatima instituta jemstva. Iako ne smatramo za obligatorno da definicija bankarske garancije mora da sadrži prethodno navedeno, mišljenja smo da, kada sama jezička konstrukcija definicije jeste logična i ispravna, a da je pritom inkorporirana u istu, i radi se o genezi njenog nastanka u smislu izdvajanja iste od instituta jemstva, onda je to po našem mišljenju prihvatljivo. Nadalje, jasno je precizirano da bankarsku garanciju izdaje banka, da se na osnovu izdate garancije banka obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika. Ipak, upravo u prethodnoj rečenici uočavamo i najveći nedostatak ove definicije pojma bankarske garancije od strane ovog autora. Naime, ako uzmemo deo definicije u kojem se kaže *«da se banka obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika»*, onda nije reč o bankarskoj garanciji, već o jemstvu. Bankarskom garancijom banka na sebe preuzima obavezu isplate garantovanog

¹¹ Pajtić, B. (2015): Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 1127.

novčanog iznosa korisniku garancije, ukoliko dužnik ne izvrši svoju obavezu prema ovom subjektu iz osnovnog pravnog posla. Banka se ne obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, jer ako bi prihvatili takav pravni koncept, onda isti korespondira sa ugovorom o jemstvu, jer upravo jedna od bitnijih pravnih distinkcija između jemstva i bankarske garancije jeste u pravnom karakteru preuzete obaveze. Dok kod jemstva, jemac preuzima na sebe izvršenje obaveze dužnika nevezano za njen karakter, kod bankarske garancije banka ili izdavalac garancije (ako prihvatamo koncept da osim banke i drugi pravni subjekti mogu izdavati garancije kako je predviđeno Jednobraznim pravilima za garancije na poziv) obavezuje se na isplatu garantovanog novčanog iznosa na koji glasi garancija u slučaju neispunjenja obaveze iz osnovnog ugovora od strane dužnika, čime se pravi jasna pravna distinkcija između jemstva i bankarske garancije. Mišljenja smo da prethodno izneto jeste ozbiljan i neprihvatljiv nedostatak definicije pojma bankarske garancije od strane ovog autora, jer u osnovi dolazi do interpoliranja dva različita instituta, jemstva i bankarske garancije, što je po našem mišljenju neprihvatljivo. Iako ova definicija ima niz pozitivnih aspekata koji su prethodno istaknuti, prethodno izneta argumentacija koja ukazuje na konceptualnu pravnu grešku koja je od strane ovog autora učinjena jeste takvog karaktera da ovako koncipiranu definiciju ne možemo smatrati ispravnom.

*U poslovanju privrednih subjekata pod pojmom «bankarska garancija» označavaju se različiti pravni instituti, koji imaju za cilj obezbeđenje ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza bančinih komitenata. Bankarska garancija jeste jednostrani pravni posao (jednostrani akt banke), a ne ugovor, jer obaveza banke prema korisniku garancije nastaje jednostranom izjavom volje banke izraženoj u bankarskoj garanciji.*¹² Kao i u prethodno analiziranoj definiciji pojma bankarske garancije, i Kozar, V. pokušava da pojam bankarske garancije definiše u više od jedne rečenice. Ako analiziramo obe definicije kao opšti koncept shvatanja bankarske garancije od strane ovog autora, možemo zaključiti da je isti nepotpun. Sa pozitivne strane, definicija sadrži dovoljno elemenata u kontekstu determinisanja pravne prirode bankarske garancije, odnosno ističe se shvatanje bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla, nasuprot suprotnim shvatanjima ovog pravnog instituta kao ugovora, što je već u prethodnom delu rada elaborirano. Osim ovog segmenta definicije, citirani autor ukazuje na cilj koji se postiže izdavanjem bankarske garancije u smislu obezbeđenja ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza bančinih komitenata, što u osnovi već

¹² Kozar, V., Vrhovšek, M. (2011): Bankarska garancija kao uslužni pravni posao. Zbornik radova "XII vek – vek usluga i Uslužnog prava", Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 206.

jeste prethodno zaključeno kao ispravno. Nedostatak definicije koju je dao ovaj autor jeste da ona ne sadrži dovoljno elemenata na osnovu kojih bismo mogli nedvosmisleno da zaključimo sve bitne karakteristike ovog pravnog instituta, a koja bi kao takva bila saobrazna i sa zakonskom definicijom bankarske garancije. Zamerke ove prirode koje su upućene drugim autorima u pogledu njihovog načina definisanja bankarske garancije u prethodnom delu rada važe i u ovom slučaju.

Bankarska garancija predstavlja veoma specifično sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, ali ono što ovu vrstu obezbeđenja izdvaja od drugih jeste zasnovano na činjenici da obaveze po osnovu izdate garancije padaju na teret banke kao pravnog subjekta, što čini ovaj instrument obezbeđenja veoma privlačnim. U tom kontekstu, Tešić, A. ističe da *«bankarska garancija jeste bankarski uslužni posao, pa iako se u poslovanju privrednih subjekata pod bankarskom garancijom označavaju različiti pravni instituti obezbeđenja potraživanja, ista predstavlja specifičan posao u kojem banka garantuje poveriocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavezu, tj. da će poveriocu izmiriti obavezu o dospelosti ako to dužnik ne učini»*.¹³ U dosadašnjem delu rada koji sa bavi analizom pojma bankarske garancije unutar pravne nauke nismo se susretali sa definicijama koje ukazuju na činjenicu da bankarska garancija jeste bankarski pravni posao, te da kao takav spada u grupu uslužnih odnosno neutralnih bankarskih poslova.¹⁴ Smatramo za pozitivnim što se u kontekstu definisanja pojma bankarske garancije ukazuje na činjenicu da je u pitanju specifičan uslužni bankarski posao, koji kao takav se mora razlikovati od drugih instrumenata obezbeđenja potraživanja. Ipak osim ovog pozitivnog aspekta navedene definicije, na žalost ostale segmente iste ne možemo oceniti kao pozitivne i ispravne. U tom smislu i ova autorka pravi grešku u vezi sa pravnim obeležjem bankarske garancije, te ističe *«da banka garantuje poveriocu da će dužnik uredno izvršiti svoju obavazu (ovaj segment sentence jeste tačan), tj. da će poveriocu izmiriti obavezu o dospelosti ako to dužnik ne učini»*. Jezička konstrukcija drugog segmenta ove definicije nas navodi na zaključak da će poveriocu biti izmirena obaveza o dospelosti ako to dužnik ne učini, što u osnovi nameće pitanje da li će banka izvršiti obavezu dužnika iz osnovnog posla (što bi bilo pogrešno tumačenje i isto bi korespondiralo sa jemstvom) ili će

¹³ Tešić, A. (2005): Pravna priroda bankarske garancije i odnosa povodom njenog izdavanja. Zbornik radova "Budvanski pravnički dani", str. 525.

¹⁴ Jedna od zastupljenih podela bankarskih poslova jeste ona koja iste deli na aktivne bankarske poslove (poslovi u kojima se banka pojavljuje u ulozi poverioca), pasivne bankarske poslove (poslove u kojima se banka nalazi u ulozi dužnika) i neutralni ili uslužni bankarski poslovi (poslovi u kojima se nema status dužnika odnosno poverioca, već vršu uslužnu funkciju privremenog karaktera). Vidi više: Carić, S. (1987): Bankarski poslovi i hartije od vrednosti. Naučna knjiga, Beograd.

banka izvršiti obavezu iz izdate garancije prema korisniku koji je u njoj naznačen. Činjenica da se koristi termin «poverilac», odnosno da će se njemu izvršiti obaveza po dospelosti ako dužnik to ne učini, nameće tumačenje da banka izvršava obavezu dužnika iz osnovnog posla, što bi bilo pogrešno definisanje ovog instituta (argumentacija u korist jemstva). Da je autor umesto termina «poverilac» upotrebio termin «korisnik garancije» onda bi bilo jasno da se «da će se poveriocu izmiriti obaveza o dospelosti» odnosi na obavezu banke kao izdavaoca garancije prema korisniku garancije u skladu sa samim sadržajem bankarske garancije. Na ovaj način bi se izbegla problematika tumačenja ovog segmenta definicije pojma bankarske garancije.

*Bankarska garancija danas predstavlja nezamenjiv instrument obezbeđenja u međunarodnom robnom i platnom prometu u kojem se pojavljuju najmanje tri lica između kojih se zasniva pravni odnos, iz kojeg proizilazi obaveza banke prema primaocu bankarske garancije da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti sama izmiriti obavezu navedenu u samoj garanciji.*¹⁵ Prema mišljenju Milićevića, R. bankarska garancija jeste instrument obezbeđenja u međunarodnom robnom i platnom prometu, što jeste samo delimično tačno. Iako se negira činjenica da, međunarodni trgovinski odnosi jesu umnogome uticali na nastanak i razvoj bankarske garancije, i da obim korišćenja ovog sredstva obezbeđenja jeste svakako u korist međunarodne trgovine u odnosu na unutrašnju, mišljenja smo da se ne sme negirati značaj bankarske garancije u kontekstu njene upotrebe u unutrašnjoj trgovini, kao što je to učinjeno od strane Dukić Mijatović, M. gde autorka apostrofira njen međunarodni i nacionalni karakter. U pokušaju da budu naučno autentični u definisanju pojma bankarske garancije, mnogi autori kao što smo prethodo ukazali prave pravno-logične greške, njihove definicije jesu neretko nepotpune ili delimično netačne. Na primeru definicije pojma bankarske garancije Milićevića, R. može se isto zaključiti, jer je njegova definicija bankarske garancije jednim delom netačna. Autor navodi da kod bankarske garancije se pojavljuju najmanje tri lica između kojih se zasniva pravni odnos, što jeste netačno. Pravilno bi bilo reći da se kod bankarske garancije zasniva pravni odnos između banke garanta i korisnika garancije, da u ovom pravnom poslu učestvuju dva subjekta,¹⁶ banka garant i korisnik garancije, između kojih se uspostavlja pravni odnos. Uvažavajući činjenicu da je bankarska garancija samostalni i neakcesorni instrument

¹⁵ Milićević, R. (2007): Pravna priroda i pravni odnosi u bankarskoj garanciji. Pravni život br. 13/2007, str. 140.

¹⁶ Moguće je i više subjekata kod posebnih vrsti garancija, kao što je kontragarancija ili konfirmirajuća garancija.

obezbeđenja potraživanja, sama bankarska garancija nije pravno povezana ni sa jednim pravnim poslom odnosno trećim subjektom. Naša pretpostavka jeste da je autor pod trećim licem smatrao nalogodavca za izdavanje bankarske garancije, koji je istovremeno i dužnik iz osnovnog posla. Međutim, ovo lice nije subjekt garancijskog posla, već se isti pojavljuje u inicijalnoj fazi koja prethodi izdavanju bankarske garancije, tj. onda kada se između nalogodavca i banke garanta uspostavlja ugovorni odnos samostalne prirode u kojem se banka obavezuje da po nalogodavcu izda bankarsku garanciju u korist poverioca iz osnovnog posla, dok se nalogodavac obavezuje da će platiti proviziju za izdavanje bankarske garancije, odnosno da će se regresno banka obešteti od strane nalogodavca ukoliko dođe do isplate garantovanog novačnog iznosa. Tvrdnja autora da se kod bankarske garancije pojavljuju tri lica jeste po našem mišljenju pogrešna, što je prethodno jasno argumentovano. Iako smo mišljenja da citirani autor «zna» da kod bankarske garancije se zasnivaju pravni odnosi između dva lica, te da treće lice nije učesnik ovog odnosa, sama jezička konstrukcija ove definicije nas je navela na takvo tumačenje. Ako je intencija autora bila da ukaže da se u poslu bankarske garancije (širi pojam pod kojim se podrazumeva i ugovor o izdavanju bankarske garancije) učestvuju i nalogodavac, onda se u jezičkoj konstrukciji ove definicije morala jasno napraviti distinkcija između bankarske garancije i ugovora o izdavanju bankarske garancije. Mišljenja smo da bi onda takva definicija bila ispravna i pravno korektna.

Da bi ukazali kako bi prema našem mišljenju trebalo pravilno definisati pojam bankarske garancije, navešćemo definiciju koju je dao Vujačić, J. Prema stavu ovog autora, *«bankarska garancija je složen pravni posao u kome učestvuju najmanje tri lica: nalogodavac (dužnik iz osnovnog posla), banka garant i korisnik garancije (poverilac iz osnovnog posla) koji ima za cilj novčano namirenje korisnika garancije od strane trećeg lica (banke garanta) u vezi sa obavezom iz osnovnog posla koju nije o dospelosti ispunio nalogodavac (dužnik iz osnovnog posla)»*.¹⁷ Smatramo da ova definicija bankarske garancije jeste najpotpunija, jezički najpreciznija, kao i dovoljno jasna, da ista predstavlja originalni naučni doprinos u smislu da ista nije samo «reciklirani» tekst zakonske definicije, već da na osnovama zakonske definicije pojma bankarske garancije uz uvažavanje kogentnih odredbi zakona koji definiše pojam bankarske garancije, definiše pojam bankarske garancije na originalni naučno prihvatljivi način. Posebno pozitivni segment koji želimo istaći, jeste onaj

¹⁷ Vujačić, J. (2012): Ugovor o izdavanju bankarske garancije. Zbornik radova “XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava”, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 117.

u kojem autor jasno apostrofira da bankarska garancija ima za cilj novčano namirenje korisnika garancije, čime se ne samo jasno ukazuje da obaveza banke prema korisniku garancije može biti samo u novcu, već se jasno apostrofira da bankarska garancija ne predstavlja supstitut, u smislu subjekta koji treba da izvrši obavezu iz osnovnog posla, što se neretko pogrešno tumači od strane jednog dela naučne javnosti. Obaveza banke kao izdavaoca garancije jeste novčano obeštećenje korisnika garancije do kojeg dolazi usled neizvršenja obaveze dužnika iz osnovnog ugovora. Na ovaj način se jasno i precizno definiše obaveza banke garanta, kao i njen odnos sa korisnikom garancije, a takođe se i pravi jasna razlika između bankarske garancije i jemstva.

*Bankarska garancija predstavlja sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora ili sredstvo koje služi za pojačavanje dužnikove odgovornosti u pravcu ispunjenja ugovora, pa savremeno robno novčani promet jeste ustanovio potrebu za njenim korišćenjem jer ista pruža sigurnost poveriocu iz osnovnog posla da će svoje potraživanje naplatiti ili od dužnika iz osnovnog posla ili od banke na osnovu njene obaveze koja je inkorporirana u garanciji.*¹⁸

Već smo u prethodnom delu rada više puta apostrofirali da određeni autori pri definisanju bankarske garancije polaze od nekih njenih specifičnih obeležja da bi na osnovama istih dali originalno naučno viđenje pojma bankarske garancije. Gore navedena definicija bankarske garancije, ima neke od specifičnih elemenata odnosno gledišta koja nisu od strane drugih autora navedeni. Prvo, Komazec, M. navodi da «bankarska garancija predstavlja sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora» odnosno «sredstvo koje služi za pojačanje dužnikove odgovornosti u smislu ispunjenja ugovora». Prethodno analizirane definicije uglavnom stoje na stanovištu da je bankarska garancija sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora ili sredstvo obezbeđenja potraživanja. Ipak ovde se navodi da ovaj institut može da predstavlja i sredstvo koje služi za pojačavanje dužnikove odgovornosti u pravcu ispunjenja ugovora, čime autor pokušava da na posredan način napravi paralelu između ovog instituta i ugovorne kazne, kao najčešće korišćenog sredstva za pojačavanje dužnikove odgovornosti u pravcu ispunjenja ugovorom definisanih obaveza. Ako analiziramo bankarsku garanciju kao pravni institut, smatramo da ima osnova da se ista može posmatrati i sa navedenog stanovišta, te da iako primarno jeste njena pravna priroda takvog karaktera da se posmatra kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, nije pogrešno istaći da pored te funkcije bankarska garancija može biti i sredstvo koje služi za pojačavanje dužnikove odgovornosti u smislu ispunjenja

¹⁸ Komazec, M. (2015): Pravni odnosi u poslu bankarske garancije. Pravna riječ, časopis za pravo teoriju i praksu, God. 2, br. 5, str. 659.

ugovora. Drugo bitno obeležje ove definicije jeste učinjena jasna distinkcija koja je napravljena od strane autora u smislu karaktera obaveze dužnika iz osnovnog posla, i obaveze banke garanta po osnovu izdate garancije. Jasno i precizno definisanje obaveze banke garanta kao obaveze koja je inkorporirana u sadržaj garancije jeste po našem mišljenju kvalitet više ove definicije u odnosu na većinu prethodno analiziranih. Jedina zamerka koja bi se mogla upitati jeste deo sentence u kojem se konstatuje da će poverilac naplatiti svoje potraživanje ili od dužnika iz osnovog posla ili od banke na osnovu njene obaveze koja je inkorporirana u garanciji. Naše mišljenje jeste da potraživanje koje poverilac ima iz osnovnog posla prema dužniku se naplaćuje, ali se ne može reći da se potraživanje supsidijarno naplaćuje od banke koja je izdala garanciju. Na više mesta smo ukazali da osim u retkim situacijama kada novčani iznos bankarske garancije korespondira sa iznosom potraživanja iz osnovnog posla, u većini slučajeva bankarska garancija predstavlja tkz. novčano obeštećenje korisnika garancije, te da taj iznos može i ne mora da bude identičan sa potraživanjem iz osnovnog posla, a posebno ne može da bude isti kada su u pitanju specifične bankarske garancije kao što je slučaj sa garancijama za dobro izvršenje posla, licitacionim garancijama i drugim specifični oblicima bankarske garancije.

Uvažavajući činjenicu da bankarska garancija predstavlja specifičan pravni posao uslužnog karaktera koji obavlja banka, pojedini autori pristupaju definisanju pojma bankarske garancije sa stanovišta banke kao učesnika u poslu. Iako se ne definiše pojam bankarska garancija, već posao bankarske garancije koji predstavlja širi pojam kao što je u jednoj od prethodno analiziranih definicija apostrofirano, ovaj način posrednog definisanja bankarske garancije sa šireg pravnog stanovišta ima svoju validnost, naročito onda kada je to učinjeno jasno, precizno i potpuno na način na koji je to učinjeno od strane citirane grupe autora ovog teksta. U segmentu knjige grupe autora koji se bavi bankarskim poslovima, navodi se da «kod posla bankarskih garancija u unutrašnjem i spoljnotrgovinskom platnom prometu banka garantuje izvršenje obaveze od strane njenog klijenta i preuzima obavezu plaćanja, ako klijent ne izvrši svoju obavezu prema trećem licu, dok bančin klijent preuzima obavezu plaćanja provizije banci i obavezu nadoknade svih novčanih iznosa koje je banka na osnovu bankarske garancije isplatila nekom trećem licu za račun svog klijenta.»¹⁹ Iz navedenog jasno je da ova definicija u fokus stavlja banku kao posebno važnog subjekta u ovom pravnom poslu. Definicija determiniše pravni odnos koji nastaje povodom izdavanja

¹⁹ Carić, S., Vitez, M., Dukić Mijatović, M., Veselinović, J. (2016): Privredno pravo. Univerzitet privredna akademija u Novom Sadu, Fakultet za ekonomiju i inženjerski menadžment u Novom Sadu, str. 303.

bankarske garancije između banke i njenog klijenta (nalogodavca), kao i između banke i korisnika garancije kao subjekta kojem se banka obavezuje da će preuzeti obavezu plaćanja, ukoliko obavezu ne izvrši njen klijent. U osnovi nemamo posebne zamerke na ovaj vid definisanja bankarske garancije, iako isti nije terminološki saobrazan sa zakonskim opisom pojma bankarske garancije.

2. Opšta i specifična obeležja bankarske garancije - doktrinarna shvatanja domaće pravne javnosti

Da bi adekvatno razumeli pojam bankarske garancije i različita shvatanja unutar domaće pravne nauke koja su u prethodnome delu rada analizirana sa stanovišta definicije samog pojma bankarske garancije, neophodno je ukazati na različita shvatanja o bankarskoj garanciji koja su kao takva identifikovana od strane pravne nauke u smislu njenih opštih i specifičnih obeležja. U fokusu istraživanja ovog segmenta rada biće prikaz i komentar različitih stavova i mišljenja o pravnim obeležjima bankarske garancije kao imenovanog instituta obezbeđenja, odnosno bankarske garancije kao pravnog posla u okviru šireg koncepta shvatanja pravnih odnosa koji nastaju, traju i prestaju u svim fazama njegove realizacije. Izdvojeni i analizirani stavovi jednog dela pravne nauke u vezi sa gore postavljenim okvirom istraživanja u osnovi se neretko nadovezuju na samu definiciju bankarske garancije, ali usled obimnosti i kompleksnosti takvih definicija za iste smo smatrali da je celishodnije i pravilnije da budu analizirane u ovom segmentu rada.

U poslednjih par decenija uloga i značaj bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja potraživanja jeste značajno rasla. Iz tog razloga ne iznenađuje činjenica da, ona danas, predstavlja široko raspostranjen instrument u poslovnim odnosima privrednih subjekata sa elementima inostranosti. Intencija jeste takva da se bankarska garancija sve više koristi kao sredstvo obezbeđenja i u poslovima unutrašnje trgovine (razmena dobara i usluga), s obzirom da ona predstavlja jedno od najsigurnijih sredstava obezbeđenja jer se njome povećava sigurnost da će se ugovorne obaveze izvršiti, na način i pod uslovima kako je to predviđeno tekstem ugovora.²⁰ Razlog za «popularnost» bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja potraživanja jeste uslovljena sa nizom faktora. Pre svega moramo biti precizni pa istaći da, kada se govori o masovnijem korišćenju bankarske garancije, fokus

²⁰ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 114.

jeste na njenom značaju u poslovima sa elementima inostranosti, koji su po pravilu poslovi investicionog i infrastrukturnog karaktera i velike vrednosti. Viši stepen unificiranja pravila o garancijama na poziv (među koje spada i bankarska garancija) kroz izradu publikacija Međunarodne trgovinske komore, kao i način savremenog poslovanja, stavlja u fokus rizike poslovanja kao najznačajnije pitanje od značaja za poslovne subjekte. Sa tim u vezi razumljivo je da se bankarska garancija danas sve više koristi, te da se pozitivna iskustva njenog korišćenja u međunarodnim poslovnim odnosima kao takva prenose i na poslove u okviru unutrašnjeg, nacionalnog tržišta.

Važno obeležje bankarske garancije koje se provlači kroz prethodno citirani tekst grupe autora na čelu sa Carić, S., jeste nivo pravne sigurnosti koje ovo sredstvo obezbeđenja pruža učesnicima u poslovnim odnosima. Poznato je da način poslovanja danas se umnogome razlikuje od nekadašnjeg tradicionalnog načina poslovanja. Informacione tehnologije i komunikacija uticale su na potpunu globalizaciju poslovnih odnosa, na spajanje učesnika u poslovnim odnosima sa različitih kontinenata, čineći obavljanje poslova lakšim, bržim, jednostavnijim, ali i poslovno opasnijim u kontekstu ispunjenja ugovornih obaveza. U današnjem poslovnom svetu, važnost adekvatnog obezbeđenja potraživanja bilo kakvog karaktera jeste pitanje od esencijalnog značaja. Međunarodni trgovinski odnosi jesu uticali na nastanak, evoluciju i razvoj novih odnosno postojećih instrumenata obezbeđenja izvršenja ugovora, ali nijedan instrument obezbeđenja nema takav značaj u poslovnim odnosima kakav ima bankarska garancija. Ako bi pokušali da izdvojimo samo jedan razlog za takvo stanje, a svakako ih ima više, mišljenja smo da činjenica da se u poslu bankarske garancije pojavljuje banka kao garant odnosno izdavalac garancije²¹, jeste primarno značajno za korisnika garancija, odnosno poverioca da će uspeti da naplati/obešteti svoje potraživanje iz osnovnog posla ukoliko dužnik isto ne učini, odnosno da će biti novčano kompenziran u slučaju nastanka garantovanog slučaja, tj. neispunjenja obaveze dužnika iz osnovnog posla. Iako je nezahvalno gradacijski vršiti poređenje različitih obeležja bankarske garancije u odnosu na njihov značaj, pošto je isto neretko veoma arbitrarno odnosno subjektivno, mišljenja smo da banka kao izdavalac bankarske garancije upravo čini ovaj instrument obezbeđenja specifičnim i istovremeno različitim u odnosu na druga sredstva obezbeđenja, te po našem mišljenju jeste jedno od glavnih obeležja ovog pravnog instituta.

²¹ Osim banaka, međunarodna praksa priznaje garancije koje izdaju osiguravajuća društva, specijalizovane finansijske organizacije u skladu sa pravilima Međunarodne trgovinske komore.

Široka upotreba bankarske garancije može se objasniti povećanim obimom i intenzitetom međunarodne razmene, kao i nepoznavanjem subjekata, učesnika međunarodne razmene, mišljenje koje iznosi Komazec, M.²² Ukazivajući na pravna obeležja i značaj bankarske garancije, mnogi autori sa pravom ističu da povezanost između povećanog obima svetske trgovine i broja učesnika u međunarodnim poslovnim odnosima, jesu faktori od uticaja u smislu povećanog korišćenja bankarske garancije, što je dodatno podpomognuto radom Međunarodne trgovinske komore na većem stepenu njene standardizacije kroz izradu Jednoobraznih pravila za garancije na poziv. Smatrajući prethodno izneto kao jednu od primarnih funkcija bankarske garancije, mnogi autori ističu da korelacija između razvoja međunarodne trgovine i masovnijeg korišćenja bankarske garancije jeste validna i opravdana. U pokušaju argumentovanja ovih stavova, Antonijević, Z. ističe, da se savremeni međunarodni promet, pored ostalog, odlikuje time što privredne organizacije nastoje da što više – teritorijalno, prošire svoje spoljnotrgovinsko poslovanje, da pronađu i «osvoje» nova tržišta, te tako stupaju u nove poslovne odnose sa novim partnerima, sa kojiima nemaju iskustva, pa se javlja izvesna doza nepoverenja u spremnost i sposobnost druge ugovorne strane da uredno i na vreme ispuni svoje obaveze koje su preuzete po zaključenju ugovora.²³ Možemo se složiti sa validnošću navedene argumentacije, jer navedeno jeste validno, pa uzročno posledična veza između uloge i značaja bankarske garancije danas kao jednog od dominantno korišćenog sredstva obezbeđenja, i posledične činjenice koja rezultira povišenim stepenom nepoverenja među privrednim subjektima iz razloga masovnosti, brzine i načina obavljanja poslova u okviru međunarodnih odnosa, jeste validna argumentacija koja se mora uvažiti. Iz iznetog može se zaključiti da jedno od bitnih obeležja bankarske garancije jeste njen međunarodnopravni karakter kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora odnosno naplate potraživanja. Sa razlogom ne ističemo kao pravno obeležje bankarske garancije njenu funkciju kao sredstvo obezbeđenja, jer je kao takva već u okviru definisanja pojma bankarske garancije više puta apostrofirana. Ovde činimo pokušaj da ukažemo i na neka specifična obeležja bankarske garancije koja su od strane pravne i stručne javnosti identifikovana kao posebno važna.

Nadovezujući se na prethodno izneto u kontekstu specifičnih obeležja bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja koje ima izuzetno važan međunarodno pravni karakter, obim njenog korišćenja, kao i modifikacija bankarske garancije u skladu sa potrebama

²² Komazec, M. (2005): Pravni odnosi u poslu bankarske garancije. Pravna riječ, časopis za pravo teoriju i praksu, God. 2, br. 5, str. 660.

²³ Antonijević, Z. (1976): Dokumentarni akreditiv i garancije. Beograd, str. 93.

učesnika u međunarodnim poslovnim odnosima, učinili su ovaj instrument veoma značajnim za poslovne korisnike. Drugi autori svoj fokus u analizi ovog instrumenta obezbeđenja stavljaju u kontekst specifičnosti pravnih poslova zbog kojih nastaje potreba za izdavanjem bankarske garancije. Tako se od strane Pavićevića, B. ističe da, «bankarska garancija, kao instrument obezbeđenja u pravnom prometu, uvek nastaje u vezi sa nekom širom i složenijom poslovnom operacijom kod koje se redovno pojavljuje tri učesnika, pa samim tim i zasnivaju pravni odnosi od kojih je svaki od njih samostalan i nezavisan od drugih, te da ista predstavlja nezamenljivi instrument obezbeđenja u međunarodnom robnom i platnom prometu jer poveriocima pruža dovoljno sigurno i efikasno sredstvo obezbeđenja u slučaju da dužnik, iz bilo kojih razloga, ne ispuni, ili ne ispuni kako valja svoje ugovorene obaveze, u kom slučaju banka preuzima obavezu ispunjenja iste».²⁴ Iako se u osnovi ovde susrećemo sa jednom proširenom definicijom bankarske garancije, smatramo da jedan segment ovog navoda jeste značajan u kontekstu ukazivanja na neka od obeležja bankarske garancije. Ističući činjenicu da bankarska garancija jeste instrument obezbeđenja u pravnom prometu, Pavićević, B. apostrofira u kojoj vrsti poslova se bankarska garancija pojavljuje, uvažavajući prethodno determinisan međunarodnopravni značaj bankarske garancije. Mnogi autori smatraju da se bankarska garancija javlja u poslovima složenog karaktera sa više učesnika, koji neretko imaju karakter investicionih odnosno infrastrukturnih poslova velike vrednosti. Smatramo da prethodno rečeno jeste jedno od specifičnih obeležja bankarske garancije, naročito u kontekstu njene uporednopravne analize sa drugim sličnim instrumentima obezbeđenja izvršenja ugovora odnosno naplate potraživanja. Iako pravo, kako kod nas, a naročito u svetu, se razvija u skladu sa potrebama društva, ekonomije i pojedinca unutar tih procesa, te da dolazi do kreiranja novih instrumenata obezbeđenja odnosno nadgradnje već postojećih, teško je pronaći sredstvo obezbeđenja kao što je bankarska garancija koja ima toliko pozitivnih karakteristika koje su od benefita za sve učesnike u poslu. Iako postoji značajan broj kvalitetnih obligacionopravnih sredstava obezbeđenja, nijedan nema taj pravni kvalitet koji ima bankarska garancija, odnosno kvalitet da kao sredstvo obezbeđenja može da zadovolji interese poverioca u poslovnim poduhvatima složenog karaktera i značajnog ekonomskog interesa koji postoji na strani svih učesnika u takvim poslovnim poduhvatima. U nekoliko prethodnih navrata ukazano je, da jedan od razloga korišćenja bankarske garancije među poslovnim subjektima jeste zasnovan na činjenici da se kao garant pojavljuje banka, te da renome i značaj ovih institucija pružaju korisniku garancije sigurnost u smislu

²⁴ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 12.

izvesnosti naplate svojih potraživanja odnosno obeštećenja u slučaju takvog scenarija od strane banke kao izdavaoca garancije. Uvažavajući činjenicu da veći broj bankarskih garancija se upravo izdaje radi obezbeđenja naplate visokih iznosa potraživanja, ili dobrog izvršenja posla, kao i drugih vrsta garancija velike vrednosti, jasno je da takvu garancijsku obavezu mogu da preuzimaju samo specijalizovane finansijske institucije kao što su banke. U svetu pored banaka, garancije izdaju i drugi pravni subjekti, koji su mahom specijalizovani za ovu vrstu garancijskog posla i raspolažu sa značajnim obimom kapitala koji predstavlja posrednu garanciju korisniku u smislu izvesnosti njegove naplate po osnovu izdate garancije. Naše mišljenje jeste da važno obeležje bankarske garancije jeste povezano sa poslovnim ugledom i značajem koji uživa izdavalac garancije, da poslovi koji zahtevaju pribavljanje garancije jesu poslovi visoke vrednosti gde se bankarska garancija pokazala kao najbolji obligacionopravni instrument obezbeđenja, kako u međunarodnim poslovnim odnosima tako i u okviru unutrašnje trgovine i prometa.

Iako se često primenjuje i u unutrašnjem poslovnom prometu, bankarske garancije su nastale u međunarodnoj poslovnoj praksi i institut su autonomnog trgovačkog prava, te po pravilu nisu uređene kodificiranim nacionalnim propisima. Izostanak nacionalne regulative u ovom području opravdava se činjenicom da je međunarodna trgovačka praksa izgradila sistem usklađenih pravila koja su zbog široke međunarodne upotrebe uzeta kao merodavna za pravnu kvalifikaciju i ocenu bitnih karakteristika tih instrumenata, te su tako stekla i karakter trgovačkih običaja.²⁵ U obrazloženju istraživanja ukazano je na značaj pitanja izvora prava za bankarske garancije, te je samo apostrofirano da problematika izvora prava za bankarske garancije jeste pitanje od posebnog pravnog značaja u pravnim sistemima država koje su u okviru nacionalnog prava zakonski regulisali ovaj institut. Problematika izvora prava koji uređuju garancije odnosno bankarske garancije u zavisnosti od primene unutrašnjeg prava ili pravila Međunarodne trgovinske komore biće predmet istraživanja u nastavku rada. U ovom segmentu istraživanja koji ima za cilj da ukaže na različita pravna i druga obeležja bankarske garancije koja kao takva su identifikovana i analizirana od strane pravne nauke, možemo konstatovati da bitno obeležje bankarskih garancija, odnosno različitih vrsta garancija u zavisnosti od činjenice koje se pravo primenjuje na iste, jeste u

²⁵ Posebnu ulogu u oblikovanju i formuliranju tog sustava imala je Međunarodna trgovačka komora (MTK) koja je u postupku uobličavanja i kodificiranja međunarodne trgovačke prakse do danas izdala nekoliko zbirki ujednačenih pravila za bankarske garancije. Više o izvorima prava koji regulišu bankarsku garanciju u posebnom odeljku. Vidi više: Oršulić, I., Bulum, B. (2011): Bankarska garancija na poziv – poslednje izmene Zakona o obaveznim odnosima i nova ujednačena pravila Međunarodne trgovačke komore URDG 758. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, br. 3, str. 533-534.

diversifikovanim izvorima prava, što ovaj instrument obezbeđenja čini specifičnim u odnosu na druge slične. U zavisnosti od volje subjekata u poslu bankarske garancije, u okviru sadržaja bankarske garancije ostavljeno je diskreciono pravo u pogledu primene prava odnosno pravila za konkrentnu bankarsku garanciju, tj. da li će se primenjivati nacionalni pravni okvir za bankarske garancije ili će bankarska garancija biti sastavljena i izdata u skladu sa pravilima Međunarodne trgovinske komore o garancijama na poziv, odnosno pravilima za ugovorne garancije. Mogućnost primene različitih izvora prava u skladu sa interesima subjekata u garancijskom poslu, čini bankarske i druge garancije veoma specifičnim instrumentima obezbeđenja, što će se posebno analizirati u okviru sledećeg poglavlja.

*Bankarska garancija je samostalan, jednostrano obavezan ugovor kojim se jedno lice (banka garant) obavezuje drugom licu (korisniku garancije) da će mu isplatiti određene sume novca, naknaditi štetu koju je pretrpeo zbog neostvarivanja određenog privrednog interesa.*²⁶ Navedena definicija bankarske garancije od strane Šogorova, S. ukazuje na još jedno bitno obeležje bankarske garancije, a odnosi se na krajnji pravni domet bankarske garancije u smislu onoga na šta korisnik garancije ima pravo. Prilikom razmatranja različitih gledišta odnosno stavova pravne nauke u kontekstu pojmovnog definisanja bankarske garancije, ukazano je na više mesta da bankarska garancija ne predstavlja i nije supstitut obavezi dužnika iz osnovnog posla, već predstavlja posebnu obavezu izdavaoca garancije koja je veoma precizno i jasno definisana, a ipak izuzetno retko korespondira sa pravni karakterom obaveze dužnika iz osnovnog posla. Na ovim premisama smo više puta ukazali da, novčani iznos na koji glasi bankarska garancija i koji predstavlja «plafon» obaveze garanta prema korisniku garancije, nije i ne može biti pravno povezan sa obavezom dužnika iz osnovnog posla (naročito onda kada njegova obaveza nije novčanog karaktera), te da obaveza banke garanta jeste sa stanovišta korisnika garancija – poverioca iz osnovnog posla, ima karakter naknade štete koju je isti pretrpeo usled neizvršenja obaveza dužnika iz osnovnog posla. U osnovi bankarska garancija predstavlja dodatno obezbeđenje poverioca iz osnovnog posla da će dužnik izvršiti svoju obavezu, ali osim kada je obaveza dužnika novčanog karaktera, korisnik garancije odnosno poverilac ima pravo na isplatu garantovanog novčanog iznosa čiji iznos je utvrđen na drugim premisama, tj. takva vrsta plaćanja predstavlja na neki način obeštećenje za korisnika garancije. Iako nije retko da kada je obaveza dužnika iz osnovnog posla u novčanom iznosu da i bankarska garancija jeste

²⁶ Šogorov, S., Carić, S. (1985): Bankarska garancija. Naučna knjiga, Beograd, str. 23.

ekvivalentna u novčanom iznosu u odnosu na dužnikov iznos, u većini slučajeva novčani iznos garancije nije takvog karaktera da za ovo sredstvo obezbeđenja možemo reći da u potpunosti nadoknađuje u novčanom iznosu neizvršenu obavezu dužnika. Iz tog razloga smatramo da bankarsku garanciju moramo posmatrati kao specifično sredstvo obezbeđenja, odnosno da iako korisnik garancije ima pravo na isplatu garantovanog novčanog iznosa, ista nije i ne može uvek biti supstitut neizvršenoj obavezi dužnika, već ima svoj ekonomski karakter koji uzima u obzir položaj korisnika garancije usled neizvršenja obaveze dužnika, pa se može smatrati oblikom obeštećenja korisnika u novčanom iznosu garantovane sume. Kada je reč o pravu iz bankarske garancije, radi se o uslovnom novčanom potraživanju. Uslov je da obezbeđeno potraživanje ne bude namireno i da budu ispunjeni drugi uslovi sadržani u pismenu u kom je data garancija.²⁷ Potvrdu navedenog pronalazimo i u iznetom mišljenju Većića D., koji konstatuje da «bankarska garancija štiti poverioca od nemogućnosti dužnika da uredno i uspešno izvršava svoje ugovorne obaveze, ali se putem nje ne izvršavaju obaveze preuzete iz osnovnog pravnog posla, već ovu obavezu, koja je obavezana bankarskom garancijom, preuzeo je ugovarač kao dužnik, a ne banka ili neki drugi davalac garancije.²⁸

Bankarske garancije imaju veliki privredni i pravni značaj, jer su one vrlo pogodno sredstvo obezbeđenja ispunjenja ugovora u privredi, a naročito onih iz spoljnotrgovinskog poslovanja, kreditnih i investicionih poslova, poslova u vezi sa akcijskim kapitalom, akcionarskim zajmovima, u vezi sa proširenjem, modernizacijom, finansijskim restrukturiranjem postojećih privrednih organizacija. Bankarska garancija na svoj način neutralizuje rizik poslovanja, koji je normalni pratilac zasnivanja dužničko-poverilačkih odnosa. Iz tog razloga, ističe Velimirović, M. poverioci nastoje da obezbede svoju poslovnu sigurnost u izvršavanju dužnikovih obaveza²⁹. Bankarska garancija se od svoje pojave u međunarodnoj trgovini do danas profilirala u učinkoviti instrument osiguranja izvršenja ugovornih obaveza koji u svojoj suštini podrazumeva apstraktnu obavezu plaćanja određenog novčanog iznosa na temelju pisanog zahteva na prvi poziv koji korisnik podnosi

²⁷ Živković, M. (2012): O mogućnosti zalaganja potraživanja iz bankarske garancije i sredstava na tekućim računima upisom u registar zaloge. Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, str. 231.

²⁸ Vesić, D. (2016): Zaštita investitora bankarskom garancijom. Kultura pollisa, god. XIII, br. 31, str.490.

²⁹ Velimirović, M. (2007): Investitorska bankarska garancija. Pravo i privreda, br. 5-8. str. 549.

garantu.³⁰ Jedno od obeležja bankarske garancije, na koje ukazuju Oršulić i Bulum, jeste da ista predstavlja apstraktnu vrstu obaveze izdavaoca garancije, te se u zavisnosti od tumačenja pravne prirode bankarske garancije može govoriti o apstraktnoj ugovornoj obavezi banke garanta, odnosno apstraktnoj prirodi jednostrano izjavljene volje banke u kontekstu shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla. O apstraktnosti bankarske garancije bilo je reči prilikom analize jedne od definicija u prethodnom delu rada. Apstraktnost bankarske garancije jeste važno obeležje ovog instituta jer se iz sadržaja bankarske garancije ne vidi kauza odnosno cilj zbog kojeg se banka obavezala da će korisniku garancije isplatiti garantovani iznos ako prethodno svoju obavezu iz osnovnog ugovora ne izvrši dužnik po dospelosti. Pravni posao bankarske garancije po svojim opštim karakteristikama spada u grupu složenih pravnih poslova sa apstraktnom i nezavisnom obavezom, kao što su menični poslovi ili posao dokumentarnog akreditiva.³¹ Uvažavajući značaj pitanja apstraktnosti bankarske garancije, te da je apstraktnost garancije umnogome poslužila kao argument koji su pristalice shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla koristile u svojim stavovima, što će u posebnom odeljku rada biti detaljnije elaborirano, ostavljamo ovo obeležje bankarske garancije kao predmet posebne analize u odeljku rada pod nazivom: Pravna priroda bankarske garancije.

*Bankarska garancija predstavlja veoma frekventno korišćeno sredstvo obezbeđenja, jer obezbeđuje viši stepen sigurnosti poverilaca u uslovima recesije, odnosno prilikom zaključivanja pravnih poslova velike vrednosti. Poseban benefit koji proizilazi iz upotrebe ovog sredstva jeste i mogućnost efikasnije naplate poveriočevog potraživanja.*³² Značaj bankarske garancije kao izuzetno značajnog sredstva obezbeđenja u poslovima velikih vrednosti jeste i od strane Pajtića, B. istaknut. U pokušaju da ukaže na specifičnost bankarske garancije u smislu njenog korišćenja pri zaključivanju poslova velike vrednosti, Pajtić, B. je zaključio da pored ove važnosti koju uživa, bankarska garancija obezbeđuje viši stepen sigurnosti poverilaca u uslovima recesije. Naša pretpostavka jeste, s obzirom da uvidom u rad nismo mogli doći do validnog zaključka, da autor pod recesijom podrazumeva smanjenje ukupne poslovne aktivnosti na globalnom nivou, misleći pre svega na poslednju

³⁰ Oršulić, I., Bulum, B. (2011): Bankarska garancija na poziv – poslednje izmene Zakona o obaveznim odnosima i nova ujednačena pravila Međunarodne trgovačke komore URDG 758. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, br. 3, str. 535.

³¹ Milićević, R. (2007): Pravna priroda i pravni odnosi u bankarskoj garanciji, Pravni život br. 13/2007, str. 141.

³² Pretpostavka za izmirenje jeste da su ispunjeni uslovi koje je banka garant navela u garanciji. Vidi više: Pajtić, B. (2015): Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 1127.

svetsku ekonomsku krizu, uzmemo li u obzir činjenicu da je ovaj rad publikovan nakon završetka ekonomske krize s kraja 2015. godine. Ukazivanje na poseban značaj bankarske garancije u uslovima recesije korespondira sa jednim od bitnijih obeležja bankarske garancije u smislu, da ovo sredstvo obezbeđenja pruža najviši pravni standard kao obligacionopravno sredstvo obezbeđenja čija primena nije ograničena nacionalnim pravima, već je široko prihvaćena u međunarodnim poslovnim krugovima. Pokušaj apostrofiranja posebnog značaja garancija u uslovima kakvi su bili u periodu od 2008. godine pa sve do kraja 2013. godine, može se smatrati kao validna argumentacija, uzimajući u obzir činjenicu da svako usporavanje svetske privrede, a naročito odlazak u recesione tokove kakvi su bili tokom svetske ekonomske krize, neupitno utiče na povišen stepen rizika poslovanja, što se posebno odnosi na rizik namirenja potraživanja, odnosno izvršenja ugovora. U tom smislu, možemo konstatovati da bankarska garancija uistinu može da amortizuje većinu negativnih posledica recisionih tokova svetske ili nacionalne privrede, ali iako ovaj mehanizam postoji kao takav, cena koštanja takvih garancija jeste znatno viša usled povišenog stepena rizika sa kojim se izdavalac garancije suočava u smislu veće verovatnoće neizvršenja ugovornih obaveza od strane dužnika. Sa povećanjem rizika poslovanja, koji posledično jeste uvek povezan sa nekim negativnim aspektima funkcionisanja nacionalne ili svetske ekonomije, usluge finansijskog sektora, naročito banaka i osiguravajućih društava raste, jer njihov risk menadžment uočava povišene indikatore rizika poslovanja, naročito u domenu plasmana kapitala i zaduživanja, pa logična posledica jeste i povećanje cene usluga banaka koja se manifestuje kroz uvećanje troškova provizije za izdavanje bankarske garancije. Ipak, imajući u vidu prethodno izneto, možemo konstatovati da bankarska garancija ima poseban značaj kao sredstvo obezbeđenja u trenucima recisionih kretanja jedne ekonomije, te da može da umanjiti rizike poslovanja, što u uslovima recesije jeste nešto što je potrebno u najvećoj meri amortizovati, da bi se poslovanje i u negativnim trendovima odvijalo na najbolji mogući način.

Potreba ugovaranja sredstava obezbeđenja, među kojima značajno mesto zauzima bankarska garancija, osim prethodno navedenih motiva kojima se rukovodi poverilac iz osnovnog posla, jeste jasno uočljiv i iz dugog istorijskog razvoja koji su određeni pravni instituti prošli, ističe se od strane Vasiljevića, M.³³ Obezbeđenja ispunjenja ugovornih

³³ Vasiljević, Z. (2015): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja davaoca kredita. Zbornik radova "Usluge i zaštita", Kragujevac, str. 298.

obaveza zajednička je odlika kako personalnih, tako i realnih sredstava obezbeđenja.³⁴ Može se i zaključiti da između njih u širem smislu postoji niz dodirnih tačaka u smislu njihovih opštih obeležja. Međutim, u užem smislu, bankarska garancija jeste poseban pravni institut koji ima specifične karakteristike, a koje ga, i pored određenih dodirnih tačaka, bitno razlikuju od navedenih instituta.³⁵ Cilj ovog segmenta rada bio je da se ukaže na samo neka od posebnih obeležja bankarskih garancija koja se u okviru pravne nauke ističu kao važna. U toku celog procesa istraživanja ove teme, kontinuirano ćemo analizirati značajan broj pitanja iz domena oblasti pravnih obeležja bankarske garancije, kao i njene pravne prirode, kao i uporedno pravnu analizu ovog instituta obezbeđenja potraživanja u odnosu na većinu drugih značajnih instituta obezbeđenja koji pre svega imaju obligacionopravni karakter.

3. Izvori prava bankarske garancije

Uvod

Pitanje izvora prava koji regulišu bankarsku garanciju jeste izuzetno značajno pitanje, na koje se ne može pružiti jedinstven odgovor u smislu njihove saobraznosti na nacionalnom i međunarodnom planu. U prethodnom odeljku rada razmatrana su i analizirana različita teorijska gledišta u pogledu pojmovnog definisanja bankarske garancije. Konstatacija prethodno istraženog jeste takva da se mora uzeti u obzir naglašeni diverzitet u razmišljanjima po ovom pitanju unutar domaće pravne nauke. Posebna problematika u vezi sa bankarskom garancijom unutar pravne nauke odnosi se na njena pravna obeležja, odnosno na različita shvatanja u vezi sa pravnom prirodom bankarske garancije, što je samo delimično analizirano sa intencijom daljeg istraživanja po ovom pitanju u nastavku rada. Jedan od razloga koji umnogome utiče na naglašenu problematiku prethodnog pitanja unutar pravne nauke jeste posledično povezan sa problematikom pitanja izvora prava koji uređuje relevantna pitanja od značaja u pogledu pojma, opštih i posebnih karakteristika bankarske garancije. U pokušaju da se spoznaju izvori prava jednog pravnog instituta, pravna nauka

³⁴ Personalna sredstva obezbeđenja (menično jemstvo, akceptirannje menice, dokumentarni akreditiv, i td.). Realni – stvarno pravna sredstva obezbeđenja (ručna zaloga, hipoteka, založno pravo na hartijama od vrednosti). Vidi više: Bosanac, R. (2002): Sredstva obezbeđenja u poslovima sa elementima inostranosti. Pravo i privreda, God. 89, br. 5/8, str. 853-869.

³⁵ Kozar, V. (2011): Obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama regiona. Strani pravni život, br. 3/2011. str. 188.

polazi od utvrđene pravne metodologije koja uvažava podelu izvora na materijalne i formalne, odnosno na domaće i međunarodne. Uvažavajući prethodno izneto, izvori prava bankarske garancije biće razmatrani i analizirani sa stanovišta izvora prava unutar pravnog sistema R. Srbije, kao i u kontekstu izvora prava međunarodnog karaktera.

3.1. Kratka geneza istorijsko-pravnog nastanka bankarske garancije

Iako je bankarska garancija prakseno prisutna još od kraja 19. veka,³⁶ proces pravnog uređenja i unifikacije ovog instituta nije išao dinamikom kako se očekivalo. Na polju pravnog regulisanja bankarske garancije u unutrašnjem pravu, većina država evropskog kontinentalnog područja nemaju u okviru svojih zakonodavstava institut bankarske garancije kao imenovani pravni posao odnosno institut. Suprotno iznetom, bankarska garancija u najvećem broju država ovog područja, čak i u svetu, jeste neimenovani pravni posao za koji važe opšta pravila obligacionog prava. Uz par izuzetaka država koji su u okviru svojih zakonodavstava normativno uobličili ovaj pravni institut (među koje spada i R. Srbija), većina država u svetu analogno primenjuje različite odredbe svojih građanskih zakonika, odnosno relevantne autonomne izvore međunarodnog karaktera koji na posredan način uređuju ovu materiju.³⁷

Jedno od pitanja koje se logično nameće kao opravdano, a jeste na premisama prethodno iznetog, je pitanje kako i zbog čega većina država u svetu nema u svojim zakonodavstvima regulisan ovaj pravni institut, i pitanje zašto par država koje imaju ovaj institut u svojim zakonima građanskog karaktera se jesu odlučile za njeno zakonsko uređenje i na koji način je bankarska garancija pravno normirana. Da bismo dali odgovore na ova pitanja, moramo poći od istorijskog razvoja bankarske garancije, analizirati razloge njenog nastanka i tok procesa unificiranja ovog instituta kroz rad Međunarodne trgovinske komore.

Proces nastanka bankarske garancije vezan je za period dinamičnog razvoja međunarodnih trgovinskih odnosa. Na potrebama kreiranja bankarskih poslova koji će zadovoljiti sve potrebe poslovnih ljudi, uz sve veći porast obima međunarodne trgovine koja

³⁶ Vidi više: Đurović, D. (1978): Bankarske garancije u poslovima sa inostranstvom. Tanju, Beogra. drugo dopunjeno i prerađeno izdanje.

³⁷ Unković, M. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Finansije - stručni i naučni časopis, God. 54, br. 9/10, str. 669-672.

je posledično uticala na povećanje rizika nenaplativosti ugovornih potraživanja, nastanak bankarske garancije jeste predstavljao jedan od pravnih odgovora na ova pitanja. Bankarska garancija je proizašla iz partikularnih interesa poslovne prakse, uz učešće banaka kao najvažnijih finansijskih institucija, jer su iste uživale visok stepen poverenja među poslovnim subjektima da će obaveze iz ugovornih odnosa biti realizovane. Potreba da se jemstvo, kao već postojeći pravni institut građanskog karaktera, razradi za povišene standarde pravnih kvaliteta u svrhu obezbeđenja izvršenja ugovora, odnosno naplate potraživanja, bankarska garancija jeste nastala na osnovama praksenih potreba poslovnog sveta uz njeno ubličavanje i tipiziranje kroz rad samih banaka. Ipak, o relevantnim izvorima bankarske garancije možemo tek govoriti nakon Drugog svetskog rata, naročito imajući u vidu pokušaj njene unifikacije na međunarodnom planu kroz rad Međunarodne trgovinske komore. Iz prethodno navedenog i proizilazi osnovni razlog zbog kojeg bankarska garancija nije inkorporirana u pravne sisteme država kao imenovani pravni posao/institut u većini država kontinentalnog prava. Naime, pravni osnov na kojem je nastala, institut jemstva, jeste presudno uticao na odsustvo legislativne inicijative za zakonsko uobličavanje bankarske garancije. Ipak, iako najveći broj država i danas nema zakonsku regulativu koja uređuje materiju bankarske garancije, na nju se prevashodno analogno primenjuju odredbe građanskih zakonika koji regulišu materiju različitih pravnih instituta kao što je jemstvo, i drugi slični pravni insituti.³⁸ Kao potvrda iznetog, Ivaniš i Ivaniš, smatraju da bez obzira na nepostojanje zakonskog regulisanja poslova bankarske garancije u najvećem broju zemalja, neosporno je da bankarska garancija predstavlja novu pravnu kategoriju koja je nastala zbog potreba i zahteva savremene privredne prakse.

Drugo pitanje u vezi sa pravnim izvorima koji regulišu materiju bankarske garancije, jeste pitanje zašto pojedina zakonodavstva, uključujući i domaće, imaju zakonski regulisan pravni institut bankarske garancije u okviru svojih pravnih sistema. Pored R. Srbije, i druge bivše države SFRJ imaju u okviru svog zakonodavstva regulisan pravni institut bankarske garancije. Pored ovih država, pre raspada Čehoslovačke ova država je takođe u svom građanskom pravu imala zakonski regulisan ovaj institut, dok je nakon raspada isti ostao kao zakonski određen u pravu R. Češke, dok to nije više slučaj sa R. Slovačkom. Pitanje koje se logički nameće jeste sledeće, zašto ove države nasuprot normativne prakse većine drugih država kontinentalnog prava, su zakonski regulisale institut bankarske garancije. Jedini pravi

³⁸ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 239.

odgovor na ovo pitanje jeste pokušaj da se podvuče paralela između društveno-ekonomskog uređenja nekadašnje SFRJ i Čehoslovačke, i potrebe tadašnjih relativno zatvorenih privreda za kontrolisanim vidovima saradnje sa inostranstvom, uvažavajući činjenicu da bankarska garancija kao instrument obezbeđenja ima naglašen međunarodni karakter kao posebno obeležje. Zatvorenost privrede ovih država, kao i apsolutistički model vladanja, jeste bilo od uticaja na potrebu posebnog režima regulisacije mnogih obligacionopravnih odnosa tadašnjeg doba. Iz tog razloga nekadašnji Trgovinski zakonik Čehoslovačke iz 1963, kao i dalje aktuelni Zakon o obligacionim odnosima u pravu nekadašnje SFRJ, a sada u pravu bivših država republika iz 1988 godine, jesu među najobimnijim zakonima iz oblasti obligacionih odnosa. Intencija zakonodavaca u tom periodu jeste bila da se smanji značaj autonomnih izvora prava, da se praksena upotreba određenih neimenovanih poslova zakonski uredi, te da ovi zakoni što šire obuhvate većinu obligacionopravnih odnosa koji će biti uređeni na način kako je bila interesna volja tadašnjih vlasti kroz zakonodavnu aktivnost parlamenta. Da bi problematika bila veća od prethodno opisane, zakonska rešenja u pogledu regulisanja bankarske garancije nisu bila saobrazna sa akutelnim pravcima unifikacije bankarske garancije na međunarodnom planu, imajući u vidu tadašnji rad Međunarodne trgovinske komore. Zakonska rešenja u pogledu normiranja bankarske garancije u Zakonu o obligacionim odnosima, nisu bila u dovoljnoj meri saobrazna sa sadržinom Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije iz 1978 (Publikacija 325)³⁹ odnosno sa Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv iz 1992 (Publikacija 458)⁴⁰. Uvažavajući prethodno izneto u vezi sa genezom nastanka izvora prava koji uređuju materiju bankarskih garancija, prihvatamo činjenicu da naše zakonodavstvo jeste jedno od retkih koje je zakonski normiralo institut bankarske garancije. Istorijski nastanak i razvoj bankarske garancije u pravu R. Srbije počinje sa donošenjem Zakona o obligacionim odnosima iz 1978 godine, i ovaj propis i dalje jeste merodavni izvor prava kada je u pitanju materija bankarske garancije u okviru nacionalnog pravnog područja.

U nastavku rada predmet istraživanja biće analiza relevantnih odredbi Zakona o obligacionim odnosima u pravu R. Srbije koje uređuju materiju bankarske garancije. Drugi segment istraživanja iz domena izvora prava koji uređuju institut bankarske garancije biće

³⁹ Trajković, M., Đurović, D., Dragović, N. (1986): Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. Nacionalni odbor SFRJ Međunarodne trgovinske komore, Beograd.

<https://iccwbo.org/about-us/> ; <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>

⁴⁰ Vukadinović, R., Anđelković, C., Vuković, D. (1995): Garancija na prvi poziv u međunarodnoj praksi – jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). Udruženje banaka Jugoslavije, Beograd.

<https://iccwbo.org/about-us/> ;

fokusiran na analizi i komentarima Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije (publikacija 352), kao i obe publikacije Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (publikacije 458 i 758) koje su izdate od strane Međunarodne trgovinske komore u Parizu.

3.2. Bankarska garancija u pravu R. Srbije

Pravno regulisanje bankarske garancije u pravu R. Srbije jeste odraz pravnog kontinuiteta R. Srbije u odnosu na nekadašnju SFRJ, što je posledično uticalo na nastavak primene tada važećih propisa, među kojima je i Zakon o obligacionim odnosima. Bankarska garancija je zakonski regulisana u okviru Zakona o obligacionim odnosima, koji je stupio na snagu 1978 godine. Ovaj legislativni propis je i dalje aktuelan propis koji je vremenom doživeo određene izmene i dopune.⁴¹ Dakle, naš zakonodavac je pozicionirao osnovne odredbe o bankarskoj garanciji u okviru Zakona o obligacionim odnosima, dok se supsidijarno primenjuju i odredbe drugih zakona⁴². Usvajanjem Zakona o obligacionim odnosima naše pravo je postalo jedno od retkih prava kontinentalnog područja koje zakonski reguliše ovaj institut. Bankarska garancija je imenovani pravni posao i kao takav različit od drugih sličnih pravni instituta, dok kao što je prethodno konstatovano, većina država nema ovaj institut zakonski regulisan u okviru svojih nacionalnih pravnih sistema. Može se zaključiti da je Zakon o obligacionim odnosima domaći (unutrašnji) izvor prava za bankarske garancije, dok su spoljašnji ili međunarodni izvori prava pravila Međunarodne trgovinske komore za ugovorne garancije i garancije na poziv.⁴³ Izvori prava za bankarske garancije u pravu R. Srbije jesu Zakon o obligacionim odnosima (čl. 1083-1087) i pravila međunarodne poslovne regulative koja su dispozitivnog karaktera - Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije (Publikacija MTK – 325) i Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (Publikacija MTK – 758) koja je zamenila pravila sadržana u publikaciji MTK 458.⁴⁴ Određeni autori, među kojima se posebno ističe Vukadinović, R., sa pravom primećuju da i

⁴¹ Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

⁴² Posebna pravila o bankarskoj garanciji su regulisana u drugim pravnim propisima kao što su Zakon o deviznom poslovanju, Carinski zakon i slični zakoni partikularnog karaktera. Pajtić, B. (2015): Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 1128.

⁴³ Vesić, D. (2016): Zaštita investitora bankarskom garancijom. Kultura pollisa, god. XIII, br. 31, str.491.

⁴⁴ Pravila su usvojena od strane Međunarodne trgovinske komore sa sedištem u Parizu. Putem ovih pravnih izvora rešeno je i pitanje moguće primene merodavnog prava u poslovima sa bankarskom garancijom. Velimirović, M. (2007): Investitorska bankarska garancija. Pravo i privreda, br. 5-8. str. 548. Više o ovome u nastavku rada.

pored činjenice da se bankarska garancija masovno koristi u unutrašnjoj i međunarodnoj praksi, da više od tri decenije postoji kao imenovani pravni posao u okviru Zakona o obligacionim odnosima, kao i da je regulisana univerzalno prihvaćenim Jednoobraznim pravilima MTK, još uvek se kao otvoreno postavlja pitanje treba li bankarske garancije regulisati u nacionalnim pravima i u kojoj meri.⁴⁵ Odgovor na ovo pitanje daćemo u zaključnim izlaganjima rada.

Uvažavajući determinisanu metodologiju istraživanja, a prihvatajući značaj načina regulisanja bankarske garancije u domaćem pravu putem odredaba Zakona o obligacionim odnosima, u nastavku rada analiziraće se sve odredbe ovog zakona koje zakonski normiraju institut bankarske garancije.

Odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje uređuju bankarsku garanciju jesu regulisane od člana 1083 zaključno sa članom 1087. Prvo što se može uočiti jeste u kojem delu ovog zakona je zakonodavac inkorporirao odredbe koje regulišu institut bankarske garancije. Zakon o obligacionim odnosima je podeljen na četiri dela, dok je bankarska garancija regulisana u drugom delu zakona koji nosi naziv: Ugovori. U okviru drugog dela zakona, u okviru glave XXXVIII je regulisana bankarska garancija. Sam naziv ove glave zakona jeste saobrazan sa nazivom ovog pravnog instituta – bankarska garancija. Ako analiziramo sam zakon u kontekstu načina na koji je zakonodavac «poređao» pravne institute, dolazimo do zaključka da se bankarska garancija nalazi u delu zakona koji regulišu pravne poslove u kojima učestvuju banke kao specijalizovane finansijske institucije. Tako je bankarska garancija regulisana u delu zakona koji zakonski uređuje ugovor o kreditu, akreditiv, ugovor o sefu, bankarski tekući račun, deponovanje hartija od vrednosti, ulog na štednju i novčani depozit. Analizirajući poziciju bankarske garancije u samom zakonu, dolazimo do zaključka da je moguća intencija zakonodavca bila da na osnovu samog položaja ovog pravnog instituta u okviru zakona, nedvosmisleno potvrdi dva pravna stava. Prvo, da kada je u pitanju bankarska garancija, zakonodavac istu smatra za jedan od nekolicine bankarskih poslova koji su zakonski regulisani, što sa stanovišta međunarodne prakse i izvora prava nije slučaj.⁴⁶ Drugo, zaključujemo da intencija zakonodavca jeste bila da se jasno napravi «barijera u smislu položaja ovog instituta unutar zakona», između

⁴⁵ Vukadinović, R. (2015): O pravnom regulisanju posla garancije u novom Građanskom zakoniku. Budvanski pravnički dani, Savetovanje pravnika, Budva. str. 19.

⁴⁶ U međunarodnim poslovnim odnosima pored banaka, izdavanje garancije jeste pravni posao koji obavljaju i druge specijalizovane institucije, što je potvrđeno u sadržaju svih pravila za garancije. Više o ovome u analizi autonomnih izvora prava.

bankarske garancije i ugovora o jemstvu,⁴⁷ kao pravnim poslovima sličnog pravnog karaktera.

Broj odredbi koje zakonski regulišu bankarsku garanciju jeste veoma skroman. Ukoliko je intencija zakonodavca bila da zakonski uredi institut bankarske garancije, što i nije bilo neophodno ako sagledamo međunarodnu praksu po ovom pitanju, onda je to moralo biti učinjeno u obimu odredbi koje uvažavaju činjenicu da je bankarska garancija jedan od najvažnijih, a mi bismo rekli i najvažniji, oblik pravnog obezbeđenja izvršenja ugovora/potraživanja, posebno imajući u vidu njenu praksenu upotrebu i značaj u međunarodnoj trgovini. Ipak, zakonodavac je institut bankarske garancije zakonski uredio sa samo pet članova zakona. U okviru odredbi zakona definisan je pojam bankarske garancije, pravni karakter bankarske garancije, vrste bankarskih garancija, i ustupanje prava iz garancije.

Pojam bankarske garancije regulisan je članom 1083 zakona. ***Bankarskom garancijom se obavezuje banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuní obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji.*** Sa stanovišta prava, zakonski opis – definicija određenog pojma, u ovom slučaju pravnog instituta bankarske garancije, jeste najvažniji izvor definisanja određenog pojma. U prethodnom delu rada analizirana su različita shvatanja unutar domaće pravne nauke u kontekstu definicije pojma bankarske garancije. Doktrinarna shvatanja, iako važna, ne mogu da imaju pravni značaj onog karaktera koji ima zakonski definisani pojam, onda kada je isti zakonom definisan. Problematika zakonskog uređenja bankarske garancije, na koju smo u prethodnom delu rada ukazali kroz postavljeno pitanje, jeste po našem mišljenju validna, bar u domenu definisanja ovog instituta uvažavajući međunarodne autonomne izvore prava koji uređuju ovu oblast. Problem sa kojim se suočavamo u kontekstu načina definisanja pojma bankarske garancije jeste fundamentalno povezan sa činjenicom da ova norma zakona jeste kogentnog karaktera, što implicira sledeće. Prema zakonskom opisu pojma bankarske garancije, jasno proizilazi da jedino banka, kao poseban pravni subjekt koji je kao takav regulisan sa *lex specialis*⁴⁸ propisom, ima pravo da izdaje garancije na zakonski uobličen način. Loše rešenje zakonskog opisa pojma bankarske garancije, po našem mišljenju se već naslućuje i u samom nazivu glave XXVIII – Bankarska garancija. Naime, naš zakonodavac se odlučio da garancija za plaćanje, odnosno garancija za izvršenje ugovorne obaveze, jeste

⁴⁷ Ugovor o jemstvu je regulisan u glavi XXIX Zakona o obligacionim odnosima (čl. 997-1019).

⁴⁸ Zakon o bankama ("Sl. glasnik RS", br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015)

isključivo garancija koju izdaje banka – bankarska garancija, što je potpuno suprotno Jednoobraznim pravilima za ugovorne garancije, kao i Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv. U okviru ovih relevantnih dokumenata Međunarodne trgovinske komore, ni u jednom slučaju se ove garancije pojmovno ne identifikuju sa pravnim subjektivitetom izdavalac garancije. Ovo jeste posledica činjenice da, garancije za plaćanja, odnosno druge ugovorne garancije, jesu garancije koje mogu da izdaju pored banaka i druge specijalizovane finansijske institucije, kao što su osiguravajuća društva, bond kompanije, i druge specijalizovane finansijske organizacije. Šta više, međunarodna iskustva na ovom polju jesu takva da garancije koje izdaje banka jesu isključivo garancije za plaćanja, dok ostale vrste garancija izdaju specijalizovane finansijske organizacije odnosno institucije.⁴⁹ U SAD je strogo zabranjeno da banke učestvuju u garancijskim poslovima.⁵⁰ Uvažavajući ove činjenice, a sve u svetlu sve većeg unificiranja garancija za plaćanja na prvi poziv, odnosno ugovornih garancija, smatramo da je neophodno izvršiti izmenu i dopunu Zakona o obligacionim odnosima, koja bi imala za cilj da se zakonski determiniše da, pravo na izdavanje garancija, nije “ekskluzivno pravo” banaka, već u svetlu dobre međunarodne prakse, ali i relevantnih izvora prava međunarodnog karaktera, neophodno je da to pravo bude dato i u koristi drugih finansijskih institucija, posebno imajući u vidu osiguravajuća društva kao jedne od njih. Implikativno, naziv ovog instituta bi bio promenjen u smislu da isti ne nosi naziv “bankarska garancija” već ili garancije ili garancije za plaćanja, odnosno garancije za plaćanje i druge vrste garancija. Ovim bi zakonski bile obuhvaćene ne samo garancije za plaćanje, već i druge vrste garancija kao što su garancije za dobro izvršenje posla, licitacione garancije, avansne garancije i druge vrste garancija. Time bi po našem mišljenju dobili kvalitetniji pojmovni okvir definisanja garancija koji bi uvažio potrebe učesnika garancijskog posla, ali i odredbe Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, kao i Jednoobraznih pravila za garancije na poziv.

Na osnovu zakonske definicije pojma bankarske garancije možemo izvesti i druge zaključke. Prvo, u ovom pravnom poslu učestvuje najmanje tri subjekta. Pojavljuje se banka koja izdaje bankarsku garanciju, primalac garancije odnosno korisnik garancije, i treće lice. U prethodnom delu istraživanja ukazano je na više specifičnih obeležja bankarske garancije koja se dovode u vezu sa činjenicom da su u ulozi izdavaoca garancije pojavljuje banka. U kontekstu analize pojma bankarske garancije sa stanovišta učesnika u garancijskom poslu

⁴⁹ Mugasha, A. (2003): *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*. University of Essex, United Kingdom. pgn. 176-179.

⁵⁰ Bectrams, R. (2004): *Bank Guarantees in International Trade*. Kluwer Law International, Paris. pgn. 35.

pojavljaju se još dva subjekta, korisnik odnosno primalac garancije, i treće lice. Opšti zaključak koji se može izvući jeste da zakonodavac ne precizira ko se može pojaviti u svojstvu trećeg lica, odnosno ko može biti korisnik garancije. Shodno pravilima tumačanja, a praksena iskustva nam to potvrđuju, u svojstvu korisnika garancije kao i trećeg lica može se pojaviti fizičko odnosno pravno lice koje ima poslovnu sposobnost.⁵¹ Iako se bankarska garancija prvenstveno koristi kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, nigde nije ograničeno pravo da se u garancijskom poslu pojavljuju i fizička lica. Ipak, praksena iskustva ukazuju da se bankarska garancija u najvećem broju slučajeva koristi među privrednim subjektima, naročito u poslovima sa elementima inostranosti, dok mali broj garancija ima subjekte garancijskog posla koja su fizička lica, i uglavnom je reč o garancijama za plaćanja u kojima se fizička lica pojavljuju u ulozi korisnika garancije.

Sledeće bitno obeležje bankarske garancije koje proizilazi iz njenog zakonskog opisa odnosi se na ispunjenje obaveze. Banka na sebe preuzima da izvrši obavezu koje treće lice nije izvršilo o dospelosti tako što će istu izmiriti ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji. Po našem mišljenju dva pitanja jesu pravno relevantna u vezi sa ovim delom zakonskog opisa pojma bankarske garancije. Prvo, da bi uopšte došlo do nastupanja pravno relevantnog stanja po kojem bi banka morala da izmiri obavezu prema korisniku garancije, potrebno je da “treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti”. U pokušaju tumačenja ovog dela zakonskog opisa bankarske garancije dolazimo do zaključka da je neophodno postojanje nekog drugog pravnog posla – tkz. osnovnog pravnog posla, iz kojeg proizilazi određena vrsta obaveze trećeg lica prema korisniku garancije, i u kojem je definisan rok za izvršenje obaveze. Pitanje koje se postavlja jeste da li se bankarska garancija može izdati ako osnovni pravni posao između trećeg lica i korisnika garancije nije u pismenoj formi. Odgovor po nama daje sam zakonodavac na posredan način, time što u istom članu ali stavu 2 precizira da garancija mora biti izdata u pismenoj formi. Ukoliko uzmemo u obzir ovu činjenicu, kao i činjenicu da sam zakonodavac zahteva postojanje određenog roka u pogledu izmirenja obaveze trećeg lica, što on u stvari posredno čini kroz deo zakonske sentence “ne ispuni obavezu o dospelosti”, smatramo da i osnovni pravni posao na osnovu kojeg dolazi do izdavanja garancije mora biti u pismenoj formi.⁵² Drugo pravno relevantno pitanje koje se postavlja u vezi sa navedenim segmentom zakonskog opisa bankarske garancije, jeste

⁵¹ Trajković, M., Đurović, D., Dragović, N. (1986): Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. Nacionalni odbor SFRJ Međunarodne trgovinske komore, Beograd.

⁵² Vidi više: Marković Bajalović, D. (1995): Pravna forma međunarodnih kompezacionih poslova. Zbornik radova sa savetovanja “Novi ugovori od značaja za privredni razvoj Jugoslavije”, Beograd. str. 271-281.

sekundarno pravno pitanje, pitanje ispunjenosti uslova koji su navedeni u garanciji. Iako obaveza banke prema korisniku garancije se aktivira samo onda kada treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti, ne možemo zaključiti da ovaj deo zakonske odredbe ima tkz. uslovni karakter. Ovu tvrdnju baziramo upravo na načinu na koji je zakonodavac na kraju zakonskog opisa garanciju definisao, u smislu obaveze izmirenja banke prema korisniku garancije ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji. Jedno od bitnih obeležja bankarske garancije u poslovnoj praksi jeste njena bezuslovnost. Način na koji je zakonodavac definisao pojam bankarske garancije u čl. 1083 zakona, nas dovodi do zaključka da bankarske garancije uvek sadrže uslov koji prethodno mora biti ispunjen da bi zahtev korisnika garancije u smislu izvršenja obaveze banke bio realizovan. Način na koji je zakonodavac definisao bankarsku garanciju u čl. 1083. st. 1. jeste takve pravne prirode da zakonodavac definiše garanciju kao sredstvo obezbeđenja ispunjenja obaveze koja sadrži uslov – tkz. uslovna bankarska garancija. Potvrda ovog tumačenja jeste bazirana i na činjenici da sam zakonodavac posebno zakonski determiniše bezuslovnu bankarsku garanciju u čl. 1087 – Garancija “bez prigovora”. Dakle, osnovni zakonski pojam bankarske garancije jeste u stvari zakonski opis uslovne bankarske garancije, što je po našem mišljenju pogrešno. Strogo tumačenje zakonskog pojma bankarske garancije nas može dovesti do zaključka da je reč o posebnoj vrsti bankarskog jemstva, sa čime se slažu i pojedini autori.⁵³

Da bi na adekvatan način napravio distinkciju između bankarske garancije i ugovora o jemstvu, čije sličnosti i razlike biće posebno analizirane u poslednjem poglavlju rada, zakonodavac je kogentnom normom propisao da “banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu”.⁵⁴ Uvažavajući činjenicu da je bankarska garancija nastala na osnovama ugovora o jemstvu, i da predstavlja u suštini praksenu nadogradnju ovog ugovora uz specifična obeležja kao što je samostalnost garancije u odnosu na druge pravne poslove, zakonodavac je smatrao za neophodnim da precizno odredi da obaveza koju izmiruje banka prema korisniku garancije jeste uvek u novcu. Pored potrebe da se distincira u odnosu na ugovor o jemstvu, gde jemac izvršava obavezu u skladu sa njenim pravnim karakterom, novčano određenje bankarske garancije u smislu izvršenja obaveze jeste delimično povezano i sa činjenicom da je banka kao specifični finansijski subjekt učesnik u ovom poslu. Analogno ovome, banka svoje obaveze izvršava isključivo u novcu ili hartijama od vrednosti (što je

⁵³ Vidi više: Čolić, B. (1999): Neki oblici obezbeđenja novčanih i drugih obaveza i novija sudska praksa. Radni odnosi i upravljanje, God. 27, br. 3, str. 9-19.

⁵⁴ Čl. 1084 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

izuzetno retko), pa posledično povezana činjenica da je samo banka ta institucija koja može da izda garanciju dodatno je uticala na determinisanje izvršenja obaveze garancije u novcu prema korisniku garancije. Pored toga što je obaveza u sadržaju bankarske garancije uvek novčanog karaktera, možemo uočiti još jedno bitno pravno obeležje bankarske garancije shodno odredbama zakona. Banka izmiruje obavezu iz garancije uvek u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza. Pravne implikacije ove odredbe zakona nisu samo posledično određene u kontekstu prethodno iznetog, već je njihov domet dalji u smislu mogućnosti korišćenja bankarske garancije kao instrumenta obezbeđenja izvršenja obaveza. U intenciji da jasno precizira da obaveza banke prema korisniku garancije jeste uvek u novcu, zakonodavac je otišao korak dalje i determinisao da ista jeste uvek u novcu čak i kada se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza. Upravo u drugom segmentu ovog člana, zakonodavac ne samo da je dodatno afirmisao jedno od načela bankarske garancije, načelo novčanosti⁵⁵, već je posledično na posredan način predvideo da se bankarska garancija može koristiti kao sredstvo obezbeđenja izvršenja obaveza nevezano sa pravnu prirodu obaveze iz osnovnog pravnog posla. Na taj način domet korišćenja bankarske garancije kao instrumenta obezbeđenja izvršenja ugovora jeste znatno proširen, pa danas se sa pravom konstatuje da se ne može zamisliti jedan ozbiljniji poslovni poduhvat koji nije obezbeđen nekom od vrsta bankarskih garancija.

U prethodnome delu rada zaključeno je da zakonski opis pojma bankarske garancije jeste takve prirode da u stvari definiše bankarsku garanciju kao uslovno determinisanu obavezu banke prema korisniku garancije, pa je iznet zaključak da je u stvari reč o posebnoj vrsti bankarske garancije, tkz. uslovna bankarska garancija. Podela bankarskih garancija na uslovne i безусловne jeste posledično povezana sa načinom uobličavanja garancije za plaćanja i drugih vrsta garancija koje su pojmovno definisane u sadržaju Jednoobraznih pravila za garancije na prvi poziv i Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije. Uvažavajući činjenicu da je nastanak i razvoj bankarske garancije bio rukovođen pre svega interesima privrednih subjekata, kao i da je njihova intencija uvek bila u pravcu razvoja instrumenta obezbeđenja koji će im pružiti maksimalni nivo zaštite interesa i izvesnosti naplate/realizacije svojih potraživanja iz ugovornih odnosa, безусловne garancije jesu uvek bile pravni standard kojem se težilo. Naš zakonodavac jeste prepoznao važnost tkz. безусловne bankarske garancije, što je zakonski određeno u čl. 1087 – Garancija “bez prigovora”. Određen deo pravne javnosti čak smatra da je članom 1083 zakona u stvari

⁵⁵ Načela bankarske garancije biće analizirana u okviru posebnog poglavlja u nastavku rada.

regulisan drugi institut – varijacija jemstva, bankarsko jemstvo, što je prethodno i konstatovano, dok je u članu 1087 regulisana bankarska garancija.⁵⁶ Među autorima koji zagovaraju ovu tezu, poseban značaj ima stav prof. dr Stevana Šogorova koji prihvata prethodno izneto stanovište. Smatramo da stav ovog autora jeste delimično opravdan, jer ako bi smo shvatili bankarsku garanciju kao samostalan i neakcesoran pravni posao bezuslovnog karaktera, onda čl. 1087 zakona predstavlja pravni standard u smislu shvatanja pojma bezuslovne bankarske garancije. Ipak, zauzimajući stav da zakonski opis pojma bankarske garancije koji je sadržan u čl. 1083 zakona jeste određena vrsta bankarskog jemstva, jeste po našem mišljenju pogrešno. Ne želeći da ulazimo u razmatranja razlika između jemstva i bankarske garancije, koje će biti predmet posebne analize u poslednjem poglavlju ovog rada, samo ćemo ukazati na jednu bitnu razliku između jemstva i bankarske garancije. Dok je kod bankarske garancije obaveza banke prema korisniku garancije uvek definisana u novcu, nezvano za karakter obaveze iz osnovnog posla, kod ugovora o jemstvu jemac odgovora za ispunjenje cele obaveze za koju je jemčio, te da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika ako to ovaj ne učini, što jasno implicira da karakter njegove obaveze jeste vezan za karakter obaveze za koju jemči, što posledično znači da obaveza može i ne mora biti novčanog karaktera. Ovo je samo jedna od bitnijih razlika između bankarske garancije i jemstva, dok će ostale biti analizirane u prethodno navedenom delu rada. Iako smatramo da ima “osnova za ovakva granična tumačenja pojma bankarske garancije”, smatramo da ista nisu u dovoljnoj meri potvrđena, što će posebno biti elaborirano u odeljku rada koji će na uporednopravni način analizirati sličnosti i razlike između jemstva i bankarske garancije.

Za garancije sa klauzulama “bez prigovora” ili “na prvi poziv” u okviru pravne nauke, ali i prakse, smatraju se bankarske garancije koje su tkz. bezuslovnog karaktera. Na ovaj zaključak nas navodi i sam zakonodavac u tekstu zakona. *Ukoliko bankarska garancija sadrži klauzulu “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje je nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi.*⁵⁷ Na osnovu ove odredbe zakona možemo potvrditi prethodno iznete stavove unutar pravne nauke u kontekstu zakonskog modela definisanja bankarske garancije. Navedeni član zakona jasno pravi kvalitativnu pravnu razliku između zakonskog opisa pojma bankarske garancije i specifičnog oblika bankarske garancije, koji u ovom slučaju jeste saobrazan sa doktrinarnim definisanjem pojma tkz.

⁵⁶ Šogorov, S. (1985): Bankarska garancija. Naučna knjiga, Beograd, str. 161.

⁵⁷ Čl. 1087 st. 2 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

beuzuslovne bankarske garancije. Kao što se može zaključiti iz zakonske sentence, zakonodavac ne upotrebljava termin “bezuslovna garancija”, već je isti usvojen od strane naučne javnosti, odnosno praksenog terminološkog korišćenja ove reči za garancije koje ne sadrže uslov. Pravna nauka, ali i praksa, osnov za korišćenje termina bezuslovna garancija upravo pronalaze u načinu zakonskog formulisanja čl. 1087. Čak i sam zakonodavac pokušava da ukaže na postojanje specifičnog oblika bankarske garancije, time što naziv ovog člana jeste: Garancija “bez prigovora”. Sa stanovišta pravne nauke, jedna od zamerki na tekst zakona jeste terminološki karakter teksta u kontekstu upotrebe termina “bez prigovora”. Mišljenja jednog dela pravne nauke, sa kojim se možemo složiti, jeste da bi prigodnije bilo da naziv ovog člana zakona bude “bezuslovna garancija”.⁵⁸ Termin “bez prigovora” nije kao takav nepoznat unutar Zakona o obligacionim odnosima, ali upotreba ovog termina koji u osnovi treba da apostrofira posebnu vrstu bankarske garancije jeste i po našem mišljenju neadekvatan, jer iz takvog termina se ne može zaključiti da je reč o tkz. bezuslovnoj bankarskoj garanciji. Insistiranje na upotrebi termina “bezuslovna garancija” jeste zasnovano na njegovoj upotrebi u okviru naučnih krugova, a posebno u poslovnom korišćenju ove vrste garancije. Upotreba termina “bezuslovna garancija” jeste prihvaćena i od strane Međunarodne trgovinske komore i kao takav je inkorporiran u tekst Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (obe publikacije). Izmene zakona u ovom segmentu bile bi od praksenog značaja jer bi se jezički napravila jasna distinkcija između, zakonskog pojma bankarske garancije koji de facto jeste definicija uslovne bankarske garancije, i bezuslovne bankarske garancije (garancije “bez prigovora) koja je zakonski definisana u čl. 1087 st. 1 Zakona o obligacionim odnosima.

Zakonska odredba čl. 1087 zakona sadrži tri stava.

1. U prvom stavu je definisan pojam garancije “bez prigovora”. Shvatajući bankarsku garanciju kao strogo formalni posao, i zakonsko insistiranje na pismenoj formi bankarske garancije, sva pitanja od značaja u vezi sa bankarskom garancijom moraju biti definisana u njenom sadržaju. Da bi se jedna bankarska garancija smatrala kao bezuslova ona mora u sadržaju da inkorporira klauzule koje upućuju na to, pa će bezuslovna bankarska garancija biti ona koja sadrži klauzule “bez prigovora”, “na prvi poziv” ili sadrži reči koje imaju sto značenje. Posebna analiza bezuslovne bankarske garancije biće obrađena u zasebnom poglavlju disertacije – vrste bankarskih garancija, pa u tom kontekstu nećemo ulaziti u

⁵⁸ Vidi više: Dostanić, M. (2005): Pravni odnosi u poslu bankarske garancije i vrste bankarskih garancija. Pravni život, God. 54, knj. 494, br. 10, str. 1231-1257.

dublju analizu ove vrste garancije. Ono što možemo da konstatujemo kao komentar zakona odnosno tumačenja istog, jeste sam pristup zakonodavca u definisanju ove vrste garancije. U tom smislu imamo veći broj zamerki.

Prvo, smatramo da način na koji zakonodavac insistira na upotrebi termina “bez prigovora”, “na prvi poziv” jeste pogrešan. Pitanje koje se postavlja jeste da li je bankarska garancija безусловna ako sadrži samo klauzulu “bez prigovora” ili samo klauzulu “na prvi poziv”, jer u pokušaju da protumačimo ovu odredbu zakona nije nam jasna intencija zakonodavca po ovom pitanju, da li garancija “bez prigovora” mora da sadrži obe klauzule koje su zakonski definisane ili ne? U nedostatku koji zakonski tekst sadrži, prakseno korišćenje garancija “bez prigovora” jeste pokazalo potrebu da se u sadržaj garancija inkorporiraju obe klauzule, “bez prigovora” i “na prvi poziv”. Druga problematika zakonskog teksta jeste ta što zakonodavac dozvoljava da se upotrebe i druge reči istog značenja kao klauzule kojima se pravno afirmiše bankarska garancija kao garancija “bez prigovora”. Smatramo da ova nedorečenost zakonodavca izaziva zabunu u pravnoj implementaciji bankarskih garancija, pa su praksena iskustva potvrdila da učesnici u garancijskom poslu izbegavaju korišćenje drugih reči istog značenja usled mogućnosti subjektivnog tumačenja takvih reči u smislu njihovog značenja, a imajući u vidu da iste moraju da afirmišu isti pravni standard koji se očekuje od garancija koje imaju klauzule “bez prigovora”.⁵⁹

2. Garancija bez prigovora mora da afirmiše samostalnost garancije odnosno neakcesornost ove vrste garancije. Zakonodavac postiže željeni pravni efekat time što zakonski precizira da “banka ne može isticati prema korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi”. Na ovaj način zakonodavac afirmiše garanciju “bez prigovora” kao samostalni i neakcesorni pravni posao, što u osnovi bankarska garancija treba i da bude. Ovo je potvrđeno u sudskoj praksi domaćih sudova.⁶⁰

⁵⁹ U pogledu prigovora nalogodavca iz osnovnog posla, zauzet je stav da ovi prigovori ne utiču na realizaciju bankarske garancije izdate sa klauzulom "bez protesta" ili "na prvi poziv", a ovakav zaključak proizilazi i iz sledećeg obrazloženja presude Privrednog apelacionog suda: Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 10905/2012 od 20.11.2013. godine.

⁶⁰ Sentenca: Banka koja izda garanciju sa klauzulom "bez prigovora", "na prvi poziv" ili sa rečima koje imaju isto značenje, ne može isticati prema korisniku garancije prigovore koje može isticati nalogodavac po obezbeđenoj obavezi. Ako ih istakne u postupku po zahtevu korisnika za ispunjenje obaveze po bankarskoj garanciji, sud nema ovlašćenja da ispituje da li su takvi prigovori osnovani ili ne.

Izvod iz presude: Ovom odredbom, zakonodavac na specifičan način uređuje odnose između učesnika u pravnom poslu povodom koga je izdata bankarska garancija sa klauzulom "bez prigovora", "na prvi poziv" ili

Problem nastaje u činjenici da kada uporednopravno analizirate zakonski opis pojma bankarske garancije iz člana 1083 i zakonski opis garancije “bez prigovora” iz člana 1087, jasno je da postoje kvalitativne pravne razlike između istih, koje su posebno izražene u pogledu pravnog položaja korisnika garancije, gde je ovaj položaj pravno povoljniji za korisnika kod garancije “bez prigovora” u odnosu na položaj korisnika kod obične bankarske garancije iz čl. 1083. Postoji potpuni osnov kada, jedan deo pravne javnosti konstatuje da način na koji je zakonodavac definisao pojam bankarske garancije i pojam garancije “bez prigovora”, ukazuje na ozbiljne pravne distinkcije između njih, pa smo mišljenja i da nije neutemeljeno stanovište da je reč o dva odvojena pravna instituta.⁶¹

3. Poslednja zamerka zakonodavcu u kontekstu zakonskog definisanja pojma garancije “bez prigovora” odnosi se na njegovu nedoslednost. Prilikom definisanja pojma bankarske garancije u čl. 1087 zakonodavac terminološki definiše tri učesnika u poslu: banku, primaoca garancije (korisnika) i treće lice. Međutim, u zakonskom definisanju pojma garancije “bez prigovora” zakonodavac terminološki definiše tri učesnika i to banku, korisnika garancije i nalogodavca. Pitanje koje se ovde postavlja jeste zašto zakonodavac nije ostao dosledan upotrebi termina treće lice iz čl. 1083, pa kod zakonskog opisa definicije “garancije bez prigovora” koristi termin nalogodavac. Posebna zamerka zakonodavcu odnosi se u stvari na činjenicu da, prilikom zakonskog definisanja pojma bankarske garancije u čl. 1083, u delu sentence gde se koristi termin “treće lice”, moralo bi u zagradi da stoji “nalogodavac”. Ovim bi zakonodavac bio dosledan upotrebi termina prilikom zakonskog definisanja ovog instituta, naročito ako imamo u vidu činjenicu da je to upravo učinjeno kod termina primalac garancije, gde pored istog u zagradi stoji korisnik, pa se upotreba samo termina korisnik garancije kod garancije “bez prigovora” ne pokazuje kao problematična u smislu doslednosti upotrebe datog termina.

4. U okviru čl. 1087. zakonodavac je regulisao još dva pitanja od značaja u stavu dva i tri navedenog člana. Zakonodavac jasno propisuje da odnos između nalogodavca i banke koja izdaje garanciju jeste poseban pravni odnos, te da postoji regresni karakter garancije⁶²

sa rečima koje imaju isto značenje, uspostavljajući jasne, imperativne, neisključive obaveze banke u odnosu na korisnika garancije, njena prava u odnosu na nalogodavca po isplati izvršenoj po osnovu takve garancije, te obaveze korisnika garancije u odnosu na nalogodavca u slučaju primljenog iznosa po osnovu garancije na kojeg ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.

Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 7350/2012 od 11.7.2014. godine.

⁶¹ Vidi više: Kozar, V. (2005): Apstraktna bankarska garancija sa klauzulom «bez prigovora». Izbor sudske prakse, God. 13, br. 1, str. 17-20.

⁶² Sentenca: Banka garant ima pravo regresa prema nalogodavcu, za slučaj isplate korisniku garancije.

kada su izvršena novčana plaćanja prema korisniku garancije. *Nalogodavac je dužan platiti svaki iznos koji je banka platila po osnovu garancije izdate sa klauzulom iz prethodnog stava.*⁶³ Zakonska afirmacija regresnog karaktera garancije “bez prigovora” jeste pozitivno pravno obeležje. Položaj banke u garancijskom odnosu sa nalogodavcem se poboljšava u smislu anuliranja rizika plaćanja po aktiviranoj i realizovanoj garanciji od strane korisnika. Problem koji možemo uočiti jeste sledeći: da li domet ove zakonske odredbe koja je deo člana 1087 - Garancija “bez prigovora”, jeste takvog karaktera da se odnosi i na sve bankarske garancije, posebno imajući u vidu zakonski opis pojma bankarske garancije iz čl. 1083. zakona. Ako strogo tumačimo ovu odredbu zakona onda njen pravni domet jeste limitiran, i odnosi se isključivo za garancije koje sadrže klauzule “bez prigovora,” odnosno “na prvi poziv” odnosno klauzule koje sadrže reči koje imaju isto značenje. Da je intencija zakonodavca bila da se regresno pravo iz garancije “bez prigovora” proteže i na bankarske garancije iz čl. 1083 zakona, onda bi zakonodavac izostavio deo zakonske sentence “izdate sa klauzulom iz prethodnog člana”. Način na koji je zakonski definisano pravo banke da se obešteti od strane nalogodavca u slučaju kada dođe do aktiviranja garancije “bez prigovora” jeste tako učinjeno da se po našem mišljenju ovo pravo može zahtevati samo kod ovih vrsta garancija. Ukoliko bankarska garancija u svom sadržaju nema klauzule “bez prigovora”, odnosno “na prvi poziv”, tumačeći tekst ove zakonske odredbe, banke nemaju pravo regresa po osnovu isplate garantovane novčane sume u korist korisnika garancije koja je zakonski utemeljena, osim ako se u ugovoru o izdavanju bankarske garancije takvo pravo ne inkorporira.

5. Kada je reč o stavu tri istog člana, ova odredba zakona takođe ima za cilj zaštitu interesa učesnika u garancijskom poslu, ali ne banke koja izdaje bankarsku garanciju već nalogodavca. *Korisnik garancije duguje iznos primljen po osnovu garancije na koji inače ne bi imao pravo zbog opravdanih prigovora nalogodavca.*⁶⁴ Uvažavajući činjenicu da je bankarska garancija, pre svega sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora/potraživanja u korist jedne ugovorne strane – poverioca, pravno je osnovano predvideti određeni vid pravne zaštite nalogodavca iz garancijskog posla - dužnika iz osnovnog posla. Shvatajući pravnu prirodu bankarske garancije “bez prigovora”, jasno je da njena samostalnost i neakcesornost

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 300/2003 od 1.7.2004. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 1/2005 - str. 161.

⁶³ Čl. 1087 st. 2 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

⁶⁴ Čl. 1087 st. 3 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

jesu pozitivna pravna obeležja koja su u korist korisnika garancije. Ipak, u praksi može doći do zloupotrebe izdate garancije u situacijama kada je korisniku garancije isplaćen novčani iznos po osnovu izdate garancije, a da on na to nije imao pravo. S obzirom da banka kod garancija “bez prigovora” mora da postupi po zahtevu korisnika garancije u kojem on navodi da obaveza po kojoj je banka garantovala nije ispunjena ili nije ispunjena na vreme, jasno je da može doći do moguće zloupotrebe od strane korisnika garancije i isplate novčanog iznosa iz garancije na koji inače korisnik garancije nije imao pravo. Pošto kod ove vrste garancija banka ne može da ulaže prigovore, banka je u obavezi da postupi po zahtevu korisnika. Zakonodavac jeste po našem mišljenju dobro normirao ovu odredbu, pa nalogodavac ima pravo da zahteva povraćaj novčanog iznosa od strane korisnika garancije kojem je takav iznos isplaćen. Banka nema pravo na to, jer ona svoje pravo crpi na osnovu regresnog prava prema nalogodavcu po isplaćenoj garanciji, čime se afirmiše načelo samostalnosti garancije. Smatramo da je zakonodavac adekvatno i precizno normirao ovu situaciju, te da je na kvalitetan način zaštitio interes nalogodavca u opisanoj situaciji. Pravilnost norme jeste potvrđena i u sudskoj praksi.⁶⁵

6. Zakon o obligacionim odnosima uređuje još dva pitanja od značaja u vezi sa bankarskom garancijom. Pored toga što je normirao poseban oblik garancije “bez prigovora”, koja se po pravnim obeležjima značajno razlikuje od osnovnog pojma bankarske garancije iz čl. 1083, zakon predviđa postojanje još jedne vrste garancije, potvrda garancije (supergaranciju). *Ako druga banka potvrdi obavezu iz garancije, korisnik može svoje zahteve podneti bilo kojoj banci koja je izdala garanciju, bilo onoj koju je potvrdila.*⁶⁶ U osnovi radi se posebnoj vrsti bankarske garancije koja se izdaje u onim situacijama kada poverilac iz osnovnog posla koji će postati korisnik garancije nema poverenje u banku dužnika – banka koja treba da izda garanciju, ili kada je obim vrednosti osnovnog posla takav da zahteva učestvovanje više banaka u garancijskom posla. Ne želeći da ulazimo u detaljniju analizu ove vrste garancije pošto će on biti predmet istraživanja u poslednjem segmentu rada - vrste bankarskih garancija, samo ćemo ukazati na neadekvatnu zakonsku upotrebu određenog termina od strane zakonodavca. Naime, naziv ovog člana glasi: Potvrda garancije (supergarancija). Ne želeći da negiramo potrebu za zakonskim definisanjem posebne vrste

⁶⁵ Sentenca: Nalogodavac za izdavanje bankarske garancije dužan je banci garantu isplatiti ceo iznos sume koju je banka isplatila korisniku garancije, a ukoliko je ovaj naplatio nešto na šta nije imao pravo, može od njega zahtevati vraćanje više naplaćenog.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 1245/2007 od 13.9.2007. godine

⁶⁶ Čl. 1085 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

bankarskih garancija, ipak ukazujemo na, po našem mišljenju, pogrešnu upotrebu određenog termina. Sam naziv člana, tj. njegov prvi deo nije upitan – potvrda garancije. Ono što je po našem mišljenju neadekvatna upotreba termina jeste ono što je u nastavku naziva ovog člana propisano u okviru zgrade - termin (supergarancija). Smatramo da reči, kao što je reč “super” u bilo kom kontekstu ne mogu biti deo jednog legislativnog propisa kakav je Zakon o obligacionim odnosima, pa čak ni deo legislacionog rečnika uopšte. Srpski jezik jeste dovoljno bogat da postoji dovoljan fond reči koji bi bile adekvatne za korišćenje u smislu njihove upotrebe u okviru naše pravne terminologije. Mišljenja smo da je bilo sasvim dovoljno da zakonodavac ostavi naziv ovog člana – *potvrda garancije*, bez da u zagradi bilo šta stoji. Nismo sigurni kojim motivima se zakonopisac rukovodio prilikom upotrebe ovog termina, ali osnov za njegovu upotrebu svakako ne postoji u domaćoj pravnoj praksi, a po dostupnim izvorima nismo našli osnov ni u relevantnim međunarodnim dokumentima. Supergarancija, kao pojam koji označava posebnu vrstu garancije, nije prepoznat niti u jednom relevantnom međunarodnom izvoru prava, što se odnosi i na sadržaj Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (obe publikacije) i na sadržaj Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije. Mišljenja smo da je jednostavno neophodno izostaviti iz zakonskog teksta termin supergarancija, i da naziv ove vrste garancije ostane samo potvrda garancije, odnosno konfirmirajuće garancije.

7. Budući da bankarska garancija predstavlja instrument obezbeđenja potraživanja, postavlja se pitanje mogućnosti ustupanja prava iz garancije. Iako cesija kao pravni institut jeste regulisan Zakonom o obligacionim odnosima, i kao takav bi mogao da se koristi za ustupanje prava iz bankarske garancije, zakonodavac je posebno propisao ovo pravo u okviru čl. 1086 zakona – Ustupanje prava iz garancije. *Svoja prava iz bankarske garancije korisnik može ustupiti trećem samo sa ustupanjem potraživanja koje je obezbeđeno garancijom i prenosom svojih obaveza u vezi sa obezbeđenim potraživanjem.*⁶⁷ U kontekstu ove zakonske odredbe nemamo posebne zamerke na sam tekst zakona. Smatramo da je zakonodavac adekvatno propisao mogućnost da korisnik iz garancije može da ustupi pravo iz garancije, ali je ono kao takvo uslovnog karaktera. Da bi ustupio svoje pravo iz garancije, korisnik garancije prethodno mora da ustupi potraživanje koje je obezbeđeno garancijom, kao i da na treće lice prenese i svoje obaveze u vezi sa obezbeđenim potraživanjem. Korisnik garancije može da prenese pravo iz garancije, ali je ono kao takvo uslovljeno i povezano sa

⁶⁷ Čl. 1086. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

osnovnim pravnim poslom, pravima i obavezama koja proističu iz takvog posla prema korisniku garancije. Shodno iznetom nije moguće preneti samo pravo iz garancije kao takvo, već je isto uslovljeno na način na koji je prethodno opisano. Iz ovog razloga smatramo da je dobro što je zakonodavac ovo precizirao, jer bi primena cesije u ovom slučaju bila pravno neadekvatna s obzirom na pravnu prirodu garancijskog odnosa između svih učesnika u ovom poslu.

U osnovi ostaje dilema, da li bankarska garancija treba da bude regulisana kao poseban pravni institut, odnosno kao imenovani pravni posao kao što je to učinjeno u pravu R. Srbije, ili treba ići u korak sa uporednopravnim iskustvima većine država kontinentalnog prava koji u svojim građanskim zakonicima nisu posebno regulisali bankarsku garanciju. Pravo uvek mora da teži pravnom regulisanju relevantnih odnosa u društvu, i bankarska garancija kao veoma značajan pravni posao ima mesta da bude deo prava jedne države, odnosno da i de facto bude imenovani pravni posao. Ipak njeno neregulisanje u drugim pravnim sistemima se nije pokazalo kao nekvalitet tih pravnih sistema, jer bankarska garancija u različitim oblicima se masovno koristi među privrednim subjektima svuda u svetu. Mišljenja smo ipak da, ako u okviru našeg prava imamo ovaj pravni institut kao imenovani, onda bi kvalitet njegovog pravnog uobličavanja morao biti na višem nivou i morao bi da bude bar delimično usaglašen sa tekstom novih Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (publikacija 758) uvažavajući njihov značaj u međunarodnim poslovnim odnosima.

3.3. Međunarodnopravni okvir – autonomni izvori prava

Uvažavajući činjenicu da naš pravni sistem jeste jedan od retkih koji je zakonski regulisao bankarsku garanciju, validno se postavlja pitanje izvora prava za garancije na međunarodnom planu. Nastanak i korišćenje bankarske garancije jeste nastalo na potrebama pre svega međunarodne trgovine, pa kao takva je zahtevala i međunarodni pristup u kreiranju prava i njenoj unifikaciji u meri i kvalitetu koji će odgovarati potrebama svih subjekata. Moramo apostrofirati da uloga i značaj Međunarodne trgovinske komore⁶⁸, koja je

⁶⁸ Međunarodna trgovinska komora (ITC) jeste osnovana nakon Prvog svetskog rata, 1919. godine sa sedišem u Parizu. Članovi ove organizacije jesu različita udruženja industrijalaca, banaka, trgovaca, transportnih kompanija, kao i većina relevantnih trgovinskih komora. Pravni status MTK jeste od značaja, jer se može pogrešno zaključiti njen međunarodnopravni status koji proizilazi iz njenog naziva. Međunarodna trgovinska komora jeste registrovana kao nedržavna odnosno nevladina organizacija. Pravni položaj organizacije utiče na

prethodno u radu više puta istaknuta, se ogleda pre svega u identifikovanju, utvrđivanju, i autentičnom uobličavanju poslovne prakse u formi tkz. pravila. I danas postoje različita shvatanja o pravnom značaju i dometu ovih pravila, jer se legitimno postavlja pitanje njihove primene odnosno obaveznosti koja je posledično povezana sa činjenicom da Međunarodna trgovinska komora nije osnovana od strane relevantnih međunarodnih organizacija, niti od strane pojedinačnih država. Ipak, značaj njenih pravila u praksi se pokazao kao izuzetno važan iz razloga masovnosti korišćenja ovih pravila autonomnog prava na čiju primenu se pozivaju učesnici u poslu.

Proces unifikacije garancija na međunarodnom planu jeste započet i realizuje se isključivo od strane Međunarodne trgovinske komore. Rad na pravnom uobličavanju različitih vrsta garancija jeste započet na premisama uspešnog, usaglašenog i prihvaćenog teksta Jednoobraznih pravila za menicu i akreditive od strane ove organizacije. Aktivnosti na planu unificiranja garancija započete su sredinom šestdesetih godina prošlog veka, kroz koordinirane aktivnosti dva tela Međunarodne trgovinske komore. Uvažavajući različit pravni režim garancija u državama u svetu, kao i činjenicu da veći broj država nije u svojim zakonodavstvima regulisao garanciju kao poseban pravni institut, zadatak Međunarodne trgovinske komore u izradi pravila je morao da uvaži ove činjenice. Iz tog razloga, proces izrade pravila za garancije jeste bio izuzetno dug, i možemo konstatovati da ni danas nemamo potpun i kvalitetan okvir regulisanja garancija, imajući u vidu uspešnost unificiranja prava za menicu, ček odnosno akreditiv. Osnovni problem koji i danas postoji u pogledu međunarodnog uobličavanja garancije, jeste njena heterogenost u smislu mogućnosti njenog korišćenja u odnosu na različite poslove zbog kojih nastaje, kao i značajne razlike između kontinentalnog i anglosaksonskog prava. Navedeni razlozi su uticali da Međunarodna trgovinska komora izda tri publikacije za garancije⁶⁹:

- *Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije (publikacija 325);*
- *Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 458); i*
- *Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758).*

Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije uređuju materiju garancija sa stanovišta pravnog karaktera osnovnog posla zbog kojeg nastaju, pa su tako u okviru ovog teksta

način njenog funkcionisanja, jer se ista ne finansira od državnih sredstava bilo koje države, uključujući i Francusku, državu u kojoj je ista registrovana.

⁶⁹ U osnovi možemo ipak možemo govoriti o dve vrste jednoobraznih pravila za garancije, uvažavajući njihov sadržaj.

sačinjena pravila za licitacionu garanciju, garanciju za dobro izvršenje posla i avansne garancije. U okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, obe publikacije, pre svega je regulisana garancija za plaćanja, uz izmene određenih pravila koja su od značaja u pogledu samostalnosti i neakcesornosti garancija. Značaj Jednoobraznih pravila za garancije na poziv jeste veći ako se uzme u obzir činjenica da tekst pravila se može primeniti na različite vrste garancije, što će biti u radu posebno elaborirano.

Uvažavajući značaj ovih garancija kao izvora prava na koji se pozivaju učesnici u garancijskom poslu, u nastavku rada biće analizirana Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije, kao i Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (obe publikacije).

3.3.1. Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije (Publikacija 325)

Pokušaj unificiranja pravila za garancije je započet 1966. godine od strane Međunarodne trgovinske komore, da bi konačno bio završen 1978. godine usvajanjem kompromisnog teksta pravila pod nazivom: *Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije (publikacija 325)*. Više od deset godina je tražen adekvatan model kvalitetnog unificiranja pravila ove organizacije na polju garancija, ali se taj zadatak pokazao kao izazov za stručna tela ove organizacije, pa su pravila sadržana u ovoj publikaciji bila kompromisnog karaktera, uz niz rešenja koja nisu adekvatno prihvaćena od strane učesnika u garancijskom poslu. Partikularni pravni i ekonomski interesi učesnika u ovom poslu, kao i složenost pravnog uređenja garancije u državama u svetu, uticao je na pravni kvalitet konačnog teksta publikacije. Već prilikom njegovog usvanja konstatovane su ozbiljne zamerke, kako od strane pravne nauke, tako i od strane poslovnih subjekata. I danas se ističu realni nedostaci samog teksta publikacije. U nastavku rada biće ukazano na osnovna obeležja teksta ovih pravila, kao i na pitanja od značaja koja su regulisana u okviru ovog dokumenta, bez ulaženja u komentar svakog člana ovog dokumenta uvažavajući činjenicu da je reč o tzv. autonomnom izvoru prava, pa je i njegov pravni značaj ograničenog dometa.

1. Već na prvi pogled obim teksta Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije jeste relativno skroman. Iako se kvalitet određenog teksta ne treba meriti u njegovom obimu, shvatajući ulogu i značaj autonomnih izvora prava gde donosioci odnosno stvaraoci imaju

znatno širi opseg delovanja u odnosu na zakonopisca, ipak mišljenja smo da obim teksta pravila koji sadrži samo 11, već ukazuje na ograničenost ovih pravila.⁷⁰

Sam naziv ove publikacije, Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije, već na prvi pogled nam govori da pravila sadržana u ovom dokumentu regulišu ugovorne garancije, odnosno da u nazivu samog dokumenta, kao i u njegovom sadržaju, nemamo izraz «bankarska garancija», već tektopisac koristi termin «ugovorne garancije». Ovde već uočavamo inicijalne teškoće u pokušaju unificiranja pravila za bankarske garancije usled različitog pravnog shvatanja i pravnog regulisanja insituta garancija. Dok u našem pravu, i pravu još par država evropskog područja, bankarska garancija jeste imenovani pravni institut, u većini drugih država u svetu postoje različita pravna rešenja u smislu praksenog pravnog korišćenja garancija kao sredstva obezbeđenja. Bankarska garancija jeste samo jedan od različitih modela garancija, jer praksa izdavanja ovih garancija u svetu nije ograničena samo na banke kao finansijske institucije, već i na druge subjekte, kao što su osiguravajuća društva, bond kompanije, odnosno kako je u pravilima određeno i neka druga strana koja je u ulozi garanta.⁷¹ Implikacije ovakvog sadržaja pravila jesu takve da ne ograničavaju, niti posebno definišu pravna svojstva subjekata koji se pojavljuju u ulozi garanta, pa iz toga proističe da pored banaka i osiguravajućih društava, kao i bond kompanija, svaki subjekt se može naći u ulozi garanta. Domet ovog pravila treba shvatiti u njihovoj realnoj pravnoj snazi, imajući u vidu činjenicu da je reč u dokumentu autonomnog pravnog karaktera, da se tekst pravila može primenjivati samo kada se stranke izričito pozovu na primenu ovih pravila, kao i kada ona nisu u suprotnosti sa nacionalnim pravom ugovornih strana.

2. Osnovna zamerka naučne i stručne javnosti, koja se i prakseno dokazala, jeste da sadržaj teksta ove publikacije pre svega reguliše tri različite vrste garancija:

- licitacione garancije;
- garancije za dobro izvršenje posla; i
- avansne garancije.

Osnovni cilj prilikom izrade ovih pravila jeste bio da se unificiraju pravila i za apstraktne (bezuslovne garancije) koje po svom značaju korišćenja u praksi jesu najvažnije. Sa razlogom jedan deo pravne nauke ističe da Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije samo delimično zadovoljavaju potrebe savremene prakse za ovim sredstvom obezbeđenja,

⁷⁰ Potvrdu iznetog možemo staviti u korelaciju sa obimom teksta Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (obe publikacije) koje su regulisane sa skoro trideset članova.

⁷¹ Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>

jer ne regulišu tkz. apstraktne (bezuslovne garancije) koje su efikasnije i lakše naplative kao sredstvo obezbeđenja.⁷² Potvrdu navedenog konstatuje i Pavićević, te navodi «da su najmoćniji investitori uspeli u potpunosti da potisnu u drugi plan upotrebu uslovnih garancija, uporno insistirajući na bezuslovnoj garanciji kao efikasnijem i lakše naplativom sredstvu obezbeđenja.⁷³ Način na koji su kompromisni interesi različitih strana u postupku izrade ovih pravila uticala na konačni tekst jeste fundamentalno uticao na ograničenost primene ovih pravila u praksi, upravo iz razloga zato što tekstom ovih pravila nije regulisana, odnosno pojmovno definisana bezuslovna garancija, što je bio jedan od glavnih zahteva poslovnih subjekata pri izradi ovih pravila.

Sadržaj teksta Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije jeste relativno skromnog obima, pa ceo tekst ima samo 11 članova. Struktura teksta ovih pravila jeste takva da su u njoj obrađena sledeća pitanja od značaja:

- oblast primene pravila;
- definicije licitacione, avansne i garancije za dobro izvršenje posla;
- obaveza garanta prema korisniku;
- krajnji rok za podnošenje zahteva;
- prestanak važnosti garancije;
- povraćaj garancije;
- izmene ugovora i garancije;
- podnošenje zahteva;
- dokumentacija kojom se potkrepljuje zahtev za plaćanje;
- primena zakona (prava); i
- rešavanje sporova.

U veoma kratkim crtama daćemo opšti komentar teksta ovih pravila.

3. Imajući u vidu činjenicu da su tekstom ovih pravila regulisana pitanja od značaja u vezi sa licitacionom, avansnom i garancijom za dobro izvršenje posla, koje će biti posebno analizirane u delu rada pod nazivom: Vrste bankarskih garancija, kao i da će osnov za njihovu analizu delimično biti i tekst ove publikacije, smatramo da je necelishodno na dva mesta u istraživanju analizirati isti dokument. Iz iznetog i obrazloženog u nastavku rada daće

⁷² Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 251.

⁷³ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 142.

se opšti komentar ovih pravila, uz njihovu detaljniju analizu u posebnom odeljku rada koji se bavi analizom različitih vrsta garancija.

Shvatajući pravnu prirodu ovih pravila, jasno je da kao i svaki drugi autonomni izvori prava, i Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije imaju ograničen pravni domet koji uslovljen sa dve relevantne pravne činjenice, pozivanje učesnika u poslu na njihovu primenu i pravo prvenstva primene zakona u odnosu na odredbe ovih pravila kada su ista u suprotnosti sa domaćim pravnim propisima zakonskog karaktera.⁷⁴ U Jednoobraznim pravilima za ugovorne garancije date su definicije za tri vrste garancija, i to: licitacionu garanciju, garanciju za dobro izvršenje posla, i avansnu garanciju.

4. Pravo na izdavanje garancija, koje je tekstem pravila definisano, podrazumeva da osim banke i osiguravajućeg društva, garant može biti i neka druga strana.⁷⁵ Iz navedenog proizilazi da su tekstopisci ovih pravila jasno uvideli jedan od problema u neusaglašenoj pravnoj regulativi i praksi različitih pravnih sistema u kontekstu prava na izdavanje garancije u zavisnosti od pravnog subjektiviteta garanta, pa je tekstem predviđeno da garanciju *de facto* može da izda bilo koji subjekt. Praksa izdavanja garancija u SAD jeste takva da sama unutrašnja regulativa jeste konzervativnog karaktera, pa banke (koje u našem pravu jedine mogu da izdaju garanciju) se ne mogu pojaviti kao izdavaoci garancija, već to čine specijalizovane bond institucije za određene vrste garancija, ili pak osiguravajuća društva.⁷⁶ Ako analiziramo domaće propise, odredbe Zakona o obligacionim odnosima jasno preciziraju da bankarsku garanciju može izdati isključivo banka kao finansijska institucija. Upravo na ovom primeru uočavamo problematiku unificiranja garancija na međunarodnom nivou, jer u našem pravu osim različitih modela bankarskih garancija, ne postoje druge vrste garancija koje mogu da izdaju drugi subjekti, dok suprotno pravno rešenje jeste sadržano u pravu SAD gde su banke institucije koje ne mogu da izdaju garancije, pa samim time i ne postoje bankarske garancije u obliku kakav poznaje naše pravo, već se iste zasnivaju na garancijskom odnosu koji proističe iz drugih vrsta garancija sličnog ili istog pravnog karaktera, ali gde se u ulozi garanta pojavljuju drugi subjekti. Kada smo u prethodnom delu rada apostrofirali teškoće unificiranja garancija, upravo na ovom primeru smo jasno ukazali osnovnu problematiku ujednačavanja pravila za garancije.

⁷⁴ Kada je neka od odredaba ovih pravila u suprotnosti sa odredbama zakona koji se primenjuju na garanciju koju strane ne mogu da izmene, odredba tog zakona ima pravo prvenstva. Čl. 1. st. 2. Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije (publikacija MTK 325).

⁷⁵ Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>

⁷⁶ Vidi više: Wunnicke, B., Turner, S. (2007): Standby and Commercial Letters of Credit. Aspen law and Business. Third edition. Chapter 4. pgn. 24.

5. Način definisanja pojma različitih vrsta garancija koje su obuhvaćene u tekstu ovih pravila jeste znatno manjeg «formalnog karaktera», u smislu korišćenja terminologije i načina koncipiranja definicija, što jasno ukazuje na činjenicu da tekst pravila nije sastavljen od strane apstraktnog zakonopisca, već od strane organizacije koja stoji iza interesa poslovnih subjekata, a njihovi interesi jesu takvi da tekst pravila mora biti jasan, razumljiv i praktičan. U tom smislu jasno uočavamo kvalitativnu razliku između ovog teksta i teksta određenog propisa koji uređuje bankarsku garanciju, kao što je to slučaj sa našim Zakonom o obligacionim odnosima.

U sve tri definicije pojma garancija, tekst pravila identifikuje sledeće subjekte: garant, principal, strana koja daje instrukcije, i korisnik. U smislu ovih pravila, garant jeste subjekt koji izdaje garanciju i ima obavezu da u granicama navedenog novčanog iznosa plati korisniku određeni iznos. Principal jeste subjekt koji se obraća garantu sa zahtevom izdavanja određene vrste garancije, i koji je istovremeno lice koje je dužno da izvrši određenu ugovornu obavezu iz osnovnog posla prema drugom subjektu (korisniku). Korisnik je lice u čiju korist se izdaje garancija i koji može da zahteva isplatu novčanog iznosa iz garancije u slučaju da principal ne ispuni obaveze koje proističu iz osnovnog ugovora. Na kraju, u određenim situacijama pojavljuje se još jedan subjekt, strana koja daje instrukcije, i ona jeste četvrti subjekt koji se može pojaviti u garancijskom odnosu, i to u garancijskim odnosima kada je neophodno učestvovanje još jednog subjekta usled specifičnosti garancijskog posla.

6. Druga obeležja teksta pravila odnose se na različita pitanja od značaj iz domena pravnih obaveza subjekata u garancijskom poslu. Prava i obaveze po osnovu garancija možemo podeliti prema subjektima garancijskog odnosa, i to: prava i obaveze korisnika garancija i prava i obaveze garanta. Pravni položaj korisnika garancije i garanta jeste definisan u odnosu na određena pravno relevantna pitanja. Sa stanovišta pravnog položaja garanta, obim i karakter njegovih obaveza jeste isključivo vezan prema korisniku garancije. Obaveze garanta prema korisniku jesu vezana za pitanja od značaja u vezi sa garantovanim novčanim iznosom. Garant je u obavezi prema korisniku samo u skladu sa odredbama i uslovima sadržanim u garanciji, odredbama ovih pravila, a sve do najvišeg od iznosa naznačenog u garanciji.⁷⁷ Sa druge strane, pravni položaj garanta jeste isključivo povezan sa odredbama i uslovima u garanciji, što *de facto* čini za neophodnim da garancija bude izdata

⁷⁷ Čl. 3 st. 1 Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>

u pismenoj formi.⁷⁸ Pored toga, ukoliko su stranke u sadržaju garancije precizirale primenu pravila sadržanih u ovoj publikaciji, onda je njihova primena obavezna osim kada ista nisu u suprotnosti sa pravom koje se primenjuje. Konačno, jedno od bitnih obeležja svih garancija odnosi se na novčani iznos garancije i obaveze plaćanja. Tekstom ovih pravila apostrofirano je značaj ovog pitanja time što je precizirano da obaveza po izdatoj garanciji ne može biti većeg iznosa od onog koji je u garanciji naznačen, čime je eliminisana mogućnost podnošenja zahteva za isplatu većeg iznosa. Da bi se izbegla praksa delimičnog ispunjenja ugovornih obaveza iz osnovnog posla, na osnovu čega je pre ovih pravila moglo doći do smanjenja iznosa garancije koja se treba isplatiti usled delimičnog izvršenja ugovora, tekst Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije delimično otklanja i tu mogućnost, time što definiše da «iznos naznačen u garanciji neće se smanjivati zbog bilo kog delimičnog izvršenja ugovora ukoliko u garanciji nije tako precizirano».⁷⁹ Ovakva formulacija je ipak naišla na kritiku pravne javnosti, ali i poslovnih subjekta, jer iako je u načelu determinisano da se iznos naznačen u garanciji neće smanjivati usled delimičnog izvršenja ugovora, ipak je ostavljeno da isto može biti promenjeno ako je tako u garanciji precizirano. S obzirom na pravnu prirodu garancije, na činjenicu da se sadržaj garancije određuje putem ugovora o izdavanju garancije između nalogodavca i garanta, kao i da je na korisniku da prihvati ili odbije garanciju sa već unapred definisanim sadržajem, ovakvo rešenje jeste u suprotnosti sa interesima korisnika garancije. Iz tog razloga, deo naučne i stručne javnosti je konstatovao da ovaj segment Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije jeste kvalitativno degradirao pravni položaj korisnika, te da je ovo bilo od uticaja na slabu primenu ovih pravila u praksi.

7. Ostali segmenti teksta ovih pravila uglavnom se bave procesnim pitanjima od značaja u vezi sa podnošenjem zahteva za isplatu od strane korisnika, kao i pitanjima od značaja u vezi sa dokumentacijom kojom se potkrepljuje zahtev za plaćanje.⁸⁰ Da bi ostvario svoje pravo iz garancije, korisnik garancije mora da podnese zahtev koji je upućen garantu u kojem se konstatuje da dužnik iz osnovnog posla nije ispunio obaveze prema ugovoru. Korisnik prethodno mora da vodi računa o dva relevantna pitanja u vezi sa zahtevom, krajnji rok za podnošenje zahteva i proceduralni aspekt podnošenja zahteva. Da bi njegov zahtev bio pravno osnovan isti mora biti podnešen u roku koji je definisan tekstom ovih pravila.

⁷⁸ Ovo je saobrazno sa pravnim rešenjem sadržanim u Zakonu o obligacionim odnosima.

⁷⁹ Čl. 3 st. 2 Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>

⁸⁰ Uopšte govoreći, analizirajući tekst sadržaja Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije možemo zaključiti da značajan broj odredbi ovih pravila prvenstveno uređuje pitanja od značaja koja se odnose na korisnika garancije, odnosno na njegova prava i obaveze.

Član 4 pravila afirmativno pokušava da utiče na strane u garancijskom poslu da same odrede krajni rok za podnošenje zahteva, ali istovremeno i propisuje krajnji rok, ali sam rok nije opšte definisan za sve vrste garancija koje su regulisane u publikaciji, već to čini pojedinačno za svaku od njih. Smatramo da ovo jeste adekvatno i dobro rešenje, jer pravna obeležja ovih garancija jesu umnogome determinisana sa pravnim obeležjima posla po osnovu kojeg nastaju, pa je iz tog razloga nemoguće definisati jedan opšti rok za sve vrste garancija koje su tekstom pravila obuhvaćena. Shodno iznetom, smatraće se da krajnji rok (datum isteka) do kojeg garant mora da primi zahtev nastupa različito za:

- *licitacionu garanciju* (period od šest meseci od datuma izdavanja garancije);
- *garanciju za dobro izvršenje posla* (period od šest meseci, računajući od datuma navedenog u ugovoru za isporuku ili završetak radova, ili posle bilo kog produženja tog roka, ili mesec dana po isteku bilo kog perioda održavanja - garantni period, koji je ugovorom predviđen ako je ovaj period održavanja izričito pokriven garancijom);
- *avansnu garanciju* (period od šest meseci, računajući od datuma naznačenog u ugovoru za isporuku li za završetak radova, ili nakon bilo kog dogovorom regulisanog roka).

Iz iznetog jasno proizilazi sva kompleksnost pokušaja unificiranja garancija što je prethodno i konstatovano, pa i ne čudi da jedan deo pravne javnosti jeste sa razlogom ukazao da, način na koji su determinisani krajnji rokovi za podnošenje zahteva za isplatu jeste suviše opšti, da su rokovi ako ih strane ne menjaju relativno dugi uzimajući u obzir karakteristike poslova iz kojih proizilaze (posebno se apostrofira krajni rok od šest meseci od datuma izdavanja koji važi za licitacione garancije), te da činjenica da sama pravila predviđaju odstupanja od tako definisanih rokova jeste samo još jedna u nizu zamerki na tekst pravila sadržanih u ovoj publikaciji.

8. Kada je u pitanju procesnopravni aspekt podnošenja zahteva za isplatu od strane korisnika, propisana su tri načina podnošenja zahteva: pismeno, telegramom ili teleksom. U vezi sa podnošenjem zahteva za isplatu, ozbiljna zamerka na tekst ove publikacije odnosi se na obavezu dostavljanja dokumentacije kojom se potkrepljuje zahtev za plaćanje. Prilikom podnošenja zahteva za isplatu, korisnik mora prezentovati sudske ili arbitražne odluke kao dokaz da nalogodavac nije izvršio obavezu iz osnovnog posla.⁸¹ Ovo je jasno definisano u članu 9 pravila, koji ne ostavlja mogućnost izdavanja garancija bez jasno precizirane

⁸¹ Na ovaj način se u potpunosti učinilo ovo sredstvo obezbeđenja apsurdnim u odnosu na prvobitnu intenciju da ove garancije budu bezuslovnog karaktera, čineći iste de facto uslovnim garancijama.

dokumentacije kojom se potkrepljuje zahtev za plaćanje. Pravni paradoks predstavlja činjenica da čak i kada je u samom sadržaju garancije predviđeno da je dovoljno da korisnik samo podnese izjavu kojom zahteva plaćanje, čl. 9 ovih pravila jasno precizira obavezu dostavljanja dodatne dokumentacije da bi se zahtev za isplatu mogao realizovati, čak i onda kada to nije volja samih učesnika u garancijskom odnosu. Na ovaj način korisnik garancije će uvek morati da vodi sporove sa nalogodavcem u kojem mora dokazati da isti nije izvršio obavezu iz osnovnog ugovora, a ishod ovih sporova neretko može biti neizvestan. Tek nakon protoka određenog vremena, korisnik garancije će možda uspeti da ishodi sudsku presudu ili arbitražnu odluku koja bi mu omogućila da podnese zahtev garantu za isplatu garantovane sume, čineći sam proces naplate po garanciji koje se pozivaju na primenu ovih pravila veoma komplikovanim, neizvestin i krajnje upitnim po interese korisnika garancije.⁸²

8. Treći segment teksta Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije jesu pravila koja su opšteg karaktera, i odnose se na: prestanak važnosti garancije i povraćaj garancije; izmene ugovora i garancije; primena zakona (prava) u pogledu nadležnosti; kao i način rešavanja sporova. Uvažavajući prethodno determinisanu metodologiju prikaza i komentara pravila sadržanih u ovoj publikaciji, osvrt na ova pitanja biće učinjen u pojedinačnoj analizi licitacione, avansne i garancije za dobro izvršenje posla.

9. Kao i svaki prvi pokušaj unificiranja određenog pravnog posla, proces unifikacije pravila za garancije koji je učinjen u okviru Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, može se oceniti kao neuspešan. Intencija da se kreiraju pravila koja se odnose pre svega na garancije za plaćanja, odnosno uobličavanje pravila vezanih za безусловne garancije, nisu obuhvaćena u okviru ove publikacije, iako je prvobitna namera bila upravo takva. Nasuprot tome, tekst ove publikacije jeste definisao druge vrste garancija, ali ovo po nama to nije najveća mana samog teksta ovih pravila. Najveća zamerka na tekst pravila jeste izneta od strane samih subjekata koji bi trebali i morali da imaju benefit od unifikacije pravila za garancije - poslovnih subjekata. Ukazano je da tekst ovih pravila jeste usložio procesnopravu isplatu garantovanog novčanog iznosa, koji je nepotrebno opterećen zahtevom u pogledu neophodne dokumentacije kojom se potkrepljuje zahtev za plaćanje, čak i onda kada su same strane u sadržaju garancije predvidele da korisnik garancije samo mora da podnese izjavu kojom zahteva plaćanja. Na ovaj način ne samo da je isključena volja subjekata u ovom poslu, već su *de facto* sve garancije koje su u sadržaju teksta precizirale primenu ovih pravila suštinski tkz. uslovne garancije. Iz navedenih razloga ubrzana je izrada posebnih pravila za

⁸² Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 142.

garancije na poziv, čiji tekst pravila je trebao da otkloni navedene nedostatke sadržane u Jednoobraznim pravilima za ugovorne garancije (publikacija 325).

3.3.2. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 458)

Ciljevi i zadaci koji su postavljeni od strane Međunarodne trgovinske komore prilikom pokušaja unifikacije pravila za garancije nisu ostvareni u prvoj publikaciji. Zaključak izveden iz prethodnog dela rada, u kojem se konstatuju mane teksta pravila, jesu bile takvog inteziteta da je bilo neophodno doneti nov set pravila koja će uvažavati kritike na račun prethodnog teksta. Rad na izradi nove publikacije pravila za garancije Međunarodna trgovinska komora je okončala 1992. godine, kada su i usvojena Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 458). Kvalitativne promene na bolje već su nagoveštene u samom nazivu ovih pravila – Jednoobrazna pravila za garancije na poziv, čime je već ukazano da će tekst ovih pravila biti sadržinski i kvalitativno drugačiji u odnosu na tekst prethodne publikacije.⁸³

Jednoobrazna pravila za garancije na poziv primenjuju se za svaku garanciju na poziv za koju se primenjuju ova pravila kada je u sadržini garancije tako definisano. Tekst publikacije jeste metodološki znatno sređeniji u odnosu na prethodni tekst publikacije 325. Tekst pravila je podeljen na pet odvojenih segmenata i to:

- *predmet i primena pravila;*
- *definicije i opšte odredbe;*
- *obaveze i odgovornosti;*
- *odredbe o prestanku važnosti;*
- *i primena zakona i jurisdikcija.*

Ono što se odmah uočava jeste intencija tekstopisca ovih pravila za veću upotrebu pravne terminologije u tekstu pravila, nasuprot teksta prethodne publikacije koja je bila relativno opšteg karaktera, u smislu korišćenja specifične pravne terminologije. Kao pozitivno može se oceniti i sam metodološki pristup u kontekstu kreiranja sadržaja teksta publikacije, gde postoji logično - pravni sled samog teksta publikacije, od uvodnih i osnovnih pojmova odnosno definicija i opštih odredbi, preko obaveza i prava učesnika u

⁸³ Izmene naziva pravila ukazuju da predmet regulisanja ove publikacije jeste vezan za garancije na poziv kao opšteg modela za sve vrste garancija, što je osnovna kvalitativna razlika u odnosu na tekst Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, koje su u osnovi regulisale pitanja od značaja za tri različite vrste garancija specifičnog obeležja u odnosu na osnovni posao sa kojim su de facto povezane.

garancijskom odnosu, do odredbi o prestanku garancije, kao i pravne jurisdikcije. Obim teksta publikacije u smislu broja članova jeste značajno veći u odnosu na prethodnu publikaciju (28 članova), što jeste jedna od naznaka da se detaljnije pristupilo regulisanju pravila za garancije.

1. Osnovna intencija Međunarodne trgovinske komore, prilikom kreiranja novih pravila za garancije, jeste bila ka definisanju garancije kao samostalnog pravnog posla, što je prema načinu definisanja pojma garancije na poziv i učinjeno. *Garancija na poziv znači svaku garanciju, bond ili drugu obavezu plaćanja, bez obzira na naziv ili opis, od strane banke, osiguravajuće kompanije ili drugog pravnog ili fizičkog lica (garant) koja je data u pismenoj formi, za plaćanje određenog iznosa po prezentaciji, u skladu sa uslovima preuzete obaveze, pismenog zahteva za plaćanje i drugog odnosno drugih dokumenata, kao što je navedeno u garanciji.*⁸⁴ Garancije po svojoj prirodi predstavljaju posebne transakcije u odnosu na ugovor(e) ili uslove tendera, na kojima mogu biti zasnovane i garant(i) nema (nemaju) nikakve veze sa istima niti ih takvi ugovori ili uslovi tendera obavezuju, čak i kada su uključeni ili se pozove na njih u garanciji. Obaveza garanta po garanciji je da plati iznos ili iznose naznačene u njoj po prezentaciji pismenog zahteva za plaćanje i drugih dokumenata navedenih u garanciji koja su po izgledu u skladu sa uslovima.⁸⁵

Definicija garancije na poziv nije jednoobrazna, tj. nije kao takva definisana kao jedinstven pojam, već jeste sublimacija više posebnih pojmova. Iz toga proizilaze i mogu se identifikovati važna pravna obeležja garancije na poziv. Pod garancijama za poziv smatraju se sve vrste garancija, bond ili obaveze plaćanja gde je u sadržini ovih garancija prihvaćena primena ovih pravila. U odnosu na tekst pravila za ugovorne garancije gde su pojmovno definisane tri različite vrste garancija, tekst ovih pravila je isključivo fokusiran na definisanju pojma garancija na poziv, ali način na koji je to učinjeno dozvoljava da se pod istim mogu podvesti bilo koje vrste garancija, što jeste u osnovi bila prvobitna intencija Međunarodne trgovinske komore. Izdavalac garancije na poziv mogu biti banke, osiguravajuće kompanije ili druga pravna ili fizička lica. Za razliku od teksta pravila za ugovorne garancije, ovim pravilima je ostavljena mogućnost izdavanja garancija i od strane fizičkih lica, što jeste praksa u određenim državama, tj. kada isto nije u suprotnosti sa domaćim propisima. Forma garancije na poziv jeste pismena forma što je u definiciji precizirano. Ono što predstavlja kvalitet definicije garancije na poziv jeste afirmacija

⁸⁴ Čl. 2 a. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

⁸⁵ Čl. 2 b. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

samostalnosti garancije u odnosu na druge pravne poslove, odnosno ugovore kako se u členu 2 stav b. definiše. Pravna nauka smatra da upravo ova odredba afirmiše garancije na poziv kao samostalne i apstraktne garancije, što jeste bio jedan od zahteva poslovnih subjekata u kontekstu pravne prirode garancija.

2. Kao pozitivni element teksta pravila ističe se i bliže definisanje sadržaja garancije, u smislu kako će isti biti oblikovan ako su u istom poziva na primenu ovih pravila (unapred pripremljena opšta forma sadržaja).⁸⁶ U tom smisli, garancije na poziv trebaju da sadrže sledeće obavezne elemente, i to: ime principala, ime korisnika, garanta, osnovnu transakciju koja zahteva izdavanje garancije; maksimalni iznos koji se plaća i valuta u kojoj se plaća; rok važenja i/ili događaj kojim prestaje važenje garancije; uslovi za poziv za plaćanje; odredbu o smanjenju iznosa garancije.⁸⁷ Determinisanje elemenata koji svaka garancija treba da sadrži jeste pozitivno uticalo na pravno uobličavanje garancije u smislu njenog sadržaja, što jesu jedni od komentara na ova pravila.⁸⁸ Domet ovog rešenja jeste prevazišao primenu samih pravila, jer su na osnovu ovih pravila kreirani modeli/obrasci garancija koje se izdaju, što je svakako umnogome pozitivno se reflektovalo na uobličavanje različitih modela garancija u odnosu na pravnu prirodu osnovnog posla zbog kojeg se izdaju.

3. *U odnosu na tekst pravila iz publikacije 325. član 5. Jednoobraznih pravila za garancije na poziv jasno precizira da sve garancije jesu neopozive.* Ipak, pravilima je određeno da neopozivost može biti izmenjena u sadržaju garancije ako je takva volja strana u poslu. Značaj ove odredbe jeste istaknut od strane pravne nauke, jer se ovim članom determiniše da u osnovi garancija jeste neopoziva, čime je postignut kvalitet više u smislu pravne sigurnosti pre svega za korisnika garancije u odnosu na rešenja sadržana u tekstu prethodne publikacije. Takođe, u okviru opštih odredbi teksta publikacije bliže je definisan i momenat stupanja garancije na snagu, pa se shodno ovim pravilima smatra da garancija stupa na snagu danom njenog izdavanja. Ipak, kao i kod prethodnog člana i na ovom mestu je određeno dispozitivno pravo učesnika u poslu da sadržaj garancije odrede shodno svojim interesima, pa je određeno da garancija stupa na snagu danom njenog izdavanja, ukoliko u odredbama izričito nije predviđeno da će stupiti na snagu nekog kasnijeg datuma ili da stupanje na snagu zavisi od ispunjenja uslova predviđenih u garanciji i da ga utvrđuje garant

⁸⁶ Goode, R., Del Busto, C. (1992): Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Paris International Chamber of Commerce. ISBN 92-842-1145-X. pgn. 12.

⁸⁷ Čl. 3 Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

⁸⁸ Goode, R., Del Busto, C. (1992): Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Paris International Chamber of Commerce. ISBN 92-842-1145-X. pgn. 10.

na osnovu dokumenata predviđenih u garanciji.⁸⁹ Ističući neke od pozitivnih aspekata ovih pravila, Šogorov, S. ipak smatra da broj klauzula koje je moguće modifikovati u odnosu na osnovno pravilo, kao što je slučaj u prethodno analiziranom članu pravila, može da umanjiti značaj same garancije, te je svede na čistu formalnost.⁹⁰ Možemo se složiti sa ovakvim stavom, jer upravo na primeru prethodna dva člana uviđamo mogućnosti odstupanja od opšteg pravila, što u osnovi znatno menja pravni kvalitet garancija, iako naizgled afirmiše diskreciona prava učesnika u garancijskom odnosu.

4. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv definišu i obaveze i odgovornosti strana u garancijskom poslu (garanta, korisnika, principala odnosno nalogodavca), i to je učinjeno na jedan sistematičan i pregledan način, što je svakako kvalitet više u odnosu na tekst publikacije 325. Broj odredbi pravila koja se odnose na obaveze i odgovornost učesnika u garancijskom poslu jeste 13, što čini gotovo polovinu odredbi cele publikacije i predstavlja ozbiljan iskorak u pravcu detaljnijeg regulisanja pitanja od značaja u vezi sa obavezama i stepenom odgovornosti učesnika u garancijskom poslu. Ne želeći da ulazimo u detaljnu analizu svih odredbi, ukazaćemo samo na važnija rešenja iz domena obaveza i odgovornosti. U članu 9 pravila definisano je da sva dokumenta predviđena u garanciji i podneta po garanciji, uključujući i poziv za plaćanje, garant je dužan da pregleda sa razumnom pažnjom, te da u tom smislu garant ima na raspolaganju razumno vreme za pregled ovih dokumenata, što se posebno definiše u kontekstu vremena za pregled poziva za plaćanje.⁹¹ Jedno od pozitivnih rešenja u okviru ovih pravila jeste definisanje roka u kojem garant mora da odluči da li će platiti ili odbiti poziv za plaćanje koji mu je dostavljen. Iako sama formulacija ove odredbe ne precizira rok u kojem isti mora da odluči da li će platiti ili odbiti poziv, upotreba termina «razuman rok» u kojem garant mora da odluči po dostavljenom zahtevu za plaćanje po garanciji jeste adekvatan pravni standard u ovom slučaju, uvažavajući činjenicu da definisanje preciznijih rokova, u kontekstu vremena potrebnog da garant odluči na osnovu poziva za plaćanje da li će platiti ili odbiti poziv, jeste problematično uzimajući u obzir različitu praksu po ovom pitanju u pravima različitih država, kao i specifičnost određenih vrsta garancija koje zahtevaju više vremena u kontekstu provere dokumentacije koja je dostavljena zajedno sa zahtevom za plaćanja po garanciji.

5. *Garant ne preuzima nikakvu obavezu ili odgovornost za formu, potpunost, preciznost, autentičnost, falsifikat ili pravno dejstvo bilo kog dokumenta koji im je*

⁸⁹ Čl. 6 Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

⁹⁰ Šogorov, S. (2005): Bankarsko pravo. Poslovni biro, Novi Sad, ISBN 86-84895-03-7, str. 226

⁹¹ Čl. 9 i čl. 10 Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

*prezentiran ili za opšte i/ii pojedinačne napomene stavljene na njih, niti za dobru veru ili radnju ili propust bilo kog lica.*⁹² Ova odredba pravila ima za cilj da zaštiti interese garanta kao izdavaoca garancije, ali i subjekta koji izvrši plaćanje po garanciji kada su za to ispunjeni uslovi, od obaveze i odgovornosti različitog karaktera koji su ili povezani sa sadržajem garancije ili pak sa dokumentima koji im se dostavljaju od strane korisnika. Položaj garanta u garancijskom odnosu može biti izuzetno kompleksan, kako sa stanovišta njegovog odnosa sa principalom odnosno nalogodavcem iz ugovora o izdavanju garancije, tako i u odnosu sa korisnikom garancije na osnovu prethodno izdate garancije. Iz kompleksnosti takvih odnosa, a uvažavajući činjenicu da garant ima obavezu pregleda poziv za plaćanje, kao i propratna dokumenta, te da postoji standard dobre pažnje u kontekstu pregleda istih na osnovu sadržaja same garancije, razumljivo je da se ne može od garanta očekivati da na sebe preuzme takav obim odgovornosti, odnosno obaveze u pogledu provere kvaliteta prezentiranih dokumenata, niti može da odgovara za radnje ili propuste bilo kog lica. Ova odredba jeste kvalitet više ove publikacije, jer ova vrsta pravne zaštite interesa garanta nije bila precizirana u pravilima teksta publikacije 325. Shvatajući obim i karakter obaveze koju na sebe preuzima garant, nivo pravne zaštite prema ovom subjektu mora biti najvišeg stepena, jer u suprotnom garant ne bi imao interes za učestvovanje u garancijskim poslovima ukoliko njegov pravni položaj u odnosu na druge učesnike u poslu nije adekvatnog pravnog kvaliteta. Potvrda važnosti koju garant u garancijama na poziv uživa pronalazi se i u članu 13. publikacije.⁹³

Jedna od važnijih zamerki koja bila upućivana na tekst publikacije 325 jeste bio izostanak odredbi u pravilima koje se odnose na tkz. regresno pravo garanta prema nalogodavcu, odnosno principalu, u slučaju isplate garantovanog novčanog iznosa po prezentiranom pozivu za plaćanje od strane korisnika garancije. Iako je u praksi garant

⁹² Čl. 11 Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

⁹³ U ovom članku se navodi da «garant ne preuzima nikakvu obavezu ili odgovornost za posledice koje nastanu prekidom njihovog poslovanja višom silom, pobunom, građanskim nemirima, ustancima, ratovima ili drugim razlozima koji su izvan njihove kontrole ili trajovima, lokautima ili industrijskim akcijama bilo koje vrste». U osnovi su ovde nabrojani razlozi koji utiču na prekid poslovanja između garanta i korisnika garancije. Navedeni razlozi se mogu podeliti na opšte koji su u većini zakonodavstava predviđeni kao legitimni osnov na koje se stranke u poslu mogu pozivati u kontekstu ne ispunjenja ugovorenih obaveza, što je predviđeno i odredbama našeg Zakona o obligacionim odnosima. Specifičnost prekida poslovanja između korisnika i garanta koji se reguliše ovim članom, a na osnovu kojih garant nema nikakvu odgovornost ili obavezu, jeste u tkz. poslovnim događajima – događaji koji su specifičnog karaktera i vezani su za poslovanje ovih subjekata, a odnose na štrajk, lokaut odnosno industrijske akcije bilo koje vrste. Dopuna događaja koji se smatraju kao osnovanim za nepostojanje odgovornosti za posledice koje proisteknu iz istih jeste novina ovih pravila, a zasnovana je na realnim iskustvima poslovanja koji de facto mogu uticati na realizaciju poslovnih aktivnosti.

obezbeđivao svoje interese u okviru ugovora o izdavanju garancije u kojem je definisano da će imati pravo potraživanja prema nalogodavcu/principalu u slučaju isplate novčanog iznosa iz garancije, ovo pravo nije kao takvo bilo definisano u okviru Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije. Uvažavajući stav, pre svega banaka i osiguravajućih društava kao subjekata koji se najčešće pojavljuju u ulozi garanta, prilikom izrade novih pravila Međunarodna trgovinska komora je uzela u obzir navedene zamerke pa je propisana obaveza novčanog namirenja garanta od strane nalogodavca/principala ukoliko je došlo do isplate garatnog iznosa.

6. U odnosu na rešenja u prethodnoj publikaciji, Međunarodna trgovinska komora je dodatno razradila i uredila pitanja od značaja u vezi sa smanjenjem iznosa plaćanja garanta u odnosu na prethodno definisani iznos u garanciji. Iznos plativ po garanciji smanjuje se za iznos plaćanja koje izvrši garant da bi udovoljio pozivu za plaćanje i, kada maksimalni iznos plativ po garanciji bude iscrpljen, plaćanjem i/ili umanjnjem, garancija se onda gasi bez obzira da li je, ili nije garancija ili izmena garancije vraćena.⁹⁴ Ova odredba se u praksi pokazala kao kontraverzna u primeni, jer način na koji je ista definisana unosi zabunu među učesnicima u garancijskom poslu. Intencija Međunarodne trgovinske komore jeste bila da učini položaj garanta boljim u odnosu na prethodna rešenja, ali je to učinjeno na štetu druge strane u poslu, korisnika garancije. Prilikom određivanja visine garantovanog novčanog iznosa, ovaj iznos najčešće proizilazi iz vrednosti osnovnog posla između poslovnih subjekata, te uvažava različite faktore koji utiču na formiranje iznosa garancije, od realnih potraživanja i troškova koji proizilaze iz osnovnog ugovora, do procene visine štete koja može da nastupi u vezi sa neispunjenjem obaveze iz ovog ugovora. Tako definisani iznos garancije uvažava interese korisnika garancije u smislu realnog određivanja iznosa garancije u skladu sa visinom potraživanja, različitim troškovima koji su identifikovani, kao i na osnovu procene štete koja bi bila pričinjena njegovim interesima u slučaju da dužnik iz osnovnog posla ne izvrši obavezu iz osnovnog ugovora u roku, odnosno ne izvrši je uopšte. Međutim, ako analiziramo način na koji je Međunarodna trgovinska komora propisala ovu odredbu pravila, dolazimo do zaključka da korisnik vrlo lako može doći u situaciju da mu ne bude isplaćen pun garantovani iznos ukoliko je garant u nameri da udovolji pozivu za plaćanje vršio druga plaćanja koja onda shodno ovoj odredbi pravila se smatraju kao delimična isplata garantovanog iznosa od strane garanta. Praksena iskustva jesu pokazala svu problematičnost ove odredbe jer su korisnici dolazili u situaciju da garant obračunava

⁹⁴ Čl. 19. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

različite manipulativne troškove koje je kategorisao kao obavezne da bi udovoljio pozivu za plaćanje (troškovi transfera novca, troškovi konverzije valuta, troškove obrade zahteva i sl.), čime je korisnik garancije dolazio u situaciju da mu ne bude isplaćen pun garantovani iznos iz garancije.⁹⁵

7. U pravnoj nauci se sa pravom ističe da najkvalitetnije obeležje Jednoobraznih pravila za garancije na poziv jeste inkorporiranje odredbe kojom se omogućuju izdavanja bezuslovnih garancija. U okviru prethodnog teksta publikacije 325 je na eksplicitan način determinisano da uz poziv za plaćanje koji se podnosi u pismenoj formi, moraju biti dostavljena i prateća dokumenta kojima se dokazuje da principal odnosno nalogodavac nije izvršio obavezu iz osnovnog ugovora. Način na koji je ova odredba definisana jeste bio takav da je bilo nemoguće isključiti njenu primenu, što je *de facto* uticalo na to da sve vrste garancije koje se u sadržaju pozivaju na primenu Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije jesu po svojoj prirodi uslovne garancije, jer je svaki poziv za plaćanje bio uslovljen podnošenjem odgovarajućih dokumenata. Da bi se garancije mogle koristiti na način koji to odgovara svim učesnicima u poslu, a posebno korisniku garancije koji i insistira na izdavanju ovog instrumenta obezbeđenja, pravna priroda garancija mora biti bezuslovnog karaktera, ili mora biti bar tako određena da ostavlja mogućnost stranama u garancijskom poslu da isključe primenu klauzula koje zahtevaju dostavljanje proratne – dokazne dokumentacije na osnovu koje bi se izvršio poziv za plaćanje. Shatajući kompleksnost unifikacije pravila za garanciju, a uvažavajući činjenicu da se ista neće primenjivati ukoliko ne odgovaraju interesima učesnika u poslu, Međunarodna trgovinska komora je formulisala odredbu koja se odnosi na proceduralni aspekt podnošenja poziva/zahteva za plaćanje.

a) Svaki poziv za plaćanje po garanciji mora biti u pismenoj formi i mora biti (uz druga dokumenta kao što je navedeno u garanciji) praćen pismenom izjavom (bilo u samom pozivu za plaćanje ili u posebnom dokumentu ili dokumentima koja prate poziv za plaćanje i on se na njih poziva) koja pokazuje:

- da je principal/nalogodavac prekršio svoju obavezu(e) po osnovnom ugovoru (ima) ili, u slučaju licitacione garancije, uslove iz tendera,
- u kom pogledu je principal u prekršaju.

c) Paragraf (a) ovog člana se primenjuje ako nije izričito isključen odredbama garancije.⁹⁶

⁹⁵ Vidi više: Vukadinović, R. (1994): Bankarska garancija na prvi poziv prema Jednoobraznim pravilima iz 1992. godine. Pravo i privreda, God. 32, br. 5-6, str. 63-71.

⁹⁶ Čl. 20. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

Na osnovu gore prikazanog člana 20 Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, možemo izvesti sledeće zaključke. Prvo, svaki poziv za plaćanje po garanciji mora biti u pismenoj formi. U odnosu na prethodni tekst publikacije izvršene su jezičke izmene, u smislu «zahtev po garanciji, odnosno zahtev za plaćanje» kako je bilo definisano u prethodnom tekstu, dok je u ovom tekstu isto preformulisano u «poziv za plaćanje». Ipak, promena većeg značaja jeste da je pravilima publikacije 458 precizirano da će «svaki poziv za plaćanje po garanciji biti u pismenoj formi», dok je u prethodnoj publikaciji podnošenje zahteva za plaćanje bilo moguće izvršiti pismeno, telegramom ili teleksom.⁹⁷ Važnija promena od navedenih jeste ona koja čini mogućim izdavanje bezuslovne garancije. Za razliku od čl. 8. Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, član 20 Jednoobraznih pravila za garancije na poziv jeste formulisan tako da ostavlja mogućnost učesnicima u garancijskom poslu isključenje paragrafa (a), čime se de facto omogućava izdavanje bezuslovnih garancija. Čak i sam paragraf (a) jeste tako sadržinski definisan da se isti može tumačiti na različite načine, pa čak i tako da i sam taj paragraf bez njegovog isključenja omogućava izdavanje bezuslovnih garancija. Poziv za plaćanje po garanciji mora biti praćen pismenom izjavom koja «pokazuje da je principal prekršio svoju obavezu po osnovnom ugovoru, kao i u kom pogledu je principal u prekršaju». Način na koji je formulisana obaveza «dokazivanja» da principal nije izvršio svoju obavezu iz osnovnog ugovora jeste kvalitativno drugačije formulasana u odnosu na čl. 8 Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije. Tumačeći ovu odredbu može se doći do zaključka da u samom tekstu pismene izjave, korisnik nije u obavezi da «dokazuje ne izvršenje principalove obaveze» već je formulacija blažeg karaktera, pa je neophodno da pismena izjava «pokazuje» kršenje obaveze principala/nalogodavca po osnovnom ugovoru, odnosno u kom pogledu je principal/nalogodavac u prekršaju. Iako je ovo ekstenzivno tumačenje ovog člana, isti je svakako znatno povoljniji za korisnika garancije u odnosu na član 8 Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije. Ipak, ne ulazeći u granična tumačenja člana 20 stav A. u tekstu publikacija pod paragrafom C. jasno je precizirano da se paragraf A. iz ovog člana primenjuje ako izričito nije isključen odredbama garancije. Ukoliko su strane u garancijskom poslu saglasne, moguće je isključiti primenu paragrafa A. u sadržaju garancije, a da se istovremeno na istu primenjuju pravila sadržana u ovoj publikaciji, čime je ostvarena intencija Međunarodne trgovinske komore u smislu kvalitetnijeg položaja korisnika

⁹⁷ Ove promene jesu od značaja, ali su iste posledica razvoja drugih vidova komunikacije među poslovnim učesnicima, imajući u vidu zastarelost korišćenja telegrama i teleksa.

garancije prilikom podnošenja poziva za plaćanje, odnosno čime se isključuje obaveza prilaganja dokumenata kojima se pokazuje da je principal prekršio obaveze iz osnovnog ugovora, a čime se ostvaruje pravo korisnika da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa.⁹⁸

8. Odredbe o prestanku važnosti garancije na detaljniji način su regulisale ovo pitanje u odnosu na prethodni tekst pravila. U okviru Jednobraznih pravila za ugovorne garancije ovo pitanje je regulisano sa samo jednim članom, dok tekst Jednobraznih pravila za garancije na poziv uređuje ovu materiju sa pet članova. Pitanja od značaja koja se pravno tretiraju u okviru ovog segmenta publikacije odnose se na: istek roka predviđenog u garanciji za podnošenje poziva za plaćanje; poništavanje izdate garancije; pravni režim u vezi sa izdatom garancijom nakon njenog izvršenja, istek važnosti ili poništenja; kao i produženje roka važnosti garancije.⁹⁹ U pogledu roka predviđenog za podnošenje poziva na plaćanje definisano je da istek roka koji je obavezni deo sadržaja garancije mora biti do određenog kalendarskog datuma (datum isteka važnosti) ili po podnošenju garantu dokumenata utvrđenih u svrhu prestanka važenja garancije (događaj za prestanak važnosti).¹⁰⁰ U odnosu na prethodna rešenja u vezi sa ovim pitanjem, čl. 20 ove publikacije definiše dva načina isteka roka za podnošenje poziva za plaćanje, tačno definisani datum isteka važnosti garancije, odnosno nastupanje događaja koji se dovodi u vezu sa prestankom važnosti garancije. Ovo je znatno kvalitetnije rešenje od onog koje je definisano u prethodnoj publikaciji. Kvalitativna novina ovih pravila odnosi se i na poništavanje izdate garancije. Zauzet je stav da nezavisno od klauzula sadržanih u garanciji o prestanku važnosti, garancija se poništava podnošenjem garantu same garancije ili pismene izjave korisnika o oslobađanju od obaveza po garanciji, bez obzira na to da li su ili nisu garancija ili izmene garancije vraćene.¹⁰¹ Važnost ovog člana jeste u tome što se derogira sadržaj garancije u smislu određenih klauzula koje se odnose na prestanak važnosti garancije, te da iako je predviđen drugačiji pravni režim u vezi sa prestankom garancije, isti nije od značaja u situaciji kada je korisnik podneo garanciju garantu, odnosno dostavio pismenu izjavu o oslobađanju od obaveza po garanciji, pa se shodno ovim pravilima garancija automatski smatra za

⁹⁸ Ovim rešenjem je omogućeno izdavanje bezuslovnih garancija, što je bila jedna od zamerki na tekst prethodne publikacije.

⁹⁹ Prethodno izveden zaključak, da obim teksta sadržaja Jednobraznih pravila za garancije na poziv jeste takav da očigledno predstavlja dokument koji u odnosu na prethodni detaljnije reguliše pitanja od značaja u vezi sa ugovornim garancijama, ima svoju potvrdu i ovom segmentu teksta publikacije.

¹⁰⁰ Čl. 22 Jednobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

¹⁰¹ Čl. 23 Jednobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

poništenom, bez obzira da li je takva garancija vraćena ili ne.¹⁰² Dodatna afirmacija navedenog jeste sadržana u čl. 24 teksta publikacije u kojem se navodi da «kada je garancija prestala da važi zbog izvršenog plaćanja, isteka važnosti, poništenja ili na drugi način, zadržavanje garancije ili njenih izmena ne daje nikakva prava korisniku po garanciji».

9. Poslednji deo teksta publikacije odnosi se na pitanje primene zakona, odnosno jurisdikcije u vezi sa izdatim garancijama koje se u sadržaju pozivaju na primenu Jednoobraznih pravila za garancije na poziv. U pogledu primene prava, pravilima je definisano da će se primenjivati zakon koji važi u poslovnom sedištu garanta, ili ako garant ima više od jednog poslovnog sedišta, onaj koji važi u sedištu filijale koja je dala garanciju ili kontragaranciju.¹⁰³ Ova odredba se primenjuje samo onda kada u sadržini garancije nije određeno koje će se pravo primenjivati. Analizirajući pravila sadržana u obe publikacije dolazimo do zaključka da nije došlo do bitnijih pravnih promena u smislu načina određivanja primene prava odnosno zakona kada to nije regulisano u sadržaju garancije. Oba rešenja prihvataju nadležnost onog prava koji je povezan sa atributima garanta, s tim što je formulacija neznatno drugačija, pa se u novim pravilima koristi termin «poslovno sedište garanta», dok je u prethodnom tekstu publikacije korišćena formulacija «mesto u kojem garant obavlja poslovanje». Smatramo da i jedno i drugo rešenje ne dovodi u nedoumicu subjekte garancijskog posla u smislu primene prava shodno sedištu odnosno mestu obavljanja poslova garanta, iako je naše lično mišljenje da formulacija «u poslovnom sedištu garanta» jeste prihvatljivija. U vezi sa rešavanjem spora između garanta i korisnika u vezi sa garancijom, ovim pravilima je određene da će se sporovi rešavati isključivo kod nadležnog suda zemlje u kojoj je poslovno sedište garanta. Zanimljivo je istaći da su u tekstu ove publikacije isključene odredbe iz prethodnog teksta iz člana 11 stav 1 i 2, u kojima je bilo propisano rešavanje sporova putem arbitraže uz primenu pravila arbitraže za koje su se saglasili garant i korisnik. Na prvi pogled bi se moglo zaključiti da nije moguće ugovoriti arbitražu za rešavanje sporova u vezi sa garancijom ukoliko se u sadržaju garancije poziva na primenu ovih pravila, ali je u stvari samo došlo do skraćivanja teksta same publikacije, jer sama formulacija «ukoliko nije drugačije predviđeno u garanciji» ostavlja mogućnost diskrecionog prava učesnika u garancijskom poslu da odrede način rešavanja spora, putem arbitraže ili putem državnih sudova, kao i njihovu mesnu nadležnost.

¹⁰² Ovo pitanje jeste od značaja za izdavaoca garancije da bi se on mogao odbraniti od neutemeljenih zahteva za isplatu po garanciji koja je već prestala da važi, ali se i dalje nalazi u rukama korisnika garancija.

¹⁰³ Čl. 27 Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

Jednoobrazna pravila za garancije na poziv jesu urađena na bazi pokušaja pomirenja različitih interesa učesnika u garancijskom poslu, garanta i korisnika garancije. Uz to, i položaj nalogodavca u celom poslu jeste identifikovan kao značajan, pa su pravila uvažila i njegov značaj u tekstu publikacije. Ipak, posle više od dve decenije praksene primene ovih pravila došlo se do zaključka da sa istima nisu zadovoljni ni korisnici, ni garanti, niti nalogodavci, svako sa svog partikularnog stanovišta. Iako su konstatovane promene na bolje, u odnosu na tekst pravila sadržanih u Jednoobraznima pravilima za ugovorne garancije, ni Međunarodna trgovinska komora nije bila zadovoljna obimom primene ovih pravila u praksi. Čak i je pravna nauka smatrala da je za strane u garancijskom poslu celishodnije da sami kreiraju sadržinu i oblik garancije koristeći autonomiju volje, odnosno prilagođavajući svojim potrebama, dok se posebno ističe mogućnost korišćenja već postojećih tipiziranih oblika raznih vrsta garancija koje se koriste u poslovima međunarodnog prometa robe i usluga.¹⁰⁴

Uvažavajući ove činjenice Međunarodna trgovinska komora je započela i završila izradu nove publikacije Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, koja je usvojena 2009. godine, i stupila na snagu 1 jula 2010. godine. Intencija Međunarodne trgovinske komore jeste bila da, tekst novih pravila za garancije na poziv učini prihvatljivijim za sve učesnike, uz uvažavanje njihovih partikularnih interesa, a sve u cilju masovnijeg korišćenja ovih pravila u međunarodnim poslovima povodom kojih se izdaju različite vrste garancija. Cilj ovih pravila jeste bio osigurati unificiranu praksu svuda u svetu koja se odnosi na garancije na poziv, što će doprineti da ovaj instrument obezbeđenja izvršenja ugovora bude još više prihvaćen na temeljima novog kvaliteta rešenja koja idu u prilog većem stepenu obezbeđenja i sigurnosti za sve učesnike u poslu.

3.3.3. Jednoobrazna pravila za garanciju na poziv (publikacija 758)

Uloga i značaj garancija, kao instrumenta obezbeđenja potraživanja, jeste u poslednjih par decenija značajno porastao. Mnogobrojni su razlozi koji su bili od značaja za porast korišćenja ovog instrumenta, od kojih se kao najznačajniji ističu ubrzan razvoj svetske trgovine, uloga IT komunikacije kao značajnog generatora razvoja svetske ekonomije, veći stepen unificiranih pravila za garanciju (publikacija 458) u meri u kojoj oni nisu bili kontraproduktivni korišćenju garancija, kao i sve veći stepen nepoznavanja među poslovnim

¹⁰⁴ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 141.

subjektima kao jedan od nus faktora današnje globalne ekonomije. Razvoj IT sektora u svetu umnogome je promenio način poslovanja među subjektima, i ne samo da su istisnuti klasični modeli ugovaranja poslova, već je kreirano potpuno novo autonomno pravo koje prati dinamični razvoj novih poslovnih odnosa. Da bi otklonili negativne efekte globalnog načina poslovanja, različiti institucionalni, pravni i drugi mehanizmi zaštite su morali biti korišćeni, odnosno kreirani ili inovirani, da bi se smanjili rizici sa kojima se poslovni subjekti suočavaju. U tom smislu, jedan od dominantnijih rizika u poslovanju privrednih subjekata danas jeste rizik od neizvršenja ugovorom predviđenih obaveza, odnosno nemogućnost naplate potraživanja. Na bazi takvih potreba, garancije su se pokazale kao izuzetno korisno sredstvo obezbeđenja, univerzalno prepoznatljivo i priznato, pa je kao takvo i delimično inovirano od strane učesnika u garancijskom poslu. Prepoznajući sve veći značaj garancija u svetu, Međunarodna trgovinska komora je ambiciozno krenula u izradu novog teksta Jednoobraznih pravila za garancije na poziv¹⁰⁵. Intencija komore jeste da na temeljima već uspešno prihvaćenih pravila iz publikacije 458 kreira jedinstveno prihvaćeni pravni okvir za garancije na poziv, uz intenciju ove organizacije da njena prihvaćenost od strane svih učesnika u garancijskom poslu bude na stepenu primene koje uživaju Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditivne (publikacija 600).¹⁰⁶

Usvajanjem novog teksta Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, Međunarodna trgovinska komora je učinila izuzetan napor da gotovo desetogodišnji rad na izradi ovih pravila bude takvog pravnog kvaliteta da će upotpunosti zadovoljiti interese korisnika garancije, garanta i nalogodavca. U tom smislu opšti stav pravne nauke jeste da se može konstatovati evidentan kvalitativni iskorak u tom pravcu.¹⁰⁷ Ovo je primetno odmah kada se tekst ovih pravila pogleda. Odmah se uočava porast broja članova teksta ovih pravila u odnosu na prethodni tekst pravila. Ako je u prethodnom delu rada konstatovano da je tekst publikacije 459 bio značajan iskorak u pravcu kvalitetnije unifikacije pravila o garancijama u odnosu na tekst 325 publikacije, isti zaključak se može odmah izvesti i u kontekstu uporedbe teksta publikacije 758 u odnosu na tekst publikacije 459. U kvantitativnom smislu povećan je broj članova u odnosu na prethodnu publikaciju, tako da pravila iz publikacije 758 jesu

¹⁰⁵ U našoj pravnoj javnosti se koristi termin garancije na prvi poziv.

¹⁰⁶ Kiro, O., Anđelković, C. (2007): Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditivne : revizija 2007. Privredna komora Srbije, Beograd. ISBN 978-86-80809-37-3

¹⁰⁷ Dukić Mijatović, M., Gongeta, S. (2013): Bankarske garancije u svetlu pravila međunarodne trgovinske komore: URDG. Zbornik radova «Uslužno pravo», Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, str. 254.

regulisana sa 35 članova. Uvažavajući strukturu samog teksta publikacije, sadržinski je ona određena na sledeći način, i to:

- Primena URDG;
- Definicije;
- Tumačenje;
- Izdavanje i stupanje na snagu;
- Nezavisnost garancije i kontra-garancija;
- Dokumenta/roba, usluge i činidbe;
- Nedokumentarni uslovi;
- Sadržaj instrukcija i garancija;
- Zahtev koji nije prihvaćen;
- Avaziranje garancije ili izmene;
- Izmene;
- Veličina obaveze garanta po garanciji;
- Izmena iznosa garancije;
- Prezentacija;
- Uslovi za poziv;
- Obaveštenje o pozivu;
- Delimičan poziv i vešestruki pozivi; iznosi poziva;
- Odvojenost svakog poziva;
- Ispitivanje (kontrola);
- Vreme za ispitivanje poziva; plaćanje;
- Valuta plaćanja;
- Prosleđivanje kopija usklađenog poziva;
- Produži ili plati;
- Neusklađen poziv, odbijanje i upozorenje;
- Smanjenje i prestanak važnosti;
- Viša sila;
- Isključenje odgovornosti za ispravnost dokumenata;
- Isključenje odgovornosti za transmisiju i prevođenje;
- Isključenje odgovornosti za postupke druge strane;
- Ograničenja od izuzimanja od obaveze;

- Obeštećenje zbog stranih zakona i običaja;
- Odgovornost za naknadu;
- Prenos garancije i ustupanje sredstava;
- Primena zakona; i
- Jurisdikcija.¹⁰⁸

Kao što se može zaključiti na osnovu prikazanog sadržaja publikacije, tj. naziva članova i načina na koji su isti prikazani u smislu redosleda, konciznosti teksta, preciznosti odredbi, kao i logično postavljene strukture teksta u odnosu na relevantna pitanja koja se uređuju pojedinačnim članovima, evidentno je da tekst publikacije predstavlja značajan kvalitativan iskorak napred u odnosu na tekst i strukturu prethodne publikacije Jednoobraznih pravila za garancije na poziv. Na osnovu letimičnog pogleda na sadržaj publikacije može se konstatovati da je Međunarodna trgovinska komora uspeła da sačini tekst koji je jasnije napisan, preciznije definisan, obuhvatnijiji u odnosu na prethodni tekst ako u obzir uzmemo obim teksta i broj članova, što se na kraju reflektuje da uistinu tekst ove publikacije jeste savremeniji, precizniji, jasniji, te da predstavlja pravi pokušaj unifikacije pravila za garancije na poziv ako uzmemo u obzir prethodno izneto.

Uvažavajući metodološki pristup u analizi izvora prava za garancije, a koji je u dosadašnjem delu istraživanja primenjivan prilikom analize autonomnih izvora prava – Jednoobraznih pravila Međunarodne trgovinske komore, ukazaćemo na najvažnija obeležja ovih novih pravila.

1. U prethodnome delu rada apostrofirani su najvažniji segmenti koji predstavljaju novinu koja ova publikacija donosi. Prvo je apostrofirano da nova Pravila 758 jesu jasnije i preciznije napisana. Ovo se može zaključiti i nakon opšteg pregleda samog sadržaja publikacije. Prethodno izneto kvalitativno uviđamo već u članu 2. koji nasi naziv: Definicije. Iako je svaki tekst publikacije o Jednoobraznim pravilima za ugovorne ili pak garancije na poziv dao definicije pojmova kao što je garancija na poziv, kontragarancija, garancija za dobro izvršenje posla, licitaciona garancija, odnosno avansna garancija, osim definicije ovih pojmova, nisu bili definisani i drugi pojmovi od značaja koji se u tekstu pojavljuju. Na taj način korisnici garancije koji se pozivaju na ova pravila su ostali uskraćeni za definicije određenih pojmova, što je u praksi, a posebno u sporovima, dovelo do problema u primeni ovih pravila na koje su se garancije pozivale. Shvatajući značaj jasnijeg i preciznijeg

¹⁰⁸ Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

definisanja određenih pojmova, Međunarodna trgovinska komora je u članu 2 novih pravila dala definicije svih relevantnih pojmova od značaja koji se kroz sam tekst publikacije pojavljuju. Tako su ovom članu date definicije šta znači: *avazirajuća strana; nalogodavac; zahtev; korisnik; radni dan; naknade; usklađeni poziv; usklađena prezentacija po garanciji; kontra-garancija; kontragarant; poziv; garancija na poziv ili garancija; dokument; istek roka; datum isteka roka; događaj isteka; garant; sopstvena evidencija garanta; instruktodavac; prezentacija; prezenter; izjava podrške; osnovni posao*.¹⁰⁹ Kao što se vidi iz navedenog, izdavalac publikacije se potudio da sve relevantne pojmove koji se kroz različite segmente teksta pojavljuju u određenom kontekstu pojmovno definiše, tako da sada ne postoje nedoumice u pogledu tumačenja određenih pojmova, što je po našem mišljenju možda i najveći kvalitet ove publikacije. Ne sme se zaboraviti da je na tekstu publikacije Međunarodne trgovinske komore učestvovala i radila posebno formirana ekspertska komisija, koja je imala zadatak da identifikuje najveći broj problema primene pravila koji su u praksi bili identifikovani za garancije na poziv ili kontra-garancije koje su se pozivale na primenu pravila 459 publikacije.¹¹⁰ Shvatajući kompleksnost unifikacije garancija, osnovno polazište Međunarodne trgovinske komore jeste bilo da se postigne koncenzus u pogledu definicije opštih pojmova, jer se upravo pitanje definicije opštih pojmova, odnosno neretko odsustvo definicije istih, u praksi pokazalo kao najveći nedostatak svih do tada izdatih pravila. Prema mišljenju autora ovog rada, uspeh ove publikacije koja se u praksi uspešno koristi već osam godina jeste upravo zasnovan na činjenici da, sam tekst publikacije ne samo da je jasan i precizan, već ono što je po našem mišljenju od jednake važnosti u odnosu na izneto jeste i činjenica da, tekst u kojem su date definicije za sve relevantne pojmove značajno olakšava primenu ovih pravila kada se garancije na njih pozivaju. Prvi put je jasno definisan pojam termina nalogodavac, iako je praksa, ali i teorija više puta isticala neadekvatnu upotrebu termina – principal, koji je prethodno bio korišćen. *U novim pravilima nalogodavac je definisan kao strana koja je u garanciji naznačena da ima obavezu po osnovnom poslu koji je podržan garancijom*.¹¹¹ *Po prvi put je data definicija*

¹⁰⁹ Čl. 2 Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

¹¹⁰ Rad na tekstu nove publikacije, kao i celokupni skrining primene pravila iz publikacije 459. jeste bio plod rada stručnjaka iz preko 50 zemalja. Konačan tekst pravila je bio detaljno utvrđen kroz sinhronizovano učešće stručnih eksperata i tela, kao i institucija, što je rezultiralo konačnim tekstom i njegovim usvajanjem 2009. godine.

¹¹¹ čl. 2. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

naknade koja u smislu ovih pravila jeste svaka provizija, naknada, troškovi ili izdaci koji pripadaju bilo kojoj strani u garanciji po ovim pravilima. Značajno preciznije je data definicija poziva, pa se pod istim smatra potpisani dokument od strane korisnika kojim se zahteva plaćanje po garanciji. Nadalje, neznatno je izmenjena definicija pojma garancija na poziv ili garancija, pa se pod istom smatra svaka potpisana obaveza, bez obzira na naziv ili opis, koja predviđa plaćanje po prezentaciji usklađenog poziva. Kvalitet novih pravila se upravo uviđa na primeru prethodno prikazane definicije, gde je data definicija «šta predstavlja usklađen poziv» kao pojam. Prema definicija koja je data, usklađen poziv jeste poziv koji ispunjava sve uslove usklađene prezentacije.¹¹² Jedan od pojmova koji nije bio adekvatno definisan jeste i garant. Prema definiciji u novim pravilima, garant jeste strana koja izdaje garanciju, a uključuje i stranu koja deluje za svoj sopstveni račun. Domet definicije ovog pojam jeste značajan, jer se u ulozi garanta pojavljuje strana koja izdaje garanciju, ali i strana koja deluje za svoj sopstveni račun, što je specifično obeležje određenih garancija u kojima učestvuje više subjekata u garancijskom odnosu. Na kraju, posebno izdvajamo i definiciju osnovnog posla. Iako je do sada u ovom odeljku rada na više mesta korišćen termin osnovni posao, isti nije bio kao takav definisan niti u jednom tekstu pravila za garancije, iako je jasno bilo da garancije nastaju odnosno se zasnivaju na nekom poslu. Prema definiciji u novim pravilima, osnovni posao znači: ugovor, uslovi tendera ili odnos između nalogodavaca i korisnika na kome se zasniva garancija. U dosadašnjem delu rada termin osnovni posao je najviše korišćen u kontekstu ukazivanja na poseban pravni odnos između nalogodavca i korisnika na kome se zasniva garancija, dok je samo par puta korišćen i termin ugovor. Svakako da sve definicije pojmova odnosno termina koje su sadržane u čl. 2 ovih pravila imaju svoj značaj, te da zaslužuju da svaki od istih bude naveden i analiziran, ali je mišljenje da bi istima time dali previše prostora u smislu celog koncepta istraživanja. S obzirom na to da će mnogi aspekti ovih pravila predstavljati osnov za dalje istraživanje po ovom radu, kao i da će isti biti korišćeni kao supsidijarni izvor prava, smatramo da nije celishodno dati prikaz i komentar svake definicije koje su prethodno navedene.

2. Ukazivajući na pozitivne aspekte novih Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, ukazano je da tekst publikacije jeste sveobuhvatniji, kao i da je umnogome

¹¹² Uskađena prezentacija po garanciji znači: prezentacija koja je u skladu sa: prvo, odredbama i uslovima određene garancije, drugo, ovim pravilima koja su konzistentna sa tim odredbama i uslovima, i treće, u nedostatku relevantne odredbe u garanciji ili ovim pravilima, međunarodnom standardnom praksom za garancije na poziv.

uravnotežen u odnosu na prethodna rešenja, te da je u dovoljnoj meri inovativan u smislu novih rešenja koja su zasnovana na različitim praksenim iskustvima koja su sakupljana od strane Međunarodne trgovinske komore. U komentarima na tekst Jednoobraznih pravila za garancije na poziv ističe se da prilikom izrade teksta novih pravila 458 značajne prakse su izostavljane, što se odnosi na različita praksena pitanja u vezi sa izmenama garancije, prenosom garancije, avaziranjem garancije, standardima za ispitivanje prezentacija, i slično.¹¹³ Posebno se ističe da je nedovoljno razrađen institut kontra-garancije, što je i konstatovano u prethodnome delu rada. U komentaru citiranog stručnjaka iz Međunarodne trgovinske komore navodi se «da je razumljivo da u prvom pokušaju da se kodifikuje praksa po garancijama na poziv nije bilo moguće inkorporirati praksena iskustva, ali da ta argumentacija nije mogla biti osnovana za izradu novih pravila, te smatramo da nova pravila pokrivaju veći opseg praksenog iskustva, kao i da su učinila da pravila za garanciju na poziv se primenjuju i na kontra-garancije, što je bilo upitno kod prethodnog teksta publikacije».¹¹⁴ U komentarima stručnog dela javnosti ističe se da tekst publikacije odlikuje uravnotežen pristup Međunarodne trgovinske komore koji dobro balansira između različitih interesnih pozicija učesnika u garancijskom poslu, vodeći računa da svi subjekti imaju jednak pravni kvalitet zaštite njihovih interesa, a da to nije učinjeno na štetu drugih učesnika u poslu.¹¹⁵ Posebno se može apostrofirati i jedna vrsta inovativnosti koju nova pravila donose, vodeći računa o novim praksenim izazovima u smislu korišćenja garancija među poslovnim subjektima, što se posebno reflektuje u odredbama koje se odnose na valute plaćanja, određena pitanja u vezi sa istekom roka važnosti garancije, kao i na izradu novih modela obrazaca garancija i kontra-garancija koje prate nova pravila i na njima su bazirana. Značaj novih modela obrazaca garancija i kontra-garancija jeste u tome što ista eliminišu potrebu korišćenja drugih pravila za posebne vrste garancija koje su regulisane u okviru Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije. U osnovi, ideja iza izrade obrazaca (primera) garancije i kontra-garancije jeste bila u unificiranju samih obrazaca za garanciju, te se ovi modeli mogu koristiti kao osnovni tekst za garancije kao što su avansne garancije, garancije za dobro izvršenje posla, garancije za povraćaj avansa i sl. Jednostavni obrasci garancije na poziv i kontra-garancije uz primenu određenih klauzula, koje su takođe inkorporirane u tekst

¹¹³ Anđelković, C., Kiro, O., Afaki, J. (2010): Jednoobrazna pravila MTK za garancije na poziv sa modelima obrazaca : revizija 2010. Nacionalni odbor Međunarodne trgovinske komore Srbije, Beograd. ISBN 978-86-80809-55-7, str. 11.

¹¹⁴ ibidem.

¹¹⁵ Više na: http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2010/1_2/B01-02-2010-Andjelkovic.pdf

Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (758), čine veoma jednostavnim sastavljanje različitih vrsta garancija u skladu sa pravnom prirodom osnovnog posla, što je dodatni kvalitet ovih pravila. Može se konstatovati da nova pravila za garancije na poziv jesu kvalitativno na višem nivou unificirale pravila o garancijama na poziv i kontra-garancijama, da je tekst pravila veoma jasan i precizan, da su definisani svi pojmovi i termini od značaja, kao i da je dodatno unificiran sadržaj garancije kroz stipuliranje obaveznih elemenata garancije, kao i unapred izrađenih modela obrazaca garancija koje se mogu modifikovati kroz inkorporiranje različitih vrsta klauzula koje su takođe sadržene u tekstu publikacije. Uvažavajući sve izneto kao pozitivno, smatramo da Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) predstavljaju pravi iskorak u smislu unificiranja garancija, što se u praksi i pokazuje u smislu izrade garancija koje se pozivaju na ova pravila.

3.4. Opšti osvrt na izvore prava za bankarske garancije

Institut bankarske garancije jeste imenovani institut u okviru nacionalnog prava, i kao takav je regulisan relevantnim odredbama Zakona o obligacionim odnosima. U uvodnom delu ovog poglavlja apostrofirano je da, naš pravni sistem uz još par pravnih sistema država bivše SFRJ, jeste na okviru zakona posebno uredio institut bankarske garancije. Ukazano je da ipak većina država u svetu nije na nivou zakona regulisala ovaj institut, te da se njegova primena u praksi zasniva na primeni ili drugih instituta koji su preoblikovani da se koriste u nameni i na način na koji se garancije koriste, ili se učesnici u poslu pozivaju na primenu Jednoobraznih pravila za garancije odnosno primenu trgovačkih običaja. U pokušaju da izvedemo zaključak, da li činjenica da naš pravni sistem prepoznaje i zakonski reguliše bankarsku garanciju se može smatrati za pozitivnim ili negativnim, a imajući u vidu da ipak većina država nema zakonski regulisan ovaj institut, analiziran je i tekst Zakona o obligacionim odnosima koji reguliše ovu materiju, kao i sva relevantna pravila autonomnog (trgovačkog prava) koja su sadržana u Jednoobraznim pravilima za ugovorne garancije, odnosno Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv koja su usvojena od strane Međunarodne trgovinske komore. Mora se apostrofirati da pored ovih izvora prava, u izvore prava međunarodnog karaktera ubrajaju se i bankarski običaji, mada je isticanje ovih izvora od strane određenih autora po našem mišljenju suvišno, imajući u vidu činjenicu da značajni uticaj na oblikovanje teksta Jednoobraznih pravila upravo imaju banke i druge finansijske institucije koje učestvuju u garancijskom poslu. Potvrda iznetog jeste da,

nakon usvojenih novih Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (758), međunarodna udruženja banaka jesu prihvatila ova pravila i primenjuju ih u izradi različitih vrsta garancija, te da su date preporuke da se prihvatanje ovih pravila ubrza i na nacionalnim nivoima.

Problematika bankarskih garancija, u kontekstu izvora prava, jeste problematika koja je prisutna samo u državama koje su zakonski regulisale ovaj institut. Naime, za razliku od drugih država, u našem pravnom sistemu ovaj institut nosi naziv bankarska garancija, dok uporednopravna iskustva, kao i relevantni izvori međunarodnog autonomnog prava garancije ne determinišu na osnovu činjenice da li je banka subjekt koji izdaje garanciju, već je to pravo dato i drugim pravnim subjektima, pa sam naziv bankarska garancija za institut obezbeđenja jeste nacionalno ograničen, jer se sa stanovišta međunarodnih izvora prava ovaj pravni posao naziva garancija na poziv ili kontragarancija. Posledično, kogentnost čl. 1083 Zakona o obligacionim odnosima u delu koji se odnosi na izdavanja garancija od strane banke, nije saobrazan sa dobrom međunarodnom praksom, odnosno sa međunarodnim autonomnim izvorima sadržanim u Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv. Dok se u međunarodnim poslovnim odnosima u ulozi garanta mogu pojaviti i drugi pravni subjekti (čak i fizička lica shodno Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv), naše pravo propisuje da samo banke mogu da izdaju bankarske garancije, te otud i naziv ovog instituta, što je po našem mišljenju pogrešno. Uopšteno govoreći mišljanja smo da način na koji je regulisan ovaj institut u kontekstu obima zakonskog teksta, pravnih rešenja koja su u njemu sadržana, kao i nekih kontradiktorinih segmenata teksta koji su apostrofirani u segmentu rada u kojem je analiziran zakonski tekst koji reguliše ovaj institut, ima više negativnih nego pozitivnih aspekata, te da se sa stanovišta legislative ovo pitanje mora rešiti na dva načina. Prvo, ukoliko prihvatamo pravni kontinuitet zakonskog regulisanja ovog instituta još od 1978. godine i donošenja Zakona o obligacionim odnosima, onda bi zakonodavac morao da izvrši izmene i dopune zakona u kontekstu usaglašavanja zakonskog teksta sa najrelevantnijim izvorom prava sa stanovišta međunarodne prakse, kao i sa Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv. Smatramo da bi posledično tekst zakona morao biti obimniji, da mora da sadržinski reguliše bar sva okvirna pitanja koja su detaljno razrađena u okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, te da kvalitet zakonskog teksta bude na nivou kojim su regulisani ostali instituti obezbeđenja, kao što je institut jemstva regulisan. Druga opcija jeste diskontinuitet u pogledu zakonskog uređenja bankarske garancije, što po

našem mišljenju nije dobro rešenje, jer bi nastali ozbiljni problemi u praksenoj primeni garancija.

Pitanje koje se postavlja u vezi sa izvorima prava u svetlu sadašnje primene prava jeste kako i na koji način učiniti da primena bankarske garancije u praksi bude što kvalitetnija, odnosno kako da se zadovolje interesi svih učesnika u poslu. Odgovor na ovo pitanje jeste u rukama samih učesnika u poslu. Smatramo da autonomija volje ugovornih strana koja se manifestuje u osnovnom ugovoru, u okviru ugovora o izdavanju bankarske garancije, i u osnovi na kraju u samoj sadržini bankarske garancije, treba da predstavlja osnov garancijskog posla, pa u tom kontekstu smo mišljenja da sami učesnici u poslu trebaju da kreiraju rešenja koja su u njihovom interesu, bar kada su u pitanju garancijski poslovi između domaćih subjekata. U međunarodnim poslovnim odnosima smatramo da pozivanje na primenu Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, kao i izrada garancija po unapred pripremljenim obrascima, jeste najkvalitetniji način regulisanja odnosa koji nastaju, traju i prestaju u vezi sa garancijama na poziv, kontra-garancijama ili bilo kojim drugim vrstama garancija koje se pojavljuju u pravnom prometu.

GLAVA II: PRAVNA OBELEŽJA BANKARSKE GARANCIJE

Uvod

Inteziviranje pravnog prometa, kao i razvoj svetske privrede umnogome su uticali na nastanak i razvoj instituta bankarske garancije. Bankarska garancija predstavlja imenovani pravni posao¹¹⁶ jer je regulisan pozitivno-pravnim propisom, Zakonom o obligacionim odnosima. Bankarska garancija spada u formalne poslove (pismena forma je obavezna) dok izmirenje prestacije banke se vrši u novcu, nezavisno od prirode obaveze koja se obezbeđuje datom garancijom.¹¹⁷ Iako strogo formalni posao jer uslov punovažnosti bankarske garancije jeste pismena forma, ugovor o izdavanju bankarske garancije koji se zaključuje između banke i nalogodavca ne mora biti zaključen u pismenoj formi, jer je reč o ugovoru o nalogu¹¹⁸, za koji nije propisana forma.¹¹⁹

U pravne odnose koji nastaju, traju i prestaju u vezi sa bankarskom garancijom stupaju najmanje tri subjekta, i to: nalogodavac (dužnik iz osnovnog posla), banka koja izdaje bankarsku garanciju (banka garanta) i korisnik garancije (poverilac iz osnovnog posla zaključenog sa nalogodavcem). Na osnovu osnovnog ugovora nastaje pravni odnos između poverioca i dužnika koji se posebnom finansijskom klauzulom obavezuje da pribavi garanciju određene banke radi obezbeđenja poveriočevog potraživanja.¹²⁰ Pored ovih učesnika, u odnose između nalogodavca i korisnika, najčešće interpoliraju i druge banke, koje imaju različite uloge, od toga da potvrđuju garanciju, da daju kontragaranciju ili supergaranciju, do njihove uloge kao avizirajuće odnosno konfirmirajuće banke. Između navedenih učesnika u garancijskom poslu uspostavlja se nezavisni i samostalni pravni odnos.¹²¹

Najjednostavniji oblik pravne konstrukcije posla bankarske garancije može se pojednostavljeno dati na sledeći način: nalogodavac daje nalog svojoj banci neposredno ili uz pomoć neke druge banke, da izda u svoje ime a za njegov račun garanciju trećem licu –

¹¹⁶ O pravnoj prirodi bankarske garancije biće reči u sledećem poglavlju.

¹¹⁷ Pajtić, B. (2015): Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 1129.

¹¹⁸ Više o formi ugovora o nalogu. Milović, M. (2004): Ugovor o nalogu. Privrednik, Beograd, God. 5, br. 97, str. 42-44.

¹¹⁹ Kozar, V. (2011): Obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama regiona. Strani pravni život, br. 3/2011. str. 200.

¹²⁰ Kozar, V., Vrhovšek, M. (2011): Bankarska garancija kao uslužni pravni posao i naknada štete. Zbornik radova "XII vek – vek usluga i Uslužnog prava", Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 207.

¹²¹ Komazec, M. (2005): Pravni odnosi u poslu bankarske garancije. Pravna riječ, God. 2., br. 5, str. 661.

korisniku garancije. Pri tome, uspostavljanju pravnih odnosa iz bankarske garancije prethodi zaključenje osnovnog ugovora u kome je sadržana finansijska klauzula o obavezi dužnika da poveriocu pribavi bankarsku garanciju, a nakon zaključenja osnovnog ugovora, dužnik iz osnovnog ugovora/posla zaključuje sa bankom ugovor o izdavanju bankarske garancije, a zatim banka u izvršavanju svoje obaveze iz ugovora o izdavanju bankarske garancije izdaje garanciju korisniku garancije.¹²² Pod garancijom se u pravnom smislu razumeju i samostalne i nesamostalne (akcesorne obaveze) koje garant preuzima prema trećem licu – korisniku garancije. U funkcionalnom smislu, bankarska garancija, kao i sva personalna sredstva obezbeđenja, služe da obezbede neki korisnikov legitimni interes koji je sadržan u osnovnom poslu, kako za postojeće tako i za buduće obaveze.¹²³ Bankarske garancije mogu da izdaju ovlašćene banke, odakle im i ime, ali to mogu da čine i druge finansijske organizacije, kao što su osiguravajuća društva, razni finansijski fondovi i dr, ako je to u skladu sa kogentnim normama pozitivnog zakonodavstva. Zakon o obligacionim odnosima (čl. 1088) sadrži izričitu normu da se njegove odredbe koje se odnose na bankarske poslove shodno primenjuju i na sva druga pravna lica, ukoliko su ona ovlašćena za obavljanje određenih bankarskih poslova. To je izraz pravila da bankarski poslovi nisu samo «bančini» poslovi, jer se oni obavljaju prema opštim bankarskim pravilima poslovanja, bez obzira na to ko su subjekti tih poslova.¹²⁴

Kada se posmatraju pravni odnosi iz kojih proizilazi bankarska garancija može se uočiti da, prema vremenskom redosledu prvo nastaje osnovni ugovor, tj. ugovor u vezi s čijim zaključenjem dolazi do izdavanja bankarske garancije, odnosno zasnivanja garancijskog odnosa, pa tek zatim, nastaje ugovor o izdavanju garancije koji se zaključuje dužnik iz osnovnog ugovora/posla i banka garant i, na kraju, na osnovu ugovora banka garant izdaje garanciju njenom korisniku.¹²⁵

Bankarsku garanciju, u užem smislu, karakteriše, pre svega, samostalnost, odnosno pravna odvojenost od osnovnog ugovora između nalogodavca i korisnika, kao i odvojenost od ugovora o izdavanju bankarske garancije između nalogodavca i garanta.¹²⁶ Može se konstatovati da se bankarska garancija izdaje kao osiguranje njenom korisniku za slučaj da

¹²² Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 154.

¹²³ Vukadinović, R. (2015): O pravnom regulisanju posla garancije u novom Građanskom zakoniku. Budvanski pravnički dani, Savetovanje pravnika, Budva. str. 22-23.

¹²⁴ Velimirović, M. (2007): Investitorska bankarska garancija. Pravo i privreda, br. 5-8. str. 548.

¹²⁵ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 37.

¹²⁶ Vesić, D. (2016): Zaštita investitora bankarskom garancijom. Kultura pollisa, god. XIII, br. 31, str.497.

nalogodavac sam ne izvrši svoju obavezu iz osnovnog posla¹²⁷, pa nije pogrešno zaključiti da ovaj institut obezbeđenja štiti interese samo jedne strane – korskara garancije, iako je posredno i u interesu nalogodavca jer angažovanjem osiguranja ispunjenja svojih obaveza kod neke renomirane banke, privlači i poslovne partnere.¹²⁸

I sudovi u Srbiji se bave pitanjem pravne prirode bankarske garancije, i pravnih odnosa između različitih subjekata u garancijskom poslu. U presudi Privrednog apelacionog suda konstatuje se da «posao oko bankarske garancije je složen i u sebi sadrži osnovni ugovor o izdavanju bankarske garancije, zaključen između nalogodavca i banke garanta, koji ima prirodu ugovora o nalogu i ugovor o bankarskoj garanciji koji se zaključuje između banke garanta i korisnika garancije; potvrda obaveze iz garancije ima pravno dejstvo u okviru odnosa izdavaoca garancije i korisnika garancije, koji je zasnovan na ugovoru o bankarskoj garanciji i ne utiče na poseban pravni odnos između nalogodavca za izdavanje garancije i banke garanta, koji je zasnovan na ugovoru o izdavanju bankarske garancije».¹²⁹

U nastavku rada anaziraće se pravni odnosi koji nastaju, traju i prestaju između različitih subjekata pre nastanka bankarske garancije, kao i nakon njenog izdavanja, a koji predstavljaju specifičnost u smislu pravnog diverziteta pravnih odnosa među različitim subjektima.

1. Pravni odnos između poverioca i dužnika iz osnovnog posla

U konceptu shvatanja pravne prirode bankarske garancije, pravni odnosi između učesnika u garancijskom poslu jesu značajni za razmatranje. Pravni odnos između poverioca i dužnika jeste odnos koji određen deo pravne javnosti neretko poistovećuje kao odnos između nalogodavca i korisnika garancija.¹³⁰ Pravni odnos između nalogodavca i korisnika garancije nastaje tek nakon što dođe do izdavanja bankarske garancije, tj. odnos između poverioca i dužnika jeste pravna pretpostavka u smislu nastanka garancijskog posla. Međutim, tok nastanka pravnog posla u kojem dolazi do izdavanja bankarske garancije jeste

¹²⁷ Obaveza može da proistekne iz različitih ugovora, kao što je: ugovor o prodaji robe; ugovor o kreditu; ugovor o građenju; ugovor o investicionom održavanju; ugovor o javnim nabavkama; različiti modeli ugovora o privatizaciji; ugovor o prodaji nepokretnosti; i druge vrste obligacionih ugovora.

¹²⁸ Vasiljević, Z. (2015): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja davaoca kredita. Zbornik radova “Usluge i zaštita”, Kragujevac, str. 307.

¹²⁹ Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 1432/2010(3) od 7.7.2010. godine

¹³⁰ Simonović, D. (2009): Ugovor o izdavanju bankarske garancije, Pravna praksa, br. 9, str. 27-43.

takve prirode da zahteva nužnost postojanja tkz. osnovnog pravnog posla, kauze zbog kojeg i nastaje bankarska garancija. Pojam osnovnog pravnog posla kao takav nije definisan u okviru Zakona o obligacionim odnosima koji reguliše institut bankarske garancije, niti je terminološki proizvod pravne nauke iako se u određenim izvorima može pronaći korišćenje sličnih termina.¹³¹ Pojam osnovnog pravnog posla jeste kao takav defisan u okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (publikacija 758) i pod ovim pojmom se smatra ugovor, uslovi tendera ili odnos između nalogodavaca i korisnika na kome se zasniva garancija. U tom smislu važno je istaći da osnov nastanka bankarske garancije nije u ugovornom odnosu između nalogodavca i banke garanta, iako se formalno ista izdaje na osnovu ovog ugovora, već u volji ugovornih strana iz osnovnog pravnog posla koji ugovorno definiše obavezu pribavljanja bankarske garancije u korist poverioca iz takvog posla, što u osnovi predstavlja inicijalni akt pravnog karaktera koji se u kontekstu izvora nastanka bankarske garancije pojavljuje kao primarni izvor. Dakle, kada govorimo o pravnom odnosu između poverioca i dužnika iz osnovnog posla, u trenutku nastanka ovog odnosa ne postoji odnos korisnika garancije i nalogodavca, ali u momentu nakon izdavanja bankarske garancije poverilac iz osnovnog posla jeste u stvari korisnik garancije, dok dužnik iz osnovnog posla jeste u stvari nalogodavac (izuzev kod avazirajućih garancija i kontra-garancija). U okviru pravne teorije često se ističe da iako pravni odnos između korisnika garancije i nalogodavca *de facto* ne postoji, jer u formalnopravnom smislu ne postoji njihov međusobni odnos, u suštini je reč uvek o pravnom odnosu između poverioca i dužnika iz osnovnog posla, te nije pogrešno ukazivati da pravni odnos između poverioca i dužnika iz osnovnog posla jeste u stvari pravni odnos između korisnika garancije i nalogodavca, ali samo onda ako je došlo do izdavanja bankarske garancije u skladu sa odredbama osnovnog ugovora, tj. ako je korisnik garancije prihvatio izdatu garanciju.

Osnov za nastanak bankarske garancije jeste uvek zasnovan na sadržini osnovnog ugovora između poverioca i dužnika u kojem se definiše obaveza dužnika da u korist poverioca obezbedi izdavanje bankarske garancije u skladu sa definisanim kriterijumima i uslovima koji su sadržani u osnovnom ugovoru. Odredbe osnovnog ugovora koje se odnose na ovu vrstu obaveze jesu sadržane u tkz. garantnim klauzulama. Kao što je u prethodnom delu rada zaključeno, korisnik garancije nema formalni uticaj na sadržinu izdate bankarske

¹³¹ Vidi više: Nalić, D. (2007): Bankarska garancija u funkciji obezbeđenja ugovora, Revizor : časopis za teoriju i praksu : računovodstvo, poslovne finansije, poslovno pravo, menadžment ISSN: 1450-7005.- Vol. 10, br. 38 (2007), str. 37-60

garancije, te istu može da prihvati ili odbije, ali nema neposrednu komunikaciju sa bankom koja izdaje garanciju pa i ne može da pregovara o sadržaju bankarske garancije. Ipak to ne znači da korisnik garancije ne utiče na sadržaj bankarske garancije. Pošto osnov za izdavanje garancije jeste zasnovan na nalogu koji svojoj banci izdaje dužnik iz osnovnog posla, pravno definisan sadržaj tkz. garantne klauzule iz osnovnog ugovora jeste pravni osnov takvog karaktera da *de facto* mora da odslikava volju poverioca iz osnovnog posla koji determiniše sva pitanja od značaja u vezi sa sadržajem bankarske garancije. Način na koji poverilac i dužnik usaglase volju u vezi sa sadržajem garantne klauzule direktno utiče na budući sadržaj bankarske garancije, pa i stručna i naučna javnost upravo naglašavaju značaj ove klauzule.¹³² Kvalitet pravnih rešenja koja su sadržana u garantnoj klauzuli direktno je povezan sa budućim kvalitetom bankarske garancije. Iz tog razloga povericu iz osnovnog posla jeste u interesu da sadržaj garantne klauzule reflektuje njegove interese u pogledu kvaliteta pravne zaštite koji želi da postigne kroz pribavljanje bankarske garancije u njegovu korist, pa shodno tome svi propusti u definisanju ove klauzule se posledično posle reflektuju u sadržaju bankarske garancije. Iz tog razloga preporuka jeste da sadržaj garantne klauzule bude što jasnije definisan, precizno određen, sa unapred definisanim svim pitanjima od značaja, jer na osnovu njene pravne konstrukcije kasnije dolazi do izdavanja bankarske garancije.¹³³ Ukoliko je bankarska garancija izdata u skladu sa garantnom klauzulom, poverilac iz osnovnog posla ne može ulagati prigovor na neispunjenje obaveze iz garantne klauzule, te iako ima pravo da odbije da primi bankarsku garanciju, isti neće imati pravni osnov da tvrdi da dužnik nije ispunio obavezu iz osnovnog ugovora pozivajući se na sadržaj garantne klauzule. Shodno iznetom, pravni odnos između poverioca i dužnika iz osnovnog posla ne samo da predstavlja određenu vrstu «pravne podloge» na osnovu koje dolazi do izdavanja bankarske garancije, već je njihov pravni odnos, koji je determinisan kako u osnovnom ugovoru tako i u sadržaju garantne klauzule, značajnog pravnog dometa jer u osnovi determiniše budući sadržaj bankarske garancije. Iz tog razloga poseban subjektivni

¹³² Vidi više: Svičević, S. (2015): Obligacioni odnosi, instrumenti i sredstva obezbeđenja, Revizor : časopis za teoriju i praksu : računovodstvo, poslovne finansije, poslovno pravo, menadžment ISSN: 1450-7005.- God. 17, br. 71, str. 18-36.

¹³³ Pitanje koje se postavlja jeste da li poverilac iz osnovnog posla može da zahteva raskid ugovora na osnovama neispunjenja obaveze dužnika iz osnovnog ugovora, u smislu pribavljanja bankarske garancije u skladu sa definisanim uslovima koji su sadržani u garantnoj klauzuli osnovnog ugovora. S obzirom da garantna klauzula jeste jedna od obaveza dužnika iz osnovnog posla neispunje iste daje pravni osnov za raskid ugovora na bazi neizvršenja ugovornih obaveza od strane dužnika, čak i kada je došlo do izdavanja bankarske garancije ali je sadržaj iste takav da ne reflektuje karakter i sadržaj garancije koji je prethodno definisan u okviru garantne klauzule.

interes ima poverilac iz osnovnog posla, jer kvalitet bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja, jeste determinisan u odnosu na sadržaj bankarske garancije, pa posledično kvalitet ovog instrumenta obezbeđenja jeste direktno povezan sa sadržinom garantne klauzule. Iz navedenog proizilazi da poverilac i dužnik imaju interes da posebno obrate pažnju na sadržaj garantne klauzule, jer njihov budući pravni položaj koji će nastati na osnovu izdate bankarske garancije jeste uvek posledično povezan sa garantnom klauzulom i načinom na koji je ona precizirana.

Pravni odnos između poverioca i dužnika jeste zasnovan na odredbama osnovnog ugovora iz kojeg kasnije dolazi do izdavanja bankarske garancije. Iako se u okviru pravne teorije ne pridaje poseban značaj izučavanju ovog odnosa, smatramo da sadržaj garantne klauzule jeste izuzetno važno pitanje koje determiniše budući sadržaj bankarske garancije, što se *de facto* reflektuje i na sve druge odnose koji nastaju između nalogodavca i banke garanta, odnosno banke garanta i korisnika garancije. Ovaj pravni odnos ipak ima ograničen pravni domet, i kao takav jeste od sekundarnog značaja u odnosu na pravni odnos između nalogodavca i banke garanta, odnosno banke garanta i korisnika bankarske garancije.

2. Pravni odnos između nalogodavca i banke garanta

Specifičnost bankarske garancije kao instrumenta obezbeđenja jeste najviše zasnovana na činjenici da postoje najmanje tri različita pravna odnosa između različitih subjekata. Svi navedeni pravni odnosi jesu neakcesorni, pa iz tog razloga zahtevaju pojedinačnu analizu u smislu njihovih pravnih obeležja jer su jedinstvenog pravnog karaktera i determinišu različito pravno stanje između subjekata koji čine taj odnos. Inicijalni pravni odnos između poverioca i dužnika iz osnovnog posla, predstavlja pravno-ekonomski temelj nastanka bankarske garancije. Inkorporiranje volje ugovornih strana u osnovnom pravnom poslu, u smislu postojanja garantne klauzule koja definiše obavezu pribavljanja bankarske garancije od strane dužnika, jeste osnov iz kojeg nastaju svi drugi odnosi. Svi pravni odnosi imaju karakter određenog reda, tako da pravni odnos između poverioca i dužnika jeste prvi u nizu odnosa. Na osnovama odredaba osnovnog ugovora, dužnik iz osnovnog posla preuzima pravne radnje i aktivnosti u smislu obezbeđenja bankarske garancije u korist poverioca iz osnovnog posla. Dužnik iz osnovnog posla se obraća svojoj banci ili banci sa kojom ima poslovnu aktivnost sa ciljem pribavljanja bankarske garancije u korist poverioca iz osnovnog posla. Ovaj pravni odnos jeste odnos između nalogodavca

(dužnika iz osnovnog posla) i banke koja izdaje bankarsku garanciju (banke garanta).¹³⁴ Pravna obeležja ovog odnosa jesu od značaja u kontekstu šire analize pravnih obeležja bankarske garancije. Tako je stav sudske prakse da otvaranje stečaja nad bankom koja je izdala bankarsku garanciju nema uticaja na obavezu da nalogodavac plati proviziju za izdatu bankarsku garanciju.¹³⁵

Pravni odnos između nalogodavca i banke garanta jeste zasnovan na dve pravno relevantne činjenice, postojanje naloga koji se upućuje od strane dužnika iz osnovnog posla (nalogodavca) prema banci od koje se traži izdavanje bankarske garancije u skladu sa odredbama osnovnog ugovora koje su sadržane u garantnoj klauzuli, kao i prihvatanje upućenog naloga od strane banke na osnovu čega se stvara poseban ugovorni odnos između nalogodavca i banke koji je definisan u ugovoru o izdavanju bankarske garancije. Pravna teorija insistira na odvojenosti ova dva pravno relevantna odnosa. Sudska praksa stoji na stanovištu da je bankarska garancija uvek vezana za konkretni pravni posao i konkretne radnje, što unapred determiniše postojanje osnovnog pravnog posla kao prethodno pravno pitanje od važnosti za pravni odnos između nalogodavca i banke garanta.¹³⁶

Specifičnost pravnog odnosa između nalogodavca i banke garanta jeste samostalost ovog pravnog odnosa, što je potvrđeno u presudi Višeg trgovinskog suda, u kojoj se između ostalog zaključuje da činjenica da je banka izdala garanciju po osnovu upućenog naloga, ne

¹³⁴ Pravni odnos nalogodavca i banke garanta jeste zasnovan na opštim pravnim principima ugovora o nalogu. Analogno ovome, prava i obaveze nalogodavca i banke garanta jesu regulisane u okviru ugovora o izdavanju bankarske garancije, iz kojeg proizilazi i osnovna obaveza nalogodavca da plati iznos provizije za izdavanje bankarske garancije, kao i da regresira isplaćeni novčani iznos iz garancije, ukoliko je došlo do nastupanja garancijskog slučaja i banka garant je izvršila plaćanja korisniku garancije. Pravni status nalogodavca nije od značaja u pogledu postojanja regresnog prava banke garanta, čak i onda ako je pokrenut postupak stečaja nad nalogodavcem. Ovo proizilazi iz presude Višeg trgovinskog suda.

Sentenca: Uslov da se utvrdi kao osnovano potraživanje banke garanta prema nalogodavcu, koji je u stečaju, je da je banka garant platila korisniku garancije iznos koji je dužnik iz osnovnog posla dužan da plati.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 2043/2007 od 12.4.2007. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Bilten br. 4/2007

¹³⁵ Sentenca: Otvaranje stečajnog postupka nad bankom izdavaocem garancije nema uticaja na važnost predmetne garancije, kao i na obavezu tuženog da tužiocu plati proviziju za izdatu bankarsku garanciju, jer obaveza banke garanta i dalje postoji, a korisnik bankarske garancije postaje stečajni poverilac čije je potraživanje vezano za odložni uslov, a to je dospelost obaveze dužnika za koje je banka garantovala.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 155/2005 od 30.6.2005. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Bilten br. 4/2005

¹³⁶ Sentenca: Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja vezana je uvek za konkretni pravni posao i konkretne stranke.

Iz obrazloženja: Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja plaćanja je formalan pravni posao i uvek je vezana kako za određena lica, tako i za određeni ugovor iz koga se vidi koji je osnovni pravni posao prati odnosno koje obaveze obezbeđuje.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7836/2006 od 28.11.2006. godine

konstituše pravni interes nalogodavca podovodom tako izdate garancije, te obim uticaja ovog subjekta na odnos između banke garanta i korisnika garancija u vezi sa izdatom garancijom nije od posebnog pravnog značaja.¹³⁷

3. Ugovor o izdavanju bankarske garancije

Dužnik iz osnovnog posla se obraća banci kao njen komitent putem pisanog zahteva (naloga) za izdavanje bankarske garancije. Banka kao nalogoprimac u ovom odnosu je dužna da razmotri sadržaj naloga, te da shodno svojim interesima postupi u skladu sa nalogom ili obavesti nalogodavca da nije u mogućnosti da prihvati nalog. Ukoliko banka prihvati nalog svog komitenta dolazi do zaključenja ugovora o izdavanju bankarske garancije. *Ugovor o izdavanju bankarske garancije jeste posebna vrsta neimenovanog ugovora kojim se banka garanta obavezuje da će u svoje ime, a za račun nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla) izdati garanciju u korist trećeg lica (poverioca iz osnovnog posla koji nakon izdavanja bankarske garancije ima status korisnika garancije).* Ugovor o izdavanju bankarske garancije jeste dvostrano obavezan teretni ugovor na osnovu kojeg proizilaze prava i obaveze ugovornih strana. Na osnovu ugovora o izdavanju bankarske garancije, osnovna obaveza banke jeste da, u skladu sa odredbama ugovora odnosno uputstvima iz sadržaja naloga koji je primala, izda u definisanom roku bankarsku garanciju u korist poverioca iz osnovnog posla. Uvažavajući činjenicu da na osnovu ugovora se konstituišu obaveze za obe ugovorne strane, osnovna obaveza nalogodavca jeste da banci koja izdaje bankarsku garanciju isplati u roku definisani iznos provizije za izdavanje garancije, kao i sve druge troškove koji su kao takvi definisani u sadržaju ugovora o izdavanju bankarske garancije. Shvatajući da je u pitanju klasični uslužni bankarski posao neutralnog karaktera, u kojem se banka ne pojavljuje ni ulozni dužnik ni poverioca, provizija jeste obavezni element ovih poslova na osnovu koje banka i ima ekonomski interes da prihvati učešće u ovom pravnom poslu.¹³⁸ Uvažavajući činjenicu da je u pitanju bankarski posao, odnos između subjekata kod

¹³⁷ Sentenca: Nalogodavac za izdavanje bankarske garancije nema aktivnu legitimaciju da zahteva predaju garancije, jer ona po svojoj pravnoj prirodi nije hartija od vrednosti (pa ne postoji ni pravo na posedovanje iste), niti se njenim izdavanjem zasnivaju bilo kakva prava u njegovu korist.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7831/2008(2) od 25.12.2008. godine.

¹³⁸ Sentenca: Provizija po izdatoj bankarskoj garanciji predstavlja cenu za rizik kojem se banka izlaže ukoliko tražilac garancije ne izvrši svoju obavezu po osnovnom ugovoru na vreme.

Presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 5967/2002 od 4.12.2002. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 1/2003 - str. 83

ugovora o izdavanju bankarske garancije jeste odnos između banke i komitenta. Zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije banka na sebe preuzima obavezu plaćanja garantovanog novčanog iznosa iz garancije ukoliko njen komitent (nalogodavac, dužnik iz osnovnog posla) ne izvrši ugovornu obavezu iz osnovnog ugovora, odnosno ne izvrši obavezu u definisanom roku.¹³⁹ *Na osnovu ugovora o izdavanju bankarske garancije stvara se pravna pretpostavka za izdavanje bankarske garancije na osnovu koje dolazi do novog i samostalnog pravnog odnosa između banke koja je izdala bankarsku garanciju (banke garanta) i korisnika garancije (poverioca iz osnovnog posla).*

Pravni odnos između nalogodavca i banke jeste odnos kompleksne pravne prirode. Ovaj odnos je determinisan kao poseban u odnosu na druge pravne odnose. Relevantna pitanja koja pojavljuju prilikom analize ovog pravnog odnosa jesu ona koja se odnose na specifičnosti zaključenja ugovora o izdavanju bankarske garancije u smislu pravnih obeležja takvog ugovornog odnosa iz kojeg proizilaze prava i obaveze za obe ugovorne strane. U prethodnome delu teksta ukazano je na opšta obeležja ovog odnosa, dok će se u nastavku analizirati niz specifičnih pravnih pitanja koja se posledično javljaju iz ovog pravnog odnosa.

1. U okviru pravne teorije najviše se razmatra pitanje forme ovih ugovora, kao i načina zaključivanja ovih ugovora, shodno činjenici da je u pitanju specifičan bankarski posao koji ima niz obeležja posebnog karaktera usled činjenice da je banka jedna od ugovornih strana. *Uvažavajući činjenicu da je banka jedna od ugovornih strana, kao i da njen položaj u odnosu na nalogodavca jeste takvog karaktera da joj pruža dominantno ponašanje shodno prirodi njihovih odnosa koji nastaju na postulatima ovog pravnog posla, kao i kod većine bankarskih poslova ugovorni odnos jeste u najvećoj meri predefinisan, odnosno sadržaj ugovora iako specifičan za svaki garancijski odnos ponaosob, jeste u stvari klasičan tipski odnosno formularni ugovor.* Banka garant je jača ugovorna strana u odnosu na nalogodavca, pa u ovom poslu njena uloga jeste takva da isti nije moguće realizovati bez njenog učešća, što jeste od uticaja na činjenicu da se ugovorni odnos sa nalogodavcem uređuje pomoću tipskih odnosno formularnih ugovora. Korišćenje tipskih, odnosno formularnih ugovora u bankarskom poslovanju, predstavlja praksu koja je dugo utemeljena i zasnovana na činjenici da je banka uvek jača ugovorna strana, pa shodno takvom položaju

¹³⁹ Za razliku od jemstva, banka ne preuzima na sebe izvršenje obaveze njenog komitenta koja proizilazi iz osnovnog ugovora, već samo isplatu novčanog iznosa koji je garancijski određen kao kompenzacioni oblik neizvršenja obaveze iz osnovnog ugovora.

može da diktira uslove pod kojima pristupa ugovorima. Iako ovi ugovori nisu klasični adhezioni ugovori, kao što je to slučaj kod određenih ugovora u osiguranju, tipski odnosno formularni ugovori definišu unapred najveći deo sadržaja budućih ugovornih odnosa, dok se ostavlja marginalni deo prostora za pregovore u pogledu specifičnih ugovornih odredaba. Ugovor o izdavanju bankarske garancije jeste tipski odnosno formularni ugovor u kojem je unapred determinisan najveći deo sadržaja ugovora, dok se u neposrednoj komunikaciji sa nalogodavcem preciziraju određene odredbe od značaja koje su specifične od slučaja do slučaja.

Ugovor o izdavanju bankarske garancije sadrži: opšte uvodne odredbe u kojima su precizirani kalendarski elementi ugovora, naziv ugovornih strana (pun naziv subjekta, sedište, puno ime zakonskog zastupnika, matični broj); preciziranje obaveze izdavanja bankarske garancije u smislu novčanog iznosa garancije, naziv korisnika, rok važnosti, informacije od značaja iz osnovnog posla, odluka nadležnog odbora banke za izdavanje bankarske garancije; preciziranje obaveze nalogodavca; pravo regresa banke prema nalogodavcu u slučaju isplate garantovanog novčanog iznosa; odredbe kojima se štite interesi banke u slučaju nesavesnog postupanja nalogodavca; preciziranje iznosa bankarske provizije kao i drugih troškova koji terete nalogodavca za izdavanje bankarske garancije; nadležnost za rešavanje sporova po ovom ugovoru; broj primeraka i potpisi ovlašćenih lica. Elementi ugovora o garanciji koji se posebno preciziraju kod svakog novog ugovora o izdavanju bankarske garancije odnose se na visinu provizije koju nalogodavac ima da plati kao protivnaknadu za izdavanje bankarske garancije, kao i na definisanje drugih troškova koje banka ima u vezi sa izdavanjem garancije.

2. Jedno od pitanja koje se u okviru pravne nauke razmatra jeste način zaključenja ugovora o izdavanju garancije, tačnije pitanje da li se ugovor o izdavanju bankarske garancije može zaključiti putem prećutnog prihvatanja ponude, što Pavićević postavlja kao pitanje od značaja.¹⁴⁰ Pitanje prećutnog prihvatanja ponude kao načina zaključenja ugovora nije nepoznata,¹⁴¹ i kao takva jeste pravno i prakseno prepoznata i priznata onda kada među subjektima obligacionih odnosa postoji kontinuitet u njihovim poslovnim odnosima koji stvara pretpostavku prećutnog prihvatanja ponude u onim poslovima odnosno obligacionim odnosima kada se taj koncept može primeniti. Uvažavajući činjenicu da prilikom obligacionopravnog odnosa koji nastaje između banke garanta i nalogodavca, ovaj pravni

¹⁴⁰ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 40.

¹⁴¹ Vidi više: Babić, I. (2008): Leksikon obligacionog prava. Beograd, Službeni glasnik, ISBN 978-86-7549-6915

odnos jeste zasnovan na činjenici da su ugovorne strane već u aktivnom poslovnom odnosu, tj. da je nalogodavac već klijent banke, da posledično postoji određeni kontinuitet u smislu poslovne komunikacije između njih, kao i da postoje različiti obligacionopravni odnosi koji stvaraju osnovu za prećutno prihvatanje ponude onda kada je ista upućena od neke od ugovornih strana. Izneta observacija jeste po našem mišljenju predstavljala polaznu tačku u koncipiranju ideje da do izdavanja bankarske garancije se može doći i putem prećutnog prihvatanja ponude. U razradi ove ideje, Pavićević smatra da činjenica da banka i pre formalnog upućivanja naloga za izdavanje bankarske garancije jeste upoznata sa takvom intencijom svog komitenta, da nalogodavac i pre formalno upućenog naloga za izdavanje garancije jeste prethodno upoznat sa stavom banke u smislu onoga što je sadržano u nalogu koji se upućuje, ukazuje da prihvatanje naloga, u stvari predstavlja samo konačnu reakciju ili ratifikaciju onoga o čemu je još ranije postignuta saglasnost između banke i komitenta (nalogodavca), a to dalje znači da se ćutanje banke koja je primila nalog (koji prema mišljenju ovih autora ima karakter ponude)¹⁴² ne može drugačije shvatiti nego kao prihvatanje naloga u svemu kako on glasi.¹⁴³ Sama ideja o shvatanju naloga kao pravnog koncepta koji po svojoj sadržini odnosno prirodi jeste identičan sa ponudom za zaključenje posla jeste po našem mišljenju pogrešna. Institut naloga se u našem pravu pojavljuje kao imenovani ugovor koji je regulisan odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Kao takav predstavlja pravni posao u kojem se nalogoprimac obavezuje prema nalogodavcu da za njegov račun preuzme određene poslove.¹⁴⁴ Osnov za shvatanje da ugovor o izdavanju bankarske garancije se zaključuje putem prećutnog prihvatanja ponude jeste samo delimično tačan. Iako uvažavamo činjenicu da postoji osnova da se posao između nalogodavca (komitenta) i banke garanta može smatrati za takvim, odnosno da se on može tumačiti kao vrsta posla u kojoj ponuđeni stoji u stalnoj poslovnoj vezi sa ponudiocem, specifičnost ovog posla ipak jeste takve prirode da se taj odnos, tj. posao ne može smatrati za posao koji po svom karakteru predstavlja vrstu posla u kojem su nalogodavac i banka u stalnoj poslovnoj komunikaciji i redovno obavljaju ovu vrstu poslova. Činjenica da ćutanje ponuđenog ne znači uvek i prihvatanje ponude, kao i da specifičnost naloga koji je upućen od strane komitenta (nalogodavca) prema banci ne predstavlja redovnu poslovnu aktivnost ovih subjekata, već veoma specifičnu vrstu kreditnog posla, daje nam za pravo da smatramo da

¹⁴² Vidi više: Dragšić, M. (1993): Opšta ponuda i ponuda javnosti. Pravo i privreda, God. 32, br. 9-12, str. 5-14.

¹⁴³ ibidem.

¹⁴⁴ Vidi više: Slakoper, Z. (2011): Ugovor o nalogu u DCFR i izabranim propisima kontinentalne tradicije. Zbornik radova : Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse ISSN: 1986-5821.- Br. 9 (2011), str. 124-134

zaključenje putem prećutnog prihvatanja ponude jeste pogrešno. Razumljivo je da osnov za drugačije tumačenje od našeg se može pronaći i u odredbi zakona iz čl. 750, u kojoj je stipulirano da «ko se bavi vršenjem tuđih poslova kao zanimanjem ili se javno nudi za vršenje tih poslova, dužan je, ako neće da prihvati ponuđeni nalog koji se odnosi na te poslove, da o tome bez odlaganja obavesti drugu stranu, inače odgovara za štetu koju bi ova pretrpela zbog toga», ali ovaj član govori o naknadi štete ako se bez odlaganja ne obavesti druga strana da ne prihvata ponuđeni nalog. Stav navedenog autora u vezi sa ovim jeste da “banka garant, ukoliko ne želi da se njeno ćutanje shvati kao prihvatanje naloga (ponude), dužna je da se od njega ogradi (reaguje), kako bi se na taj način otklonila svaka sumnja u vezi sa njenim stavom prema primljenom nalogu (ponudi)”¹⁴⁵. Možemo se složiti sa autorom samo u delu koji se odnosi na obavezu banke da, ako neće da prihvati ponuđeni nalog bez odlaganja obavesti drugu stranu, ali ne iz razloga da bi se njeno ćutanje moglo smatrati kao prihvatanje ponude za zaključenje ugovora o izdavanju bankarske garancije, već iz razloga što banka kao strana kojoj je upućena ponuda, a koja se nalazi u stalnom poslovnom odnosu sa komitentom banke, ne dođe u situaciju da odgovara za štetu koju bi nalogodavac pretrpeo, usled izostavljanja obaveštenja prema drugoj strani u vezi sa podnetim ponuđenim nalogom.

Na osnovu prethodno iznetog smatramo da se ugovor o izdavanju bankarske garancije ne može zaključiti prećutnim prihvatanjem ponude. Ćutanje banke po osnovu primljenog naloga ne može se tumačiti kao njena saglasnost sa sadržinom izdatog naloga što bi stvorilo osnova za prećutno prihvatanje ponude. Uvažavajući činjenicu da banka jeste u stalnom poslovnom odnosu sa komitentom, odnosno u ovom slučaju sa nalogodavcem, ne daje dovoljno osnova da se prihvati pravno shvatanje po kojem se ovaj pravni posao zaključuje na osnovu prećutnog prihvatanja ponude, jer je isti specifičnog karaktera i ne spada u redovne poslovne aktivnosti komitenta i banke. Smatramo da je banka dužna da odgovori na ponuđeni nalog za izdavanje bankarske garancije, ali njeno ćutanje po primljenom nalogu se ne može smatrati kao osnov za zaključenje ugovora o izdavanju bankarske garancije, već daje osnova nalogodavcu da ima pravo da zahteva obeštećenje u smislu štete koju je pretrpeo usled ćutanja banke na ponuđeni nalog.

¹⁴⁵ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 40.

4. Pravni odnos između banke garanta i korisnika bankarske garancije

Pravni odnosi između učesnika u garancijskom poslu jesu veoma specifični, kako sa stanovišta njihovih pravnih obeležja, tako i sa stanovišta odnosa koji nastaju, traju i prestaju u različitim fazama realizacije garancijskog posla. Značaj koji bankarska garancija, odnosno garancije za plaćanje, uživaju među poslovnim subjektima, jeste umnogome determinisan činjenicom da svi odnosi koji nastaju povodom ovog kompleksnog posla jesu pravni odnosi samostalne prirode. U prethodnom delu rada analiziran je pravni odnos između poverioca i dužnika iz osnovnog pravnog posla na čijim osnovama dolazi do nastanka garancijskog posla, kao i pravni odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla) i banke garanta koja po primljenom i prihvaćenom nalogu zaključuje ugovor o izdavanju bankarske garancije sa nalogodavcem u korist trećeg lica. Ovaj pravni odnos jeste samostalnog karaktera, jer se zaključenjem ugovora o izdavanju bankarske garancije konstituišu prava i obaveze za obe ugovorne strane, od kojih je primarna obaveza banke da izda bankarsku garanciju u korist trećeg lica u skladu sa sadržajem naloga koji je kao takav inkorporiran u sadržaj ugovora o izdavanju bankarske garancije, dok je obaveza nalogodavca primarno vezana za obavezna plaćanja prema banci garantu u smislu provizija¹⁴⁶ i troškova izdavanja garancije.¹⁴⁷ Važno je napomenuti da obaveza plaćanja provizije nije povezana sa isplatom banke garanta korisniku bankarske garancije, što jeste i stanovište sudske prakse.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Sentenca: Ukoliko između nalogodavca i banke garanta nije drugačije ugovoreno, obaveza plaćanja provizije po izdatoj bankarskoj garanciji nastaje izdavanjem bankarske garancije korisniku bankarske garancije i ta obaveza nije uslovljena plaćanjem od strane banke garanta korisniku garancije - inostranom poveriocu. Provizija - naknada po izdatoj bankarskoj garanciji je cena koju je dužan platiti nalogodavac - dužnik iz osnovnog posla, za rizik koji banka garant preuzima izdavanjem bankarske garancije da će nastupiti obaveza plaćanja po osnovu bankarske garancije iz njenih sredstava.

Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 323/99 od 3.11.1999. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/2000 - str. 133.

¹⁴⁷ Pravo banke na naknadu (proviziju) i visina provizije uređuje se ugovorom o izdavanju bankarske garancije. Banka garant ima pravo na ugovorenu proviziju bez obzira da li je korisniku garancije vršila plaćanje po osnovu izdate garancije, ako između nalogodavca i banke garanta nije ugovoreno drukčije.

Izdvojen segment pravnog shvatanja:

Redovno se bankarska provizija ugovara u određenom procentu od garantovanog iznosa i dospeva u određenim vremenskim intervalima. Pored provizije banka ima pravo i na troškove u vezi sa izdatom garancijom, ukoliko stranke ne ugovore da se u visinu provizije uključuju i troškovi.

Provizija koju je obavezan nalogodavac da plati banci garantu predstavlja cenu za rizik koji banka preuzima za slučaj da dužnik iz osnovnog posla ne izvrši obaveze plaćanja po ugovoru iz osnovnog posla i ako tu obavezu bude izvršavala banka garant. Izdavanjem bankarske garancije banka garant se zadužuje prema inostranstvu za račun nalogodavca i preuzima obavezu plaćanja prema inostranstvu pod uslovima iz bankarske garancije.

Izdavanjem bankarske garancije banka je ispunila svoju obavezu prema nalogodavcu, pa ostaje obaveza nalogodavca da banci plaća proviziju u skladu sa nalogom, odnosno zaključenim ugovorom o izdavanju bankarske garancije. Prema tome, pravo banke na proviziju nije vezano za isplatu garantovanog iznosa

Na osnovu ugovora o izdavanju bankarske garancije, banka garant je dužna da u ugovorom definisanom roku izda bankarsku garanciju u korist trećeg lica (poverioca iz osnovnog posla). Izdavanjem bankarske garancije dolazi do nastanka novog pravnog odnosa, odnosa između banke garanta i korisnika garancije.

1. Izdavanje bankarske garancije predstavlja finalnu fazu, u smislu pravne konstrukcije njenog nastanka kojoj prethodi osnovni pravni posao između poverioca i dužnika, odnosno ugovor o izdavanju bankarske garancije između nalogodavca i banke garanta. Samostalnost bankarske garancije jeste njeno bitno pravno obeležje koje je kao takvo detereminisano odredbama Zakona o obligacionim odnosima, što je u radu prethodno i analizirano. Samostalnost bankarske garancije jeste afirmisana i u okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv – publikacija 758. Izdavanjem bankarske garancije dolazi do konstituisanja primarne obaveze banke – obaveze isplate novčanog iznosa koji je u bankarskoj garanciji definisan. Izdatom bankarskom garancijom, banka garant se obavezuje da će isplatiti novčani iznos garancije, ali uvek pod određenim uslovima nastanka određenog događaja. Obaveza isplate novčanog iznosa garancije jeste pravnposledično povezan sa nastupanjem određenog događaja, koji se u pravnoj konstrukciji bankarske garancije povezuje sa neispunjenjem obaveze dužnika iz osnovnog posla, tj. nalogodavca, prema korisniku garancije odnosno poveriocu. Drugim rečima, obaveza banke iz bankarske garancije nastaje u trenutku izdavanja bankarske garancije, ali je neizvesno ispunjenje ove obaveze jer ova obaveza zavisi od budućeg neizvesnog događaja - nespunjenja ugovorne obaveze dužnika iz osnovnog ugovora. Pritom mora se apostrofirati da, iako glavna obaveza banke jeste isplata novčanog iznosa iz garancije, da je ista pravnposledično povezana sa nastupanjem budućeg neizvesnog događaja - neizvršenje obaveze dužnika iz osnovnog ugovora, ovo samo po sebi ne znači da je u pitanju tkz. uslovna bankarska garancija, što se jasno naglašava u stavovima jednog dela pravne nauke.¹⁴⁹

korisniku garancije, pa banka garant ima pravo na ugovorenu proviziju bez obzira da li je došlo do aktiviranja garancije, odnosno do plaćanja od strane banke korisniku garancije garantovanog iznosa. Isplata po garanciji od strane banke značajna je za pravo banke na regres od nalogodavca, kao i za troškove banke u vezi sa plaćanjem prema inostranstvu. Pri tome važno je istaći da nalogodavac i banka garant ugovorom mogu na drukčiji način regulisati pravo banke na proviziju za izdatu garanciju.

Pravno shvatanje Gradanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije, utvrđeno na sednici od 16. novembra 1998. godine

¹⁴⁸ Sentenca: Obaveza plaćanja provizije za izdatu bankarsku garanciju nije uslovljena isplatom banke garanta korisniku bankarske garancije.

Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 66/99 od 22.9.1999. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/1999 - str. 181.

¹⁴⁹ Bilić, S. (1995): Pravna priroda bankarske garancije. Pravni život, God. 44, knj. 419, br. 10, str. 739-748.

2. U vezi sa neispunjenjem obaveze dužnika iz osnovnog ugovora koji je povezan sa nastupanjem obaveze banke da isplati garantovani novčani iznos, postavlja se pitanje pravnog karaktera dužnikove obaveze, tj. na koji način je definisano u sadržaju osnovnog ugovora ispunjenje dužnikove obaveze. Stav sudske prakse po ovom pitanju jeste da obaveza banke, u vezi sa zahtevom korisnika garancije za isplatu garantovanog novčanog iznosa, jeste takva da banka ne samo da je u obavezi da isplati ovaj iznos, već odgovara i za docnju u slučaju kršenja rokova za isplatu.¹⁵⁰ Obaveza banke da korisniku garancije isplati određenu sumu novca nastupa samo ako dužnik iz osnovnog posla ne ispuni svoje ugovorne obaveze, odnosno ako dužnik iz osnovnog posla neuredno ispuni svoje ugovorne obaveze koje su definisane u sadržaju ugovora iz osnovnog pravnog posla. Međutim, sudska praksa stoji na stanovištu da je banka, kao izdavalac bankarske garancije dužna da štiti ne samo svoje interese, već i interese nalogodavca, što jasno proizilazi iz presude Višeg trgovinskog suda.¹⁵¹

Relevantno pitanje koje se postavlja jeste da li obaveza banke garanta može biti ograničena, tj. na koji način utiče sadržaj osnovnog ugovora u delu koji se odnosi na ispunjenje ugovornih obaveza od strane dužnika, i kako se odredba ovog ugovora tumači u kontekstu odnosa banke garanta prema ovoj pravno relevantnoj činjenici. Odgovor po našem mišljenju nije jednostavan, jer su pravno mogući različiti scenariji. Prvo, način definisanja obaveza ugovornih strana u osnovnom ugovoru, a posebno obaveza dužnika u smislu izvršenja te obaveze, jeste od uticaja. Ako je u ovom ugovoru jasno preciziran rok izvršenja obaveze dužnika, i standard u smislu onoga što se mora izvršiti od strane dužnika, onda svako neizvršenje ove obaveze, kako u pogledu docnje, tako i u pogledu neurednosti ispunjenja obaveze u skladu sa definisanim njenim sadržajem se može smatrati kao osnov za isplatu garantovane novčane sume. Problem nastaje ako same ugovorne strane nisu dovoljno jasno

¹⁵⁰ Sentenca: Kada se steknu uslovi da korisnik bankarske garancije traži naplatu iznosa iz bankarske garancije od banke garanta, tada korisnik garancije može pored nominalnog iznosa iz garancije, od banke garanta u slučaju docnje u isplati tražiti i zatezne kamate saglasno odredbi iz člana 227. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prevl. 205/96 od 15.5.1996. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/1996 - str. 91

¹⁵¹ Sentenca: Punovažno izdata i formalno-pravno ispravna bankarska garancija važi i proizvodi pravno dejstvo do isteka roka važnosti koji je u njoj određen i ne može prestati da važi zato što korisnik garancije eventualno zloupotrebljava prava iz nje, ali banka garant može odbiti zahtev za plaćanje primljen u okviru roka važnosti garancije, ukoliko nađe da nije osnovan. Banka izdavalac garancije koja jedina i ima obaveze iz izdate garancije, prilikom procene da li će postupiti po zahtevu za isplatu, dužna je da štiti ne samo sopstvene interese, nego i interese nalogodavca i ovlašćena je da odbije zahtev za plaćanje, ukoliko nađe da se radi o neosnovanom zahtevu korisnika garancije.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7831/2008(1) od 25.12.2008. godine

precizirale relevantna pitanja u vezi sa rokom izvršenja obaveze dužnika iz ovog posla, kao i druga pitanja od značaja u vezi sa preuzetom obavezom dužnika. U takvim okolnostima problematika nastupanja obaveze banke po izdatoj bankarskoj garanciji je upitna. Iako je samostalnost bankarske garancije pravno jasno determinisana, banka je istovremeno u obavezi da od korisnika garancije insistira da zahtev za isplatu nedvosmisleno potvrdi neispunjenje obaveze dužnika, što može biti upitno onda kada ta obaveza nije dovoljno jasno i precizno definisana. Iz tog razloga jeste upitan, u odnosu na način definisanja obaveze dužnika iz osnovnog posla, i sam karakter obaveze banke garanta u odnosu na ispunjenje obaveze dužnika iz osnovnog posla kada ista nije adekvatno definisana. Smatramo kao dobru preporuku da sam sadržaj osnovnog ugovora jeste dovoljno jasan i precizan u pogledu obaveze dužnika koje su u njemu konstituisane, kao i da i sam sadržaj bankarske garancije mora da bude precizan i detaljan u pogledu načina na koji se definišu obaveze dužnika iz osnovnog posla kao jednog od obaveznih elemenata bankarske garancije. U suprotnom može se doći do situacije da banka po prezentovanju zahteva isplate po izdatoj garanciji ne može da adekvatno utvrdi da li je došlo do neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovorne obaveze, iako sama nova Jednoobrazna pravila za garancije na poziv jasno preciziraju da banka nema obavezu da zahtev u tom smislu proverava, osim ako je po sadržini garancije konsituisan njen uslovni element, tj. ako je reč o uslovnim bankarskim garancijama. Sa stanovišta našeg prava, ovo pitanje nije normativno adresirano iz razloga što je obim zakonske legislative iz domena bankarske garancije veoma skroman, pa se učesnici u garancijskom poslu oslanjaju na primenu Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, odnosno samostalno uređuju sadržaj bankarske garancije u skladu sa svojim interesima uz uvažavanje kogentnih normi zakona.

3. Postupak podnošenja zahteva za isplatu garancije jeste jednostavan i formalan. Korisnik garancije se obraća banci koja je izdala garanciju da je došlo do nastapanja događaja, tj. da dužnik iz osnovnog ugovora nije ispunio, odnosno nije uredno ispunio svoje ugovorne obaveze iz osnovnog posla, kao i da su ispunjeni uslovi iz garancije, ukoliko je u pitanju uslovna vrsta bankarske garancije. Kod безусловnih garancija, odnosno garancija sa klauzulazama «bez prigovora» i «na prvi poziv» banka nema pravo da odbije zahtev za isplatu garantovanog novčanog iznosa ističući prigovore koje se odnose na osnovni pravni posao.¹⁵² Banka može isticati prigovore samo onog karaktera koji su pravno povezani sa

¹⁵² Sentenca: Nepunovažnost osnovnog pravnog posla za koji je izdata garancija sa klauzulom "bez prigovora" ne utiče na punovažnost obaveze banke po izdatoj garanciji. Zato se banka može koristiti samo prigovorima

izdatom bankarskom garancijom i iz njega proizilaze.¹⁵³ U ovim situacijama, banka garanta je dužna da postupi po primljenom zahtevu za isplatu garancije, te svako odbijanje ispunjenja ove obaveze predstavlja osnov koji pravno može poslužiti korisniku garancije u smislu utuženja banke garanta, te će ona biti odgovorna kako za neisplatu novčanog iznosa garancije tako i za sve troškove koji su povodom nepostupanja banke po podnetom zahtevu nastali na štetu korisnika garancije.¹⁵⁴ Stanovište sudske prakse jeste da nalogodavac ne sme da trpi štetu iz neispunjenja obaveze banke, te ne može biti tužena strana, imajući u vidu samostalnost izdate bankarske garancije. Ukoliko nije u pitanju безусловna bankarska garancija, već tkz. akcesorna bankarska garancija, onda pored prigovora na pravo iz garancije, banka može ulagati prigovore i na osnovni pravni posao, što je potvrđeno i stavom naših sudova.¹⁵⁵

4. Odnos banke garanta i korisnika garancije jeste samostalni pravni odnos, i kao takav nije povezan sa drugim subjektima. Posledično, nalogodavac nema nikakva prava odnosno mogućnost podnošenja određenih zahteva u vezi sa pravno relevantnim pitanjima koja proizilaze iz odnosa banke garanta i korisnika garancije. Drugim rečima, nalogodavac nema formalnopravni uticaj na ponašanje banke garanta prema korisniku garancije, isključujući time i mogućnost podnošenja zahteva nalogodavca prema banci garanta u smislu

koji proizilaze iz uslova garancije (rok važenja garancije i slično), a ne i prigovorom ništavosti pravnog posla za koji je data garancija "bez prigovora".

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 74/98 od 16.12.1998. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/1999 - str. 182)

¹⁵³ Sentenca: Banka garant ima mogućnosti da spreči naplatu garantovane sume isticanjem prigovora koji se tiču samog prava iz garancije, dakle prava iz koga potiče potraživanje korisnika garancije.

U pravnim odnosima povodom izdavanja bankarske garancije postoje tri učesnika i to: nalogodavac, dužnik u glavnom poslu koji daje nalog banci da trećem licu, poveriocu izda garanciju, garant - banka koja izdaje garanciju i korisnik - poverilac u glavnom poslu sa nalogodavcem čije se potraživanje obezbeđuje bankarskom garancijom. Odnos između garantne banke i korisnika zasniva se na bančnoj jednostranoj izjavi volje datoj korisniku, čime se smatra da je garancija izdata. Izdavanjem bankarske garancije banka ispunjava svoju obavezu iz ugovora prema nalogodavcu, i ujedno zasniva novu obavezu prema korisniku da mu isplati određenu svotu novca, ako dužnik (nalogodavac) ne ispuni ili neuredno ispuni svoju obavezu iz osnovnog posla. Banka garant ima mogućnosti da spreči naplatu garantovane sume isticanjem prigovora koji se tiču samog prava iz garancije, dakle prava iz koga potiče potraživanje korisnika garancije, a što se može videti u rešenju Višeg trgovinskog suda.

Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3622/2003 od 14.8.2003. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 4/2003 - str. 98

¹⁵⁴ Sentenca: Korisnik bankarske garancije "na prvi poziv" može neposredno izdavanjem naloga za plaćanje preko nosioca platnog prometa garanta izvršiti naplatu potraživanja po garanciji.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 5859/2004 od 8.10.2004. godine

¹⁵⁵ Sentenca: Mogućnost isticanja dilatornih i peremptornih prigovora iz osnovnog pravnog posla obezbeđenog bankarskom garancijom postoji samo u slučaju izdavanja akcesorne, a ne i samostalne garancije.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 642/00 od 11.4.2001. godine

neizvršavanja zahteva za isplatu garantovanog novčanog iznosa iz garancije. Shvatajući ove pravne odnose kao samostalne, nalogodavac nema pravni legitimitet da bilo šta zahteva od banke garanta, osim onoga što je definisano u sadržaju ugovora o izdavanju bankarske garancije. Nalogodavac nema pravo, odnosno nema pravni osnov, da zahteva od banke garanta da ne postupi po primljenom zahtevu za isplatu bankarske garancije, što su i naši sudovi potvrdili kao ispravno tumačenje odredbi Zakona o obligacionim odnosima.

5. Shvatajući pravni odnos između banke garanta i korisnika garancije kao odnos u kojem jedna strana, banka garanta, preuzima na sebe pravno konsituisanu obavezu isplate garantovanog novčanog iznosa na koji garancija glasi, jasno je da obim obaveza iz ovog odnosa jeste takav da, obaveze iz ovog pravnog odnosa, jesu primarno na strani banke garanta, te da korisnik garancije ima veoma sužen opseg pravnih obaveza, iako određeni autori smatraju da korisnik i nema obaveze iz ovog pravnog odnosa, jer je u pitanju jednostrani pravni akt.¹⁵⁶ Ipak, obaveza korisnika garancije iako limitirana, jeste važna, naročito sa stanovišta aktiviranja bankarske garancije, u smislu intencije da se izvrši plaćanje po izdatoj garanciji. Korisnik bankarske garancije jeste u obavezi da zahtev za isplatu garantovanog novčanog iznosa bude upućen banci garantu u skladu sa definisanim rokovima važenja bankarske garancije.¹⁵⁷ Jedno od važnijih pitanja koje se postavlja u vezi sa ovom obavezom korisnika garancije odnosi se na način računanja rokova. S obzirom da ne postoje eksplicitne odredbe u delu Zakona o obligacionim odnosima koji se odnosi na institut bankarske garancije, u vezi sa načinom računanja roka u kojem je zahtev za isplatu korisnika garancije pravno osnovan, a uvažavajući činjenicu da kod računanja rokova se često koristi procesna materija domaćeg prava, stav sudske prakse po ovom pitanju jeste da se način računanja rokova vrši po osnovu relevantnih odredbi Zakona o obligacionim odnosima u segmentu istog koji definiše rokove, odnosno način računanja rokova.¹⁵⁸

Prema našem mišljenju od posrednog značaja u kontekstu sadržaja bankarske garancije, a koji se posledično reflektuje i na odnos između korisnika garancije i banke garant, jeste i stav sudske prakse. Primenjujući načelo savesnosti i poštenja, kod presude

¹⁵⁶ Đorđević, D. (2003): Ugovor o izdavanju bankarske garancije. *Pravni život*, God. 52, knj. 479, br. 11 (2003), str. 687-699

¹⁵⁷ Marjanović, B. (1996): Ograničenje prenosa bankarske garancije. *Pravo i privreda*, God. 33, br. 5/8, str. 168-174.

¹⁵⁸ *Sentenca*: Protek roka po bankarskoj garanciji računa se po odredbama Zakona o obligacionim odnosima, a ne po odredbama procesnog prava. Banka garant mora pre isteka roka da primi zahtev za isplatu iz garancije jer njena obaveza prestaje onoga dana koji je označen kao dan do kada važi garancija prema odredbi čl. 77. ZOO. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 24/99 od 24.2.1999. godine - *Sudska praksa privrednih sudova - Bilten* br. 2/1999 - str. 86.

Vrhovnog kasacionog suda u vezi sa tumačenjem kontradiktornih odredbi bankarske garancije, sud je zauzeo stav kojim uvažava poseban položaj korisnika bankarske garancije, odnosno banke garanta, te afirmiše obavezu banaka da u ovim poslovima postupaju sa posebnom pažnjom.¹⁵⁹

Osim obaveze korisnika garancija, da u definisanom roku podnese zahtev za isplatu novca po osnovu izdate bankarske garancije, pitanje koje se u okviru naučne i stručne javnosti pojavljuje jeste pitanje da li je korisnik banarske garancije u obavezi da prihvati izdatu bankarsku garanciju u njegovu korist, a na osnovu instrukcija nalogodavca prema banci garantu koje su zasnovane na odredbama osnovnog ugovora - na osnovu sadržaja garantne klauzule u kojoj su definisani svi relevantni elementi u vezi sa bankarskom garancijom. Iako postoje različita mišljenja unutar pravne teorije, mišljenja smo da korisnik bankarske garancije ima pravo da ne prihvati izdatu bankarsku garanciju od strane banke garanta, ali posledice ne prihvatanja garancije jesu različite u odnosu na sam sadržaj takve garancije. Naime, ukoliko sadržaj garancije ne odslikava volju poverioca i dužnika iz osnovnog pravnog posla koja je sadržana u garantnoj klauzuli, onda korisnik ima pravo da ne prihvati izdatu garanciju jer ista nije saobrazna sa definisanim sadržajem garantne klauzule. U tom smislu ne samo da nema štetnosti u njegovom ponašanju, u kontekstu zaštite prava njegovih interesa, već ima legitimni osnov da traži raskid osnovnog ugovora na osnovu činjenice da mu nije izdata garancija u skladu sa garantnom klauzulom, nego i može da zahteva naknadu troškova koji su proizašli iz takvog stanja. Kada sadržaj bankarske garancije jeste pravno saobrazan sa voljom poverioca iz osnovnog posla koja je sadržana u garantnoj klauzuli, korisnik garancije i tada može da ne prihvati tako izdatu garanciju u njegovu korist, iako ista ispunjava sve uslove koji su prethodno ugovorno definisani. Pravne posledice ovakvog ponašanja korisnika garancije jesu značajne. Dužnik iz osnovnog posla odnosno nalogodavac, može da zahteva raskid osnovnog ugovora na osnovu neispunjenja obaveze poverioca iz osnovnog posla u smislu prihvatanja bankarske garancije, te će isti biti dužan ne samo da nadoknadi nalogodavcu sve troškove koje je imao u postpuku pribavljanja bankarske garancije u korist poverioca, već i naknadu štete koju je potencijalno odnosno faktički pretrpeo kao rezultat raskida ugovora na štetu poverioca iz osnovnog posla.

¹⁵⁹ Sentenca: Kontradiktorne odredbe u bankarskoj garanciji ne mogu se tumačiti u korist banke izdavača garancije, već nasuprot tome u korist korisnika garancije, jer je sadržaj garancije formulisala banka koja je u sačinjavanju bila dužna da se pridržava načela iz čl. 12. Zakona o obligacionim odnosima, postupajući sa posebnom pažnjom koja se traži u profesionalnom obavljanju bankarskog poslovanja.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prev. 223/2010(1) od 4.3.2010. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/2010.

Uvažavajući prethodno izneto, jasno je da obaveze banke garanta jesu kompleksnije pravne prirode u odnosu na obaveze korisnika garancije, ali iako je reč jednostranom pravnom poslu, isti ne podrazumeva da obe strane u poslu nemaju obaveze, već je redistribucija tih obaveza uglavnom stavljana po prirodi posla na banku garanta, dok se ne mogu i ne smeju zanemariti ni obaveze korisnika garancija, naročito u domenu poštovanja rokova za podnošenje zahteva za islatu po izdatoj bankarskoj garanciji.

Osnovna obaveza banke garanta prema korisniku garancije jeste isplata garantovanog novčanog iznosa, onda kada je nastupio garantovani slučaj. Isplata novčanog iznosa iz garancije jeste obaveza banke, ali u praksi može doći do situacije da je korisnik zloupotrebio svoj položaj i neosnovano prisvojio novčani iznos iz garancije, iako nije imao pravo na to. Stav sudske prakse po ovom pitanju je veoma jasan. Prema Rešenju Privrednog apelacionog suda, a shodno čl. 620 o 1087 Zakona o obligacionim odnosima, osnovano se može razmatrati validnost tako naplaćenog iznosa u zavisnosti od karaktera osnovnog pravnog posla povodom kojeg je došlo do izdavanja bankarske garancije.¹⁶⁰

5. Pravna priroda ugovora o izdavanju bankarske garancije

Kompleksnost pravnih odnosa između različitih subjekata u procesu realizacije posla bankarske garancije jeste jasno identifikovana u okviru dosadašnjeg dela istraživanja. Naizgled, bankarska garancija kao pravni posao ili ugovorni odnos koji ima za cilj zaštitu interesa poverioca iz osnovnog posla odalje utisak jednostavnog posla u smislu pravnih obeležja i karakteristika, ali ovako tumačanje bi bilo opravdano samo ukoliko bi bankarsku garanciju posmatrali isključivo sa aspekta njenog pravnog karaktera i odnosa između korisnika garancije i banke garanta. U okviru pravne nauke predmet najvišeg stepena interesovanja izaziva diskusija između pristalica ugovornog shvatanja pravne prirode bankarske garancije i shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla. Ipak, jednako važno pitanje predstavlja i analiza pravnih obeležja i karakteristika koji se odnose na ugovor o izdavanju bankarske garancije. Važnost ovog pravnog akta se može dovesti direktno u korelaciju sa pravnom prirodom bankarske garancije, iako uistinu ova dva pravna

¹⁶⁰ Sentenca: Kada će se smatrati da je korisnik neopravdano naplatio bankarsku garanciju odlučuje se imajući u vidu karakter osnovnog pravnog posla između nalogodavca i korisnika garancije, kao i okolnosti svakog konkretnog slučaja.

Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 3796/2011(1) od 4.4.2012. godine.

posla jesu posledično potpuno odvojena i nezavisna, te i same ugovorne strane jesu različite. Shvatajući značaj ugovora o izdavanju bankarske garancije kao «prethodno pitanje», kao pravni osnov na osnovu kojeg se konstituiše obaveza banke garanta da izda bankarsku garanciju, upućuje nas na potrebu detaljnije analize pravnih obeležja ovog ugovora koji determiniše njegovu pravnu prirodu.

Ugovor o izdavanju bankarske garancije jeste pravno posledično povezan sa prethodno podnetim nalogom za izdavanje bankarske garancije koji je komitent banke (dužnik iz osnovnog posla) uputio banci u kojem se nalaže izdavanje bankarske garancije u korist subjekta iz osnovnog pravnog posla koji ima status poverioca. Ako postoje određene dileme oko pravne prirode bankarske garancije, u pogledu pravne prirode ugovora o izdavanju bankarske garancije ne postoje dileme unutar pravne nauke. Ako prihvatimo stanovište da ugovor o izdavanju bankarske garancije nastaje na osnovu upućenog naloga banci od strane njenog klijenta, kao i da ovaj ugovorni odnos ima cilj da se obezbedi izdavanje bankarske garancije u korist trećeg lica - korisnika garancije, jasno je da je reč o posebnoj vrsti komisionog posla, jer banka preuzima obavezu izdavanja garancije u korist trećeg subjekta, ali tako izdata bankarska garancija jeste izdata u ime banke garanta, a za račun nalogodavca. Ovo jeste potvrđeno i Rešenjem Vrhovnog suda Srbije.¹⁶¹ Pravno relevantna činjenica izdavanja bankarske garancije, u kojoj banka preuzima obavezu novčanog obeštećenja korisnika garancije za račun nalogodavca, neupitno upućuje na zaključak da je reč o klasičnom komisionom poslu.¹⁶² Relevantna pitanja koja se pojavljuju prilikom analize pravnih obeležja ugovora o izdavanju bankarske garancije odnose se na njenu prirodu nastanka i upotrebe.

1. Ako uvažimo činjenicu da sam ugovor o izdavanju bankarske garancije jeste po svojoj pravnoj prirodi komisionog karaktera, ovaj zaključak se prvenstveno odnosi na

¹⁶¹ Sentenca: Ugovor o izdavanju bankarske garancije u osnovi predstavlja ugovor o nalogu, pa su pravila koja važe za ovaj ugovor merodavna za raspravljanje njihovog odnosa.

Izvod iz obrazloženja rešenja:

Ugovor o izdavanju bankarske garancije, koji banka zaključuje sa svojim nalogodavcem, u osnovi predstavlja ugovor o nalogu, pa su pravila koja važe za ovaj ugovor merodavna i za raspravljanje njihovog odnosa.

To je, između ostalog, i pravilo sadržano u članu 762 ZOO, kojim je predviđeno da je nalogodavac, ukoliko nije drukčije ugovoreno, dužan isplatiti nalogoprincipu naknadu po obavljenom poslu.

Kada je u pitanju bankarska garancija - pod obavljenim poslom, pre svega, treba podrazumevati samo izdavanje garancije, a zavisno od ugovornog odnosa banke i nalogodavca, to može biti vezano i za realizaciju i prestanak važnosti garancije.

U svakom slučaju, prvo se mora ispitati volja ugovornih strana, i u tom smislu pouzdano razjasniti šta su banka i nalogodavac ugovorili u pogledu naknade, njene visine i dospelosti.

Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 363/95 od 3. oktobra 1995.)

¹⁶² Vidi više: Šević, Ž. (1994): Komisioni posao u bankarskom pravu. Čip Štampa, Beograd, str. 46.

obavezu izdavanja bankarske garancije. Međutim, aktiviranjem bankarske garancije sam ugovor o izdavanju bankarske garancije poprima obrise ugovora o kreditu. Naime, budući da prilikom zaključenja ugovora o izdavanju bankarske garancije ne postoji apsolutna izvesnost da će doći i do isplate garantovanog novčanog iznosa, sam ugovor ima prvenstveno karakter komisionog ugovora. Ako pak tako izdata bankarska garancija bude aktivirana i izvrše se obavezna plaćanja po izdatoj garanciji od strane banke garanta, onda ugovor o izdavanju bankarske garancije ima i elemente ugovora o kreditu, jer se na posredan način vrši kreditiranje nalogodavca, time što banka izvršava obavezu plaćanja koja je približno ekvivalentna sa obavezom nalogodavca iz osnovnog posla. Isplatom garantovanog novčanog iznosa banka garant *de facto* vrši kreditiranje nalogodavca, što se jasno i prepoznaje na osnovu činjenice da pored obaveze nalogodavca da izvrši plaćanje provizije i drugih troškova koje banka prilikom izdavanja bankarske garancije, ugovorom o izdavanju bankarske garancije se zasniva i pravni odnos kreditnog karaktera, time što isplatom garantovanog novčanog iznosa banka se obraća sa regresnim zahtevom prema nalogodavcu u iznosu isplaćene novčane sume koja je u garanciji determinisana.¹⁶³ U osnovi dakle ugovor o izdavanju bankarske garancije u njegovom inicijalnom momentu nastanka jeste po svim pravnim obeležjima komisionog karaktera, ali se isti može transformisati u ugovor o kreditu ako dođe do isplate po tako izdatoj garanciji. U vezi sa pravnom prirodom ugovora o izdavanju bankarske garancije, pravna nauka ne prepoznaje posebno važna druga obeležja ovog ugovora, što se manifestuje i u činjenici da ne postoje relevantni izvori literature koji se bave ovom problematikom.

6. Pravna priroda bankarske garancije

Shvatanja o pravnoj prirodi bankarske garancije unutar pravne nauke jesu podeljena, i jednim delom polarizovana. U okviru jednog dela naučne zajednice stoji se na stanovištu da bankarska garancija predstavlja po svojoj pravnoj prirodi ugovor, dok drugi deo naučne javnosti smatra da je reč o jednostranom pravnom poslu. Kao imenovani pravni institut našeg prava, pravna priroda bankarske garancije jeste donekle neupitna prema jednoj grupi

¹⁶³ Sentenca: Da bi stekao pravo da od nalogodavca zahteva isplatu iznosa iz bankarske garancije izdavalac (garant) mora dokazati da je isplatu iz bankarske garancije i izvršio - Teret dokazivanja činjenica bitnih za ostvarivanje prava iz bankarske garancije – Zakon o parničnom postupku čl. 228, 229 i 231 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 1080/2013 od 17.7.2013. godine.

autora koja smatra da činjenica da je ovaj pravni institut regulisan odredbama Zakona o obligacionim odnosima jeste time umnogome unapred determinisan.¹⁶⁴ Determinisanje pravne prirode bankarske garancije, koja u esenciji predstavlja pokušaj dublje analize pravnog odnosa između banke kao izdavaoca garancije i korisnika garancije, jeste jedno od značajnijih pravnih pitanja koja se razmatraju unutar pravne nauke. Izdavanje bankarske garancije ne predstavlja ništa drugo nego do pravno preuzimanje obaveze banke garanta da će korisniku bankarske garancije isplatiti određenu sumu novca koja je određena u garanciji ukoliko nalogodavac (dužnik iz osnovnog posla) to ne učini. Unutar naučne zajednice analizira se pravni karakter ove obaveze, i postavlja se osnovno pitanje, da li bankarska garancija predstavlja ugovor ili jednostrani pravni posao. Pre toga smatramo za važnim da napomenemo da bankarska garancija nije hartija od vrednosti, što je posebno potvrđeno u jednoj od presuda Višeg trgovinskog suda.¹⁶⁵

Pitanje pravne prirode bankarske garancije nije samo pitanje teorijskog razmatranja i shvatanja, već ima niz praksenih posledica. Pravna priroda bankarske garancije ipak izaziva mnogo veći stepen pažnje domaće pravne javnosti, nego što je to slučaj unutar inostranih pravnih krugova. Pitanje koje se ovde postavlja jeste zašto domaća pravna javnost izučava pravnu prirodu bankarske garancije i zašto postoje različita shvatanja o njenoj pravnoj prirodi, odnosno zašto inostrana pravna javnost ovom pitanju ne daje veću važnost. Odgovori na sva tri pitanja jesu u osnovi identična. Činjenica da naše nacionalno pravo jeste jedno od retkih koje je na zakonskom nivou regulisalo institut bankarske garancije, jeste direktno u korelaciji sa prethodno postavljenim pitanjima. S obzirom na to da najveći broj država nema zakonsku regulativu koja uređuje oblast bankarskih garancija, da se posledično primenjuju varijacije drugih pravnih instituta, odnosno primenjuje autonomno trgovačko pravo, pravna priroda bankarske garancije, i garancija uopšte ne postavlja se kao relevantno. Naučna i stručna javnost u inostranstvu nedvosmisleno posmatra bankarsku garanciju, i sve garancijske poslove, kao ugovorne odnose između davaoca garancije i korisnika garancije. Nasuprot ovom stavu, domaća pravna javnost gravitira između shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla, odnosno kao ugovora. Razlog za različita tumačenja pravne prirode bankarske garancije jesu posledično povezana sa činjenicom da

¹⁶⁴Vidi više: Tešić, A. (2005): Pravna priroda bankarske garancije i odnosa povodom njenog izdavanja. Naknada štete i osiguranje : (VIII Redovno) savetovanje sa međunarodnim učešćem, Budva 2005, Str. 525-532.

¹⁶⁵Sentenca:Nalogodavac za izdavanje bankarske garancije nema aktivnu legitimaciju da zahteva predaju garancije, jer ona po svojoj pravnoj prirodi nije hartija od vrednosti pa ne postoji ni pravo na posedovanje iste. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7831/2008(2) od 25.12.2008. godine

sam zakonodavac nije precizno definisano određena pitanja od značaja u vezi sa bankarskom garancijom, da kontradiktornost određenih odredbi zakona, kao i sa suženim obimom zakonske regulacije ovog instituta, što je uticalo na različita shvatanja u vezi sa pravnom prirodom bankarske garancije. U tom smislu, bankarska garancija se razmatra sa stanovišta kao pravni posao ugovornog karaktera, ili kao jednostrani pravni posao. U daljem delu rada ukazaćemo na osnovanost oba koncepta shvatanja bankarske garancije u smislu njene pravne prirode, za šta napominjemo da jeste pitanje od značaja unutrašnjeg (nacionalno-pravnog) karaktera na bazi prethodno iznete argumentacije.

1. Bankarska garancija u nacionalnom pravu jeste regulisana odredbama Zakona o obligacionim odnosima, i stoga pravna priroda bankarske garancije pre svega mora da uvažava karakter kogentnih normi zakona koji na posredan ili neposradan način ukazuju na pravnu prirodu bankarske garancije. Polazeći od iznetog, sam zakonodavac ne ulazi direktno u problematiku pravne prirode bankarske garancije. Zakonodavac niti u jednom delu zakona koji uređuje ovaj institut ne koristi termin «ugovor», što je umnogome i doprinelo tome da se u okviru naše pravne javnosti razmatra pravna priroda ovog instituta. Naime, ako prihvatimo da je bankarska garancija nastala na pravnim osnovama jemstva, tj. da ista predstavlja specifično razrađen pravni insitut koji ima dosta pravnih sličnosti sa jemstvom, onda jeste osnovano razmatranje pravne prirode bankarske garancije, bar sa stanovišta samog teksta zakona. Razlog za ovu tvrdnju potvrđujemo na sledeći način. Institut jemstva, kao imenovani institut u okviru Zakona o obligacionim odnosima, jeste od strane zakonodavca neupitnog pravnog karaktera. Zakonodavac je jasno determinisao pravnu prirodu jemstva, pa čl. 997 definiše jemstvo kao ugovor u kojem se jemac obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako ovaj to ne učini. Ako prihvatamo činjenicu da je bankarska garancija nastala na osnovu instituta jemstva, da kao obligacionopravno sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora jeste umnogome sličan sa bankarskom garancijom, validno se postavlja pitanje da li onda i bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi jeste ugovor. Ako pravnu prirodu bankarske garancije razmatramo sa stanovišta zakona, onda pravna priroda bankarske garancije jeste uistinu upitna. Tamo gde zakonodavac jasno determiniše jemstvo kao ugovor, to propušta da učini kod bankarske garancije. Bankarska garancija nema karakter ugovora, ako osnov za dati zaključak baziramo na zakonskoj definiciji pojma garancije iz člana 1083 zakona. Jedino što je zajedničko između ova dva pravna insituta u smislu pravnog karaktera i obeležja, jeste da i ugovor o jemstvu i bankarska garancija moraju biti u pismenoj formi. Dakle, ako pravnu prirodu bankarske garancije determinišemo

na osnovu zakonskog opisa pojma bankarske garancije, onda bankarska garancija po tako definisanom kriterijumu nije ugovor, jer da jeste sam zakonodavac bi to to determinisao na način na koji je to učinjeno kod jemstva. Upravo ova činjenica jeste umnogome uticala da veći deo pravne javnosti smatra da bankarska garancija nije ugovor, već jednostrani pravni posao. Ipak, iako važnost samog teksta zakona jeste neupitna, ne može se pravna priroda bankarske garancije ceniti isključivo na osnovu odsustva termina «ugovor» u zakonskom opisu pojma bankarske garancije, jer se pravni karakter bankarske garancije može utvrditi i na osnovu drugih obeležja ovog instituta.

2. U prilog tumačenja pravne prirode bankarske garancije kao ugovora, određeni autori smatraju da sam institut bankarske garancije jeste normiran u sadržaju Zakona o obligacionim odnosima koji nosi naslov «Ugovori».¹⁶⁶ Ovo tumačenje jeste zasnovano na prethodno determinisanom kriterijumu ocene pravne prirode bankarske garancije koja prvenstveno uzima u obzir stav zakonodavca koji je inkorporiran u tekst zakona, te na osnovu istog se pokušava dati odgovor na pitanje pravne prirode bankarske garancije. Uvažavajući mišljenje Kozara, V. nismo sigurni da je argumentacija koja je data u korist tumačenja bankarske garancije kao ugovora adekvatna. Smatramo da stav autora jeste ispravan u smislu da drugi deo Zakona o obligacionim odnosima nosi naziv – Ugovori, te da posledično svi instituti koji su u okviru ovog segmenta zakona definisani se mogu smatrati kao ugovori, što se reflektuje i na bankarsku garanciju. Međutim ako bi prihvatili ovu argumentaciju, onda se logično postavlja pitanje zašto je kod nekih instituta jasno definisano da je u pitanju ugovor, kao što je to slučaj sa institutom jemstva, dok kod drugih instituta imamo odsustvo ovog termina, kao što je slučaj kod zakonskog opisa pojma bankarske garancije. Da je intencija zakonodavca bila da svi imenovani instituti u ovom delu zakona jesu *de jure* ugovori po svojoj pravnoj prirodi, onda i sam opis pojma istih ne bi imao za potrebu da definiše te institute pojedinačno u njihovom zakonskom opisu kao ugovore, odnosno svi imenovani pravni poslovi u okviru ovog dela zakona bi se smatrali da po svojoj pravnoj prirodi jesu ugovori. Takvo shvatanje bi u osnovi bilo pogrešno, što i sam zakonodavac na posredan način i prihvata, te za svaki pojedinačni institut definiše da li isti jeste po zamisli zakonodavca ugovor ili ne. Mišljenja smo da je pogrešna argumentacija u kontekstu shvatanja bankarske garancije kao ugovora, a koja proističe iz činjenice da je bankarska garancija inkorporirana u tekst zakona koji nosi naziv «Ugovori». Ovim ne

¹⁶⁶ Kozar, V. (2011): Obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama regiona. Strani pravni život, br. 3/2011. str. 189.

delegitimishemo shvatanje bankarske garancije kao ugovora, već ne prihvatamo navedenu argumentaciju kao osnov za takvo shvatanje.

3. Pristalice ugovornog shvatanja odnosa između banke garanta i korisnika garancije polaze, pre svega, od toga da je ugovor najčešći izvor obligacija i da se njegovo postojanje, ako šta posebno nije predviđeno, pretpostavlja.¹⁶⁷ Navedena argumentacija, kao i prethodna, jeste zasnovana na pretpostavkama. Prethodni autor, Kozar, V. je na osnovu činjenice da je bankarska garancija zakonski regulisana u delu zakona koji nosi naziv – Ugovori, dao pretpostavku da ako naziv ovog dela zakona jeste ugovori, onda i svi pravni instituti koji su zakonski definisani se mogu smatrati za ugovorima. Argumentacija Vukadinovića i ostalih, da je ugovor najčešći izvor obligacija i da njegovo postojanje se pretpostavlja, jeste prema našem mišljenju takođe neodrživa. Ugovori uistinu jesu najčešći izvor obligacija, pa jeste razumljivo da, u odsustvu zakonski determinisane pravne prirode bankarske garancije se može razmatrati da posleđično i bankarska garancija jeste ugovor jer kao imenovani pravni institut stvara obligaciju. Ali problem sa ovim shvatanjem jeste da, ono po našem mišljenju nije održivo. Postoji značajan broj obligacija čiji izvor nisu ugovori, pa se u tom kontekstu može tvrditi i suprotno, da bankarska garancija nije po svojoj pravnoj prirodi ugovor, jer izvor obligacija pored ugovora može biti i jednostrana izjava volje. Dakle, navedena argumentacija u korist tumačenja bankarske garancije kao ugovora ne samo da ne može da posluži kao validna argumentacija, već ista može biti iskorišćena i od strane pristalice shvatanja da je bankarska garancija jednostrani pravni posao. Jasno je da u odsustvu jasnog i precizno definisanog zakonskog pojma bankarske garancije kao ugovora, prostor za tumačenje pravne prirode bankarske garancije jeste takav da ostavlja pristalicama različith shvatanja da ovaj pravni institut tumače na različite načine. Problem po našem mišljenju, koji pristalice tumačenja bankarske garancije kao ugovora imaju, jeste u osnovi zasnovan na njihovoj argumentaciji koja prema našem subjektivnom stanovištu nije dovoljno ubedljiva, što je prethodno i konstatovano i elaborirano, te da nema dovoljno kvalitetnih pravnih obeležja da bi ovo vrsta tumačenja bila prihvaćena.

4. Prema ugovornom shvatanju bankarske garancije koji pojedini autori zastupaju, ističe se da ugovor o garanciji zaključuje garant sa korisnikom na taj način što ga obaveštava da je u njegovu korist izdao garanciju slanjem garantnog pisma. Slanje ovakvog obaveštanja – garantnog pisma, može se smatrati ponudom za zaključenje ugovora na koju bi ponudeni

¹⁶⁷ Vukadinović, R., Anđelković, C., Vuković, D. (1994): Garancije na prvi poziv u međunarodnoj praksi. Pravo i privreda, God. 31, br. 5-6, str. 24.

trebao da odgovori u kratkom ili «razumnom roku» svojim prihvatom ponude i time zaključi ugovor.¹⁶⁸ Smatramo da ova izneta argumentacija, u korist shvatanja bankarske garancije kao ugovora, nije u dovoljnoj meri razjašnjena od strane ovog autora i donekle je kontradiktorna. Prema našem mišljenju, osnovni problem nastaje kod utvrđivanja šta zapravo predstavlja prihvatanje ponude. Za prihvatanje ponude je karakteristično da uvek treba da se učini na izričit način i u «razumnom roku».¹⁶⁹ Prihvatanje ponude ćutanjem je dozvoljeno samo u zakonski predviđenim situacijama, što nikako nije moguće kod bankarske garancije, što je u prethodnome delu rada i apostrofirano. U praksi, kada je korisnik zadovoljan sadržinom bankarske garancije gotovo nikad ne odgovora na ponudu banke, ako se ponudom banke može smatrati garantno pismo banke, a pogotovo ne u kratkom «razumnom» roku nakon njenog dobijanja, što jeste validno mišljenje koje ističe Milojević, R.¹⁷⁰

Problem sa kojim se pristalice ugovornog shvatanja bankarske garancije susreću najbolje se manifestuje u činjenici da čak i nova rešenja u okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (publikacija 758) ne ulaze u determinisanje pravne prirode garancija, uvažavajući činjenicu da istu nije neophodno definisati. Tako prema ovim pravilima «garancija na poziv ili kontra-garancija jeste svaka potpisana obaveza bez obzira na naziv ili opis, koji predviđa plaćanje po prezentaciji usklađenog poziva».¹⁷¹ Prilikom izrade teksta ovih pravila Međunarodna trgovinska komora je jasno zaključila da bilo kakvo ulaženje u koncept pravne prirode garancije nije moguće, jer različita nacionalna zakonodavstva drugačije pravno tretiraju garancije, pa iz tog razloga i sama definicija garancije koja je data u tekstu ovih pravila ne determiniše pravnu prirodu garancije, čime se uvažavaju različiti pravni tretmani nacionalnih prava u smislu garancija. Pristalice ugovornog shvatanja bankarske garancije nemaju argumentaciju za takvo shvatanje u tekstu ovih pravila, što otežava pristalicama ovog shvatanja garancije da brane svoje stavove. Iz prethodno navedenih i elaboriranih razloga, veći deo domaće pravne javnosti smatra da je bankarska garancija jednostrani pravni posao, pa u tom kontekstu daje niz argumenata u korist prihvatanja takvog gledišta.

¹⁶⁸ Vidi više: Simonović, D. (2009). Ugovor o izdavanju bankarske garancije. Pravna praksa, br. 9. str. 27-43.

¹⁶⁹ Drakšić, M. (2001): Ponuda i prihvatanje prema prema uniformiranim pravilima i uporednom pravu. Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo : prilog harmonizaciji domaće zakonodavstva.- Str. 139-160

¹⁷⁰ Milićević, R. (2007): Pravna priroda i pravni odnosi u bankarskoj garanciji, Pravni život br. 13/2007, str. 143.

¹⁷¹ Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

5. Spor oko pravne prirode bankarske garancije jeste u osnovi spor koji se odnosi na pokušaj analize pravne prirode odnosa između banke i korisnika garancije, s obzirom da je jedina formalna manifestacija tog odnosa izdavanje garantnog pisma korisniku garancije u kojem je određen sadržaj obaveze izdavaoca. Iz ovakvog shvatanja preovlađuje mišljenje da je u pitanju jednostrana izjava volje.¹⁷² Sa iznetim mišljenjem Vasiljević, M. se možemo složiti. U prethodnom delu rada je konstatovano da odnos između banke garanta i korisnika garancije jeste samostalne pravne prirode, da kao takav kreira pre svega obavezu na strani davaoca garancije u skladu sa sadržajem teksta garancije, kao i da korisnik može da tekst garancije prihvati, a može i da ga odbaci, ali nema formalnu mogućnost da utiče na tekst time što će o sadržaju istog pregovarati sa izdavaocem garancije. Upravo obaveza izdavaoca garancije koja je sadržana u izdatoj garanciji jeste osnov za tumačenje pravne prirode bankarske garancije u kontekstu iste kao jednostranog pravnog posla.

Jednostrani pravni poslovi jesu karakteristični po tome što se u momentu davanja izjave ne prenosi neko pravo iz imovine lica koje se obavezuje u imovinu drugog lica, već se samo konstituiše mogućnost drugom licu da zahteva ispunjenje obaveze koja je sadržana u jednostranoj izjavi volje pod uslovom da se za to ispune određeni uslovi.¹⁷³ Karakteristika jednostranih pravnih poslova jeste zasnovana na gore iznetoj argumentaciji, što se u osnovi može prihvatiti kao validno u kontekstu tumačenja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla. Po načinu na koji se ista izdaje, kao i po samom sadržaju, bankarska garancija predstavlja jednostranu izjavu volje. Prilikom izdavanja bankarske garancije mora se uvažiti činjenica da ova vrsta pravnog posla nastaje na osnovu drugog pravnog posla, posla između poverioca i dužnika, da pribavljanje bankarske garancije jeste obaveza koja je konstituisana iz osnovnog ugovora koja se stavlja na teret dužnika, kao i da poverilac kao budući korisnik garancije može istu aktivirati, i po njoj se naplatiti, samo ako dužnik iz osnovnog ugovora ne ispuni obavezu po dospelosti odnosno ne ispuni je upotpunosti. Ako prihvatimo kao tačnim iznetu definiciju jednostranih pravnih poslova koja je gore navedena od strane Pavićevića, onda se možemo složiti da, bankarska garancija predstavlja po svojoj pravnoj prirodi jednostranu izjavu volje banke garanta, te da korisnik garancije može, ali i ne mora da aktivira garanciju, što umnogome zavisi od samog ponašanja dužnika iz osnovnog posla. Činjenica da korisnik garancije nema formalnog uticaja na ponašanje banke garanta prilikom izdavanja bankarske garancije, kao i da garancija nastaje kao rezultat ugovornog

¹⁷² Vasiljević, Z. (2015): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja davaoca kredita. Zbornik radova “Usluge i zaštita”, Kragujevac, str. 310.

¹⁷³ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 48.

odnosa između nalogodavca i banke garanta koji je manifestovan u formi ugovora o izdavanju bankarske garancije, jeste po našem mišljenju validna argumentacija u pravcu shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla. Ukoliko bi se prihvatilo ugovorno shvatanje pravne prirode bankarske garancije, bankarske garancije ne bi mogle imati apstraktan karakter, s obzirom da naše pozitivno pravo poznaje samo kauzalne ugovore, a priznaje samo apstraktne dugove koji potiču iz jednostranih izjava volje, tako i treba shvatati pravnu prirodu bankarske garancije.¹⁷⁴

Pristalice jednostrane izjave volje smatraju da, kako je za nastanak ugovora potrebna saglasnost volja dva lica, ugovor je prema tome uvek dvostrano obavezan. Ugovor o bankarskoj garanciji nije po svojoj pravnoj prirodi ugovor zato što je on jednostrano obavezan.¹⁷⁵ Možemo se složiti i sa ovim stavom Komazeca, M., jer smo u analizi pravnih odnosa između banke garanta i korisnika garancije u delu koji se odnosi na njihova prava i obaveze, konstatovali da jedino banka garant ima jasno definisanu obavezu po osnovu izdate garancije, dok korisnik garancije crpi prava iz sadržaja garancije, dok se o njegovim obavezama ne može govoriti u klasičnom smislu te reči, jer i onda kada postoje to se isključivo odnosi na procesnopravni apsekt aktiviranja bankarske garancije, u smislu podnošenja odgovarajućih dokumenata i izjava, što se ne može smatrati kao obaveza u smislu pravne njene ekvivalencije u odnosu na obavezu banke garanta po izdatoj bankarskoj garanciji.

6. Pristalice teorije da bankarska garancija predstavlja jednostranu izjavu volje izdavaoca garancije, smatraju da za zaključenje ugovora o bankarskoj garanciji nije potrebna saglasnost volje dva lica, već je za nastanak punovažne garancijske obaveze dovoljna samo izjava volje banke garanta, što i jeste osnovni razlog zbog koga bankarska garancija nije ugovor već jednostrana izjava volje.¹⁷⁶ Ovaj stav Šogorova, S. korespondira sa prethodno iznetim, i jeste prema našem mišljenju validnog karaktera. Prilikom izdavanja bankarske garancije, banka garant ne traži saglasnost korisnika garancije za njeno izdavanje, niti je neophodna volja korisnika da bi se izdala bankarska garancija. Ako bi prihvatili stav da je bankarska garancija ugovor, onda bi takav stav podrazumevao saglasnost volja ugovornih strana o bitnim elementima ugovora, te bi isti bio manifestovan u sadržaju garancije. Međutim u praksi ovo nije slučaj. Obaveza garanta nastaje u trenutku kada izda garantno

¹⁷⁴ Morait, B. (1997): Obligaciono pravo – knjiga I. Banja Luka, str. 184.

¹⁷⁵ Komazec, M. (2005): Pravni odnosi u poslu bankarske garancije. Pravna riječ, God. 2, br. 5 (2005), str. 659-674

¹⁷⁶ Šogorov, S. (1985): Bankarska garancija. Beograd, str. 87.

pismo korisniku garancije, pa se pitanje saglasnosti druge strane – korisnika garancije, odnosno pitanje određivanja načina prihvatanja ponude i ne postavlja.¹⁷⁷ Izdavanje bankarske garancije jeste svršen posao prema stavu Milićevića, R. i kao takav je nezavisan od volje korisnika garancija. Važno je ponovo apostrofirati da je neophodno napraviti jasnu distinkciju između volje korisnika garancije u smislu njene neophodnosti kao elementa bankarske garancije, i volje korisnika garancije da prihvati ili odbaci izdatu bankarsku garanciju u njegovu korist. Obaveza banke nastaje izdavanjem bankarske garancije na šta korisnik garancije nema pravni mehanizam uticaja u kontekstu pravne validnosti tako izdate garancije, pa iz tog razloga veći deo naučne javnosti smatra da bankarska garancija jeste jednostrani pravni posao. Važno je da ponovo naglasimo da je neophodno praviti distinkcije između shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla, i prava garanta da prihvati ili odbaci izdatu garanciju. Ove dve pravno relevantne činjenice jesu odvojene i nezavisne, pa iako je izdata garancija u njegovu korist, korisnik garancije je može prihvatiti ili odbaciti, ali time ne znači da između njega i banke garanta postoji ugovorni odnos, što jeste bilo mišljenje određenih autora koji su zastupali tezu o ugovornom shvatanju bankarske garancije.

U pokušaju da validiraju svoja shvatanja određene pristalice shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla ukazuju i na problematiku koja postoji ukoliko bi se bankarska garancija shvatala kao ugovor. Prema mišljenju Moraita, kada bi se prihvatilo shvatanje o ugovornoj prirodi bankarske garancije, onda bankarske garancije ne bi mogle imati apstraktan karakter, s obzirom da naše pozitivno pravo poznaje samo kauzalne ugovore, a priznaje samo apstraktne dugove koji potiču iz jednostranih izjava volje.¹⁷⁸ Na osnovu negacije ugovornog shvatanja bankarske garancije Moraita dolazi do jednostavnog deduktivnog zaključka, da se bankarska garancija treba i mora shvatiti kao jednostrana izjavu volje garanta. Ova argumentacija jeste korišćena i od strane drugih autora koji smatraju da ako se pođe od pretpostavke po kojoj je bankarska garancija ugovor, tada bi za nastanak garancijske obaveze bilo potrebno da, pored saglasnosti volje i predmeta ugovora, postoji i pravni osnov koji bi objašnjavao zašto se banka obavezala i koji je cilj tog obavezivanja, što u sadržaju bankarske garancije nije praksa da se tako nešto determiniše.¹⁷⁹ Autor ističe novi argument u odnosu na prethodno iznete u korist shvatanja bankarske

¹⁷⁷ Milićević, R. (2007): Pravna priroda i pravni odnosi u bankarskoj garanciji, Pravni život br. 13/2007, str. 144.

¹⁷⁸ Morait, B. (1997): Obligaciono pravo – knjiga I. Banja Luka, str. 184.

¹⁷⁹ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 48.

garancije kao jednostranog pravnog posla, pa navodi da ovo u velikoj meri doprinosi da se u slučaju sudskog potraživanja, prava iz garancija brže naplaćuju jer korisnik garancije ne mora da dokazuje postojanje kauze, kao što je to slučaj sa ugovorom.¹⁸⁰ Kauza jeste značajni element svakog ugovora, dok sama analiza sadržaja bankarske garancije uvek ukazuje na njen izostanak. Ovim se dodatno učvršćuje argumentacija u korist shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla. Naše mišljenje jeste da, navedeni i analizirani stavovi u pogledu shvatanja pravne prirode bankarske garancije, nesumnjivo ukazuju da bankarska garancija jeste po svojoj pravnoj prirodi jednostrana izjava volje banke garanta, a ne ugovor. Korišćena argumentacija u prilog tumačenja bankarske garancije kao ugovora jeste u radu adekvatno analizirana, pa je konstatacija autora ovog rada da njihova argumentacija nije dovoljno ubedljiva, neretko zasnovana na graničnim tumačenjima upitnog karaktera, te da činjenica da manji deo domaće pravne javnosti zagovora ovaj pravac tumačenja pravne prirode bankarske garancije, jesu dovoljni argumenti koji ne idu u prilog pristalicama ove teorije. Sa druge strane, brojnost argumenata u korist shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla, kao i sam kvalitet i raznolikost takve argumentacije od strane mnogobrojnih stručnjaka, jeste objašnja i potvrđena, tako da mišljenje autora ovog rada jeste u korelaciji sa stavovima onog dela pravne javnosti koja smatra da, bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi, jeste jednostrana izjava volje davaoca garancije, odnosno u našem pravu, banke garanta.

¹⁸⁰ ibidem.

GLAVA III: NAČELA BANKARSKE GARANCIJE

Uvod

Fundamentalno poštovanje osnovnih i supsidijarnih prava učesnika u pravnom prometu jeste utemeljeno na opštim i posebnim pravnim principima. Pravni odnosi u privrednom poslovanju moraju biti u korelaciji sa određenim načelima kojima se promoviše i štite bazični vrednosni principi određenog pravnog odnosa koji nastaje, traje i prestaje između učesnika u pravnom poslu. Uvažavajući činjenicu da je bankarska garancija obligacioni-pravni posao, načela koja promovišu i štite, kako učesnike u ovom pravnom odnosu, tako i sam pravni odnos, jesu bazirana na načelima obligacionopravnog odnosa koji proističe iz odredbi Zakona o obligacionim odnosima. S obzirom na jedinstvo regulisanja obligacionih odnosa u okviru jednog sistemskog zakona – Zakona o obligacionim odnosima, a koji ne poznaje razlike između građanskih i privrednih obligacija, jasno je da osnovna načela i principi ovog propisa se jednako primenjuju na sve učesnike odnosno lica, bez obzira da li su u pitanju pravna ili fizička lica. Jedina razlika jeste u strožijem standardu tumačenja pravnih odnosa i njihovog sadržaja, shodno činjenici da su učesnici u poslu privredni subjekti, tj. pravna lica. Upravo se na primeru bankarske garancije i njenoj upotrebi, jasno uočavaju razlike u odnosu na poslove građanskog tipa, uzimajući u obzir motive korišćenja bankarske garancije, specifična pravna obeležja ovog pravnog posla, broj učesnika u garancijskom poslu, kao i odvojenost pravnih odnosa između poverioca i dužnika, nalogodavca i banke garanta, i banke garanta i korisnika garancije.

Osnov za identifikovanje i naučnu elaboraciju načela bankarske garancije jeste sadržana u samom zakonskom opisu bankarske garancije u okviru Zakona o obligacionim odnosima. Načela bankarske garancije jesu identifikovana na osnovu deduktivnog tumačenja zakonskog opisa bankarske garancije, na osnovu čega naučna i stručna javnost utvrđuje načela koja važe za bankarske garancije. Supsidijarno se mogu primenjivati i načela garancija koja su identifikovana u okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (publikacija 758) onda kada se u sadržaju garancije poziva na njihovu primenu, kao i onda kada ista nisu u suprotnosti sa domaćim pravom.

Osnovna načela bankarske garancije su:

- načelo formalnosti;
- načelo samostalnosti;
- načelo novčanosti;

- načelo personalnosti i neposrednosti;
- načelo neopozivosti; i
- načelo bezuslovnosti.

Navedena načela ne predstavljaju ništa drugo nego osnovna obeležja bankarske garancije koja su izvedena iz teksta zakona koji uređuje ovaj institut, i autonomnih izvora prava. Drugim rečima, bankarska garancija kao pravni posao uvek inkorporira pravna obeležja koja su konstitutivnog karaktera u smislu njihove obaveznosti, odnosno na istima se zasniva bankarska garancija kao instrument obezbeđenja potraživanja. U daljem delu rada predmet pojedinačne analize biće gore navedena načela bankarske garancije.

1. Načelo formalnosti

Načelo formalnosti odnosno pismenosti jeste jedno od načela koje u okviru naučne zajednice izaziva najviše polemike. U prethodnom delu rada konstatovano je da bankarska garancija predstavlja redovni instrument obezbeđenja potraživanja u poslovima sa elementima inostranosti, dok se ređe koristi u okviru poslovanja na unutrašnjem tržištu. U radu je prethodno takođe konstatovano da, nacionalno pravo kroz normiranje bankarske garancije u okviru Zakona o obigacionim odnosima, jeste jedno od retkih pravnih sistema koji je ovaj institut obezbeđenja zakonski regulisao. Suprotno nacionalnom pravu, uporednopravna rešenja nisu išla u pravcu zakonskog definisanja bankarske garancije, pa u tom kontekstu međunarodna pravna praksa nije smatrala za shodnim regulisanje ovog pitanja, već je isto uglavnom regulisano u okviru različitih izvora autonomnog prava. Shodno iznetom, jasno je da uporednopravna praksa ne zahteva posebnu formu za ovu vrstu pravnog posla, jer je isti baziran principima koncesualnosti kao opšteg principa ugovornog prava. U osnovi kada govorimo o načelu formalnosti bankarske garancije u međunarodnom pravu, jasno je da bankarska garancija predstavlja neformalni pravni posao, što je potvrđeno i prihvaćeno u međunarodnim poslovnim odnosima u ovoj sferi. Ipak, ne treba izjednačavati slobodu ugovornog prava u pogledu forme ovog posla, jer je praksa pokazala da iako su pravno važeći poslovi bankarske garancije koji su zaključeni prostom saglasnošću volje, pravilo jeste da se postojanje bankarske garancije potvrđuje kroz pismeni dokument. Ovo proizilazi iz činjenice da posao bankarske garancije jeste izuzetno složen, i da pravni odnosi koji nastaju, traju i prestaju između učesnika, tj. banke izdavaoca bankarske garancije i

korisnika garancije, jesu takvi da je poželjno i potrebno da se bankarska garancija zaključi u pismenoj formi.

Načelo formalnosti (pismenosti) bankarske garancije jeste veoma jasno stipulirano u okviru Zakona o obligacionim odnosima, gde se u članu 1083 st. 2 jasno navodi da «garancija mora biti izdata u pismenoj formi». Kada zakonodavac propiše formu za određenu vrstu pravnog posla, kao što je slučaj i kod bankarske garancije, postoje dva osnovna razloga kojim se on rukovodi. Prvi motiv jeste u korelaciji sa načinom dokazivanja postojanja pravnog posla, dok drugi razlog jeste uglavnom povezan sa stepenom kompleksnosti i značaja konkretnog pravnog odnosa, gde forma posla ima za cilj unificiranje istog na formalistički (pismeni) način. Mišljenja smo da, intencija našeg zakonodavca prilikom propisivanja obavezne pismene forme za bankarske garancije, jeste bila jednako usmerena, kako na zaštitu interesa učesnika u poslu u pogledu lakšeg dokazivanja, odnosno upotrebe bankarske garancije (pozivanje na primenu bankarske garancije kroz njeno prezentovanje), tako i na činjenici da je bankarska garancija neakcesorni pravni posao, pa njena samostalnost u odnosu na osnovni posao proizvodi potrebu da garancija mora biti u pismenoj formi.

2. Načelo samostalnosti

Prilikom razmatranja relevantnih pravnih pitanja u vezi sa bankarskom garancijom, naučna zajednica jeste sklona da u prvi plan istakne samostalnost i odvojenost bankarske garancije u odnosu na osnovni pravni posao zbog kojeg je i nastala. Prilikom razmatranja i analize drugih izvora literature naučna zajednica je uglavnom, u kontekstu uloge i značaja pojedinačnih načela bankarske garancije, na prvo mesto stavlja načelo samostalnosti pa onda druga načela. Mišljenja smo da, iako nema formalne gradacije načela koja bi prozilizila iz zakonskog opisa bankarske garancije, ipak načelo formalnosti (pismenosti) jeste načelo koje bi, ukoliko bi gradicijski i pokušali da načela bankarske garancije poredamo po važnosti, imalo primat u odnosu na ostala načela, uz uvažavanje činjenice da prvo mora da postoji forma (pismeni dokument) garancije, pa tek se onda mogu razmatrati ostala načela koja proističu iz takvog dokumenta. Iako je u radu prethodno apostrofirano da razmatranje i analiza načela bankarske garancije jesu naučno-dogmatskog tipa, smatramo da u radovima u kojima se načela analiziraju mora biti ispoštovana prirodna metodologija nabiranja i

pojedinačne analize tih načela, bez obzira na teorijski-odnosno dogmatski pristup ovom problemu.

Načelo samostalnosti bankarske garancije jeste, uz načelo pismenosti, izuzetno važno obeležje bankarske garancije kao obligacionog instituta obezbeđenja potraživanja. U prethodnom delu istraživanja ukazano je na osnovna i specifična obeležja bankarske garancije, i konstatovano je da samostalnost bankarske garancije, bez obzira na različita tumačenja u kontekstu njene pravne prirode, jeste jedna od osnovnih obeležja pomenutog instituta, što ga čini izuzetno privlačnim za korišćenje, naročito u poslovima među privrednim subjektima sa elementima inostranosti. Načelo samostalnosti bankarske garancije se ogleda u razgraničenju, formalnom i suštinskom, u odnosu na osnovni pravni posao iz kojeg je bankarska garancija nastala. Ipak, iako se načelo samostalnosti ne dovodi kao upitno, merodavno se postavljaju određena pitanja u kojoj meri je ovo načelo utemeljeno na odredbama Zakona o obligacionim odnosima, tj. drugim rečima, da li na osnovu tumačenja samih odredbi zakona u delu koji se odnosi na bankarska garanciju, možemo utemeljenje za prethodno izneto naći u samom tekstu zakona, odnosno u tumačenju istog sa stanovišta identifikovanja ovog načela u tekstu zakona.

3. Načelo novčanosti

Sredstva obezbeđenja imaju različiti pravni značaj u odnosu na niz pravnih obeležja koja ih čine više ili manje pogodnim za namenu u kojoj se koriste. U tom smislu, važna je podela sredstava obezbeđenja na obligaciono pravna i stvarno pravna sredstva obezbeđenja, jer domet njihove pravne i realne zaštite interesa korisnika obezbeđenja jesu različita. U teoriji se smatra da realna sredstva obezbeđenja pružaju značajno kvalitetniji vid zaštite interesa korisnika nego obligacionopravna sredstva.¹⁸¹ U tom smislu mogli bi se pogrešno zaključiti da bankarska garancija, kao obligacionopravno sredstvo obezbeđenja, ne pruža nivo zaštite interesa korisnika garancije u smislu obezbeđenja naplate svojih potraživanja. Ovo proizilazi iz činjenice da bankarska garancija uvek glasi na određeni novčani iznos. Novčani iznos koji je naznačen na bankarskoj garanciji se naziva garantovanim iznosom, iznos za koji banka garantuje da će biti isplaćen ukoliko se ispune uslovi iz ugovora o

¹⁸¹ Vidi više: Vujović, D. (2015): Realna sredstva obezbeđenja kreditnih usluga u funkciji integracije evropskog finansijskog tržišta. Zbornik savetovanja «Usluge i zaštite korisnika», Pravni fakultet u Kragujevcu, str. 335-345.

izdavanju bankarske garancije, ukoliko su isti kao takvi konstituisani. Bankarska garancija jeste obligaciono sredstvo obezbeđenja jer obaveza banke iz izdate garancije ne može biti nenovčanog karaktera. Jedno od pitanja koje se postavlja jeste da li je bankarska garancija kao takva prethodno uslovljena pravnom prirodom obaveze dužnika iz osnovnog posla prema korisniku garancije, tj. da li bankarska garancija može da pokrije i garantuje za izvršenje obaveze iz osnovnog posla čije ispunjenje nije novčanog karaktera. Odgovor na ovo pitanje jeste sadržano i u samom Zakonu o obligacionim odnosima, jer zakonodavac nije predvideo ograničenja u tom smislu, pa se bankarska garancija može koristiti kao obligaciono sredstvo obezbeđenja ispunjenja obaveze iz osnovnog posla, nevezano sa činjenicom da li takva vrsta obaveza dužnika prema korisniku garancije jeste novčanog ili nenovčanog karaktera.

1. Načelo novčanosti bankarske garancije jeste obligatorno određeno, tj. bankarska garancija uvek mora da glasi na određeni novčani iznos. *Pitanje koje se može postaviti jeste da li novčani iznos na koji glasi bankarska garancija mora biti fiksno određen ili može biti odrediv.* Pitanje jeste značajno jer direktno može da utiče na važenje bankarske garancije. Odgovor na ovo pitanje se može pronaći u tumačnju odredbe zakona. Naime, odredba Zakona o obligacionim odnosima, u delu koji se odnosi bankarsku garanciju, jeste jasno precizirana (čl. 1084) - *banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu.* Prethodno je konstatovano u radu da, broj odredbi zakona u domenu regulisanja instituta bankarske garancije jeste veoma skroman (četiri člana zakona). Zakonodavac ostavlja učesnicima u poslu slobodu odlučivanja u pogledu većine elemenata posla koji su od značaja za njegovu realizaciju, a koji nisu suprotni odredbama zakona. Shodno iznetom, u kontekstu poštovanja zakonskih odredbi važno je da bankarska garancija jeste uvek obaveza banke da istu izmiri u novcu, ali sam način određivanja novčanog iznosa nije od posebnog interesa za zakonodavca, pa shodno načelu dispozitivnosti u obligacionim odnosima, ugovorne strane mogu slobodno da ovo pitanje urede na način koji smatraju za pogodnim u skladu sa svojim interesima. U kontekstu iznetog jasno je da garancija mora da glasi na novčani iznos, ali sam način određivanja tog iznosa može biti utvrđen u skladu sa interesima izdavaoca bankarske garancije i korisnika garancije. Novčani iznos bankarske garancije može biti određen ili odrediv.¹⁸² Novčani iznos bankarske garancije se smatra da je određen u sledećim situacijama: kada je novčani iznos garancije fiksno određen u apsolutnom iznosu (npr.

¹⁸² Vukmir, B. (2006): Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu ISSN: 0350-2058.- God. 56, posebni broj, str. 253-279

milion dinara); odnosno kada je određen u procentu od vrednosti posla čije se ispunjenje obezbeđuje putem bankarske garancije.¹⁸³ Mišljenje Ivaniša i ostalih jeste validno, jer u osnovi način utvrđivanja novčanog iznosa bankarske garancije mora biti dispozitivno pravo učesnika u garancijskom poslu, dok god je novčani iznos adekvatno determinisan. Kada je novčani iznos garancije fiksno određen ne postoje pitanja od značaja koje bi se razmatrala, jer fiksno određen novčani iznos svakako predstavlja najpreciznije određenje iznosa novčane obaveze povodom izdate bankarske garancije. U drugom slučaju, kada je novčani iznos garancije iskazan u procentima u odnosu na vrednost osnovnog posla, postoji određeni problem u konceptualnom prilasku opisanog od strane autora koji je citiran. Naime, iako smatramo da novčani iznos garancije jeste određen kada je isti determinisan u određenom procentu u odnosu na vrednost posla čije se ispunjenje obezbeđuje bankarskom garancijom, navedeni autor nije u svom radu do kraja ovo situaciju analizirao. U domenu iznetog možemo se složiti sa autorima, ali sa dozom ograničenja na određenu situaciju. Definisani procenat novčanog iznosa bankarske garancije u odnosu na vrednost posla, pritom misli se na osnovni posao iz kojeg proilazi bankarska garancija, ima smisla samo ako je moguće da se na osnovu pravne prirode osnovnog posla može odrediti njegova vrednost. U slučaju da je obaveza dužnika iz osnovnog posla prema korisniku garancije izražena u novčanom iznosu, onda se jasno dolazi do vrednosti novčanog posla (novčani iznos koji je dužnik iz osnovnog posla u obavezi da isplati poveriocu – korisniku bankarske garancije). Pitanje koje se postavlja jeste kako se određuje vrednost osnovnog posla kada je priroda obaveze dužnika iz takvog posla nenovčanog karaktera, odnosno kada se vrednost obaveze na osnovu uvida u ugovor ili drugi pravni osnov iz kojeg ona proizilazi ne može zaključiti.¹⁸⁴ U situaciji kada je obaveza iz osnovnog posla nenovčanog karaktera mora se utvrditi novčana vrednost takvog posla, ili na osnovu saglasnosti volje dužnika i poverioca iz takvog posla, ili na osnovu procene vrednosti iste od strane stručnjaka koji imaju kompetencije da isto odrede i koji su kao takvi prihvaćeni od strane ugovornih strana. Da bi garancija bila procentualno određena u odnosu na vrednost osnovnog posla, isti mora biti novčano određen. Ukoliko ovo nije ispunjeno onda se ne može ni ugovoriti bankarska garancija u smislu novčanog iznosa koji se određuje u odnosu na vrednost osnovnog posla.

¹⁸³ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanje, Beograd. str. 211.

¹⁸⁴ Opisana situacija jeste relevantna jer se opravdano postavlja pitanje načina određivanja vrednosti osnovnog posla, što predstavlja ekonomsku vrednost u odnosu na koju se ustanovljava procenat koji se onda primenjuje prilikom obračuna iznosa bankarske garancije.

2. Novčani iznos bankarske garancije može biti i odrediv. Odredivost novčanog iznosa bankarske garancije jeste zasnovana na postojanju određenih elemenata u sadržaju izdate bankarske garancije koji mogu da posluže za određivanje novčanog iznosa bankarske garancije. U teoriji postoje različita shvatanja u pogledu odredivosti novčanog iznosa bankarske garancije. Grupa autora smatra da uvek treba težiti da novčani iznos bankarske garancije bude određen, dok drugi smatraju da ovo nije obavezno ukoliko u sadržaju bankarske garancije postoji dovoljno elemenata na osnovu kojih se može odrediti novčani iznos bankarske garancije.¹⁸⁵ Možemo se saglasiti sa tim da novčani iznos bankarske garancije može biti određen ili odrediv, ali samo ako elementi sadržani u bankarskoj garanciji jesu takve prirode, odnosno takvog sadržaja da se na osnovu njih može tačno utvrditi novčani iznos bankarske garancije. U suprotnom, novčani iznos bankarske garancije ne može biti odrediv jer ne sadrži elemente na osnovu kojih se isti može utvrditi.

4. Načelo personalnosti i neposrednosti

Značaj bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja u modernom poslovanju jeste najviše baziran na činjenici da banka, kao izdavalac bankarske garancije, jeste subjekt koji garantuje za ispunjenje obaveze iz osnovnog posla dužnika, i koja u slučaju neispunjenja takve obaveze isplaćuje novčani iznos koji je sadržan u izdatoj bankarskoj garanciji. Načelo personalnosti bankarske garancije jeste značajno upravo usled prethodno opisanog činjeničnog sleda pravnih radnji. Kao izdavalac bankarske garancije pojavljuje se poslovni subjekt koji unutar poslovnog sveta uživa najviši stepen poslovnog ugleda, ali i finansijske moći, što sa pozicije korisnika garancije – poverioca iz osnovnog posla, predstavlja značajnu činjenicu u kontekstu sigurnosti i poverenja da će obaveza iz garancije biti isplaćena. Bankarska garancija jeste pravni posao koji upravo nastaje na osnovu ličnih svojstava ugovorne strane, jer u suprotnom bankarska garancija ne bi uživala takav ugled i značaj u poslovnom svetu. Načelo personalnosti jeste izuzetno važno načelo bankarske garancije, jer

¹⁸⁵ Vidi više: Perović, Duško: Isplata po bankarskoj garanciji i prigovori koje može isticati banka garant, Privrednik : list za primenu propisa u praksi ISSN: 0354-9275.- 5, 88 (2000), str. 42-44;
Bertrams, R. (2013): Bank guarantees in international trade : the law and practice of independent (first demand) guarantees and standby letters of credit in civil law and common law jurisdiction, The Hague : Kluwer, 2013, ISBN 978-92-842-0185-3

u osnovi ono predstavlja osnov prihvatanja važnosti ovog instrumenta obezbeđenja, jer lična svojstva banke kao garanta jesu osnov za razumevanje i razmatranje bankarske garancije.

1. Načelo personalnosti bankarske garancije jeste vezano za lična svojstva banke kao izdavaoca bankarske garancije, ali ova činjenica ima i svoj drugi aspekt, a to je pojedinačni ugled, reputacija i značaj određene banke koja se pojavljuje kao izdavalac bankarske garancije. Iz tog razloga, načelo personalnosti bankarske garancije dobija dublju dimenziju, jer domet ovog načela se ne zadržava samo na pravnoj činjenici da je banka izdavalac garancije, već domet ovog načela ide dublje u kontekstu kvaliteta bankarske garancije sa stanovišta poslovne reputacije konkretne banke koja je izdala garanciju. Drugim rečima, bankarske garancije se mogu «posebno vrednovati u okvirima poslovnih krugova» u zavisnosti od boniteta i poslovnog ugleda banke koja izdaje bankarsku garanciju, čime načelo personalnosti dobija dodatno na značaju. Prilikom razmatranja pitanja ko će biti izdavalac bankarske garancije - banka garant, poverilac iz osnovnog posla uzima u obzir lična svojstva banke garanta, njenu poslovnu reputaciju koju uživa u poslovnim krugovima, i niz drugih informacija od značaja, jer upravo reputacija banke predstavlja dodatni validni garant ispunjenja obaveze iz izdate bankarske garancije. Iz tog razloga je neophodno, odnosno poželjno, da poverilac zahteva od dužnika obavezu pribavljanja bankarske garancije individualno određene banke njegovog izbora. U suprotnom, garantna klauzula u osnovnom ugovoru može biti na štetu poverioca iz takvog posla, jer dužnik može da pribavi garanciju bilo koje banke, čime pozicija poverioca nije kvalitetno osigurana i može biti upitna isplata garantovanog iznosa. Ovo ističemo na osnovu činjenica da pravne posledice strogog ličnog karaktera bankarske garancije jesu zasnovane na garancijskom odnosu između banke kao izdavaoca garancije i korisnika garancije. Zato je poželjno da se u okviru osnovnog ugovora precizira obaveza dužnika da pribavi bankarsku garanciju banke za koju poverilac procenjuje da uživa ugled i značaj na poslovnom tržištu koji će mu predstavljati garant da će obaveza iz garancije biti izvršena. Smatra se da poverilac iz osnovnog posla može i da odustane i jednostrano raskine osnovni ugovor ukoliko dužnik nije pribavio garanciju banke koja je naznačena u osnovnom ugovoru, već garanciju druge banke. Alternativno, poverilac može prihvatiti i garanciju druge banke, ali samo ako ista ispunjava uslove koje su definisani u finansijskoj klauzuli, kao i ako poverilac ima poverenje u drugu banku koja je izdala bankarsku garanciju.

2. Načelo neposrednosti jeste obeležje bankarske garancije zato što odnosi između učesnika u ovom poslu neposredno nastaju na osnovu toka nastanka posla.¹⁸⁶ Odnosi koji se zasnivaju između poverioca i dužnika iz osnovnog posla, dužnika iz osnovnog posla i banke garanta, i banke garanta kao izdavaoca bankarske garancije i korisnika garancije – poverioca iz osnovnog posla, jesu neposrednog karaktera, što predstavlja jedno od obeležja bankarske garancije. U osnovi svi pravni odnosi koji nastaju, traju i prestaju, a povezani su bankarskom garancijom jesu neposrednog karaktera. Ipak, pravni odnos od vrhunskog značaja jeste odnos koji se uspostavlja između dva subjekta - banke koja izdaje garanciju i korisnika garancije. Njihov pravni odnos jeste neposrednog karaktera, jer pravno relevante činjenice i radnje nastaju, traju i prestaju jesu kao takve samo između banke garanta i korisnika garancije, što čini taj odnos neposrednog karaktera. Iz prethodno navedenog proizilaze i sledeće pravno relevante situacije. Prvo, u situaciji kada se korisnik bankarske garancije želi naplati po osnovu izdate bankarske garancije, on se neposredno i direktno obraća onoj banci koja je izdala garanciju. Sva pitanja od značaja u vezi sa izdatom bankarskom garancijom moraju i trebaju biti razmatrana isključivo u neposrednom kontaktu banke koja izdala garanciju i korisnika garancije, što uključuje i podnošenje eventualnih prigovora u vezi sa pravima i obavezama koji proizilaze iz izdate garancije. Upravo se u ovoj situaciji manifestuju pravno-činjenične posledice načela neposrednosti u garancijskom poslu. Dodatna manifestacija ovog načela se može identifikovati kod garancijskog posla u kojem učestvuje više učesnika na strani garanta, tj. kada veći broj banaka se pojavljuje u garancijskom poslu. Redovna pojava u međunarodnim poslovnim odnosima jeste da veliki poslovni poduhvati koji su praćeni kompleksnim finansijskim konstrukcijama, jesu obezbeđeni prvoklasnim bankarskim garancijama iza kojih stoji više banaka usled nemogućnosti ili necelishodnosti da samo jedna banka izda garanciju.¹⁸⁷ Opisano stanje afirmiše načelo neposrednosti bankarske garancije pružajući mogućnost korisniku garancije da se u slučaju ispunjenja uslova za naplatu garantovanog iznosa može obratiti bilo kojoj banci koja se pojavljuje kao banka garant u okviru izdate bankarske garancije. Neposrednost odnosa između korisnika garancije i svake od banaka koji su uključene u garancijski posao jeste afirmisan u opisanoj situaciji. Konačno, strane u poslu imaju pravo da ističu i prigovore

¹⁸⁶ U osnovi bankarska garancija jeste pravni posao, koji sa stanovišta pravnih odnosa i učesnika u poslu se zasniva na uspostavljanju neposrednih odnosa između različitih subjekata.

¹⁸⁷ U takvim poslovima dolazi do stvaranja konzorcijuma banaka koje zajednički garantuju za izvršenje obaveze iz osnovnog posla, čime se garancijski teret redistribuira između ovih banaka, što doprinosi kvalitetnijem stepenu obezbeđenja potraživanja i izvršenja ugovora, i eventualne isplate garantovanog novčanog iznosa.

u vezi sa izdatom bankarskom garancijom. Neželeći da ulazimo u domet ovog pitanja koje će biti elaborirano u nastavku rada, samo ćemo istaći da načelo neposrednosti dolazi do izražaja i u ovim situacijama. Prigovor mogu uputiti obe strane, banka garant i korisnik garancije, a načelo neposrednosti jeste afirmisano u činjenici da se takvi prigovori podnose neposredno drugoj strani - prigovor banke garanta prema korisniku garancije i prigovor korisnika garancije koji je upućen prema banci koja je izdala garanciju.

5. Načelo neopozivosti

Pravna sigurnost jeste jedno od važnih načela na bazi kojih funkcionišu poslovni odnosi među privrednim subjektima. Afirmacija ovog načela jeste osnova za sve vrste obligacionih odnosa, jer ono pruža fundamentalnu sigurnost u poslovanju subjekta. Načelo neopozivosti bankarske garancije upravo afirmiše pravnu sigurnost, pre svega onu koja je od interesa za korisnika bankarske garancije. Razlog nastanka i postajanja različitih sredstava obezbeđenja jeste posledično povezano sa potrebom poverioca da se u pravnim poslovima njihovi interesi obezbede, a afirmacija takve potrebe jeste zasnovana na principima pravne sigurnosti koji moraju biti prepoznati, uvaženi i prihvaćeni. Načelo neopozivosti bankarske garancije ne predstavlja ništa drugo nego afirmaciju pravne sigurnosti koju korisnik bankarske garancije uživa. Ovo se ostvaruje time što izdavalac bankarske garancije – banka garant, ne može da svojom voljom odustane iz odnosa koji je uspostavljen prilikom izdavanja garancije u korist korisnika garancije, niti može da preduzme radnje koje bi značile njen izlazak iz garancijskog posla ukoliko isti nije saobrazan sa izraženom voljom samog korisnika garancije. Načelo neopozivosti bankarske garancije jeste jedno od bitnih obeležja ovog pravnog posla, i njegova primena u praksi omogućava korisniku garancije pravnu sigurnost da jednom izdata bankarska garancija ne može biti jednostrano opozvana od strane banke garanta, što kvalitativno pozitivno utiče na pravnu sigurnost korisnika garancije da će njegovo pravo iz garancije biti realizovano, tj. da će naplatiti novčani iznos koji je određen u garanciji onda kada se ispune uslovi za traživost ispunjenja takve obaveze. Ipak, ovo ne znači da se izdata bankarska garancija ne može staviti van pravnog dejstva. Opšti principi obligacija afirmišu volju subjekata u pravnom poslu, pa na tim osnovama i sudska praksa po ovom pitanju uvažava dati pravni standard. Prema rešenju Privrednog apelacionog suda, konstatuje se «da bi bankarska garancija prestala da postoji pre isteka roka

važnosti, odnosno pre nego se izvrši, potrebno je da za to postoji saglasnost volja svih učesnika u garantnom poslu».¹⁸⁸

6. Načelo bezuslovnosti

Načelo bezuslovnosti bankarske garancije predstavlja dodatnu razradu i afirmaciju principa pravne sigurnosti u poslovnim odnosima, ali njena primena u praksi može biti ograničena voljom ugovornih strana, banke garanta i korisnika garancije. Načelo bezuslovnosti bankarske garancije podrazumeva odsustvo uslova koji su klauzalno inkorporirani u izdatoj bankarskoj garanciji od strane banke garanta. Ukoliko postoje uslovi sadržani u bankarskoj garanciji ista nema ulogu i značaj kao instrument obezbeđenja potraživanja korisnika garancije, što utiče na kvalitet samog sredstva. Načelo bezuslovnosti bankarske garancije, iako bazirano kao jedno od primarnih načela ovog instrumenta obezbeđenja, voljom strana u garancijskom poslu može biti izmenjeno, tako da bankarska garancija ima definisane uslove koji se prethodno moraju ispuniti da bi zahtev korisnika garancije bio pravno validan i da bi banka garant mogla da isplati garantovani novčani iznos. U esenciji načela koja predstavljaju obeležja bankarske garancije, jedino ovo načelo može biti voljom strana u poslu izmenjeno. U osnovi svaka bankarska garancija jeste bezuslovno određena, tako da banka garant mora odmah po dobijenom zahtevu korisnika garancije u momentu kada je nastupio garantovani slučaj, da izvrši obavazu iz garancije i isplati korisniku garancije garantovani novčani iznos. Izuzetak od ovog načela jesu tkz. uslovne bankarske garancije, u kojima su sadržani određeni uslovi koji moraju prethodno biti ispunjeni da bi zahtev korisnika bankarske garancije bio pravno utemeljen. Načelo bezuslovnosti bankarske garancije jeste u osnovi jedno od obeležja bankarske garancije, ali za razliku od drugih načela isto može biti promenjeno voljom banke garanta i korisnika

¹⁸⁸ Bankarska garancija predstavlja samostalan pravni posao koji se gasi prestankom obaveze glavnog dužnika, a može prestati i sporazumom svih učesnika u garantnom poslu. Dakle, da bi bankarska garancija prestala da postoji pre isteka roka važnosti, odnosno pre nego što se izvrši, potrebno je da za to postoji saglasnost volja svih učesnika u garantnom poslu. Ovakav zaključak dat je u obrazloženju suda, u kojem se između ostalog konstatuje da je «bankarska garancija je jednostrano obavezni ugovor kojim se banka garant obavezuje da korisniku garancije isplati iznos iz garancije uslovno ili bezuslovno ukoliko dužnik iz osnovnog posla ne ispuni ili neuredno ispuni svoje ugovorne obaveze. To dalje znači da je bankarska garancija izraz volje učesnika u garantnom poslu i da sadrži samo pravo iz garantnog pisma, koje je samostalno i neopozivo i može se menjati voljom svih učesnika u garantnom poslu, može prestati voljom svih učesnika u garantnom poslu i pre nego što se izvrši i može se prenositi običnom cesijom.

Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 5168/2013 od 17.7.2013. godine

garancije. Razrada ovih načela biće posebno analizirana u delu rada: Vrste bankarskih garancija - uslovne i безусловne bankarske garancije.

GLAVA IV: ELEMENTI BANKARSKE GARANCIJE

Uvod

U prethodnom delu rada analizirana su osnovna obeležja – načela bankarske garancije koja su u okviru pravne nauke identifikovana kao takva, a koja proizilaze kao posledica analize sadržaja bankarske garancije shodno odredbama Zakona o obligacionim odnosima, odnosno autonomnim izvorima prava. Složenost pravnih odnosa koji nastaju, traju i prestaju kod posla bankarske garancije, jesu takve prirode da isti predstavljaju njenu suštinu odnosno obeležje, pa iz tog razloga isti imaju značaj načela na kojima ona počiva, iako oni nisu posledica samo zakonskih rešenja već jednim delom i posledica volje ugovornih strana. U smislu navedenog, neophodno je napraviti jasnu distinkciju između načela (obeležja) bankarske garancije i njenog sadržaja, tj. elemenata koji čine bankarsku garanciju. U okviru pravne nauke, a kao posledica i relativno šturog regulisanja ove materije u okviru Zakona o obligacionim odnosima, nisu u dovoljnoj meri istraživana naučne zajednice bila usmerena na analizu sadržaja bankarske garancije, u smislu njenih obligatornih i fakultativnih elemenata. U okviru ovog poglavlja biće analizirani pojedinačni elementi bankarske garancije koji po značaju sa stanovišta prava ili sa stanovišta interesa stranaka, jesu obligatornog odnosno fakultativnog karaktera. Pored toga biće ukazano na pravni značaja pojedinih elemenata bankarske garancije u odnosu na druge elemente, odnosno biće determinisana pravna korelacija i značaj između različitih elemenata ovog pravnog posla.

Prilikom razmatranja sadržaja bankarske garancije, odnosno njenih elemenata, važno je ukazati na pitanja od značaja koja se validno pojavljuju u kontekstu ove analize. Mora se istaći pre svega da, domaće zakonodavstvo jeste jedno od retkih koje je zakonski definisalo bankarsku garanciju kao sredstvo obezbeđenja, što je u prethodnom delu istraživanja na više mesta apostrofirano. Takođe je istaknuto da, iako ovaj propis definiše u određenoj meri pitanja od značaja u vezi sa bankarskom garancijom, u suštini mnoga pitanja od esencijalne važnosti nisu zakonski definisana. Ona su kao takva ostavljena da budu uređena na postulatima volje ugovornih strana u smislu oblikovanja sadržaja bankarske garancije na način na koji odgovara partikularnim interesima samih subjekata. Drugim rečima, ne možemo «u legislativnom smislu» govoriti o sadržini bankarske garancije, odnosno o njenim elementima, jer isti nisu zakonski jasno definisana. Posledično, sadržaj bankarske garancije nije uslovljen poštovanjem tkz. zakonskih elemenata, tj. obaveznim elementima koji su

zakonski definisani. Sadržaj bankarske garancije i njeni elementi jesu voljno inkorporirani od strane učesnika u garancijskom poslu. To znači da učesnici određuju ne samo opšti sadržaj bankarske garancije, već i njene elemente, što analogno znači da obligatorni ili obavezni elementi, kao i fakultativni elementi bankarske garancije jesu kao takvi određeni na osnovu pravne prirode samog posla i iskazane volje učesnika u garancijskom poslu. Imajući u vidu prethodno rečeno, volja učesnika u poslu ipak jeste u jednom delu ograničena u smislu poštovanja osnovnih principa ugovornog prava, obaveze uvažavanja pravne prirode ovog pravnog posla koja proističe iz pozitivnopravnih propisa, odnosno Zakona o obligacionim odnosima. Potvrda iznetog jeste sadržana i u Rešenju Višeg trgovinskog suda u kojem se konstatuje obavezan sadržaj bankarske garancije, odnosno njeni bitni elementi.¹⁸⁹

Bitni i nebitni elementi bankarske garancije jesu posledično povezani sa potrebom da se o njima razmatra sa stanovišta pravne nauke i prakse, uz uvažavanje opštih pravila ugovornog prava. Jedino primenom ove metodologije se može doći do pravilnog shvatanja sadržaja bankarske garancije, odnosno njenih elemenata, odnosa između istih, kao i gradacijskog shvatanja njihovog značaja u smislu važnosti pojedinačnih elemenata, i njihove podele na bitne odnosno nebitne elemente.

Bitni i nebitni elementi bankarske garancije se ne mogu u okviru propisa identifikovati kao takvi, što ostavlja pravnoj nauci i praksi da sama tumači sadržaj i prirodu pravnih odnosa koji nastaju, traju i prestaju u ovom poslu između učesnika. Tumačenja pravne nauke i prakse ukazuju na ulogu i značaj određenih elemenata davajući time validnost njihovog klasifikovanja na bitne i nebitne elemente. Ipak, kao što je prethodno istaknuto, ova gradacija mora biti bazirana na opštim pravilima ugovornog prava, iako smo o pravnoj prirodi bankarske garancije i nedoumicama da li ista predstavlja ugovorni odnos ili ne prethodno u radu isto analizirali. Činjenica da se opšta pravila ugovornog prava moraju uzeti u obzir prilikom analize sadržaja bankarske garancije, odnosno da se ista moraju poštovati od strane učesnika u poslu, govori u prilog onim autorima, odnosno delu pravne nauke, koji smatraju da bankarska garancija jeste ugovornopravni odnos između banke kao izdavaoca garancije i korisnika garancije. Saglasnost volja banke garanta i korisnika

¹⁸⁹ Sentenca: Sadržina i forma bankarske garancije nije propisana zakonom, ali je u bankarskoj praksi uobičajeno da bankarska garancija sadrži naziv davaoca garancije, naziv primaoca garancije - korisnika, podatke o osnovnom poslu čije se ispunjenje obezbeđuje bankarskom garancijom, novčani iznos na koji garancija glasi, rok važnosti garancije, mesto izdavanja garancije, datum njenog izdavanja i potpis ovlašćenog lica davaoca garancije, a stranke mogu ugovoriti i druge nebitne elemente.

Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 5596/2005 od 31.8.2006. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Bilten br. 4/2006.

garancije o sadržaju bankarske garancije jeste osnov od kojeg se polazi prilikom razmatranja koji su elementi bankarske garancije bitni odnosno nebitni, što posledično znači da odnos između bitnih i nebitnih elemenata nije toliko zasnovan na pravu već na volji učesnika u poslu koja je se manifestuje kroz njihovu saglasnost u pogledu sadržaja garancije. Uvažavajući činjenicu da elemente bankarske garancije kao takve ne možemo jasno identificirati u volji zakonodavca, mora se prihvatiti da svojstvo bitnih elemenata jeste prepoznato kao voljno subjektivno pravo ugovornih stranaka, dokle god je saobrazno sa osnovnim postulatima ugovornog prava. Subjekti u garancijskom poslu kao što je bankarska garancija, jesu subjekti koji odlučuju koji od elemenata određenog pravnog posla jeste bitan ili nebitan i to pre svega na osnovu njihove saglasnosti volja, bez obzira na pravni značaj određenih elemenata koji im pridaje pravna nauka. Mora se ipak imati u vidu da, volja učesnika u poslu u pogledu sadržaja bankarske garancije, odnosno njenih elemenata nije limitirana. Svaki pravni posao po svojoj prirodi odnosa i prava koji su u njemu sadržani jeste uslovljen postojanjem određenih elemenata tog posla bez kojeg nije moguće realizovati takav posao, odnosno ugovorni odnos. Prilikom razmatranja koji su elementi određenog posla, odnosno ugovornog odnosa, po prirodi samog posla bitni, mora se pre svega ući u analizu konkretnog pravnog odnosa i njegove pravne prirode. Na taj način se dolazi do identifikovanja relevantnih elemenata određenog posla koji su prirodno pravno esencijalni za takav posao, odnosno neophodni da bi taj pravni posao bio pravno validan. Takvi elementi posla jesu bitni elementi pravnog posla odnosno ugovora.

Uvažajući prethodno analizirano jasno je da, bankarska garancija kao pravni posao u kojem se pojavljuju banka kao izdavalac garancije i korisnik garancije, jeste posao koji u pogledu sadržaja bankarske garancije, nije zakonski adekvatno tretiran u klasičnom smislu. Konstitutivni i dispozitivni elementi bankarske garancije nisu zakonski određeni, već isti prozilaze iz dva osnovna kriterijuma, volje učesnika u poslu i pravne prirode samog posla. Posledično bitni i nebitni elementi bankarske garancije jesu sa stanovišta prava u jednoj meri nedovoljno interesantni pravnoj nauci za razmatranje, jer su oni kao takvi ostavljeni na volji učesnika u poslu odnosno prirodi samog posla, pa shodno tome i svako naučno razmatranje i analiza elemenata bankarske garancije jeste neretko granično arbitrarno i subjektivno, uz određena objektivna ograničenja koja mahom proističu iz pravne prirode ovog posla koja proizilazi iz odredbi Zakona o obligacionim odnosima. U nastavku rada analiziraće se različiti elementi bankarske garancije. Autor rada će pokušati da, na osnovu relevantnih mišljenja pravne nauke, kao i na osnovu tumačenja pravne prirode ovog posla, te određenih

empirijskih iskustava, izvrši identifikovanje i klasifikaciju svih elemenata bankarske garancije, kao i podelu takvih elemenata na bitne i nebitne elemente garancijskog posla.

Bankarska garancija jeste imenovani pravni institut u okviru Zakonu o obligacionim odnosima, ali osim opštih zakonskih definicija ovaj institut nema definisane zakonske elemente, što je prethodno u radu i naznačeno. Iz ovih razloga analiziranje elemenata bankarske garancije jeste objektivno otežano, jer je jednim značajnim delom istovremeno i arbitrarno i subjektivno. Imajući ovo u vidu, autor ovog rada će u nastavku analizirati sve relevantne elemente bankarske garancije koji su kao takvi simbiozno povezani sa pravnom prirodom ovog instituta. Autor se unapred ograđuje o «objektivnoj validnosti» određenih elemenata bankarske garancije koji će kao takvi biti kategorisani u jedne od dve kategorije elemenata, bitne odnosno nebitne elemente bankarske garancije, shvatajući istovremeno da drugi autori, na osnovu svojih viđenja i mišljenja imaju drugačiji stav u pogledu ove problematike.

1. Bitni elementi bankarske garancije

Bitni elementi bankarske garancije su:

- Ime banke koja izdaje garanciju;
- Ime nalogodavca za čiji račun se izdaje bankarska garancija;
- Osnovni posao povodom kojeg se izdaje bankarska garancije;
- Novčani iznos garancije i valuta;
- Rok važenja garancije;
- Garantna klazula; i
- Kalendarski i geografski elementi.

1.1. Ime (naziv) banke koja izdaje garanciju

Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja uživa značaj koji joj se pridaje na osnovu činjenice da banka, kao dominantna finansijska institucija, stoji iza obaveze nalogodavca - dužnika iz osnovnog posla, i preuzima obavezu isplate novčanog iznosa iz garancije ukoliko obaveza iz osnovnog posla ne bude ispunjena od strane dužnika. Personalna priroda bankarske garancije, manifestovana u činjenici da se banka pojavljuje kao izdavalac garancije, jeste jedno od važnih obeležja ovog pravnog posla. Iz tog razloga, naziv i bliži podaci o banci koja izdaje bankarsku garanciju jesu bitni elementi bankarske garancije. S obzirom da se u prirodi ovog posla pojavljuju najmanje dva učesnika, banka garant – kao izdavalac garancije, i korisnik garancije, sasvim je jasno da se na bazi analize pravne prirode posla dolazi do prvog značajnog elementa bankarske garancije čije je postojanje neophodno, tj. pravno bitno za ovaj pravni posao. Da bi se znalo ko preuzima obavezu isplate garantovnog novčanog iznosa, moraju biti sadržani podaci koji se odnose na pun naziv banke, kao i bliži podaci o adresi banke koja izdaje garanciju i drugi fakultativni elementi pravne identifikacije.

Naziv banke koja izdaje garanciju mora biti jasno i precizno formulisan, dok adresa banke može biti određena, ili pak određiva. Pravni značaj ovih elemenata jeste prepoznat i delimično već analiziran kod načela bankarske garancije. Naziv banke koja je izdala bankarsku garanciju jeste osnov za ocenu njene punovažnosti, jer kao što je prethodno ukazano, bez jasnog naznačenja naziva banke koja je izdala garanciju, ovo sredstvo obezbeđenja ne može biti punovažno usled izostanka personalnog elementa, što dovodi do pitanja preuzimanja obaveze iz garancije u odnosu na subjekta koji to čini. Rok važenja bankarske garancije, ne samo da je prepoznat kao obligatoran od strane pravne javnosti, već i sudska praksa stoji na istom stanovištu.¹⁹⁰

Pravni značaj adrese banke, kao i drugi fakultativni elementi pravne identifikacije, jesu značajni sa aspekta prava u onim situacijama kada dolazi, ili može doći, do spora u vezi sa izdatom bankarskom garancijom. Ovaj element jeste od esencijalnog pravnog značaja u pogledu pravne jurisdikcije merodavnog prava koje bi se primenilo u eventualnom sudskom postupku. Na osnovu sedišta banke određuje se merodavno pravo za rešavanje spora, pa je

¹⁹⁰ Sentenca: Nepostojanje roka važnosti garancije kao bitnog elementa dovodi do njene nepunovažnosti.

Nepostojanje roka važnosti garancije kao bitnog elementa dovodi do njene nepunovažnosti, što se može videti u obrazloženju presude Višeg trgovinskog suda.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 8461/2004 od 30.11.2004. godine

neophodno da adresa banke bude naznačena na garanciji. Jedno od pitanja koje se postavlja od strane pravne nauke jeste pitanje da li adresa banke mora biti jasno određena, ili je dovoljno da je i određiva. Mišljenja smo da, ovaj element bankarske garancije može biti određen ili odrediv, i da sa stanovišta bitnih elemenata garancije nije od značaja da sedište banke bude jasno naznačeno u sadržaju garancije, već je dovoljno da mesto odnosno adresa banke može biti određena i na osnovu drugih podataka koji su sadržani u garanciji.¹⁹¹

1.2. Ime nalogodavca za čiji račun se izdaje bankarska garancija

Potreba za povišenim stepenom sigurnosti u realizaciji poslovnih aktivnosti dovela je vremenom do stvaranja različitih instrumenata obezbeđenja obligacionog karaktera koji imaju za cilj adekvatnu pravnu i ekonomsku zaštitu učesnika u poslovnim aktivnostima. Bankarska garancija predstavlja specifičan instrument obezbeđenja potraživanja, jer banka izdatom garancijom na sebe prezuma finansijski rizik moguće isplate novčanog iznosa na koji glasi garancija, a nije čak ni učesnik u osnovnom poslu. Ona pruža svom klijentu - nalogodavcu, određenu finansijsku uslugu time što za određeni ugovoreni novčani iznos garantuje poveriocu iz osnovnog posla da će ona ovom subjektu kompezovati eventualno neizvršavanje obaveze dužnika - njenog nalogodavca, kroz isplatu garantovane novčane sume. Pravna priroda ovog posla zahteva da se u sadržaju bankarske garancije daju bliže informacije o poslu koji se obezbeđuje garancijom, pa je iz tog razloga neophodno da bude jasno naznačeno ime nalogodavca za čiji se račun izdaje garancija. Ovaj stav je prihvaćen i od strane jednog dela naše pravne teorije koji zastupa Trifunović.¹⁹² Mišljenja o tome da li je ovaj element bankarske garancije bitan ili nebitan jesu podeljena, ali smo apostrofirali da ne postoji adekvatan meritum koji bi tvrdio jedno ili drugo stanovište. Na autorima, odnosno pravnoj teoriji jeste da svojim stavovima i argumentima u prilog istih tvrde ili opovrgavaju određena tumačenja. Mišljenje autora ovog rada jeste, da ime nalogodavca za čiji račun se izdaje bankarska garancija, jeste bitan element bankarske garancije. Ovaj stav je zasnovan na analizi pravne prirode ovog posla, i kao takav jeste arbitraran i delimično subjektivan, ali

¹⁹¹ Adresa banke koja je izdala garanciju jeste značajna i u pogledu drugih pravnih pitanja.

Više o ovome: Jyoatsna, S., Nishwan, B. (2012): Elements of Banking and Insurance. PHI Learnig private Limited. pgn. 53. dostupno na sajtu:

https://books.google.rs/books?id=r0VV_f05rl4C&pg=PA53&dq=bank+guarantee+elements&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwjhs-

<zdoIneAhVIiwKHRrTCC4Q6AEINjAC#v=onepage&q=bank%20guarantee%20elements&f=false>

¹⁹² ibidem.

smatramo da se u određenoj meri može opravdati. Iako je pravna nauka saglasna da bitan element bankarske garancije jesu podaci o osnovnom poslu povodom kojeg se izdaje bankarska garancija, smatramo da usled nepostojanja bližih pravnih standarda i prakse u pogledu toga šta bi bilo sadržano u okviru takvih podataka, pravno jeste opravdano da se kao bitan element garancije prethodno navede ime nalogodavca za čiji račun se izdaje bankarska garancija. Iako se ovaj podatak može inkorporirati i u okviru sadržaja garancije u kojem se daju podaci o osnovnom poslu na osnovu kojih se izdaje garancija, određena kompleksnost poslovnih odnosa nam daje za pravo da postoji potreba, da se pored toga navede i ime nalogodavca za čiji račun se izdaje bankarska garancija. U situaciji kada je osnovni pravni posao iz kojeg proizilazi volja učesnika u poslu da se putem ugovorne klauzule predvidi dostavljanje bankarske garancije, pitanje koje se u praksi javlja kao često jeste, kakva je situacija kada na strani dužnika iz osnovnog posla ne stoji samo jedan subjekt, već više njih. Da li banka onda garantuje za takvu vrstu osnovnog pravnog posla, jer je sasvim moguće da u opisanom slučaju, kada je obim odgovornosti, odnosno ispunjenje obaveza iz osnovnog posla, disperzovan na više subjekata, i kao takvo pitanje jeste validno u kontekstu toga da li tada banka garantuje za sve dužnike pojedinačno, i ako je tako da li oni moraju biti klijenti banke ili ne. Ovo je samo jedna od mogućih situacija koja se u poslovanju privrednih subjekata dešava. S obzirom na potrebu privrednih subjekata da svoje poslovanje i sve u vezi sa istim unapređuju, kao i interes banke da uz određene mehanizme zaštiti svoje interese i modifikuje bankarsku garanciju u skladu sa potrebama poslovnih subjekata, jasno je da pitanje važnosti inkorporiranja u sadržaj garancije imena nalogodavca za čiji račun se izdaje bankarska garancija, jeste pitanje od bitnog značaja, pa se kao takvo mora i tretirati odnosno smatrati kao bitnim elementom bankarske garancije.

1.3. Osnovni posao povodom kojeg se izdaje bankarska garancija

Osnov nastanka bankarske garancije jeste zasnovan na postojanju tkz. osnovnog posla, posla u kojem je jedna od ugovornih strana dužnik – nalogodavac, dok je druga ugovorna strana poverilac – budući korisnik garancije. U delu rada u kojem je analizirana pravna priroda bankarske garancije, ukazano je na više različitih shvatanja u vezi sa pravnim obeležjima ovog instrumenta obezbeđenja. Jedno od pitanja koje je razmatrano jeste i pitanje samostalnosti bankarske garancije, odnosno njena neakcesorna priroda. Zaključeno je da, bez obzira na određenu povezanost bankarske garancije i osnovnog posla, bankarska

garancija jeste samostalan posao u kojem banka preuzima na sebe jednostranom izjavom volje obavezu da u slučaju neispunjenja obaveze nalogodavca – dužnika iz osnovnog posla, izvrši obavezu plaćanja garantovanog iznosa prema korisniku garancije. Iako inicijalno nastaje na bazi volje ugovornih strana iz osnovnog posla, odnos između bankarske garancije i osnovnog posla jeste dovoljno odvojen, da se može tvrditi da su oba pravna posla samostalna i nezavisna. Argument koji se koristi od strane određenog dela pravne teorije u kojem se ističe da je bankarska garancija akcesorni pravni posao, jeste delimično zasnovan na praksenim iskustvima u formiranju sadržaja bankarske garancije, a koji se odnosi na inkorporiranje podataka od značaja u vezi sa osnovnim pravnim poslom u sadržaj garancije. Ovo je poslužilo kao argument za određene stručnjake u kontekstu izvođenja zaključka po kojem je bankarska garancija akcesornog karaktera. Neželeći da ulazimo u pravna razmatranja validnosti datih stavova o kojima je već u radu razmatrano, možemo se ipak složiti da bitan element bankarske garancije jesu podaci koji se odnose na posao koji se obezbeđuje garancijom. U pravnoj teoriji ne postoji dovoljno radova koji se bave ovom problematikom, pa dosadašnja praksena iskustva jesu jedino relevantna u pokušaju da spoznamo koju vrsta podataka bi morala biti sadržana u garanciji, a koji se odnose na osnovni posao.¹⁹³ Važno je naznačiti da, iako ovaj element bankarske garancije jeste bitan, isključivo je na učesnicima u garancijskom poslu diskreciono pravo da odrede koje će informacije iz osnovnog ugovora biti sadržane u garanciji. Opšta pravila ugovornog prava mogu biti od značaja, ali i iskustveni podaci u vezi sa bilo kojom vrstom obligacionih odnosa ukazuju da, strane u poslu bi morale što preciznije i sadržajnije da urede svoje odnose, jer se time eliminišu određeni rizici, pre svega u slučaju neispunjenja ugovorenih obaveza. Smatramo da, podaci o osnovnom poslu koji se obezbeđuje izdavanjem bankarske garancije, moraju biti sadržinski dovoljno kvalitetni i potpuni tako da ne izazivaju bilo kakve nedoumice među stranama u garancijskom poslu u pogledu tumačenja i primene prava.

¹⁹³ Praksa po ovom pitanju jeste takva da se u sadržaj bankarske garancije unose relevantni podaci o osnovnom poslu koji se odnose na bliže informacije o ugovornim stranama, predmetu ugovora, rokova za ispunjenje ugovorenih obaveza, cene koštanja onoga što je predmet ugovora, mesto zaključenja ugovora, kao i niz drugih podataka koji učesnici u garancijskom poslu smatraju za relevantnim za njihovo navođenje.

1.4. Novčani iznos garancije i valuta

Specifičnost bankarske garancije kao instrumenta obezbeđenja potraživanja jeste u pravnom i ekonomskom karakteru obaveze banke garanta prema korisniku garancije. U prethodnom delu rada, u kojem su analizirana osnovna načela bankarske garancije, ukazano je da načelo novčanosti jeste jedno od rethih zakonskih obeležja bankarske garancije koje je predviđeno odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Načelo novčanosti, tj. obaveza banke garanta da u novčanom iznosu definiše svoju obavezu prema korisniku garancije, jeste obeležje koje razlikuje ovo sredstvo obezbeđenja u odnosu na druga, naročito u odnosu na jemstvo sa kojim se najviše povezuje. Iz opisanog, jasno proizilazi da jedan od bitnih elemenata bankarske garancije jeste novčani iznos koji je sadržan u garanciji i koji će biti isplaćen korisniku garancije ukoliko nastupi garancijski slučaj, tj. ukoliko dužnik iz osnovnog posla ne izvrši obavezu prema korisniku garancije, tj. poveriocu iz osnovnog posla. Karakter obaveze banke iz izdate bankarske garancije - isplata garantovanog novčanog iznosa, jeste važno obeležje bankarske garancije, pa samim time jeste i bitan element garancije. Važnost određivanja novčanog iznosa na koji bankarska garancija glasi jeste povezan, kako sa zakonskim odredbama Zakona o obligacionim odnosima, tako i sa praksnim potrebama koja se nameću od strane učesnika u garancijskom poslu. Obaveza banke na osnovu izdate bankarske garancije može biti samo u novcu, što jeste zakonski uslovljeno i ne može se voljom subjekata menjati. Pitanje koje se postavlja jeste, da li je bankarska garancija pravno validna ako u okviru njenog sadržaja nije određen novčani iznos na koji treba da glasi. Smatramo da u ovim slučajevima bankarska garancija jeste validna, što je prethodno u radu i apostrofirano, ali samo onda ako ima dovoljno elemenata u okviru sadržaja same garancije na osnovu kojih je moguće posredno utvrditi novčani iznos garancije.

Bitan element bankarske garancije koji je u korelaciji sa novčanim iznosom na koji garancija glasi, jeste i određivanje valute po kojoj će biti izvršena plaćanja od strane banke garanta. Većina autora smatra da je dovoljno da u sadržaju garancije bude definisan novčani iznos, odnosno smatraju da je pravno prirodno da se u samoj klauzuli odredi i valuta plaćanja.¹⁹⁴ Međutim, definisanje novčanog iznosa i definisanje valute plaćanja jesu prema

¹⁹⁴Vidi više: Stupar, T. (2007): Međunarodna trgovinska komora - procesi unifikacije pravnih pravila za bankarske garancije, Finansije, bankarstvo, revizija, osiguranje : časopis za teoriju i praksu ISSN: 1820-0702.- God. 4, br. 4, str. 58-71

našem mišljenju dve odvojene pravne činjenice, i smatramo da je neophodno sa jednakom važnošću ih tretirati. Značaj ovog elementa bankarske garancije naročito dolazi do izražaja u pravnim poslovima koji imaju elemente inostranog, gde određivanje valute plaćanja jeste veoma značajno pitanje. Iz tog razloga smatramo da je valuta plaćanja novačnog iznosa iz bankarske garancije bitan element garancije, da strane u garancijskom poslu bi morale da definišu i valutu plaćanja, jer u suprotnom bi moralo doći do primene ili relevantnih propisa nacionalnog prava, ili bi se morale primenjivati odredbe autonomnog prava koji ima supsidijarni karakter, kao što su Jednoobrazna pravila za garancije na poziv ako nisu u suprotnosti sa domaćim propisima iz oblasti deviznog poslovanja.

1.5. Rok važenja garancije

Obaveza iz izdate bankarske garancije mora biti precizno određena tako da se jasno može utvrditi rok važenja garancije. Postoji više razloga zbog kojih se smatra da određivanje roka važenja garancije jeste bitan elemente bankarske garancije. Prethodno je neophodno razdvojiti, odnosno razgraničiti, razmatranje pravne problematike u vezi sa rokom u kojem nalogodavac mora da izdejtvuje dobijanje bankarske garancije u korist poverioca iz osnovnog posla, u odnosu na pitanja u vezi sa rokom važenja izdate bankarska garancije koja se vezuje za protok određenog trenutka u vremenu nakon čega prestaje da bude pravno tražljiva isplata garantovanog novčanog iznosa iz garancije. Stav sudske prakse jeste takav da rok važenja bankarske garancije jeste od fundamentalnog pravnog značaja za ovaj pravni posao.¹⁹⁵

1. Kada je reč o roku u kojem je dužnik iz osnovnog posla u obavezi da u korist druge druge ugovorne strane izdejtvuje izdavanje bankarske garancije, ovo pitanje nije od posebnog značaja u kontekstu razmtranja uže problematike ovog dela rada, već se ono postavlja kao prethodno pitanje kod izdavanja bankarske garancije. Nalog za izdavanje bankarske garancije, odnosno izdejtvovanje bankarske garancije u korist poverioca iz

Đurović, D. (1978): Bankarske garancije u poslovima sa inostranstvom, 2. dopunjeno i prerađeno izd., Издавање и производња, Beograd : Tanjug.

¹⁹⁵ Sentenca: Svaka garancija pa i garancija sa klauzulom "na prvi poziv" mora imati rok važnosti garancije i mora biti aktivirana do isteka roka važenja garancije.

Iz obrazloženja: Svaka garancija pa i garancija "na prvi poziv" mora imati bitne elemente, a jedan od bitnih elemenata je rok važnosti garancije, jer nakon isteka roka važnosti garancije prestaju prava po osnovu garancije.

Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 195/97 od 29.1.1997. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/1997 - str. 65

osnovnog posla, mora biti u okviru osnovnog ugovora precizirano određenim rokom. U okviru tog roka, nalogodavac mora da izdejstvuje u korist druge strane izdavanje bankarske garancije. U pogledu sadržaja bankarske garancije, analogno tome i njenih elemenata, ovo pitanje nije od posebnog značaja, jer predstavlja prethodno pitanje koje je kao takvo definisano između ugovornih strana iz osnovnog pravnog posla.

2. Rok važenja izdate bankarske garancije jeste bitan element bankarske garancije, i pravni značaj istog jeste višestruk. Prvo, pravo naplate iz bankarske garancije se može realizovati samo u okviru roka važenja tako izdate garancije. Iz tog razloga banka garant je obavezna da samo u roku definisanom vremenskom periodu može da izvrši isplatu garantovanog novčanog iznosa, dok je korisnik garancije ovlašćen da podnese zahtev za isplatu garantovanog novčanog iznosa samo u okviru tako definisanog vremenskog intervala.¹⁹⁶ Vezano za rok važenja bankarske garancije pojavljuju se i sledeća pitanja od značaja, i to:

- način definisanja roka važenja bankarske garancije;
- rok u kojem banka mora da isplati garantovani novčani iznos nakon podnetog zahteva korisnika garancije; i
- pravne posledice protoka roka važenja bankarske garancije.

Sva pitanja od značaja koja su gore navedena, a vezi su sa rokom važenja bankarske garancije, jesu pitanja koja nisu pravno tretirana od strane zakonodavca, tako da pravni režim datih stanja jeste posledica, ili volje stranaka u garancijskom poslu, ili proizilazi iz prirode bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja srodno opštim principima ugovornog prava. Osim teorije, sudska praksa ima stav povodom opšteg roka važenja bankarske garancije. Potraživanja po osnovu bankarskih garancija zastarevaju protekom roka od deset godina.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Banka garant preuzima obavezu izdavanja garancije u okviru roka važnosti bankarske garancije, a pritom je dospelost obaveze moguće posmatrati sa stanovišta dospelosti na tačno određeni kalendarski dan, odnosno dospelost vezana za nastupanje odrđenog događaja. Vidi više: Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 220.

¹⁹⁷ Sentenca: Potraživanja po osnovu dokumentarnih akreditiva, kao po osnovu deviznih bankarskih garancija, s obzirom da je reč o posebnim bankarskim poslovima, zastarevaju protekom roka od deset godina. Zastarelost potraživanja po osnovu dokumentarnih akreditiva i deviznih bankarskih garancija – ZOO čl. 371 i čl. 392 stav 4.

Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 4988/2013(1) od 28.11.2013. godine.

Sentenca: Zastarelost potraživanja iz samostalne bankarske garancije teče počev od narednog dana posle dana kada je korisnik garancije zahtevao od banke isplatu iznosa iz bankarske garancije, odnosno rok zastarelosti potraživanja obezbeđenog samostalnom bankarskom garancijom teče od narednog dana od kada je korisnik

3. Način definisanja roka važenja bankarske garancije jeste prvi od elemenata kalendarskog karaktera koji treba biti određen u sadržaju bankarske garancije. Na osnovu uputstva nalogodavca banci garantu, kao i na osnovu uvida od strane banke koja izdaje garanciju u sadržaj osnovnog posla na osnovu kojeg nastaje, banka definiše rok važenja bankarske garancije u okviru njenog sadržaja.¹⁹⁸ Prilikom definisanja ovog roka moraju se uzeti u obzir određeni elementi sadržani u ugovoru koji prati osnovni pravni posao, naročito segmentu istog u kojem je preciziran rok dospelosti izvršenja obaveze od strane dužnika – nalogodavca. Rok važenja bankarske garancije mora biti u vremenskim okvirima roka dospelosti obaveze iz osnovnog posla, što znači da važenje bankarske garancije mora kalendarski da bude duže od krajnjeg roka za izvršenje obaveze iz osnovnog ugovora, da bi korisnik garancije mogao da u vremenski datom okviru podnese meritorni zahtev za isplatu garantovanog novčanog iznosa u slučaju neizvršenja ove obaveze. Ukoliko bi rok važenja bankarske garancije bio kraći u odnosu na krajnji rok izvršenja obaveze iz osnovnog ugovora, zahtev korisnika garancije bi bio neutemeljen odnosno preuranjen, jer rok do kojeg je dužnik iz osnovnog posla bio u obaveza da izvrši svoju obavezu nije istekao. Posledično ovo znači i nemogućnost naplate novčanog iznosa iz garancije jer bi ona protokom ovako definisanog roka prestala da važi, tj. banka ne bi imala obavezu isplate novčanog iznosa iz garancije.

4. Rok važenja bankarske garancije značajan je kao pravno pitanje i sa stanovišta protoka vremenskog perioda između uredno podnetog zahteva za isplatu garantovanog novčanog iznosa od strane korisnika garancije, i perioda u kojem je banka dužna da isplati garantovani novčani iznos iz garancijskog posla. Kao i u prethodnom segmentu, ne postoje relevantni izvori koji bi bliže odredili ovaj rok, pa je na banci kao izdavaocu garancije, ali i korisniku garancije, interes da rok bude jasno preciziran.¹⁹⁹ Mišljenje sudske prakse po ovom pitanju jeste takvo da je sud po predmetu u vezi sa čl. 1083. Zakona o obligacionim

bankarske garancije zahtevao njeno izvršenje. Rok zastarelosti potraživanja po osnovu bankarskih garancija zastareva u opštem roku od 10 godina.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 4556/2006(2) od 27.6.2007. godine

¹⁹⁸ Sentenca: Pravni interes za podnošenje tužbe sa zahtevom za utvrđenje prestanka važenja bankarske garancije postoji ako korisnik garancije ima mogućnost da istu podnese na realizaciju u roku njene vremenske važnosti.

Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 1095/2010(1) od 22.4.2010. godine

¹⁹⁹ Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

odnosima, doneo rešenje po kojem zahtev korisnika za isplatu garantovane sume mora biti predat banci pre isteka roka važnosti garancije.²⁰⁰

Interes banke jeste da u relativno razumnom roku ispuni obavezu isplate garantovanog novčanog iznosa, dok je na strani korisnika garancije od interesa da ovaj rok bude što kraći. Praksena iskustva jesu takva da rok za isplatu po validno podnetom zahtevu korisnika garancije se realizuje u okviru jedne radne nedelje.²⁰¹ Da bi se zaštitila od neosnovanog zahteva za isplatu garantovanog novčanog iznosa, banka je dužna da u komunikaciji sa nalogodavcem proveri validnost zahteva u smislu ispunjenosti obaveze korisnika garancije iz osnovnog posla, ali bez ulaženja u meritum takvog pitanja.

5. Nakon što protekne rok važenja bankarske garancije postavlja se pitanje vraćanja izdate bankarske garancije od strane korisnika garancije banci koja je izdala garanciju. Ovo pitanje jeste važno usled različitog pravnog tretmana nastavka važenja garancije nakon protoka roka važnosti garancije. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv u nedovljnoj meri posvećuju pažnju ovom pitanju i značaju istog, iz razloga što u sukobu nadležnosti nacionalnog prava i prava koje je sadržano u pravilima, primat će imati nacionalno pravo. Praksa je pokazala da u značajnom broju država nacionalno pravo predviđa da ugovorne garancije važe i nakon isteka njihove važnosti, što čini ovo pitanje složenijim.²⁰² Iz tog razloga neophodno je da se u sadržaju bankarske garancije precizira da će garancija biti vraćena nakon isteka njenog važenja. Pitanje koje se postavlja jeste, da li se takva bankarska garancija vraća banci koja je izdala garanciju, ili nalogodavcu po čijem nalogu je garancija izdata. Mišljenja smo da sa stanovišta banke ista nema poseban interes da joj nakon isteka garancije ova pisana isprava bude vraćena od strane korisnika garancije, ali ipak postoji interes nalogodavca u garancijskom poslu da mu se takva garancija vrati nakon prestanka njenog važenja.

²⁰⁰ Sentenca: Zahtev korisnika za isplatu garantovane sume mora biti predat banci garantu pre isteka roka važnosti garancije. U suprotnom obaveza banke garanta prestaje. Istekom garancijskog roka izdavalac garancije oslobađa se obaveze po garanciji, a što se može videti u dole navedenom rešenju Višeg privrednog suda.

Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 5704/2000 od 18.1.2001. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/2001 - str. 56

²⁰¹ Vukmir, B. (2006): Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu ISSN: 0350-2058.- God. 56, posebni broj, str. 258.

²⁰² Vidi više: Vitez. M. (2003): Bankarska garancija prema trgovinskom zakoniku Češke i Slovačke iz 1991., Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 52, knj. 479, br. 11, str. 701-713

1.6. Garantna klauzula

Jedan od potencijalnih problema u vezi sa bankarskom garancijom jeste sama sadržina garancije koja je apstraktne prirode, naročito u pogledu bližih informacija u vezi sa vrstom i obimom obaveza koje preuzima banka koja izdaje garanciju na osnovama osnovnog posla. Pojedini autori smatraju da unošenje garantne klauzule predstavlja značajan element u sadržaju bankarske garancije, i da se kao takav mora sa dozom posebne pažnje poštovati odnosno analizirati.²⁰³ Garantna klauzula ima za cilj da u okviru sadržine bankarske garancije precizira sva pravno relevantna pitanja od značaja koja se tiču uslova, načina i drugih informacija koje su od značaja u kontekstu bližeg preciziranja obaveze banke da izvrši plaćanja koja su novčano određena u garanciji. U tom smislu, garancijska klauzula ima za cilj da odredi pravni karakter garancijske obaveze banke, i ta obaveza može biti: uslovna ili безусловna; sopstvena, solidarna ili supsidijarna. Tekst bankarske garancije precizira karakter i obim obaveze banke koja je izdala garanciju, čime se jasno uspostavlja pravni domet i objektivni omer odgovornosti banke prema korisniku garancije. Pravna nauka se u nedovoljnoj meri bavi ovom problematikom, pa deduktivni pristup u analiziranju ovih pitanja jeste jedini validan metodološki smer koji autor ovog rada preuzima.

1. Pravni karakter garancijske obaveze u osnovi se može posmatrati sa dva stanovišta. Prvo stanovište u obzir uzima i analizira sadržinu garantne klauzule, u kontekstu da li je njome precizirana obaveza banke prema korisniku garancije koja je uslovnog odnosno bezuslovnog karaktera. Interes korisnika garancije jeste da garantna klauzula bude безусловna jer time svoj položaj u garancijskom poslu čini manje kompleksnijim i zavisnim od drugih događaja i činjenica. Garantna klauzula u kojoj je definisan status garancijske obaveze uslovnog karaktera jeste značajno nepovoljnija za korisnika garancije, jer ga stavlja u položaj u kojem mora da dokazuje ispunjenje prethodno određenih uslova koji su u okviru klauzule precizirani. Drugo stanovište se odnosi na status garancijske obaveze. U tom smislu, obaveza banke prema korisniku garancije može biti sopstvena, solidarna ili supsidijarna. Svaka od navedenih situacija značajno menja pravni odnos između banke i korisnika garancije u pogledu ispunjenja obaveze. Sopstvena garancijska obaveza banke jeste najjednostavniji oblik preuzimanja garancijske obaveze, jer ovu obavezu preuzima na sebe banka koja izdaje garanciju, bez solidarnih ili supsidijarnih obaveza drugih banaka, što

²⁰³ Vidi više: Vukmir, B.: Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu ISSN: 0350-2058.- God. 56, posebni broj 2006, str. 253-279

povoljno utiče na ovaj pravni posao u smislu jednostavnosti garancijskih odnosa i broja učesnika u ovom poslu. U okviru garantne klauzule može se takođe precizirati da garancijske obaveze banke prema korisniku garancije jesu solidarnog karaktera. U tom slučaju korisniku bankarske garancije za izvršavanje obaveze ne odgovara samo jedna banka, već se u ovoj situaciji precizira i solidarna odgovornost druge banke u pogledu pravno utemeljenog izvršenja garancijske obaveze prema korisniku garancije. Konačno, status garancijske obaveze banke može biti i supsidijarnog karaktera, što znači da će određena banka preuzetu obavezu isplate garantovanog novčanog iznosa u slučaju da prva banka – izdavalac garancije ne izvrši obavezu u skladu sa definisanim standardima u okviru izdate bankarske garancije. U ovom slučaju, korisnik bankarske garancije je dodatno obezbeđen u pogledu isplate garantovanog novčanog iznosa, dok se sa stanovišta banke koja je izdala garanciju obaveza isplate preusmerava prema supsidijarnoj banci u situacijama kada ona sama ne izvrši garancijsku obavezu.

Pravne posledice pogrešnog ili nepreciznog definisanja garantne klauzule mogu jednako pogoditi obe strane u garantnom poslu, jer u osnovi obe strane su vezane za način definisanja ispunjenja garancijske obaveze u skladu sa definisanim sadržajem garantne klauzule. Smatramo da je neophodno da strane u garancijskom poslu jasno definišu sva pitanja od značaja u pogledu uslova i načina na koji banka iz garancijskog posla izvršava svoju obavezu. Ovo pitanje jeste značajno za obe strane, i obe strane mogu trpeti pravne i ekonomske posledice nepreciznog definisanja sadržaja ove klauzule.

1.7. Kalendarski i geografski elementi

Prilikom definisanja sadržaja bankarske garancije smatra se za neophodnim da se precizira datum izdavanja bankarske garancije. Važnost ovog elementa garancije jeste upitna u okviru pravne teorije²⁰⁴, međutim smatramo da precizno kalendarsko definisanje izdavanja bankarske garancije jeste pitanje od važnosti za učesnike u garancijskom poslu, jer iz istog proizilazi niz pravno relevantnih činjenica od značaja. Datum izdavanja bankarske garancije jeste bitan element garancije u zavisnosti od načina definisanja roka važenja bankarske garancije. Rok važenja bankarske garancije može biti kalendarski jasno definisan kao budući trenutak u vremenu za čije nastupanje se vezuje istek važenja izdate garancije i tada kažemo da je rok određen. Rok važenja bankarske garancije može biti i odrediv, što

²⁰⁴ Vidi više: Jakšić, A. (1993): Bankarska garancija sa elementima inostranosti. Pravni život, God. 42, knj. 407, br. 11/12, str. 1754-1760.

znači da se isti određuje na osnovu određenih elemenata u sadržaju bankarske garancije. Obično se kao element od značaja za određivanje trajanja bankarske garancije uzima datum izdavanja garancije, pa rok počinje da teče od istog (npr. važenje bankarske garancije je 100 dana od datuma izdavanja garancije). U opisanoj situaciji, sa stanovišta pravnog značaja, datum izdavanja bankarske garancije može biti element garancije od bitnog značaja (drugi opisani slučaj), odnosno nebitini element garancije (kod prvog opisanog slučaja).

1. Datum izdavanja bankarske garancije jeste od značaja sa stanovišta prava korisnika garancije u delu koji se odnosi na podnošenje zahteva za isplatu garantovanog novčanog iznosa. Opšte pravilo jeste da, rok u kojem korisnik garancije može da podnese zahtev za isplatu jeste povezan sa datumom izdavanja garancije.²⁰⁵ U odnosu na definisani datum izdavanja bankarske garancije vrši se i ocena pravne validnosti podnetog zahteva korisnika za isplatu garantovanog iznosa, jer rok počinje da teče od datuma izdavanja garancije. Upitno je međutim da li izostanak datuma izdavanja bankarske garancije utiče na njenu pravnu punovažnost, jer u osnovi isti se može odrediti i pomoću drugih pravno relevantnih posrednih činjenica. Mišljenja smo da datum izdavanja bankarske garancije može, ali i ne mora biti bitan element bankarske garancije, i da to umnogome zavisi od samog sadržaja bankarske garancije. Imajući u vidu značaj bankarske garancije u privrednom, poslovanju, smatramo da je od interesa samih strana u poslu da stave u sadržaj garancije i datum izdavanja, jer se pored opisanih pravno relevantnih situacija mogu pojaviti i druga pitanja od značaja koja se posredno mogu povezati sa datumom izdavanja garancije. Ovo je potvrđeno i u sudskoj praksi.²⁰⁶

2. Geografski element bankarske garancije jeste mesto izdavanja garancije. Reč je o elementu bankarske garancije o čijoj važnosti definisanja postoje različita shvatanja.²⁰⁷

²⁰⁵ Sentenca: Zahtev korisnika za isplatu garantovane sume mora biti predat banci garantu pre isteka roka važnosti garancije. U suprotnom obaveza banke garanta prestaje.

Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 5704/2000 od 18.1.2001. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/2001 - str. 56

²⁰⁶ Datum izdavanja bankarske garancije može biti bitan element u onim situacijama kada su plaćanja po osnovu izdate garancije valutno devizno određeni. Devizne klauzule plaćanja novčanog iznosa garancije mogu biti posledično povezani sa plaćanjem garantovanog novčanog iznosa ukoliko domaći propisi ne dozvoljavaju plaćanja u inostranoj valuti pa je neophodno konverzovanje takvih iznosa.

Sentenca: Punovažno izdata i formalno-pravno ispravna bankarska garancija važi i proizvodi pravno dejstvo do isteka roka važnosti koji je u njoj određen i ne može prestati da važi zato što korisnik garancije eventualno zloupotrebljava prava iz nje.

(Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7831/2008(1) od 25.12.2008. godine)

²⁰⁷ Prema Pavićeviću, mesto izdavanja bankarske garancije jeste bitan element garancije za koji vezuje određene pravno relevantne činjenice od značaja u kontekstu prostornog važenja određenog prava. Suprotno

Strogo formalno gledajući, izostavljanje mesta izdavanja bankarske garancije u sadržaju garancije ne može da utiče na njenu pravnu validnost, ali može otvoriti niz pitanja od značaja koja su posledično povezana sa mestom izdavanja garancije. Izvori prava koji regulišu materiju bankarske garancije jesu zakonskog karaktera ili su izvori autonomnog prava. Domicijalno pravo partikularno reguliše odredbama Zakona o obligacionim odnosima bankarsku garanciju. U odsustvu partikularnih pitanja koja nisu zakonski regulisana mogu se primeniti i drugi izvori prava, u pravnom obimu i karakteru koji nije u suprotnosti sa opštim pravnim standardima nacionalnog prava. Mesto izdavanja bankarske garancije može biti od značaja u domenu regulisanja forme i sadržine bankarske garancije. Mesto izdavanja bankarske garancije jeste i od značaja za određivanje merodavnog prava kada isto nije od strane učesnika u garancijskom poslu određeno u okviru sadržaja bankarske garancije. Na osnovu mesta izdavanja bankarske garancije, forma i sadržaj garancije jesu određeni pozitivnim propisima države u kojoj je izdata bankarska garancija. Opšte prihvaćeno pravno rešenje u okviru međunarodnog privatnog prava jeste, da na poslove u koje spada i bankarska garancija, se primenjuje pravo one strane koja treba da izvrši «karakterističnu prestaciju», a što u opisanom jeste zakon zemlje u kojoj se nalazi sedište davaoca garancije.²⁰⁸ Mesto izdavanja bankarske garancije može biti značajno i sa stanovišta obraćanja korisnika garancije banci u pogledu isplate garatovanog novčanog iznosa u slučaju nastupanja garantovanog slučaja. Ipak, imajući u vidu relativno ograničen pravni uticaj izostavljanja mesta izdavanja bankarske garancije, u smislu pravne validnosti ovog posla, smatramo da se za ovaj element garancije ne može zaključiti da po svom pravnom značaju jeste bitan element posla. Svakako je poželjno da se u sadržaju garancije precizira mesto izdavanja garancije, ali izostanak njegovog preciziranja nije i ne može biti od posebnog pravnog značaja za pravnu validnost ovog posla.

Strane u garancijskom poslu mogu odrediti primenu merodavnog prava za formu i sadržinu garancije, što umnogome umanjuje pravni značaj mesta izdavanja garancije. Pored određivanja merodavnog prava, učesnici u garancijskom poslu mogu odrediti i mesto rešavanja budućih sporova (mesnu nadležnost suda) tj. odlučiti da li će nadležnost za rešavanje sporova biti pred domaćim ili inostranim pravosuđem, odnosno da li će spor biti

njemu, Šogorov izričito smatra da mesto izdavanja bankarske garancije jeste nebitni element u njenom sadržaju, što je stanovište koje podržava veći deo autora koji se bave ovom problematikom.

²⁰⁸ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 226.

reševan pred državnim sudovima ili putem arbitraže. Kada su ova pitanja regulisana u sadržaju garancije, mesto izdavanja garancije gubi pravni značaj kao element garancije, i njegovo izostavljanje nema posebne pravne posledice za učesnike u poslu.

2. Ostali - nebitni elementi bankarske garancije

U okviru prethodnog dela istraživanja izdvojeni su i analizirani pojedinačni elementi bankarske garancije koji po svojem pravnom značaju se mogu smatrati za bitnim elementima ovog pravnog posla. Bankarska garancija jeste važan instrument obezbeđenja koji se često koristi među poslovnim subjektima, naročito onih koji učestvuju u međunarodnim poslovnim odnosima, pa je razumnjivo da se ovo sredstvo obezbeđenja dinamično razvija i oblikuje u skladu sa potrebama učesnika u poslovnim odnosima. Konstantna upotreba i razvoj ovog instrumenta jeste posledično uticala na oblikovanje sadržine bankarske garancije u skladu sa takvim partikularnim interesima, pa danas sadržaj bankarske garancije jeste oplemenjen različitim elementima – klauzulama, koji po svojoj prirodi i značaju za ovaj posao ne predstavljaju bitne elemente u kontekstu njihovog pravnog značaja, ali umnogome oblikuju pravne odnose među učesnicama u poslu na način na koji se dodatno zadovoljavaju njihovi interesi. U okviru pravne nauke ne postoji jedinstvo u pogledu klasifikacija elemenata garancije u grupu nebitnih elemenata, ali smatramo da se na osnovu više različitih mišljenja određenih autora mogu izdvojiti elementi koji, iako ne predstavljaju bitne elemente garancijskog posla, jesu elementi garancije koji se kao takvi u praksi sve više koriste, odnosno imaju određenu vrednost i značaj za učesnike u poslu.

Uvažavajući različita shvatanja po ovom pitanju, mišljenja smo da je praksa do sada pokazala da određeni elementi su više nego drugi bili inkorporirani u sadržaj garancije, a da pritom takvi elementi se ne smatraju za bitnim elementima garancijskog posla. U tom smislu, nebitni elementi bankarske garancije prema mišljenju autora jesu:

- Klauzula o vraćanju bankarske garancije;
- Broj bankarske garancije; i
- Ostale klauzule.

2.1. Klauzula o vraćanju bankarske garancije

Značaj bankarske garancije kao pisanog dokumenta jeste izuzetno velik u pogledu ostvarivanja prava koja su inkorporirana u sadržaj garancije. Iz tog razloga pitanje vraćanja bankarske garancije postavlja se kao merodavno pitanje od značaja ili za izdavaoca bankarske garancije ili za samog nalogodavca. U prethodnom delu rada ukazano je na značaj koji ima rok važenja bankarske garancije. Tom prilikom je konstatovano da protokom tog roka, a u kojem nije došlo do nastupanja garancijskog slučaja, prava korisnika iz garancije prestaju. Ipak, ukazano je da određeni pravni sistemi pridaju poseban značaj izdatoj bankarskoj garanciji i nakon isteka njenog roka važenja. Ukoliko se posebnom klauzulom ne precizira obaveza vraćanja bankarske garancije njenom izdavaocu (u određenim slučajevima bankarsku garanciju može tražiti i sam nalogodavac)²⁰⁹, u zavisnosti od normativnih rešenja u ovoj oblasti unutar jednog pravnog sistema, korisnik garancije bi istu mogao da zadrži nakon isteka njenog roka važenja, pa čak i da pokuša da zloupotrebi takvu garanciju. Iz tog razloga, poželjno je da se u sadržaj bankarske garancije uvrsti klauzula o obaveznom vraćanju bankarske garancije nakon isteka roka važnosti, jer ovo pitanje nije kao važno identifikovano od strane našeg zakonodavca. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima se ne mogu primeniti u ovom slučaju, dok autonomni izvori prava iz ove oblasti – Jednoobrazna pravila za garancije na poziv, jasno propisaju da «korisnik garancije nakon protoka roka njene važnosti mora bez odlaganja vratiti garanciju banci».²¹⁰ Međutim, domet ovog pravila jeste limitiran činjenicom da li je u sadržaju bankarske garancije određeno da se na sadržaj tako izdate garancije primenjuju Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758).

Pitanje, da li istekom roka važnost garancije korisnik garancije može da legitimno zahteva da se izvrši plaćanje po osnovu takve garancije, jeste jedno od pitanja koje se u praksi pojavjuje. Mišljenje jednog dela pravne nauke jeste da «obaveza banke garanta prestaje protokom roka važnosti garancije, te je nepostojanje klauzule o vraćanju bankarske garancije

²⁰⁹ Sentenca: Nalogodavac za izdavanje bankarske garancije nema aktivnu legitimaciju da zahteva predaju garancije, jer ona po svojoj pravnoj prirodi nije hartija od vrednosti (pa ne postoji ni pravo na posedovanje iste), niti se njenim izdavanjem zasnivaju bilo kakva prava u njegovu korist.

Nalogodavac za izdavanje bankarske garancije nema aktivnu legitimaciju da zahteva predaju garancije, jer ona po svojoj pravnoj prirodi nije hartija od vrednosti (pa ne postoji ni pravo na posedovanje iste), niti se njenim izdavanjem zasnivaju bilo kakva prava u njegovu korist. Do ovakvog zaključka došao je Viši trgovinski sud u sledećoj presudi:

(Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7831/2008(2) od 25.12.2008. godine)

²¹⁰ Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

bez pravnog značaja»²¹¹. Izdvojeno mišljenje Ivaniša i ostalih, jeste vredno komentara. Iako se slažemo sa ovako definisanim stavom, isti jeste zasnovan na tumačanju osnovnih načela koji su sadržani u Zakonu o obligacionim odnosima, tj. u nacionalnom pravnom propisu R. Srbije. Takođe, isti jeste saobrazan i sa pravilima sadržanim u Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv. Međutim, ovo tumačenje jeste validno za one bankarske garancije u kojima je određeno ili se može odrediti primena našeg nacionalnog prava – Zakona o obligacionim odnosima, ili supsidijarno pozivanje na primenu Jednoobraznih pravila za garancije na poziv. Pitanje ostaje šta je sa onim slučajevima kada pravo koje se primenjuje za određenu bankarsku garanciju - nacionalno pravo, jeste zasnovano na drugim pravnim standardima u pogledu prava korisnika garancija da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa po osnovu izdate bankarske garancije čiji rok važenja je istekao. Da li se dato tumačenje može i u ovim situacijama primeniti, naročito ako se uzme u obzir činjenica da nacionalno pravo ima primat u odnosu na pravila koja su sadržana u Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv. Mišljenja smo da u tim situacijama može doći do pojave neosnovanog zahteva korisnika za isplatu garantovanog novčanog iznosa iz takve garancije, čime se banka stavlja u nepovoljan pravni položaj gde mora da dokazuje da korisnik nema prava po osnovu tako izdate garancije. Iz tog razloga smatramo da uočena praksena aktivnost ugovaranja klauzule o vraćanju bankarske garancije jeste posledično povezana sa prethodno opisanim slučajevima, pa smo mišljenja da nije necelishodno da strane garancijskom poslu predvide i inkorporiraju klauzulu o vraćanju bankarske garancije.

Konačno, pitanje koje se postavlja jeste ko ima pravni interes da zahteva vraćanje izdate bankarske garancije. Ako je ovog pitanje regulisano klauzulom o vraćanju bankarske garancije, onda volja ugovornih strana jeste pravni osnov u smislu individualno definisanog prava u korist banke garanta ili nalogodavca da zahteva vraćanje bankarske garancije nakon isteka roka važenja, odnosno njene realizacije. Stav sudske prakse jeste sličnog sadržaja. Prema Rešenju Privrednog apelacionog suda, pravni interes i aktivnu legitimaciju, pored banke koja je izdala garanciju, može imati i nalogodavac.²¹²

²¹¹ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 225.

²¹² Sentenca: Činjenica da je banka izdavalac bankarskih garancija ne znači i da samo banka ima pravni interes, odnosno aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe kojom od nalogodavca traži predaju - vraćanje istih. Nalogoprimac svoju aktivnu legitimaciju u pogledu tužbenog zahteva kojim traži vraćanje - predaju bankarskih garancija od nalogodavca crpi iz osnovnog posla, za koji je kao sredstvo obezbeđenja nalogodavcu predao bankarske garancije.

Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 3756/2013 od 15.5.2013. godine.

2.2. Broj bankarske garancije

Bliži elementi bankarske garancije koji učesnici u poslu inkorporiraju u sadržaj garancije, a koji po svojoj prirodi nisu bitni elementi garancije, mogu biti od praksenog značaja u jednom segmentu toka trajanja garancijskog posla. Drugim rečima, svaki od elemenata bankarske garancije koji se voljom učesnika u poslu stavljaju u sadržaj garancije, imaju pravne ili pak praksene implikacije koje su od značaja za realizaciju posla. Iako ne predstavljaju bitne elemente posla, ovi elementi imaju svoju ulogu i svoj značaj. Jedan od elemenata bankarske garancije koji je fakultativne prirode jeste označanje svake bankarske garancije sa jedinstvenim identifikacionim brojem. Ovaj element garancije nema poseban pravni značaj, jer njegovo nepostojanje ne može da utiče na punovažnost izdate garancije. U praksi se ipak pokazalo da banke neretko svaku izdatu bankarsku garanciju posebno numerišu sa jedinstvenim brojem. Imajući u vidu činjenicu da se ovo sredstvo obezbeđenja često koristi u poslovnim odnosima među subjektima, jasno je da jedna banka može izdati značajan broj bankarskih garancija tokom svog poslovanja. Radi lakšeg praćenja, evidentiranja i identifikovanja izdatih bankarskih garancija, stavljanjem posebnog numeričkog broja za svaku izdatu bankarsku garanciju banka olakšava njihovu identifikaciju. Jedinstveni identifikacioni broj za svaku izdatu garanciju omogućava banci, pre svega, njihovo praćenje odnosno evidentiranje, ubrzava određene procedure koji su vezane za izmene u sadržaju bankarske garancije do kojih dolazi kao posledica promene bitnih elemenata garancije, kao što je promena roka važenja garancije (u praksi se rok važenja garancije neretko produžava), promena garantovanog iznosa bankarske garancije, promena korisnika garancije – prenos prava iz bankarske garancije, i niz drugih pitanja od značaja.

U okviru ovog dela rada cilj istraživanja je bio usmeren na analizu relevantnih elemenata bankarske garancije sa stanovišta njihovog normativnog i praksenog značaja. U osnovi je konstatovano da zakonodavac nije bliže odredio sadržaj bankarske garancije – bitne elemente njenog pravnog konstituisanja, pa su isti analizirani sa stanovišta različitih shvatanja u okviru pravne nauke, analitičkog tumačenja Jednoobraznih pravila za garancije na poziv koji u osnovi daju više značajnih odrednica u smislu sadržaja bankarske garancije, kao i na osnovu dobre prakse koja je vremenom ustanovljena prilikom oblikovanja bankarske garancije od strane učesnika u poslu. Imajući u vidu ono što je analizirano u ovom segmentu rada, može se dati zaključak da ne postoji jedinstveno stanovište koje je opšte priznato i prihvaćeno u smislu podele elemenata bankarske garancije na bitne i nebitne

elemente bankarske garancije. Konstatujemo da su elementi bankarske garancije različito određeni od strane autora čiji su stavovi razmatrani i analizirani u radu, pa je mišljenje autora ovog rada da bitni elementi bankarske garancije jesu oni koji su kao takvi određeni od strane samih učesnika u poslu – banke garanta, nalogodavca i korisnika garancije, a da opšta pretpostavka obaveznosti sadržaja bankarske garancije mora uvažiti samo zakonski propisane uslove – pisana forma bankarske garancije i njena novčana određenost.

GLAVA V: VRSTE BANKARSKIH GARANCIJA

Uvod

Bankarska garancija predstavlja jedan od najdinamičnijih obligacionopravnih sredstava obezbeđenja, što je posledično povezano sa mnogobrojnim mogućnostima njenog oblikovanja u zavisnosti od vrste pravnog posla iz kojeg nastaje. Sa razlogom je upotrebljen termin «najdinamičnije obligaciono sredstvo obezbeđenja», jer mogućnost praksenog oblikovanja bankarske garancije pruža stranama u garancijskom poslu da oblikuju sadržaj garancije u skladu sa svojim partikularnim interesima. Imajući u vidu da većina nacionalnih prava samo okvirno reguliše ovu materiju, a da izvori autonomnog prava u dovoljnoj meri dopuštaju oblikovanje bankarske garancije u skladu sa potrebama učesnika u poslu odnosno same prirode osnovnog pravnog posla, jasno je da danas postoje različiti pojavnici oblici bankarske garancije, što u osnovi otvara prostor za njihovo razmatranje i analizu. Prilikom pokušaja da se određeni pravni institut razvrsta na više različitih vrsta njegovog primarnog oblika, mora se početi od određenih kriterijuma koji će poslužiti kao osnov prilikom klasifikacije. Podela bankarskih garancija, odnosno njihovo razvrstavanje na bazi određenih kriterijuma, jeste uglavnom zasnovano na teorijskim potrebama, pa iz tog razloga treba shvatiti i razumeti da podela bankarskih garancija ima limitirajući prakseni značaj, te da je ista mahom od koristi za potrebe naučne zajednice. Ovo je tačna konstatacija za veći broj različitih vrsta bankarske garancije, dok će one vrste garancija koje imaju i zakonsku, kao i praksenu specifičnost biti posebno izdvojene.

Analizirajući stavove dela naučne zajednice nedvosmisleno se može utvrditi postojanje različitih kriterijuma za klasifikaciju bankarske garancije, što posledično jeste od značaja jer isto utiče na postojanje brojnih klasifikacija. Osnovna problematika prilikom pokušaja razvrstavanja bankarske garancije na više različitih pojava oblika, nije u negiranju potrebe da se to učini, već u samom načinu odabira kriterijuma prema kojem se vrši podela. Shvatajući definisane ciljeve i zadatke istraživanja smatramo da je neophodno navesti i analizirati sve relevantne stavove naučne zajednice po ovom pitanju, uvažavajući njihovu autentičnost i raznovrsnost.

Sumirajući različite koncepte shvatanja bankarske garancije, može se konstatovati da u okviru pravne nauke postoje određene konstante u pogledu kriterijuma koji se uzimaju prilikom klasifikovanja bankarske garancije. Bankarska garancija se klasifikuje na osnovu:

- postojanja uslova sadržanog u bankarskoj garanciji;

- pravnih obeležja osnovnog ugovora/posla iz kojeg bankarska garancija proističe;
- broj banaka koji učestvuje u garancijskom poslu; i
- apstraktnost i kauzalnost bankarske garancije.

Broj domaćih autora, koji u osnovi smatraju da gore navedeni kriterijumi za razvrstavanje bankarske garancije jesu validni, jeste značajan.²¹³ Mišljenja smo da ovako definisani kriterijumi mogu predstavljati polaznu osnovu prilikom klasifikacije bankarskih garancija. Druga grupa autora, prilikom klasifikacije bankarskih garancija akcenat stavlja na biznis praksu banaka i poslovnog sektora, pa kriterijumi koji oni uzimaju kao osnov za klasifikaciju bankarske garancije jesu prakseno određeni, ali bez dovoljnog osnova za takvu vrstu klasifikacije uvažavajući standarde i načela pravne nauke.²¹⁴ Shvatajući da razvrstavanje bankarske garancije ima više teorijski nego prakseni značaj, smatramo da gore navedeni kriterijumi za klasifikaciju bankarske garancije jesu oni na osnovu kojih se treba izvršiti podela i analiza različitih vrsta bankarskih garancija.

1. Klasifikacija bankarskih garancija na osnovu determinisanog kriterijuma - postojanje uslova koji definisan u sadržaju garancije, jeste u osnovi klasifikacija koja je najviše razmatrana u okviru pravne nauke.²¹⁵ U osnovi, ovaj kriterijum za klasifikaciju bankarske garancije uzima u obzir postojanje / definisanja uslova koji mora biti ispunjen da bi došlo do isplate garantovanog novčanog iznosa. Ova vrsta bankarskih garancija se naziva uslovna bankarska garancija. Suprotno njima, garancije koje ne sadrže uslov za isplatu novčanog iznosa iz garancije jesu безусловne bankarske garancije.

2. Drugi osnov za klasifikaciju bankarskih garancija uzima pravna obeležja osnovnog pravnog posla iz kojeg bankarska garancija proizilazi. Ovaj način klasifikacije bankarskih garancija jeste donekle upitan jer ne postoji pravni značaj za takvu vrstu podele bankarskih garancija. Podela bankarskih garancija na uslovne i безусловne jeste sa stanovišta pravnih obeležja garancija, kao i prava i obaveze korisnika garancija, i prakseno i naučno značajna. Klasifikacija bankarskih garancija po osnovu predmeta osnovnog ugovora iz kojeg proizilazi, tj. pokušaj da se bankarske garancije podele na osnovu pravnih obeležja osnovnog posla koji je ugovorno definisan, jeste bez realnih praksenih, i upitnih naučnih potreba. Ovaj kriterijum za podele bankarskih garancija nema pravni značaj kao onaj koji postoji kod

²¹³ U svojim radovima ovo mišljenje zastupaju Vukadinović, Pavlović, Ivaniš, Pajtić, i dr.

²¹⁴ U svojim radovima ovo mišljenje zastupaju Palaček, Mitrović, dr.

²¹⁵ Kozar, V. (2011): Posebne vrste bankarskih garancija, Pravni informator stručno-informativni časopis ISSN: 1450-7137.- God. 14, br. 10 (2011), str. 26-34

uslovnih odnosno bezuslovnih bankarskih garancija. Uvažavajući činjenicu da ova vrsta podele jeste prisutna u naučnim izvorima koji su analizirani, odnosno da se kao takva analizira od strane jednog dela pravne nauke, predmet analize u nastavku rada biće podela bankarskih garancija po osnovu ovog kriterijuma - bankarska garancija za dobro izvršenje posla; licitacione garancije; i garancije za vraćanje avansa.

3. Broj banaka koji učestvuje u garancijskom poslu jeste takođe jedan od kriterijuma koji se uzimaju u obzir prilikom razvrstavanja bankarskih garancija. Ova vrsta klasifikacije za razliku od prethodne, ima pravno i prakseno utemeljenje. Broj banaka koji se pojavljuje u garancijskom poslu jeste osnov za podelu bankarskih garancija na individualne bankarske garancije i konzorcijonalne bankarske garancije. Isključivi kriterijum koji se uzima u obzir jeste da li je prilikom isplate garantovanog novčanog iznosa iz garancije finansijski teret na strani jedne ili više banaka. Pravne i praksene implikacije podele bankarskih garancija na individualne i konzorcijalne bankarske garancije biće detaljnije analizirane u nastavku rada.

4. Podela bankarskih garancija na kauzalne i apstraktne bankarske garancije jeste specifičan pokušaj jednog dela pravne nauke u pogledu podele bankarskih garancija sa stanovišta identifikovanja kauze u sadržaj bankarske garancije. Ova podela bankarskih garancija jeste veoma upitna, i kao takva biće posebno analizirana radi utvrđivanja njene validnosti.

5. Ostali kriterijumi za razvrstavanje bankarskih garancija jesu sa stanovišta pravne nauke i njihovog praksenog značaja od manje važnosti. Određeni autori su stava da se bankarske garancije mogu podeliti na osnovu toga da li su iste pokrivena odgovarajućim novčanim pokrićem ili su nepokrivena.²¹⁶ Podela bankarskih garancija sa stanovišta primene ovog kriterijuma jeste relativno upitna. Ako bankarsku garanciju posmatramo kao samostalni instrument obezbeđenja potraživanja u kojem se pojavljuje banka koja izdaje garanciju i korisnik garancije, onda je pravno ali i prakseno sasvim nevažan odnos između nalogodavca i banke garanta, odnosno da li je nalogodavac za izdatu garanciju položio određeno novčano pokriće ili nije. Ovo pitanje jeste značajno sa stanovišta ugovornog odnosa između nalogodavca i banke garanta, dok je potpuno nevažno sa stanovišta korisnika garancija. Iz tog razloga smatramo da ovaj kriterijum za razvrstavanje bankarskih garancija nije od posebnog značaja, jer isti ne uzima u obzir činjenicu da je bankarska garancija samostalno, a ne akcesorno sredstvo obezbeđenja. Drugi autori dele bankarske garancije na direktne i

²¹⁶ Vidi više: Antonijević, Z. (1982). Bankarsko pravo, Savezna administracija, Beograd, str. 174.

indireknte.²¹⁷ Kriterijum za ovu vrstu podele određeni autori su pronašli u identifikovanju karaktera pravnog odnosa koji postoji između nalogodavca i banke koja izdaje garanciju. Prema datom kriterijumu, direktne bankarske garancije jesu one kod kojih banka koja izdaje garanciju postupa po nalogu svojeg klijenta, dok su indirektna garancije znatno složenije prirode jer se banka može naći u ulozi banke koja potvrđuje garanciju ili je avazira, čime se pitanje nalogodavca postavlja kao osnovno pitanje. Ova vrsta podele bankarske garancije ima određeni pravni značaj, naročito kod konformirajućih i supergarancija, jer se njima utiče na izmenu pravnih obeležja konkretne garancije. Kod indirektnih bankarskih garancija, gde je nalogodavac istovremeno i klijent banke, pravni značaj datog pitanja nije od posebnog značaja jer je reč o odnosu koji neposredno prethodi izdavanju garancije, ali samostalnost garancije čini ovo pitanje bez posebnog pravnog i praksenog značaja.

1. Uslovna i bezuslovna bankarska garancija

1.1. Uslovna bankarska garancija

U prethodnom delu izlaganja konstatovano je da razvrstavanje bankarske garancije prema određenim kriterijumima ima delimično upitan pravni i prakseni značaj. Samo određeni kriterijumi na osnovu kojih se vrši podela bankarskih garancija uživaju stvarni značaj, kako sa stanovišta potrebe njihovog istraživanja od strane pravne nauke, tako i sa pravnog i praksenog značaja. Podela bankarskih garancija na uslovne i bezuslovne garancije ima takav značaj, jer kriterijum koji se koristi prilikom razvrstavanja bankarskih garancija jeste i pravno i prakseno značajan. Bankarske garancije se uz primenu datog kriterijuma mogu podeliti na uslovne i bezuslovne bankarske garancije. Ova podela bankarskih garancija jeste ostala unutar pravne nauke kao ona koja uživa najveći značaj, upravo usled pravnih i praksenih pitanja koja iz takve podele prozilaze. U osnovi, kriterijum za ovu podelu bankarskih garancija zasniva se na jednoj činjenici, da li je u sadržaju bankarske garancije predviđen uslov koji mora biti ispunjen da se postupilo po zahtevu korisnika garancije za isplatu garatovanog novčanog iznosa, ili takav uslov nije propisan. Shodno tome, uslovna bankarska garancija ima inkorporiran uslov koji se prethodno mora ispuniti da bi korisnik garancije uspeo u zahtevu za isplatu novčanog iznosa iz garancije.

²¹⁷ Vidi više: Šogorov, S. (2005). Bankarsko pravo, Poslovni biro, Novi Sad.

1. Pravo korisnika garancije da podnese zahtev za isplatu novčanog iznosa iz garancije jeste pitanje od vrhunskog pravnog značaja. Određeni autori, među kojima je i Pavićević, smatraju da «uslovna garancija jeste takva garancija kod koje je naveden uslov koji treba da bude ispunjen da bi korisnik garancije mogao da se obrati banci garantu sa zahtevom da mu ova isplati novčani iznos na koji garancija glasi».²¹⁸ Kritika ovakvom načinu definisanja uslovne bankarske garancije iskazana u stavu navedenog autora, a sa kojim se slaže i jedan broj drugih autora,²¹⁹ jeste takva da, iz nje proizilazi da se korisnik bankarske garancije, može obratiti banci garantu sa zahtevom da mu ova isplati novčani iznos iz garancije tek ispunjenjem uslova koji je definisan u sadržaju bankarske garancije. Ovaj stav autora jeste prema našem mišljenju pogrešan, jer se korisnik garancije može obratiti sa zahtevom za isplatu novčanog iznosa, bez obzira na to da li je ispunjen uslov iz garancije ili nije. Sudska praksa je takođe odredila šta se smatra pod uslovnom garancijom, pa u presudi Višeg trgovinskog suda se konstatuje da «uslovna garancija je takva garancija u kojoj je definisan uslov koji treba da bude ispunjen da bi korisnik garancije mogao da ostvari prava prema banci garantu, s tim što je nastupanje odnosno nenastupanje takvog uslova izvan uticaja banke garantanta».²²⁰ Smatramo da stav suda po ovom pitanju jeste veoma precizan, i pravno kvalitetniji od prethodno analiziranog mišljenja Pavićevića.

Procenu podnetog zahteva vrši banka garant, a ne korisnik garancije, što posledično znači da korisnik garancije može legitimno da podnese zahtev banci garantu za isplatu novčanog iznosa, te je po našem mišljenju pogrešno shvatanje da se ovo lice može obratiti banci tek nekon što je ispunjen uslov iz garancije. Iz stava navedenog autora proizilazi da je korisnik garancije taj koji procenjuje da li je ispunjen uslov koji je sadržan u garanciji, jer sama konstrukcija datog stava na to upućuje. Ovo gledište jeste pogrešno, i stvara takvu pravnu konstrukciju da korisnik, a ne banka garant procenjuje ispunjenost uslova iz garancije, time što isti povezuje sa pravom korisnika da se obrati banci garantu. Procenu ispunjenosti uslova iz bankarske garancije vrši banka garant, a korisnik bankarske garancije može da se obrati banci u onom trenutku kada smatra da su ispunjeni uslovi iz garancije, ali

²¹⁸ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 168.

²¹⁹ Vidi više: Živković, M. (1996): Uslovna bankarska garancija i uslovno poravljanje. Srpska pravna misao, God. 3, br. 1/4, 229-232.

²²⁰ Sentenca: Kada u tekstu bankarske garancije stoji da se radi o bankarskoj garanciji "na prvi poziv" (bez prigovora), ali i da će obaveze biti izmirene ukoliko to ne učini tražilac garancije u roku određenom pojedinačnim ugovorima između korisnika i tražioca garancije, radi se o uslovnoj bankarskoj garanciji.

Obrazloženje iz presude: Kod postojanja nekih uslova u tekstu same garancije, korisnik iste ne može osnovano da zahteva isplatu po osnovu izdate garancije sve do nastupanja uslova iz garancije.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 5583/2006 od 8.2.2007. godine

sama procena ispunjenosti uslova nije pravo koje kao takvo njemu dato na procenu, već je to obaveza banke da proceni.

2. Uslovna bankarska garancija se može različito analizirati sa stanovišta subjekata u garancijskom poslu. Pravni položaj korisnika garancije i banke garanta kod uslovnih bankarskih garancija jeste pravno različit u odnosu na njihov položaj kod bezuslovnih bankarskih garancija. Drugim rečima, postoje pozitivni i negativni aspekti ugovaranja uslova u sadržaj bankarske garancije, ali su oni različito distribuirani među subjektima u ovom odnosu i različitog su pravnog efekta shodno pravnom statusu subjekta u garanciji. Kod uslovne bankarske garancije, pravni položaj korisnika garancije jeste značajno lošiji u odnosu na njegov pravni položaj kod bankarskih garancija bez uslova. Definisanjem uslova u sadržaj bankarske garancije isplata garantovanog novčanog iznosa je prethodno povezana sa radnjom dokazivanja od strane korisnika garancije u pogledu ispunjenosti uslova koji je u garanciji definisan. Na ovaj način se korisnik garancije primorava na dodatne pravne radnje da bi mogao da ostvari svoje pravo na naplatu garantovanog novčanog iznosa. Položaj banke kao garanta nije pravno posledično povezan sa činjenicom da li je izdata bankarska garancija uslovnog ili bezuslovnog karaktera, osim činjenice da kod uslovnih garancija banka je dužna da vrši proveru ispunjenosti sadržanih uslova iz garancije.

3. Problem sa kojim se korisnik garancije može susresti prilikom podnošenja zahteva za isplatu novčanog iznosa kod uslovnih bankarskih garancija jeste povezan i sa samim načinom na koji je uslov definisan, odnosno određen. Uslov u sadržaju bankarske garancije ne treba posmatrati u pravno-tehničkom karakteru, jer on to nije po svojoj prirodi. Ispravna su određena gledišta u kojim se konstatuje da uslov treba tumačiti u ekstenzivnom smislu, odnosno da isti jeste određena pravna pretpostavka.²²¹ U takvom tumačenju uslova on i ne predstavlja ništa drugo nego uslov koji mora biti ispunjen da bi banka garant isplatila garantovani novčani iznos.²²² Položaj korisnika garancije jeste time dodatno otežan jer je on uvek u obavezi da dokaže da je ispunio uslov iz bankarske garancije. Problemi koji su u

²²¹ Vidi više: Momčilo, T. (2009): Bankarska garancija – instrument obezbeđivanja plaćanja i kreditiranja. Institut za ekonomiku i finansije, Beograd, ISBN 978-86-483-0077-5

²²² Definisanje uslova u sadržaju bankarske garancije jeste prethodno određen i kao takav proizilazi iz klauzule koja je sadržana u osnovnom ugovoru, odnosno u ugovoru o izdavanju bankarske garancije između nalagodavca i banke garanta. Pitanje koje se pojavljuje kao prakseno važno da li banka koja izdaje bankarsku garanciju može uvrstiti u sadržaj garancije uslov za isplatu garantovanog novčanog iznosa, a da isti ne proizilazi iz osnovnog ugovora odnosno ugovora o izdavanju bankarske garancije. Pravna nauka se nije bavila ovim pitanjem, dok praksena iskustva jesu limitirajućeg značaja. U osnovi banka preuzima na sebe obavezu isplate garantovanog novčanog iznosa na osnovu ugovora o izdavanju garancije sa nalagodavcem. Pošto je reč vrsti ugovora o nalogu, banka nije u mogućnosti da van ugovornog odnosa sa nalagodavcem menja sadržaj bankarske garancije jer bi postupila suprotno volji nalagodavca.

praksi identifikovani kao validni nisu vezani za činjenicu da je određena garancija uslovnog karaktera, već se dovode u vezu sa pravno – tehničkim načinom definisanja samog uslova. Uslov se mora jasno i precizno definisati tako da je korisniku garancije jasno na koji način on mora da dokaže da je njegovo ispunjenje iz sadržaja bankarske garancije. Neretko se dešava da upravo dokazivanje ispunjenja uslova iz garancije jeste problematično onda kada je uslov iz garancije nedovoljno jasno i precizno definisan. Ovo je nešto na šta se mora obratiti pažnja prilikom definisanja sadržaja garancije, ali ovo pitanje jeste od posebnog značaja za korisnika garancije, dok je bez značaja za banku koja izdaje garanciju. Kada je uslov upitno/nejasno/neprecizno definisan, korisnik garancije će imati problem prilikom dokazivanja ispunjenosti takvog uslova. Potvrdu našeg mišljenja možemo pronaći i sudskoj praksi. Tako je u Rešenju Privrednog apelacionog suda, zaključeno da «ako je uslov garancije protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima, takva odredba je ništava.»²²³

Dokazivanje ispunjenosti uslova jeste direktno u korelaciji sa načinom na koji je uslov definisan. Relativno je pitanje načina dokazivanja ispunjenosti uslova jer njihova pravna priroda jeste individualno određena u sadržini svake uslovne bankarske garancije. Ipak, u osnovi možemo zaključiti da dokazivanje ispunjenosti uslova iz bankarske garancije se vrši podnošenjem određenih dokumenata od strane korisnika garancije. Pravna priroda i sadržaj tih dokumenata mora da korespondira sa definisanim uslovima iz bankarske garancije. Predati dokumenti nedvosmisleno moraju dokazati ispunjenost definisanog uslova iz garancije. Dokumenti koji se podnose od strane korisnika garancije, kao dokaz da je uslov iz bankarske garancije ispunjen mogu biti robni, transportni, bankarski ili drugi dokumenti kojima se uspešno dokazuje ispunjenje uslova. U praksi se pokazalo da uslov iz bankarske garancije jeste uvek u korelaciji sa osnovnim pravnim poslom, tako da neretko jeste i određeno da uslov koji je garancijski definisan proizilazi iz određenih obaveza korisnika garancije prema nalogodavcu iz njihovog osnovnog pravnog posla. Praksa pokazuje da se kao dokaz ispunjenja uslova najčešće koristi izvod iz banke korisnika garancije kojim se potvrđuje da nalogodavac nije izvršio isplatu iznosa iz osnovnog pravnog posla na bankovni

²²³ Primena opštih odredbi o uovorima na bankarske garancije – Zakon o obligacionim odnosima čl. 105.

Sentenca: Bankarska garancija predstavlja jednostrano obavezujući ugovor i na nju se primenjuju opšte odredbe o ugovorima, pa i odredbe o uslovu i ništavosti. Ako je uslov garancije protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima, takva odredba je ništava.

Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 1095/2010(2) od 22.4.2010. godine.

račun korisnika garancije, dok sudska praksa ima slično ustanovljen mehanizam.²²⁴ U kompleksnijim uslovom ugovorenim bankarskim garancijama, procena ispunjenosti uslova iz garancije može biti poverena specijalizovanim subjektima koji će na osnovu svojih profesionalnih kompetencija proveriti ispunjenost uslova, a čije angažovanje jeste ugovorno definisano. Opisano se javlja kod poslova koji su izvođačkog i investicionog karaktera, pa je potrebna profesionalna i stručna kompetencija treće strane u pogledu procene ispunjenosti uslova.²²⁵ Uglavnom je reč o poslovima koji imaju za predmet izvođenje investicionih radova, obavljanje tehničkih usluga kompleksnije prirode, odnosno isporuku robe sa specifičnim tehničkim svojstvima.

4. Uslovna bankarska garancija jeste sa stanovišta korisnika garancije nepovoljnija varijacija inače kvalitetnog obligacionopravnog sredstva obezbeđenja. Definisanjem uslova u bankarskoj garanciji, zahtev za isplatu garantovanog novčanog iznosa jeste zasnovan na ispunjenju takvog uslova, što je direktno stavljeno na teret korisnika garancije. Položaj banke garanta kod ovih vrsta bankarskih garancija jeste sigurniji u pogledu smanjenog stepena mogućnosti zloupotrebe zahteva korisnika garancija za isplatu garantovanog novčanog iznosa. Važno je istaći da, položaj korisnika bankarske garancije jeste lošiji u odnosu na onaj koji ima kod безусловnih bankarskih garancija, jer banka garant uvek može da vrši osporavanje dokumenata koji su prezentovani od strane korisnika garancije kao dokaz da je uslov ispunjen, što je u prethodnom delu rada i elaborirano. Korisnik bankarske garancije treba uvek da teži i insistira na izdavanju безусловne bankarske garancije, a kada je uslov neophodno definisati radi pravne prirode osnovnog posla i njegove kompleksnosti, onda je preporuka da takav uslov bude jasno i precizno definisan radi jednostavnijeg postupka dokazivanja njegove ispunjenosti.

²²⁴Sentenca:Korisnik bankarske garancije "na prvi poziv" može neposredno izdavanjem naloga za plaćanje preko nosioca platnog prometa garanta izvršiti naplatu potraživanja po ovoj garanciji.

Korisnik bankarske garancije "na prvi poziv" može neposredno izdavanjem naloga za plaćanje preko nosioca platnog prometa garanta izvršiti naplatu potraživanja po ovoj garanciji.

Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 5859/2004 od 8.10.2004. godine

²²⁵ Vidi više: Velimirović, M. (2007): Investitorska bankarska garancija. Pravo i privreda, br. 5-8.

1.2. Bezuslovna bankarska garancija

Značaj bankarske garancije jeste u najvećoj meri povezan sa stepenom pravnog kvaliteta koje bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja pruža učesnicima u pravnim poslovima.²²⁶ Kvalitet bankarske garancije jeste umnogome determinisan u zavisnosti od elemenata/klauzula koji su sadržani u garanciji. Oni oblikuju garancijski odnos, i utiču na način na koji se štite interesi korisnika garancije kao subjekta od posebnog značaja. Značaj podele bankarskih garancija na uslovne i bezuslovne, jeste sa razlogom od strane naučne i stručne javnosti izdvojen kao posebno značajan vid razlikovanja bankarskih garancija. Mišljenja smo da uloga, funkcija i značaj bankarske garancije, jeste umnogome povezana sa činjenicom da li izdata bankarska garancija sadrži uslovnu klauzulu, odnosno da li je po svom sadržaju bezuslovna bankarska garancija. Bezuslovna bankarska garancija jeste najbolji oblik obezbeđenja za korisnika garancije, imajući u vidu njenu alternativu, uslovnu bankarsku garanciju. Sa ovim u vezi iznećemo relevantna obeležja bezuslovnih bankarskih garancija na osnovu kojih tvrdimo prethodno navedeno.

1. U pravnoj teoriji postoje različite definicije bezuslovne bankarske garancije.²²⁷ U osnovi ovih definicija polazi se od osnovne premise - sadržaj bankarske garancije jeste takve pravne prirode da nema elemenata koji bi kao takvi predstavljali uslov za njeno aktiviranje, odnosno naplatu. Bankarska garancija jeste bezuslovna garancija u svim onim slučajevima kada u njenom sadržaju nije definisan neki uslov. Odsustvo definisanog uslova jeste relativno jednostavno identifikovati. Kod bezuslovnih bankarskih garancija sadržaj garancije jeste takav da u njemu ne postoji uslov (prethodno ispunjenje određene pravno relevantne radnje ili činjenica) i sa njim povezana isplata garancijskog novčanog iznosa. Da li je jedna bankarska garancija uslovne ili bezuslovne pravne prirode, jeste pitanje koje je

²²⁶ Sentenca: Kod bankarske garancije "bez prigovora" banka-garant, ne može prema korisniku garancije isticati prigovore o postojanju i punovažnosti osnovnog ugovora koji je obezbeđen garancijom, već samo prigovorom koji svoj osnov imaju u garanciji.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 348/94 od 23.11.1994. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/1995 - str. 80

²²⁷ Prema mišljenju Pajića, D., bezuslovna bankarska garancija jeste posebna vrsta garancije kod koje se traži da korisnik podnosi dokaze da je ispunjen uslov za isplatu garatnog iznosa, već je dovoljno da se banci podnese zahtev za isplatu sa izjavom da dužnik iz osnovnog posla nije o roku ispunio svoju ugovornu obavezu. Vidi više: Pajić, D. (2018): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja plaćanja. Kultura polisa, God. XV, br. 35, str. 642.

Ostali deo pravne javnosti gravitira na postulatimo prethodno iznete definicije bezuslovne bankarske garancije, uz manje varijacije jezičkog karaktera koji ih čine drugačijim. U osnovi, bezuslovna bankarska garancija prema mišljenju domaće pravne javnosti jeste ona koja nema definisan uslov za njeno aktiviranje, odnosno koja sadrži klauzule «bez prigovora» i «na prvi poziv».

direktno povezano sa sadržajem individualno određene i izdate bankarske garancije na osnovu čega se kasnije utvrđuje postojanje uslova ili ne. Ovo stanovište jeste potvrđeno u sudskoj praksi. Da bi se izbeglo različito tumačenje sadržaja bankarske garancije u pogledu navednog, kao i da bi se безусловne bankarske garancije lakše prepoznale, u njenom sadržaju se definišu jezički specifične klauzule kao osnov za prepoznavanje garancije kao безусловne. Bezuslovne bankarske garancije se prepoznaju na osnovu klauzule «plaćanje na prvi poziv» i klauzule «bez prigovora». Pitanje koje se vremenom nametnulo kao relevantno odnosi se na sledeće, da li je neophodno posebnim klauzulama apostrofirati безусловnost bankarske garancije ili isto proizilazi iz odsustva uslova u sadržaju garancije. Ovo pitanje jeste relevantno, jer ako se u sadržaju bankarske garancije ne može prepoznati uslov za njeno aktiviranje i naplatu, u osnovi je onda reč o безусловnoj bankarskoj garanciji. Shodno iznetom, postavlja se onda pitanje svrsishodnosti inkorporiranja klauzula određenog jezičkog karaktera kojom se posebno apostrofira njen безусловni pravni karakter. Mišljenja smo da je sasvim jasno da, ako je sadržaj bankarske garancije takav da se u istom ne prepoznaje postojanje uslova čijim se ispunjenjem povezuje pravo korisnika da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa, onda je reč o безусловnoj bankarskoj garanciji. Praksa, ali i jedan deo naučne javnosti, stoje na stanovištu da je neophodno dodatno afirmisati безусловnost bankarske garancije time što se u njenom sadržaju inkorporiraju klauzule «na prvi poziv», odnosno na «bez prigovora».²²⁸

2. Očigledna potreba da se dodatno afirmiše безусловnost bankarske garancije jeste dovela do kreiranja klauzula koje po svom jezičkom karakteru bi trebalo da afirmišu njen pravni karakter. Ipak u vezi sa ovim proizilaze različite implikacije koje se moraju adresirati kao relevantne. Klauzula «plaćanje na prvi poziv» jeste uz klauzulu «bez prigovora» ona koje se koristi kada se želi afirmisati безусловnost bankarske garancije. Problem primene ovih klauzula, koje i sam zakonodavac tako definiše, jeste uglavnom vezan za jezički karakter ovih termina, tj. šta one predstavljaju na osnovu njihovog jezičkog tumačenja. Klauzula «plaćanje na prvi poziv» jeste klauzula koja u osnovi predstavlja obavezu banke da na prvi poziv korisnika garancije isplati garantovani iznos. Međutim, ovde dolazimo do jednog od problema sa ovom klauzulom koji smo prethodno apostrofirali kao validan. Činjenica jeste da odsustvo ove klauzule ne znači da je ona apriori uslovna bankarska

²²⁸ Sentenca: Kada se radi o samostalnoj bankarskoj garanciji na prvi poziv a prigovori garanta koji se odnose na samu garanciju nisu pravno osnovani, tada postoji obaveza banke garanta da plati garantovani iznos za dospele, a neplaćene obaveze.

Presuda Saveznog suda, Gzs. 32/96 od 14.11.1996. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/1997 - str. 119

garancija, kao što i ne mora da znači da njeno definisanje u sadržaj garancije anulira odsustvo bilo kakvog uslova. Bankarska garancija sa ovom klauzulom može biti i uslovna i bezuslovna, a samo njeno postojanje afirmiše njenu bezuslovnost samo u onim situacijama kada u sadržaju garancije ne postoje drugi uslovi. Pravni značaj ove klauzule koji je u začetku ovog segmenta rada apostrofirano kao upitan, jeste na ovaj način potvrđen. Inkorporiranje ove klauzule u sadržaj garancije nema pravni značaj kakav se u praksi daje, jer je jasno da njeno inkorporiranje ili odsustvo ne mora nužno da utiče na karakter bankarske garancije u kontekstu postojanja, odnosno odsustva uslova. Analogno ovome, klauzula «bez prigovora» jeste sličnog pravnog karaktera kao i klauzula «na prvi poziv», s tim što se na osnovu njenog jezičkog tumačenja od strane pravne javnosti istoj daje veći značaj.²²⁹ Klauzula «bez prigovora» u osnovi se može tumačiti u kontekstu samostalnosti bankarske garancije u odnosu na druge pravno relevantne poslove ili činjenice. Smatra se da klauzula «bez prigovora» pravno afirmiše izdatu garanciju kao samostalnu obavezu banke, kao apstraktnu obavezu koja je ograničena u smislu mogućnosti isticanja prigovora od strane banke prilikom njenog aktiviranja, tj. prilikom podnošenja zahteva za isplatu garantovanog iznosa od strane korisnika garancije. Dužnost banke jeste da obavezu iz garancije ispuni čim korisnik garancije podnese zahtev za njenu isplatu, čime se eliminiše mogućnost isticanja prigovora od strane banke. Stav sudske prakse po ovom pitanju jeste drugačiji, pa sud ceni da svaka garancija sa klauzulama «bez prigovora» i «na prvi poziv» jeste bezuslovna bankarska garancija.²³⁰

3. Klauzule «bez prigovora» i «na prvi poziv» jesu klauzule bez posebnog pravnog značaja, jer kao takve one ne konstituišu potpuna prava koja se jezičkim tumačenjem istih mogu ostvariti, jer njihovo unošenje u sadržaj bankarske garancije jeste više indicionalnog karaktera (prepoznavanje da je reč o bezuslovnim bankarskim garancijama). Da bi iste imale potpuni pravni značaj one bi stvarale pravno relevantno stanje u kojem njihovo inkorporiranje u sadržaj garancije na svaki način isključuje mogućnost da takva garancija

²²⁹Pavićević ističe da se obe klauzule ne mogu jednako pravno tretirati, iako se neretko gotovo uvek zajedno inkorporiraju u sadržaj garancija za koju se teži da bude bezuslovna. Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd.

²³⁰ Sentenca: Kod bankarske garancije "bez prigovora" banka-garant, ne može prema korisniku garancije isticati prigovore o postojanju i punovažnosti osnovnog ugovora koji je obezbeđen garancijom, već samo prigovorom koji svoj osnov imaju u garanciji.

Ovakav zaključak proizilazi iz presude Vrhovnog suda Srbije.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prevl. 348/94 od 23.11.1994. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/1995 - str. 80

može biti i uslovna bankarska garancija. Drugim rečima, i sa uvrštavanjem ovih klauzula u sadržaj bankarske garancije ne eliminiše se mogućnost da se drugim klauzulama menja karakter garancije, što implicira da uslovna bankarska garancija može biti i ona koja ima klauzule «bez prigovora» i «na prvi poziv», dok analogno ovome bezuslovna garancija može biti i ona garancija koja nema inkorporirane klauzule u svom sadržaju ako u istom nije definisan uslov za isplatu garantovanog novčanog iznosa.

2. Podela bankarskih garancija na osnovu predmeta osnovnog ugovora

U početnom delu ovog poglavlja obrazložena je potreba analiziranja različitih vrsta bankarskih garancija koje se u poslovnoj praksi pojavljuju i koriste. U navedenom delu rada ukazano je da, podela bankarskih garancija, jeste zasnovana na identifikovanju različitih kriterijuma koji se uzimaju kao osnov za njihovu podelu. Uvažavajući ovaj pristup, bankarske garancije su razvrstane prema više različitih kriterijuma, od kojih je i podela bankarskih garancija prema predmetu osnovnog ugovora iz kojeg proizilazi. Napominjući da je već istaknut upitan karakter ove vrste podele bankarskih garancija, klasifikacija bankarskih garancija na osnovu ovog kriterijuma jeste dodatno zahtevna sa stanovišta njihovog naučnog elaboriranja. U pokušaju da se podela bankarskih garancija izvrši na osnovu predmeta ugovora osnovnog pravnog posla, jeste u osnovi pokušaj da se identifikuju svi poslovi u kojima se koristi bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja potraživanja. Prema našem mišljenju upravo u ovome jeste i problem ove vrste klasifikacije, jer takva zahteva podelu koja je zasnovana na identifikovanju svih pravnih poslova u kojima se koristi bankarska garancija, što je prakseno nemoguće utvrditi. Bankarska garancija jeste obligaciono sredstvo obezbeđenja, koje iako se koristi uglavnom među poslovnim subjektima, može biti legitimno korišćena i u građanskim obligacijama. Uvažavajući izneto, jasno je da obim korišćenja bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja potraživanja jeste gotovo neograničen, u smislu poslova iz kojih bankarska garancija proizilazi, čime podele bankarskih garancija prema ovom kriterijumu jeste i prakseno upitna, uz već prethodno iznete rezerve njene naučne vrednosti. Ipak, uvažavajući deo naučne javnosti koja legitimno zastupa mišljenje da se podela bankarskih garancija može izvršiti i prema ovom kriterijumu, u nastavku rada biće analizirane bankarske garancije koje se prema mišljenju jednog dela naše pravne zajednice mogu izdvojiti kao posebno značajne u smislu njihove praksene upotrebe, odnosno njihovih specifičnih pravnih obeležja. Podela bankarskih garancija prema

vrsti posla iz kojih proističu jeste kao takva prepoznata i u okviru Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije,²³¹ koje upravo determinišu i regulišu pravilima tri najčešće vrste bankarskih garancija koje se u praksi primenjuju, a koje su dole navedene. Smatramo da ova činjenica jeste u osnovi umnogome uticala na stavove i mišljenja domaće pravne javnosti, iako je validnost ovih pravila prevaziđena usvajanjem i prihvatanjem u praksi Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, gde u sadržaju ovih pravila ova vrsta klasifikacije garancija ne postoji.

Prema predmetu osnovnog ugovora, bankarske garancije mogu biti:

- garancije za dobro izvršenje posla;
- garancije za vraćanje avansa;
- licitacione garancije;
- konosmanska garancija;
- carinska garancija;
- konsignaciona garancija;
- garancija za otplatu finansijskih kredita; i
- garancija za otplatu kredita putem doznake.

U nastavku rada biće analizirane opšta i specifična obeležja bankarskih garancija prema definisanom kriterijumu njihove podele.

2.1. Bankarska garancija za dobro izvršenje posla

Dinamični razvoj poslovanja u svetu doneo je značajne promene u načinu poslovanja među poslovnim subjektima, kao i u karakteru pravnih poslova koji se obavljaju. Sektor uslužnih poslova jeste dominantno progresivan u odnosu na druge sektora, što je posledično uticalo na potrebu masovnijeg korišćenja različitih vidova sredstava obezbeđenja. Pored klasičnih ugovornih klauzula kojima se štite interesi poslovnih subjekata, vremenom je počela ekspanzija upotrebe bankarske garancije kao značajnog sredstva obezbeđenja izvršenja ugovora, odnosno naplate potraživanja. U osnovi ovde se i ne radi o posebnoj vrsti bankarske garancije (o ovome je već prethodno bilo reči), već je reč o sredstvu obezbeđenja koji štiti interese naručioca posla u smislu ispunjenja ugovorom definisanih obaveza. Za

²³¹ Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

razliku od Zakona o obligacionim odnosima koji ne prepoznaje ovu vrstu bankarske garancije, Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije, a čiji principi u osnovi jesu prihvaćeni u poslednjoj publikaciji Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, definišu bankarsku garanciju za dobro izvršenje posla kao «garanciju koju je na zahtev isporučiooca robe, izvršioca usluga ili izvođača investicionih radova ili na bazi instrukcija banke, osiguravajućeg društva ili nekog drugog određenog od strane principala da da takve instrukcije (nalogodavca), banka, osiguravaće društvo ili neko drugi (garant) dao kupcu ili poslodavcu (investitoru), a kojom se garanta obavezuje da u slučaju principalovog propusta u urednom izvršavanju ugovorenih obaveza on sam plati korisniku određen iznos u granicama navedenog novčanog iznosa ili da, po svojoj opciji, ukoliko je takva opcija predviđena u garanciji, obezbedi izvršenje».²³² Kod ove vrste bankarskih garancija (koje se klasifikuju na osnovu pravne prirode osnovnog ugovora) mora se poći od dometa njihove primene, tj. u kojim i kakvim poslovima se javlja ova vrsta garancije, da bi analogno iznetom predočili i specifična pravna obeležja ove vrste bankarske garancije.

1. Obligacionopravna sredstva obezbeđenja imaju veoma široku primenu u različitim sferama poslovnog sektora, što se isto može zaključiti i za bankarske garancije. Potreba razvijanja posebnih oblika bankarskih garancija jeste uslovljena dinamičnim razvojem načina poslovanja u svetu, kao i specifičnim potrebama poslovnog sektora za sredstvima obezbeđenja koja će adekvatno biti prilagođena interesima poslovnih subjekata. Bankarska garancija za dobro izvršenje posla jeste upravo nastala i proizašla iz takvih potreba. Ova vrsta bankarskih garancija (kod nas garanciju izdaje isključivo banka na osnovu odredbi ZOO-a, dok u svetu se za ovu vrstu garancije više pojavljuju osiguravajuća društva, dok se banke ređe pojavljuju)²³³ jeste i regulisana u okviru Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, mada i nova publikacija Jednoobraznih pravila posredno prihvata njihovo postojanje. Međunarodna trgovinska komora je prepoznala značaj njihovog normiranja usled potrebe poslovnog sektora za ovom vrstom sredstva obezbeđenja. Garancija za dobro izvršenje posla jeste u osnovi posebna vrsta bankarske garancije jer se njome može obezbediti ispunjenje ugovorom definisanih obaveza nevezanao za predmet ugovora, odnosno vrstu obligacija. Garancije za dobro izvršenje posla nemaju aplikativne

²³² Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>

²³³ Bertrams, Roeland: Bank guarantees in international trade : the law and practice of independent (first demand) guarantees and standby letters of credit in civil law and common law jurisdiction, The Hague : Kluwer, 2013, ISBN 978-92-842-0185-3

primene u odnosu na pravna obeležja osnovnog ugovora, izuzev ako se radi poslovima licitacionog karaktera, odnosno poslovima u vezi sa davanjem avansa i njegovim povraćajem. Primena garancija za dobro izvršenje posla jeste prakseno gotovo neogračina, što znači da se ova vrsta garancija može koristiti u svim vrstama obligacija ukoliko se subjekti o tome dogovore. Prakseni domet ove vrste garancije istu čini kao veoma zahvalno sredstvo obezbeđenja koje se jednako može koristiti i u običnim ugovorima o kupoprodaji robe, kao i u mnogo zahtevnijim ugovorima koji imaju karakter investicionih i infrastrukturnih ugovora. Razlike između ovih ugovora jesu značajne, pa se i shodno tome pojavljuju različita pitanja od značaja koja moraju biti adresirana prilikom analize istih.

2. Garancije za dobro izvršenje posla se u poslovnoj praksi najviše koriste za poslove koji su velike vrednosti, koji su dugoročnog karaktera u smislu njihove realizacije i čija kompleksnost izvođenja i realizacije jeste jasno vidljiva. To su različiti poslovi iz oblasti izgradnje objekata, izgradnje i opremanja proizvodnih pogona, izgradnje i puštanja u pogon industrijskih postrojenja i slično. Ukoliko bi se pokušalo bliže determinisanje zajedničkih obeležja ovih poslova, onda bi se moglo konstatovati da je reč o različitim vidovima infrastrukturnih projekata sa kompleksnom dinamikom izvršenja poslova, uz visoko izraženo prisustvo različitih faktora koji se mogu okarakterisati kao rizični u implementaciji ovih poslova. Garancija za dobro izvršenje posla može biti jednostavne ili kompleksne pravne prirode, što je prethodno uvek determinisano samom složenošću pravnih poslova iz kojeg ona proizilazi. Ukoliko je reč o bankarskim garancijama koje su vezane za izvršenje posla kupoprodaje robe, onda je svakako reč o relativno jednostavnim pravnim poslovima čije izvršenje nije povezano sa mnogobrojnim rizicima jer priroda posla nije takvog karaktera. Međutim, ukoliko je bankarska garancija za dobro izvršenje posla proizašla iz pravnih poslova iz oblasti infrastrukturnih projekata, ili pak proizvodnje i isporuke opreme, onda je pravna priroda takvih garancija znatno kompleksnija, jer u osnovi se ona povezuje sa procenom da li je prodavac ili davalac usluge uredno ispunio svoje ugovorene obaveze. U praksi je ovo pitanje veoma kompleksnog karaktera, i potrebno je identifikovati koja se sve pitanja pojavljuju kao relevantna kod ovih vrsta bankarskih garancija.

Bankarska garancija za dobro izvršenje posla koja je ugovorom definisana, u osnovi pokriva rizik koji se odnosi na neispunjenje ugovorne obaveze u najširem mogućem smislu. Garancija za dobro izvršenje posla, iako je samostalna odnosno neakcesorna, ona je za razliku od drugih vrsti garancija značajno povezana sa elementima osnovnog pravnog posla iz kojeg je nastala. Garancijom za dobro izvršenje posla izdavalac garancija (u našem pravu

isključivo banka) se obavezuje da će isplatiti garantovani novčani iznos usled neurednog ili nepotpunog ispunjenja obaveze od strane nalogodavca (prodavca ili davaoca usluga). Kompleksnost ovih garancija jeste u proceni toga šta predstavlja neuredno ili nepotpuno ispunjenje ugovorne obaveze, tj. na koji način se rizici identifikuju i kategorišu. U tom smislu, pravni stručnjaci su definisali sledeće rizike, i to: *neispunjenje ugovora u roku kako je definisano; neispunjenje ugovora u smislu kvalitativnih i kvantitativnih indikatora kojima se meri realizacija ugovornih obaveza; i funkcionalna učinkovitost predmeta ugovora u odnosu na prihvaćene standarde.*²³⁴

4. Pravo na isplatu garantovanog novčanog iznosa, korisnik garancije za dobro izvršenje posla može da zahteva uvek kada je prekoračen rok izvršenja obaveze iz osnovnog pravnog posla od strane nalogodavca, odnosno prodavca ili pružaoca usluge. Ovo je opšti standard koji se primenjuje u svim bankarskim garancijama za dobro izvršenje posla, bilo da je reč o običnim kupoprodajnim ugovorima ili pak različitim poslovima iz oblasti infrastrukturnih projekata. Ovom vrstom bankarske garancije dodatno se obezbeđuje korisnik garancije u smislu rizika koji se vezuje za docnju u izvršenju obaveze prodavca odnosno pružaoca usluga.²³⁵ Garancija za dobro izvršenje posla jeste značajan instrument obezbeđenja izvršenja obaveze prodavca odnosno pružaoca usluga, gde korisnik garancije ima pravo na isplatu garantovanog novčanog iznosa kada nastupe pravno relevantne činjenice kojima sa potvrđuje neispunjenje ugovora o roku. U praksi je ovaj rizik pokriven ovom vrstom garancije, ali je on obično sastavni deo šireg garancijskog prava koji proizilazi iz garancije za dobro izvršenje posla. Drugim rečima, rizik od neispunjenja ugovora o roku jeste rizik sekundarnog karaktera sa stanovišta korisnika garancija, jer njegov primarni rizik koji želi da pokrije putem ove vrste garancije u suštini jeste rizik od neispunjenja ugovora u smislu kvalitativnih i kvantitativnih indikatora kojima se meri realizacija ugovornih obaveza.²³⁶

Kada bi analizirali potencijalne razloge nastanka garancije za dobro izvršenje posla, u osnovi bi morali poći od motiva njenog nastanka, koji su uvek vezani za jednu ugovornu stranu, lice prema kojem se moraju izvršiti određena plaćanja, odnosno lice prema kojem

²³⁴ ibidem.

²³⁵ Iako je postoje i drugi oblici ugovornog karaktera koji se odnose na kaznene klauzule kojima se afirmiše zaštita učesnika u poslu u odnosu na docnju u ispunjenju obaveze druge strane, svakako je pozitivno sa stanovišta prava da se druga strana dodatno osigura usled mogućnosti nastupanja ovog rizika, što u pravnoj esenciji ova vrsta garancije to i afirmiše.

²³⁶ Ovo se posebno odnosi na ugovore investicionog karaktera gde je od primarnog značaja anuliranje ovog rizika, dok docnja u njegovom izvršenju iako važna, jeste ipak od sekundarnog značaja.

druga strana ima obavezu izvršenja određenje radnje odnosno usluge. U pokušaju da se anuliraju rizici neizvršenja ugovornih obaveza, bankarska garancija se razvila kao veoma kvalitativno obligacionopravno sredstvo obezbeđenja. Međutim, u svom osnovnom obliku ova vrsta garancija pokriva samo jedan rizik sa kojim se suočava pravni subjekt koji ima određene zahteve prema dužniku – nalogodavcu, rizik nenaplaćivanja ugovorenog potraživanja. Rizici koji su povezani sa određenim poslovima prevazilaze samo prethodno navedeni rizik, i u osnovi zahtevni obligacionopravni odnosi iz osnovnog posla, mogu proizvesti različite rizike koji se pojavljuju odnosno manifestuju. Iz tog razloga je nastala potreba za «hibridnim modelom» bankarske garancije, što garancija za dobro izvršenje posla i jeste. Opseg rizika koja ova vrsta garancija pokriva jeste disperzovan prema specifičnim karakteristikama osnovnog pravnog posla iz kojeg proizilazi.

5. Garancije koje pokrivaju rizike u smislu neispunjenja ugovora, na osnovu kvalitativnih i kvantitativnih indikatora kojima se meri obim ispunjenja ugovornih obaveza, jeste oblik obezbeđenja koji može da zadovolji potrebe korisnika garancija kod poslova koji su uglavnom kompleksnog karaktera i najčešće se odnose na poslove izgradnje infrastrukturnih objekata, proizvodnih postrojenja i opreme. U osnovi ovog garancijskog posla pokriva se više rizika, i to: rizik od neispunjenja ugovora u smislu kvaliteta proizvoda ili usluga koje su predmet osnovnog posla; i rizik od neispunjenja ugovora u smislu kvantiteta proizvoda ili usluga koje su predmet osnovnog posla²³⁷. Rizik od neispunjenja ugovora sa stanovišta kvaliteta proizvoda ili usluga se u praksi najčešće pojavljuje. Osnovni problem kod izvršenja ugovora, pored naplate potraživanja, jeste problem kvaliteta proizvoda ili usluga koji su ugovoreni. Uvažujući predmetnu orijentaciju rada nećemo ulaziti u dublju problematiku ovog pitanja koje se identifikuje i rešava unutar pozitivnopravnih propisa obligacionopravnog karaktera. Garancija za dobro izvršenje posla jeste u osnovi i nastala na potrebama da se ugovorna strana obezbedi u situacijima kada postoje kvalitativni nedostaci proizvoda ili usluga, usled kojih ona trpi određenu štetu (materijalnu i nematerijalnu). Ovaj rizik se manifestuje u poslovima izgradnje različitih objekata, proizvodnih postrojenja, investicione opreme, i drugim vrstama sličnih poslova. Reč je o poslovima koji su po svojoj prirodi kompleksnog karaktera, sa dužim vremenskim periodom njihove realizacije, i koji su vezani za specifične stručne kompetencije druge ugovorne strane na osnovu kojih dolazi do realizacije takvih poslova. Osnovni ugovor iz kojeg

²³⁷ Vidi više: Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd.

proizilazi ova vrsta garancije jesu ugovori sa klasičnim obeležjima ugovora *intuitu personae*, jer se kompleksnost realizacije takvih ugovora vezuje za specifična personalna svojstva subjekata koji vrše poslove iz domena izgradnje objekata, izgradnje i opremanja proizvodnih pogona, odnosno investicione opreme.

Garancija za dobro izvršenje posla pokriva rizik neadekvatnog kvaliteta isporučene robe ili pružene usluge, i korisnik garancije pokriva takav rizik time što ima pravo na naplatu garantovanog novčanog iznosa shodno nastupanju garantovanog slučaja. U praksi se pojavljuje problem procene – validacije opisanog stanja, tj. kako i na koji način korisnik garancije može da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa. Pitanje koje se postavlja jeste kako i na koji način korisnik garancije procenjuje da kvalitet izvršenog posla nije zadovoljavajući, i kako i na koji način on vrši legitimnu radnju kao učesnik u garancijskom poslu koji može da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa. Ovo pitanje jeste na neki način prethodno pitanje, tj. isto se mora adekvatno identifikovati kao relevantno pitanje u okviru ugovora o izdavanju bankarske garancije između nalogodavca i banke. Garancija mora da sadrži kvalitativne indikatore u okviru klauzule u garanciji. Iz tog razloga, nepohodno je izvršiti desegmentaciju osnovnog posla u različite faze. Garancija za dobro izvršenje posla pokriva različit spektar rizika, ali se smatra da je celishodno ove rizike navesti, odnosno identifikovati radi lakše naplate garantovanog novčanog iznosa. Kao primer možemo navesti sledeće. Izdata je garancija za dobro izvršenje posla u korist korisnika garancije, po osnovu pravnog posla sa nalogodavcem, koji podrazumeva izgradnju stambenog objekta u skladu sa projektnom dokumentacijom i drugim propratnim dokumentima. Pitanje koje se postavlja jeste kako i na koji način korisnik garancije može da zahteva isplatu garatnovanog novčanog iznosa iz ovako izdate garancije. U osnovi, garancija za dobro izvršenje posla pokriva sve rizike koje smo prethodno naveli, ali se sa stanovišta praksenog iskustva preporučuje se da kod ovakvih poslova se izda ili više garancija koje pokrivaju navedene rizike, ili da se rizici pojedinačno identifikuju i pravno jasno kvalifikuju. Prakseni problemi jesu znatno kompleksniji kod ovih vrsta garancija u odnosu na druge. U navedenom primeru to možemo dokazati. Izdata garancija za dobro izvršenje posla jeste generalnog karaktera, tj. pokriva sve rizike koji su inače obuhvaćeni ovom vrstom garancije. Garancija glasi na investitora objekta i on je korisnik garancije, dok je nalogodavac izvršilac radova – izvođač. Izvođač radova kao nalogodavac se obraća svojoj banci sa kojom zaključuje ugovor u izdavanju garancije za dobro izvršenje posla i ista se dalje prosleđuje korisniku garancije – investitoru u skladu sa ugovorom između investitora i izvođača radova

– osnovni pravni posao. U ovom primeru izvođač radova je u ugovorom definisanom roku izvršio planirane radove na izgradnji objekta i jedan od rizika koji pokriva garancija za dobro izvršenje posla – rizik neispunjenja ugovora o roku, jeste anuliran. Međutim, ovo je samo jedan od rizika koji pokriva ova vrsta garancije. U ovom slučaju investitor nije zadovoljan kvalitetom izvedenih radova koji su standardizovani i specificirani u osnovnom ugovoru. Pitanje koje se postavlja jeste kako i na koji način se investitor se obraća banci koja je izdala ovu vrstu garancije i kako njegov zahtev može biti pravno utemeljen, odnosno kako i na koji način će uspeti da se naplati po tako izdatoj garanciji. U ovom slučaju kvalitet izvedenih radova (upotreba materijala koji je nižeg kvaliteta od ugovorenog; izvođenje radova koji su suprotni tehničkog dokumentaciji; nivo završnih radova koji je niži od standarda dobre poslovne prakse) nije na nivou koji je ugovoren, ali to ne znači da korisnik garancije ima potpunu slobodu da se poziva na isplatu garantovanog iznosa na ovim temeljima. Korisnik garancije kod ove vrste garancija nema uticaj na sadržinu garancije, tj. sadržina garancije za dobro izvršenje posla se utvrđuje na relaciji nalogodavac – izdavalac garancije, što posledično utiče na prava korisnika garancija jer su ista ograničena samim sadržajem garancije. Drugim rečima, nalogodavac je taj koji definiše klauzule rizika koje su garancijom pokrivena, kao i njihove detaljne karakteristike, što ostavlja korisnika garancije – u ovom slučaju investitora, u pravnu situaciju u kojoj može da prihvati garanciju ili ne, ali ne može formalno da utiče na nju. U ovom slučaju, korisnik garancije će moći da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa iz garancije za dobro izvršenje posla samo ako je kvalitet izvedenih radova potpuno suprotan dobrim praksenim standardima, ili ako su isti posebno standardizovani kao takvi u sadržaju bankarske garancije. Na ovaj način se delimično štiti i nalogodavac odnosno izdavalac garancija od neutemeljenih i proizvoljnih zahteva korisnika garancije u smislu nekvalitetnog izvršenog posla.

6. Garancija za dobro izvršenje posla pokriva i rizik tkz. kvantitativnih indikatora kojima se meri realizacija ugovorenih obaveza. U dosadašnjem delu izlaganja zaključeno je da garancija za dobro izvršenje posla pokriva širok spektar rizika koji se mogu javiti, što jeste jedan od kvalitativnih dometa ovog sredstva obezbeđenja. Osim što je ovom garancijom pokriven rizik neispunjenja ugovora o roku, kao i rizik koji se odnosi na kvalitativne indikatore kojima se meri realizacija ugovorenih obaveza, što je prethodno i elaborirano, ova vrsta garancija pokriva i rizik tkz. kvantitativnih indikatora kojima se meri realizacija ugovorenih obaveza. Kvantitativni indikatori kojima se meri realizacija ugovorenih obaveza jesu sa stanovišta njihovog identificiranja znatno jednostavniji u odnosu

na prethodno opisane kvalitativne indikatore. U praksi se ovi indikatori jednostavno formulišu u okviru garancije za dobro izvršenje posla jer njihova kvantitativna priroda olakšava njihovo inkorporiranje. Na primeru koji smo koristili u prethodnom delu rada može se identifikovati rizik koji pokriva garancija za dobro izvršenje posla, a u vezi je sa ovim indikatorom. Osnovni posao iz kojeg je proizašla garancija – izvođenje radova na izgradnji objekta, pored određenih kvalitativnih indikatora koje sadrži, može i da sadrži i niz kvantitativnih indikatora u vezi sa realizacijom datog posla. Na primeru koji smo već koristili, izvođač radova – nalogodavac, jeste dužan da po osnovu ugovora u okviru izvođenja radova ugradi određen broj rasvetnih jedinica u okviru objekta na kojem vrši izvođačke radove. Ovaj broj predstavlja kvantitativni indikator – broj rasvetnih jedinica, ali se rizik u vezi sa rasvetnim jedinicama može posmatrati i sa kvalitativnog indikatora (da li su rasvetne jedinice određenog kvaliteta – vrsta ugrađenih rasvetnih jedinica, proizvođač, garancija, jačina rasvetnog fluksa, itd.). Na ovom primeru vidimo kako se jedan indikator može posmatrati sa oba gledišta u smislu dobrog izvršenja posla – kvalitativni i kvantitativni pokazatelj. U smislu kvantitativnih indikatora, kao rizika koji je pokriven ovom garancijom, sagledava se isključivo broj rasvetnih jedinica u opisanom primeru. Ukoliko broj rasvetnih jedinica nije saobrazan ugovorom definisanim brojem, garancija za dobro izvršenje posla se može aktivirati od strane korisnika garancije – investitora. Iz navedenog je jasno da iako oba rizika jesu pokriveni garancijom za dobro izvršenje posla, znatno je kompleksnija priroda tkz. kvalitativnog rizika za dobro izvršenje posla. Korisnik garancije jeste pokriven u smislu nastupanja rizika koji mogu nastati u realizaciji posla, ali se prakseno mogu pojaviti veći izazovi u smislu procene nastupanja rizika koji su posledica kvalitativnih nedostataka izvršenog posla, za razliku od kvantitativnih nedostataka koji se lakše identificiraju. Korisniku garancije je od interesa da bankarska garancija bude bezuslovnog karaktera (mada može biti i uslovna kao i svaka druga garancija) jer kompleksnost ove vrste garancija jeste složenija u odnosu na druge garancije, pa mišljenje jednog dela nauke jeste da se kod ove vrste garancija ne ugovaraju uslovi za njeno aktiviranje.²³⁸

7. Garancija za dobro izvršenje posla pokriva i tkz. rizik *funkcionalne učinkovitosti predmeta ugovora u odnosu na prihvaćene standarde*. Kompleksnost i raznovrsnost poslova koji se obavljaju uticali su i na reoblikovanje garancije za dobro izvršenje posla. Intencija kreiranja ove vrste garancije jeste pokrivanje što šireg spektra rizika koji se u vezi sa

²³⁸ Vidi više: Dostanić, M. (2005). Pravni odnosi u poslu bankarske garancije i vrste bankarskih garancija. Pravni život, Vol. 54, br. 10, str. 1259-1275.

realizacijom posla mogu pojaviti. Jedan od rizika koji je pokriven garancijom za dobro izvršenje posla jeste i rizik tkz. *funkcionalne učinkovitosti predmeta*. Ova vrsta rizika se pojavljuje kod specifičnih poslova koji za predmet ugovora uglavnom imaju izradu opreme za proizvodna postrojenja. Rizik koji se pojavljuje kod ovih poslova, pored rizika realizacije ugovora o roku, kao i kvalitativnih i kvantitativnih indikatora kojima se meri realizacija ugovora, jeste rizik da predmet realizacije osnovnog ugovora ne zadovoljava određene standarde u smislu njihove funkcionalne učinkovitosti – realnih rezultata u odnosu na ugovorom predviđene. Usled specifične prirode samog rizika jasno je da se on pojavljuje kod veoma specifičnih poslova, kao što su poslovi izrade i stavljanja u pogon opreme za proizvodnju određenog proizvoda (postoje i drugi poslovi u kojim se može javiti ova vrsta rizika). Garancija za dobro izvršenje posla pokriva ovaj rizik u svom osnovnom obliku. Funkcionalna učinkovitost predmeta ugovora jeste u osnovi vezana za izostanak definisanog proizvodnog rezultata, što ne potpada ni pod rizik kvalitativnog nedostatka, niti pak rizik kvantitativnog nedostatka. Specifičnost ovog rizika jeste da garancija za dobro izvršenje posla pokriva određen nivo rizika kada predmet realizacije posla ne pruža funkcionalne rezultate koji su bili definisani u osnovnom ugovoru ili koji se mogu očekivati kod ove vrste poslova. Kao primer možemo navesti posao u kojem naručilac posla ugovori isporuku i montažu opreme za proizvodnju plastičnih boca. Predmet ugovora jeste jedna instalacija jedne proizvodne linije koja po ugovoru na sat vremena rada proizvede 100 jedinica plastičnih boca. Isporuka opreme jeste bila u ugovorenom roku realizovana, i sa stanovišta kvaliteta i kvantiteta jeste zadovoljila kriterijume posla (oprema koja je isporučene jeste u skladu sa ugovorom u smislu vrste mašina za proizvodnju, njihovih specifičnih obeležja, broja mašina, itd.). Puštanjem u pogon isporučene opreme dolazi se do faktičkog stanja u kojem isporučena proizvodna linija proizvodi 50 jedinica plastičnih boca na sat vremena rada, čime izostaje za 50% predviđeni proizvodni rezultat. U opisanom slučaju garancija za dobro izvršenje posla pokriva ovaj rizik, i korisnik garancije se može naplatiti od strane izdavaoca garancije u iznosu koji je garantovan. Garancija za dobro izvršenje posla jeste veoma pogodan instrument obezbeđenja u poslovima u kojima se realizuju ove vrste obligacija. Ponovo apostrofiramo da ova vrsta garancija jeste samostalne i neakcesorne prirode, kao i da ugovorne strane imaju i druge vrste zaštitnih mehanizama koje im stoje na raspolaganju.

8. Garancija za dobro izvršenje posla jeste nastala na osnovama garancije za plaćanja koja u osnovi predstavlja obavezu banke garanta da isplati garantovani novčani iznos na koji

glasi garancija u slučaju da nalogodavac - dužnik iz osnovnog posla svoju obavezu ne izvrši u ugovorenom roku. Garancija za dobro izvršenje posla razvila se na osnovama obične garancije za plaćanje, ali je u prethodnom delu rada ukazano na sva njena specifična obeležja koja je čine znatno složenijim sredstvom obezbeđenja u odnosu na obične bankarske garancije, jer rizik koji se pokriva ovom vrstom garancije prevazilazi rizik neplaćanja koji je isključivi rizik koji se pokriva kod običnih bankarskih garancija. Na osnovu rizika koje pokrivaju obe vrste bankarskih garancija jasno je da postoje značajne distinkcije između njih, ali kada su u pitanju ostala pravna obeležja ovih garancija razlike ipak jesu manje značajne. Pitanja koja se nameću kao relevantna za razmatranje kod garancija za dobro izvršenje posla jesu pitanja u vezi sa visinom garantovanog novčanog iznosa i način njegovog utvrđivanja, kao i pitanja valutnog određivanja garantovanog novčanog iznosa.

Prethodno pitanje koje je važno adresirati, jeste pitanje koje se normativno i ne postavlja, ali se zbog specifične prirode ove vrste garancije može pojaviti kao meritorno. S obzirom da garancija za dobro izvršenje posla pokriva širok spektar rizika koji se pojavljuju u različitim fazama realizacije jednog posla, kada se sagledaju razlozi nastanka ove vrste garancije može se pojaviti pitanje načina amortizovanja štete koju može da pretrpi korisnik garancije, a koja može biti materijalne i nematerijalne prirode. Osnovno načelo svih bankarskih garancija, pa shodno tome isto se odnosi i na ovu vrstu garancija (nevezano za činjenicu da li je istu izdala banka ili osiguravajuće društvo u slučaju da je inostrana garancija), jeste načelo novčanosti garancija. Shodno pozitivnopravnim propisima domaćeg prava, garancija može biti isključivo u novcu, tj. garantovani iznos jeste novčano određen, i to je kogentna norma Zakona o obligacionim odnosima.²³⁹ Domet norme jeste takav da se odnosi na sve vrste garancija, nevezano za njihova specifična obeležja. Garancija za dobro izvršenje posla jeste garancija kojom se njen izdavalac obavezuje da će isplatiti garantovani novčani iznos korisniku garancije kada je ista tražljiva. Garantovani iznos jeste uvek određen u novcu, što jeste razlika u odnosu na druga sredstava obezbeđenja. U radu je ukazano na opšta i specifična obeležja načela novčanosti bankarske garancije. Domet ovog načela jeste jednakog pravnog inteziteta kao i kod drugih vrsta garancija. Pitanja koja se postavljaju kod običnih bankarskih garancija jesu pitanja koja imaju jednak pravni značaj i kod garancija za dobro izvršenje posla. Pitanja u vezi sa visinom garantovanog novčanog iznosa jesu pitanja koje imaju pravni značaj kao validna pitanja. Kao i kod obične bankarske garancije, visina

²³⁹ Čl. 1084 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

garantovanog novčanog iznosa može biti određena na dva načina, u fiksnom novčanom iznosu ili u maksimalnom novčanom iznosu (upper limit). U prvom slučaju izdavalac garancije je dužan da na pravno zasnovan zahtev korisnika garancije isplati garantovani novčani iznos koji je fiksno određen, nezavisno od pravno relevantnih činjenica iz kojih proizilazi pravo na aktiviranje garancije za dobro izvršenje posla. U ovom slučaju, korisnik garancije je u povoljnijem položaju jer samo mora da zahteva isplatu fiksno garantovanog novčanog iznosa nezavisno od stepena ispunjenja obaveze nalogodavca iz osnovnog ugovora, pa analogno ovome i ne ulazi se u procenu stepena ispunjenosti obaveze, već se samo konstatuje da na osnovu sadržaja garancije nalogodavac nije dobro izvršio posao. Kada visina garantovanog novčanog iznosa nije fiksno definisana, izdavalac garancije ima tzv. upper limit, odnosno maksimalni iznos koji može biti isplaćen korisniku garancije, ali to ne znači da će isti biti uvek maksimalno određen, odnosno isplaćen. U slučaju da visina garantovanog novčanog iznosa nije fiksno određena, korisnik garancije se poziva na neispunjenje obaveze druge ugovorne strane iz osnovnog posla, ali se u datom slučaju mora vršiti procena ispunjenosti obaveze, da bi se došlo do tačnog novčanog iznosa koji mora biti isplaćen. U ovom slučaju je neophodno utvrditi obavezu izdavaoca garancije za dobro izvršenje posla tako što će se izvršiti procena stepena ispunjenja obaveze iz osnovnog ugovora, što se u praksi pokazalo kao komplikovano pitanje, jer se ova vrsta garancija uglavnom pojavljuje kod relativno kompleksnih poslovnih poduhvata koji su uglavnom infrastrukturnog karaktera, čime se korisnik garancije stavlja u nepovoljniji položaju u odnosu na njegov položaj kod garancija koje su fiksno utvrđenog iznosa.²⁴⁰

9. Da li je reč o fiksno utvrđenom iznosu garancije ili se on naknadno utvrđuje, novčani iznos garancije mora biti valutno definisan, uvažavajući relevantne domaće propise u ovom domenu. Pitanje visine garantovanog novčanog iznosa se uvek mora posmatrati u odnosu na vrednost osnovnog posla. Iako je garancija samostalne i neakcesorne prirode, ona nastaje na postulatima osnovnog ugovora. Ukupna vrednost osnovnog ugovora jeste jedina polazna tačka prilikom definisanja visine garantovanog iznosa kod garancija za dobro izvršenje posla. Visina garantovanog iznosa jeste uvek vrednosno povezana sa osnovnim poslom. Relevantni domaći i inostrani izvori prava ne pridaju poseban značaj ovom pitanju, tj. ostavljaju slobodu stranama u poslu da isti utvrde. U istraživanju ove problematike

²⁴⁰ Shvatajući da sadržaj garancije za dobro izvršenje posla jeste ostavljen na nalogodavcu i izdavaocu garancije, preporuka jeste da se naručilac posla (korisnik garancije) u komunikaciji sa drugom ugovornom stranom dogovori o svim važnim pitanjima koja moraju biti detaljno regulisana u sadržaju garancije, uvažavajući stav da isti nema mogućnost izmene sadržaja garancije, već da je isti ad blank karaktera.

praksena iskustva koja su pronađena i analizirana, uglavnom u inostranim izvorima, ukazuju da se u osnovi uzima 10% do 20% od ukupne vrednosti osnovnog posla iz kojeg garancija proističe.

Garancija za dobro izvršenje posla jeste nastala na osnovama obične (bankarske) garancije, pa analogno tome se primenjuju i ostala pravila koja važe za sve garancije. Ako nije drugačije određeno, svi elementi koji su konstitutivne prirode kada su u pitanju obične bankarske garancije primenjuju se i kod garancija za dobro izvršenje posla. Prilikom analize elemenata bankarske garancije u prethodnome delu rada, analizirani su pojedinačni elementi koje garancija mora da sadrži. Jedna od nedoumica koja je bila predmet analize jeste pitanje da li rok važenja garancije predstavlja obavezan element bankarske garancije. U ovom delu rada zaključeno je da iako «važnost ovog elementa garancije jeste upitna u okviru pravne teorije, smatramo da precizno kalendarsko definisanje izdavanja bankarske garancije (sa kojim se povezuje rok važenja garancija) jeste pitanje od važnosti za učesnike u garancijskom poslu, jer iz istog proizilazi niz pravno relevantnih činjenica od značaja». Isti zaključak se odnosi i na pitanje u vezi sa rokom važenja garancije za dobro izvršenje posla, jer iako postoje mišljenja da rok važenja garancije za dobro izvršenje posla nije njen bitni sastojak, smatramo da argumentacija koja u navedenom delu rada zastupana u korist važnosti inkorporiranja roka važnosti bankarske garancije jeste primenjiva i za ovu vrstu garancije. Specifičnost roka važenja garancije za dobro izvršenje posla u odnosu na garancije za plaćanja (obična bankarska garancija) ogleda se u činjenici da osnovni posao iz kojeg obe proizilaze jeste po prirodi različit. Bankarska garancija za plaćanja jeste povezana sa osnovnim poslom u kojem su rokovi plaćanja dužnika iz osnovnog posla relativno kratki (do godinu dana) pa se i rok važenja garancije uvek povezuje sa tom činjenicom. Uvažavajući specifičnost osnovnog posla iz kojeg proizilazi garancija za dobro izvršenje posla, jasno je da rok važenja ovih garancija jeste znatno duži ukoliko isti stavljamo u kontekst sa običnim bankarskim garancijama.

U ovom delu rada ukazano je da garancija za dobro izvršenje posla, jeste proizvod potrebe složenih poslovnih poduhvata veće vrednosti, koji su istovremeno kompleksnije prirode za realizaciju sa srednjoročnim i dugoročnim rokom završetka. Usled toga rok važenja za ovu vrstu garancija mora biti povezan sa rokom za realizaciju osnovnog ugovora iz kojeg proizilazi ova garancija, čime se dolazi do zaključka da rok važenja ovih garancija jeste znatno duži u odnosu na obične bankarske garancije. Pravna priroda osnovnog posla diktira način definisanja roka važenja garancije, naročito u onim slučajevima kada garancija

za dobro izvršenje posla nije povezana sa celokupnim poslovnim projektom, već se odnosi na samo jedan deo projekta.²⁴¹ S obzirom na to da Zakon o obligacionim odnosima ne reguliše pitanja od značaja u vezi sa rokom važenja garancija, te da je zastupan stav da ovo pitanje jeste jedno od onih koji je ostavljano stranama u poslu da se o istom dogovore, mišljenja smo da je celishodno definisati rok važenja garancije za dobro izvršenje posla. Da li će rok važenja biti jasno definisan, ili će se na osnovu pomoćnih elemenata garancije doći do njegovog određivanja, jeste pitanje od sekundarnog značaja. U tom smislu čak i Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije predviđaju da rok važenja garancije za dobro izvršenje posla ističe šest meseci nakon isteka roka koji je predviđen u osnovnom ugovoru.²⁴² Uvažajući specifičnost osnovnog pravnog posla afirmiše se dodatni rok važenja garancija shodno tehničkim aspektima samog posla, pa se time produžava važenje ovih garancija i tokom trajanja garantnog perioda do jednog meseca.

2.2. Garancije za vraćanje avansa

Pravci razvoja globalne ekonomije uticali su na promenu načina poslovanja privrednih subjekata u meri i obimu u kojem je postalo neophodno pronaći različite intrumente i mehanizme koji će olakšati ove procese. Na ovim premisama jeste se razvila i bankarska garancija kao veoma efiksano sredstvo obezbeđenja, naročito u poslovima sa elementima inostranosti. Dinamični razvoj ovog sredstva obezbeđenja doveo je do njegove široke ekspanzije u smislu njegovog korišćenja, što je posledično uticalo i na razvoj različitih modela osnovnog koncepta bankarske garancije koji će uvažavati specifičnosti osnovnog posla iz kojeg nastaje, kao i same interese poslovnih subjekata. Navedena argumentacije jeste ona koja je korišćena i kod prethodno analiziranog modela garancija - garancija za dobro izvršenje posla, jer u osnovi sve vrste bankarskih garancija se jesu razvile na osnovu iznetih postulata. Garancija za vraćanje avansa jeste vrsta bankarske garancije

²⁴¹ Garancija za dobro izvršenje posla može biti data za celokupni osnovni posao, ili pak može biti data za pojedinačne segmente njegove realizacije. U primeru koji smo koristili za garanciju za dobro izvršenje posla u vezi sa izgradnjom objekta, može se ukazati na moguća različita rešenja. Garancija za dobro izvršenje posla u korist investitora može se odnositi na celokupni objekat i sve radove na njemu koji izvodi izvođač radova (nalogodavac), ali se može i odnositi na pojedine segmente izgradnje objekta (garancija za dobro izvršenje posla izvođača na objektu u sivoj fazi, garancija za dobro izvršenje posla izvođača na objektu za elektro instalacije na objektu, garancija za dobro izvršenje posla izvođača na objektu za vodovodno kanalizacione radove, itd.). Ukoliko se garancija za dobro izvršenje posla odnosi na pojedine segmente izgradnje objekta onda će i rok važenja garancije biti povezan sa rokom završetka ovih radova, a ne svih radova na objektu u izgradnji.

²⁴² Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

koja se usled svoje specifičnosti i obima korišćenosti diversifikovala u odnosu na druge vrste garancija, i kao takva postala posebno prepoznatljiva i priznata. *Avans (predujam) je ekonomski termin koji označava plaćanje dela duga unapred.* Materijalno se izražava najčešće u obliku novca, ali se može dati i u vidu neke druge, zamenljive, stvari koja ima utvrđenu vrednost i koju jedna ugovorna strana (najčešće: kupac, naručilac) daje drugoj, u momentu zaključenja ugovora. Po svojoj pravnoj prirodi, avans predstavlja delimično izvršenje obaveze, pre roka dospeća iste obaveze odnosno sredstvo za stimulisanje izvršenja ugovorne obaveze.²⁴³

Garancija za vraćanje avansa jeste posebna vrsta bankarske garancije kojom se izdavalac garancija obavezuje da će korisniku garancije isplatiti garantovani novčani iznos u slučaju da isporučilac ili izvođač radova ne ispuni ili neuredno ispuni svoje ugovorne obaveze za koje je položen odnosno dat avans.²⁴⁴ Zakon o obligacionim odnosima ne sadrži odredbe koje se odnose na ovu vrstu bankarskih garancija, što je i kod prethodno analizirane garancije za dobro izvršenje posla takođe konstatovano. Zaključeno je da naše pravo jeste jedno od retkih u kojem je zakonodavac normirao oblast garancija na nivou zakonskih odredbi kao što je to učinjeno u Zakonu o obligacionim odnosima. Iskustva drugih pravnih sistema nam ukazuju da je ova materija regulisana autonomnim izvorima prava. Prethodno navedena “definicija” proizilazi iz najrelevantnijeg međunarodnog izvora prava u oblasti ugovornih garancija - Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije, čiji postulati su primenjeni i u sadržaj novih Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (publikacija 758).

1. Garancija za vraćanje avansa jeste specifična vrsta garancija koja se javlja u poslovima u kojima jedna od ugovornih strana zahteva polaganje avansa. Pravna priroda garancije za vraćanje avansa jeste “u vezi” sa osnovnim pravnim poslom, pa shodno tome ne može se u svim poslovnim odnosima zahtevati polaganje avansa, odnosno izdavanje garancije za vraćanje avansa. Da bi razumeli pravne i praktične implikacije kod ovih vrsta garancija neophodno je istu prezentovati i analizirati na praktičnom primeru. Prvo pitanje koje se postavlja jeste u stvari prethodno pitanje, pitanje u kojim situacijama je uopšte moguće izdavati garanciju za vraćanje avansa. Pravno logično utemeljen odgovor na ovo pitanje jeste zasnovan na stanovištu da je to moguće samo kod onih pravnih poslova kod kojih se pojavljuje potreba davanja avansa. Praksena iskustva nam govore da se polaganje avansa, koji je kao pojam prethodno objašnjen, jeste poslovno neophodna u onim

²⁴³ <https://www.znacenjereci.com/sta-avans-cemu-sluzi/>

²⁴⁴ Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>

situacijama kada postoji određeni stepen nesigurnosti u pogledu ispunjenja obaveza iz osnovnog ugovora i kada je vrednost posla, kao i složenost njegove realizacije kompleksna. U pitanju su raznovrsni poslovi čiji zajednički činilac jeste njihov karakter, a to su mahom poslovi infrastrukturnog karaktera u izgradnji objekata, odnosno isporuke investicione opreme.²⁴⁵ Davalac avansa u ovim poslovima jeste ugovorna strana koja je naručilac posla, dok je druga ugovorna strana izvođač radova, ili subjekt koji vrši isporuku investicione opreme, odnosno lice koje je u obavezi da realizuje posao po osnovu definisanog predmeta ugovora. Nasuprot garancijama za plaćanja u kojima je naručilac posla istovremeno dužnik odnosno nalogodavac, a druga ugovorna strana korisnik garancije, kod garancija za vraćanje avansa korisnik garancije jeste davalac avansa, odnosno u primeru koji je do sada korišćen, investitor. Izvođač radova zahteva davanje avansa kao potvrdu da će posao biti realizovan, jer u osnovi on se u početku suočava sa određenim troškovima takvog poslovnog poduhvata. Iz tog razloga ovaj subjekt zahteva polaganje određenog novčanog iznosa u obliku avansa, a davalac avansa se putem garancije za vraćanje avansa obezbeđuje u smislu nerealizacije ugovorenih obaveza, odnosno mogućnosti da mu predati novačni iznos avansa propadne.²⁴⁶ Da bi anulirao rizik mogućeg gubitka isplaćenog avansa, investitor u našem primeru, traži izdavanje garancije za vraćanje avansa koju je dužan da kod svoje banke izdejstvuje izvođač radova u njegovu koristu.

2. Drugo pitanje koje se smatra kao relevantno kod ovih vrsta garancija jeste u kojim situacijama jeste pravno osnovan zahtev korisnika garancije – davaoca avansa, da traži vraćanje avansa odnosno isplatu garantovanog novčanog iznosa. Pre odgovora na ovo pitanje mora se razmotriti pitanje načina određivanja visine garantnog iznosa koji u određenoj meri mora da korespondira sa visinom isplaćenog avansa, iako je jasno do sada apostrofirano da sve vrste bankarskih garancija jesu samostalne i neakcesorne prirode, pa samim tim i nisu formalno pravno povezane sa osnovnim pravnim poslom. Ipak, jasno je da prilikom određivanja visine garantovanog novčanog iznosa mora se početi od novčanog iznosa koji je isplaćen kao deo avansnog plaćanja po osnovu obaveze iz osnovnog ugovora. Prihvatajući da naše prave prepoznaje samo banke kao izdavaoce garancija, jasno je da obim obaveze banke u odnosu na izdatu garanciju u osnovi korespondira sa iznosom datog avansa.

²⁴⁵ U određenim situacijama avans se zahteva i kod poslova koji su individualno određeni ili su vezani za specifična svojstva koja proizvod ili usluga mora da zadovolji.

²⁴⁶ Davanje avansa se u praksi pokazuje kao neformalni način kreditiranja, jer u opisanom slučaju davanjem avansa unapred u odnosu na započetu realizaciju posla vrši se posredno beskamatno kreditiranje izvođača radova.

Drugim rečima, u najvećem broju slučajeva garantovani novčani iznos po ovim garancijama jeste identičan novčanom iznosu koji je dat kao avans, ili ako nije decidno određen onda je isti u maksimalnom mogućem iznosu definisan u odnosu na iznos datog avansa. U praksi se pojavljuju situacije u kojima obaveza banke ne korespondira sa prethodno navedenom praksom, pa se dešavaju situacije u kojima obaveza banke po osnovu izdate garancije za vraćanje avansa jeste manja u novčanom iznosu, u odnosu na dati avans. U retkim primerima opisano može biti suprotno, tako da iznos garancije može biti čak i veći od samog iznosa datog avansa, ali su ovi primeri prakseno veoma retki, i više interesantni sa stanovišta teorijskog analiziranja. Načela koja se primenjuju za sve bankarske garancije se analogno primenju i kod ove vrste garancija, što se posledično odnosi i na obim bankarske obaveze koja je u osnovi uvek identična u odnosu na iznos na koji glasi izdata garancija. Pitanje koje se postavlja kao pravno relevantno jeste pitanje u kojim situacijama korisnik garancije može da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa po osnovu izdate garancije za vraćanje avansa. Izdavalac garancije će uvek isplatiti garantovani novčani iznos iz ove garancija kada nalogodavac – u našem slučaju izvođač radova, nije izvršio obaveze iz osnovnog ugovora u roku i u vrednosti koja je veća od datog avansa. Ukoliko je izvođač radova izvršio u obimu, roku i kvalitetu radove koji prevazile vrednost datog avansa, korisnik garancije se neće moći naplatiti po osnovu ove vrste garancije, čime prestaje i obaveza banke garanta prema korisniku garancije. Ostali elementi garancije za vraćanje avansa jesu saobrazno usaglašeni sa načelima i elementima običnih bankarskih garancija, što se prvenstveno odnosi na pitanja iz domena valutnog određivanja novčanog iznosa garancija. Smatramo da nije neophodno ponavljati već utvrđene činjenice u vezi sa ovim pitanjima.

3. Poslednje pitanje koje se javlja kao pravno relevantno pitanje, jeste pitanje roka važenja garancije za vraćanje avansa. Kao i kod garancija za dobro izvršenje posla, sama priroda osnovnog posla *de facto* utiče na sadržaj garancije za vraćanje avansa, pa pitanje roka važenja garancije jeste povezana sa rokom izvršenja ugovornih obaveza iz osnovnog pravnog posla. Rok važenja garancije za vraćanje avansa mora biti duži od roka koji je definisan u osnovnom ugovoru u domenu izvršenja obaveza koje su definisane. Rok važenja garancije ne može biti kraći od roka završetka izvođenja radova na izgradnji objekta, ukoliko bismo koristili primer iz prethodnog dela rada. Mišljenje autora ovog rada jeste da nije moguće definisati ovaj rok na način da to ne bude prizvodno i arbitrarno, jer ne postoji

dovoljno elemenata na osnovu kojih bismo opravdali tako definisan stav.²⁴⁷ Iz tog razloga smatramo da svaki rok važenja ove garancije mora samo da uvažava rok koji je definisan u osnovnom ugovoru, a na stranama u poslu je da definišu preciznije ovaj rok ukoliko ovo pitanje smatraju kao pravno relevantnim. Moramo ipak naglasiti da rok važenja za ovu vrstu garancija jeste dat u okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv i iznosi šest meseci od roka koji je bio određen u osnovnom ugovoru, ali je ovo stav koji nema kogentni karakter, već se samo primenjuje u onim slučajevima kada sam rok nije definisan u sadržini garancije, a subjekti garancijskog posla su prihvatili primenu ovih pravila.

Ostala pitanja koja se pojavljuju nisu posebno specifična samo za ovu vrstu garancija, jer su relativno opšteg značaja za sve vrste garancija. Možemo konstatovati da metodološki analizirana svaka od garancija jeste zasnovana na analizi istih pitanja od značaja kod svih vrsta garancija, a odnose se na pojam, opšta i specifična obeležja garancija, rizika koji su pokriveni izdatom garancijom, kao i na visinu garantovanog novčanog iznosa odnosno način njegovog određivanja. U ovom smislu možemo konstatovati da iako se metodološki pristup analizi pravnih obeležja različitih vrsta garancija se ne razlikuje, jasno se primenom ovog pristupa u analizi različitih vrsta garancija dolazi do opštih i specifičnih pravnih obeležja svake od garancija, što je od primarnog značaja za ovaj segment rada.

2.3. Licitacione garancije

Specifične karakteristike određenih poslova uslovile su potrebu za razvojem različitih pravnih mehanizama zaštite interesa poslovnih subjekata. Ova konstatacija je već u više navrata korišćena u opisu nastanka i razvoja, kako bankarske garancije za plaćanja, tako i ostalih vrsta garancije koje su do sada u radu obrađivane.²⁴⁸ Da bi se analizirala opšta i specifična obeležja licitacionih garancija neophodno je ukazati na sam pojam licitacije kao specifične vrste prodaje. Termin licitacija ima jezički sinonim u terminu aukcija, što u osnovi predstavlja relativno slične termine, iako postoje razlike između njih. Licitacija ima izvorni koren u latinskoj reči *licitacio*, što je predstavljalo posebnu vrstu javnog nadmetanja

²⁴⁷ Pitanje koje se među pravnim teoretičarima razmatra jeste koji je to vremenski interval za definisanje ovog roka u odnosu na konačan rok iz osnovnog ugovora. Mišljenja su različita, jer ne postoji kvalitativni niti kvantitativni indikator koji bi mogli da posluže kao postulat za definisanje ovih rokova, pa su pravni teoretičari zauzeli različite stavove u pogledu ovih rokova bez jasno naglašene metodologije koju su koristili u njihovom definsanju, tj. relativno su proizvoljno iskazivali svoja mišljenja po ovom pitanje.

²⁴⁸ Ista argumentacija stoji i kada je u pitanju licitaciona garancija, čija pojava i razvoj jeste uslovljen bio sa razvojem specifičnih pravnih poslova prodaje putem licitiranja.

u poslovima kupoprodaje robe. Savremeni koncept shvatanja ove reči jeste šireg značenja i obuhvata svaku vrstu javnog nadmetanja među subjektima u vezi sa predmetom licitacionog nadmetanja u kojem posao dobija onaj licitacioni subjekt koji je u skladu sa pravilima licitacionog postupka ponudio najvišu cenu.²⁴⁹ S obzirom na to da se u praksi često za licitacioni postupak koristi termin aukcija, neophodno je ukazati samo na osnovnu razliku između istih. Dok se licitacija može sprovesti povodom prodaje određene robe odnosno davanje ponude za izvođenje određenih usluga, aukcija se isključivo sprovodi za individualno određenu robu – aukcijski predmet. Predmet licitacije mogu biti proizvodi i usluge koji u trenutku licitiranja nisu materijalizovani – izvedeni, dok predmet aukcije jeste uvek individualno određen predmet.

Licitaciona garancija nije regulisana domaćim pravom, što je slučaj i ostalim vrstama garancija koje su do sada u radu analizirane. Analogno tome, ova vrsta garancija jeste regulisana u okviru Jednoobraznih pravila za garancije na poziv URDG 758, a koja se delimično oslanjaju i na rešenja u okviru Jednobraznih pravila za ugovorne garancije. U okviru ovog dokumenta Međunarodne trgovinske komore, *licitaciona garancija se definiše kao posebna vrsta garancije kojom se izdavalac garancija (banka ili drugo privredno društvo koje se bavi poslovima izdavanja garancija) obavezuje da će korisniku garancije (kupcu, naručiocu, investitoru) isplatiti garantovani novčani iznos u slučaju da učesnik na licitaciji čija ponuda bude prihvaćena ne ispunu obaveze na koje se obavezao prilikom davanja ponude.*²⁵⁰

1. Licitaciona garancija predstavlja veoma specifično sredstvo obezbeđenja izvršenja obaveze strane u licitacionom postupku, jer za razliku od drugih garancija kojima se u osnovi štiti interes korisnika garancija, licitacionom garancijom se pre svega štiti sam licitacioni postupak pa tek onda korisnik garancije.²⁵¹ Postupak licitacije predstavlja formu javnog nadmetanja za predmet licitacionog postupka u kojem neretko učestvuje više učesnika koji daju svoju ponudu. Prihvatanjem najviše ponude koju je dao jedan od učesnika prihvata se pravna prezumpcija zaključivanja ugovora, jer samo davanje i prihvatanje ponude predstavlja jednu vrstu predugovora. Ukoliko ne dođe do zaključenja ugovora ne samo da je štetu pretrpeo korisnik licitacione garancije, već je sam postupak licitacije povređen jer štetu trpe i drugi učesnici u licitacionom postupku, time što njihova ponuda nije bila prihvaćena.

²⁴⁹ Mićović, M. (1997): Licitacioni postupak i strana ulaganja. Pravo i privreda, God. XXXIV, br. 5-8 (1997), str. 367-375

²⁵⁰ Trajković, M., Đurović, D., Dragović, N. (1986): Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. Nacionalni odbor SFRJ Međunarodne trgovinske komore, Beograd.

²⁵¹ ibidem.

Iz ovog razloga smatra se da ova vrsta garancija jednako je važna kako sa stanovišta zaštite interesa korisnika garancija, tako i sa stanovišta zaštite interesa licitacionog postupka, što u osnovi predstavlja dvostruki «zaštitni objekt» ove vrste garancije, što je čini različitom i specifičnom u odnosu na druge vrste garancija.

Aplikativna primena licitacionih garancija jeste u porastu usled promene mehanizma javnog nadmetanja – licitacije. Ovo je naročito tačno za poslove koji su infrastrukturnog, javnog karaktera, i koji su finansirani od strane države odnosno državnih privrednih subjekata. Licitacione garancije se najviše i koriste u postupku licitiranja za poslove koje raspisuje država na svim nivoima vlasti. Radi jačanja konkurentnosti među privrednih subjektima, kao i smanjenja koruptivnih pojava u postupcima javnih nabavki u kojima se najviše koristi licitacioni postupak, većina država u svetu je razvila različite pravne i druge mehanizme kojima se štite interesi države i učesnika u poslu. Licitacioni postupci se sprovode povodom kupovine veće količine robe, izvođenja radova investicionog odnosno infrastrukturnog značaja, kao i nabavke investicione opreme. Uvažavajući karakter ovih poslova, jasno je da njihova vrednost jeste značajna, dok je sam proces realizacije posla neretko zahtevan. U tom smislu licitacioni postupak predstavlja odličan mehanizam u pronalaženju najboljeg ponuđača uz istovremeno očuvanje konkurentnosti i transparentnosti samog javnog nadmetanja. Da bi se osigurali ravnopravni uslovi učestvovanja u nadmetanju, kao i interesi samog subjekta koji je raspisao licitacioni postupak, podnošenje licitacione garancije jeste izuzetno značajno. U osnovi licitaciona garancija prati poslove velike vrednosti koji imaju naglašenu složenost realizacije, pa je neophodno za takav jedan postupak zaštititi interese naručioca posla, kao i ostale učesnike.

2. Prethodno konstatovano posebno značenje licitacione garancije, u odnosu na druge vrste garancija u smislu postojanja tkz. dva zaštitna objekta čiji se interesi štite, predstavljaju u određenom smislu rizike koji se pokrivaju licitacionom garancijom. Iako ima mišljenja da licitaciona garancija može pokriti više rizika, smatramo da takva tumačenja nisu saobrazna sa pravnom prirodom ove vrste garancije.²⁵² Licitaciona garancija jeste posebna vrsta garancije kojom se njen korisnik (naručilac posla) može naplatiti u slučaju da ponuđač čija je ponuda prihvaćena kao najpovoljnija, shodno uslovima licitacionog postupka, ne pristupi u određenom roku zaključenju osnovnog ugovora sa naručiocem posla. Mišljenja postoje da

²⁵² Prema mišljenju Pavićevića, ako garancijom ništa drugačije nije predviđeno, licitaciona garancija, prema mišljenju ovog autora, pokriva rizik povrede licitacionih uslova od strane onog učesnika u licitaciji čija je ponuda prihvaćena. Prema mišljenju ovog autora, licitaciona garancija pokriva rizik odbijanja zaključenja ugovora u određenom roku sa naručiocem (investitorom), ali i rizik nepribavljanja bankarske garancije za dobro izvršenje posla koju je, prema licitacionim uslovima, bio dužan da pribavi.

pored ovog rizika, licitaciona garancija štiti korisnika i od rizika ne pribavljanja adekvatne bankarske garancije za dobro izvršenje posla koja je kao zahtev definisana u licitacionim uslovima. Smatramo da ovaj rizik licitaciona garancija ne pokriva u osnovi, i da je sa stanovišta celishodnosti (troškova koji se vezuju za izdavanje ovih vrsta garancija) praktičnije da se izda više vrsta garancija kojima se posebno pokriva rizik odbijanja zaključenja ugovora u određenom roku, i rizik ne pribavljanja bankarske garancije za dobro izvršenje posla shodno licitacionim uslovima. Prihvatajući pretpostavku da se licitacije sprovode usled obima i značaja poslovnog poduhvata, kao i njegove vrednosti, smatramo da je sa stanovišta zaštite interesa naručioca posla celishodnije da se ovaj subjekt zaštiti sa više različitih garancija kojima se pokrivaju različiti rizici.²⁵³ Neretko se u licitacionim uslovima zahteva da sama licitaciona garancija bude pribavljena od neke banke koja na određenom finansijskom tržištu uliva visok stepen poverenja, pre svega u smislu likvidnosti poslovanja i opšteg boniteta. Tako je u licitacionim uslovima neretko predviđeno da je potrebno pribaviti garanciju tačno određene banke, čime se dodatno štite interesi naručioca posla, ali se istovremeno i sužava krug potencijalnih poslovnih subjekata koji će uspeti da pribave takvu vrstu garancije, čime se osigurava učestvovanje na licitaciji samo onih firmi koje mogu da ispune finansijske i druge uslove koji se od njih očekuju. Ceo licitacioni postupak jeste u rukama naručioca posla, pa shodno toj činjenici svi licitacioni uslovi jesu isključivo sastavljeni u skladu sa interesima ovog subjekta, što se odnosi i na sva pitanja od značaja u vezi sa opštim i posebnim zahtevima koji se moraju ispuniti u vezi sa pribavljanjem licitacione garancije. Kvalitet zaštite interesa naručioca posla, kroz polaganje licitacione garancije učesnika u licitaciji, nije na samoj banci koja izdaje garanciju, već je gotovo isključivo vezano za tekst licitacione garancije koji predlaže naručilac posla banci garantu koja izdaje ovu vrstu garancije uz određenu proviziju. Ovo predstavlja suprotno pravno stanje u odnosu na druge vrste garancija, gde korisnik garancija može da prihvati ili odbije garanciju koju je pribavio nalogodavac iz osnovnog posla, jer ima veoma ograničen uticaj na njenu sadržinu. Kod licitacionih garancija korisnik garancije jeste istovremeno subjekt koji je u aktivnoj komunikaciji sa bankom u pogledu sastavljanja teksta licitacione garancije, a sami učesnici u postupku moraju pribaviti licitacionu garanciju u skladu sa tako definisanim sadržajem. Na ovaj način korisnik garancije u potpunosti diktira uslove garancije i definiše sve svoje interesne tačke u sadržaj garancije, čime na potpun način štiti svoje interese.

²⁵³ U tom smislu smatramo za celishodnim da više različitih banaka učestvuje u ovom odnosu, da bi se pre svega diversifikovali rizici do kojih dolazi u poslovima ove vrste.

Posledično, propusti u sadržaju garancije jesu isključivo na strani naručioca posla i on trpu štetu iz loše definisanog sadržaja licitacione garancije.

Kada je u pitanju karakter licitacione garancije, odnosno da li se ova vrsta garancije izdaje kao uslovna ili bezuslovna garancija, sasvim je razumljivo da s obzirom na činjenicu da naručilac posla kreira sadržaj garancije da on nema interes da inkorporira uslov u garanciju. Praksa kod izdavanja ovih vrsta garancija jeste da su one uvek bezuslovnog karaktera, jer bi kreiranjem uslovne garancije korisnik garancije sam sebi otežao svoj položaj prilikom njenog aktiviranja, odnosno naplate po istoj. Licitaciona garancija jeste uvek bezuslovna, jer postavljanje uslova nema logično-pravni značaj, pa je isti uvek isključen. Korisnik licitacione garancije će uvek naplatiti novčani iznos iz garancije ukoliko obavesti banku da ponuđač čija je ponuda prihvaćena u licitacionom postupku nije pristupio i nije potpisao ugovor sa naručiocem posla, odnosno nije pribavio bankarsku garanciju koja je bila zahtevana u licitacionom postupku, ukoliko je ista kao takva bila tražena. Izdavalac garancije (u našem pravu banka) će morati da postupi po zahtevu korisnika garancije (naručioca posla) i isplati garantovani novčani iznos.

3. U vezi sa visinom garantovanog iznosa licitacione garancije nameću se određena pitanja koja usled specifične prirode ove vrste garancije nisu od takvog značaja kao kod ostalih vrsta garancija. Uvažavajući činjenicu da sadržaj garancije jeste određen u skladu sa interesima naručioca posla (korisnika garancije), što je prethodno konstatovano kao izuzetak od pravila, na ovom subjektu jeste obaveza da detaljno razmotri sve aspekte licitacionog postupka i vrednosti samog posla, da bi mogao adekvatno da definiše visinu novčanog iznosa garancije. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv ne ulaze u pitanje načina određivanja visine garantovanog iznosa kod ovih vrsta garancija, već se isključivo bave problematikom valutnog određivanja novčanog iznosa u garanciji i plafon limita u smislu maksimalnog mogućeg garantovanog iznosa.²⁵⁴ U dosadašnjoj praksi korišćenja licitacione garancije prihvaćen je stav da visina garantovanog iznosa licitacione garancije mora biti povezana sa vrednošću ponude i u tim okvirima bi iznos garancija trebao da varira između 1% do 5% u odnosu na ukupnu vrednost ponude.²⁵⁵ Kada je u pitanju valuta garantovanog novčanog iznosa, opšte je prihvaćeno stanovište da ona treba da bude saobrazna sa valutom koja je definisana kao podobna za davanje ponuda u okviru pravila licitacionog postupka.

²⁵⁴ Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>

²⁵⁵ Đurović, D. (1978): Bankarske garancije u poslovima sa inostranstvom, 2. dopunjeno i prerađeno izd., Издавање и производња, Београд : Танјуг.

Kao i kod drugih vrsta garancija, visina garantovanog novčanog iznosa može biti određena na dva načina, u fiksnom iznosu (što je veoma retka situacija s obzirom na prirodu licitacionog postupka i nemogućnost precizne procene vrednosti ponude koja će biti dobijena), dok drugi način uvažava realnost i neizvesnost samog licitacionog postupka, pa se način formiranja visine vrednosti garantovanog iznosa definiše u određenom procentu u odnosu na vrednost posla koji je predmet licitiranja. U licitacionim postupcima manje vrednosti, licitacioni iznos garancije može da prelazi i 15% od ukupne vrednosti prihvaćene ponude.²⁵⁶ Ostala obeležja licitacione garancije jesu saobrazna sa bankarskim garancijama za plaćanja, te kao takva neće biti ponovo razmatrana u radu.

2.4. Konosmanska garancija (bill of lading guarantee)

Prednosti bankarske garancije u odnosu na druga obligacionopravna sredstva obezbeđenja jeste u njenoj pravnoj raznovrstnosti i aplikativnoj primeni u skladu sa specifičnim interesima poslovnih subjekata i njihovih poslovnih odnosa. Značaj bankarske garancije u međunarodnoj trgovini jeste takav da ovo sredstvo obezbeđenja predstavlja najčešće korišćeno sredstvo za potrebe osiguravanja interesa subjekata i njihovih potraživanja odnosno prava.²⁵⁷ Postoji značajan broj razloga koji utiču da ova vrsta obezbeđenja izvršenja ugovora uživa ovakav značaj, pa ipak smatramo da mogućnost oblikovanja garancije u skladu sa predmetom osnovnog ugovora, odnosno vrsta pravnog posla iz kojeg garancija proističe, jeste fundamentalno važan u masovnosti njenog korišćenja.²⁵⁸

Značajan obim međunarodne trgovine se obavlja pomorskim prevozom robe. Vrednost robe koja se u svetu preveze ovim putem ukazuje da se ovaj vid međunarodnog transporta smatra kao najvažniji, ako kao indikatore za ovu tvrdnju uzmemo u obzir obim i vrednost prevezene robe. Jasno je da uz ovakav značaj koji ima međunarodni transport robe pomorskim putem moraju postojati razrađeni pravni mehanizmi i instrumenti zaštite interesa svih učesnika u prevozu robe vodenim putevima. *Konosman ili teretnica predstavlja ispravu*

²⁵⁶ Prilikom formiranja visine garantovanog iznosa moraju se uzeti u obzir i sledeći faktori: troškovi licitacionog postupka; klasifikacija tih troškova na manipulativne i operativne troškove; kao i procena štete koja može da nastane (materijalna i nematerijalna) kao posledica ne zaključenja ugovora sa licem čija je ponuda prihvaćena kao najpovoljnija.

²⁵⁷ Vukadinović, R. (1993): Samostalna bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja, *Pravni život* : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 42, knj. 404, br. 5-6, str. 653-666

²⁵⁸ Vidi više: Minić, S. (2018): Konosmanska bankarska garancija, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4/6

koju brodar izdaje krcitelju na osnovu ugovora o prevozu robe pomorskim putem ili unutrašnjim vodenim putevima, i u kojoj potvrđuje da je primio na prevoz robu koja je u njoj označena, radi prevoza na određenoj relaciji i iskrčavanja u luci opredeljenja njenom zakonitom imaocu.²⁵⁹ Osnovna obeležja konosmana jesu sledeća: konosmanom brodar potvrđuje da je primio na prevoz robu u njoj označenu; konosman ne predstavlja ugovor o prevozu, već je dokaz o postojanju tog ugovora i njegove sadržine; i konosmanom se brodar obavezuje da preda teret ovlašćenom imaocu ove isprave.²⁶⁰ Sa stanovišta potrebe ovog segmenta istraživanja, i analize opštih i specifičnih obeležja konosmanske garancije, najvažnije pitanje od značaja koje se nameće jeste pitanje u vezi sa obavezom broдача da preda teret koji je u konosmanu naznačen ovlašćenom imaocu isprave. Pitanje predavanja tereta od strane broдача licu koje ovlašćeno shodno sadržaju isprave da teret primi jeste se u praksi pokazalo kao izuzetno problematično sa više aspekata. Kompleksnost prevoza robe vodenim putevima, naročito sa aspekta prevoza robe međunarodnim vodenim putevima, proizvodi niz situacija koje su sa stanovišta prevoznika robe pravno i ekonomski problematična. U značajnom broju slučajeva dešava se da brodar preveze robu do određene luke, a da ovlašćeni primalac koji je u konosmanu naznačen nije preuzeo tu robu. Posledice opisanog stanja jesu takve da brodar kao prevoznik robe dolazi u nepovoljnu situaciju iz koje mogu da proisteknu ekonomske i pravne posledice takvog stanja. Razlog nastanka konosmanske garancije jeste povezan sa prethodno opisanim. Brodar koji se nađe u datoj situaciji, shodno pravilima međunarodnog prevoza robe vodenim putevima²⁶¹, ima dve mogućnosti. Prvo, brodar može da robu koju je dopremio do određene luke iskrca i uskladišti na trošak i rizik primaoca, dok u drugoj situaciji može da zadrži brod (a time i robu na brodu) do pojavljivanja lica koje u konosmanu naznačeno kao ovlašćeni primalac robe. U obe opisane situacije, brodar se, iako je revnosno obavio svoju obavezu i prevezao robu do određene luke, stavlja u nezavidan položaj iz kojeg mogu nastatiti realni štetni događaji po njega, kako u pogledu izvršenja ugovorne obaveze o prevozu robe (pravne posledice povrede tog ugovora), tako i u kontekstu realnih ekonomskih troškova zadržavanja broda u luci do dolaska ovlašćenog lica iz konosmana da prihvati robu. U obe situacije,

²⁵⁹ Vasiljević, M. (2006). Trgovinsko pravo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 453.

²⁶⁰ ibidem.

²⁶¹ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. Dostupno na sajtu: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Rotterdam-Rules-E.pdf

brodar kao izvršilac usluge prevoza robe, ima niz realnih rizika, te sa stanovišta anuliranja ovih rizika razvila se posebna vrsta bankarske garancije – konosmanska garancija.

*1. Konosmanska garancija predstavlja tavku vrstu bankarske garancije kojom banka po nalogu prodavca ili primaoca robe garantuje brodaru, da će mu nadoknaditi štetu koja je za njega nastala, zbog predaje robe licu bez konosmana, ukoliko to lice štetu ne nadoknadi.*²⁶² Konosman ima pravni značaj hartije od vrednosti, pa je jasno da se postupanje brodara u svim situacijama vezanima za izvršenje prevoza roba analizira sa datih pravnih standarda. Razlog nastanka konosmanske garancije jeste isključivo povezan sa rizikom sa kojim se suočava brodar u onim situacijama kada je izvršio prevoz robe do određene luke, a ne može da izvrši predaju robe jer ovlašteno lice iz konosmana robu nije preuzelo. U opisanoj pravnoj situaciji, brodar ima dve mogućnosti koje su prethodno apostrofirane. Međutim, isto nije povezano sa rizikom koji pokriva konosmanska garancija. Konosmanskom garancijom se ne štiti brodar u vezi sa mogućim troškovima koji će nastati usled zadržavanja broda u luci do prispeća konosmana, niti se konosmanskom garancijom anuliraju troškovi iskrcaja i uskladištenja robe. Rizik koji je pokriven konosmanskom garancijom, a koji se jasno i uočava u prethodno pojmovno definisanoj pravnoj prirodi ove garancije, jeste rizik od predaje robe licu koji nije u posedu konosmana. Naime, da bi izvršio obavezu predaje robe, a usled realnih situacija u kojem brodar poseduje kopiju konosmana i na osnovu koje ima dovoljno elemenata koji bi mu pomogli u identifikovanju zakonitog imaoca konosmana, neretko se dešava da brodar preda robu licu bez konosmana koji mu prezentira određena dokumenta na osnovu kojih mu on predaje robu. Do ove situacije se dolazi usled kašnjenja slanja konosmana, što posledično utiče na ponašanje brodara u vezi sa preuzetom robom. Imajući u vidu da interes brodara jeste da iskrca robu, i da mu je sa stanovišta troškova necelishodno zadržavanje u luci prispeća do prezentiranja konosmana za konkretnu robu, brodar može da preda robu licu koje nije u posedu konosmana uz prezentiranje određenih dokumenata. Takva praksena situacija dovodi do određenih rizika sa kojima se brodar suočava, jer u suštini on predaje robu određenom licu na osnovu dokumenata koji nemaju pravni značaj kao konosman, što u praksi može da dovede do situacije da je robu predao licu koji na to nije imao pravo iz konosmana, tj. može se pojaviti rizik u vidu nakadnog zahteva trećih lica u vezi sa tako predatom robom. Da bi jasnije razumeli ovu situaciju moramo apostrofirati da brodar u opisanim okolnostima ne predaje

²⁶² Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 276.

robu bilo kojem trećem licu, već onom licu za koje se veruje na osnovu elemenata iz konosmana, da jeste zakoniti imalac robe, iako takvo lice nema mogućnost da prezentuje konosman u opisanim okolnostima. U datoj situaciji, brodar zahteva da lice za koje veruje da je zakonit primalac robe potpiše revers kojim se obavezuje da će mu nadoknaditi svu štetu koja iz date situacije može da pogodi brodara. Primalac robe svojim potpisom garantuje da je on zakoniti imalac robe, te da svaki zahtev treće strane u vezi sa tako predatom robom, a koji može da štetno utiče na brodara, biće nadoknađen od strane primaoca robe ako šteta nastupi za brodara. Međutim, ovaj vid «garancije» za brodara nije dovoljan, jer bi u datoj situaciji on prvo morao da plati štetu koja je nastala iz predaje robe licu koji nije bilo ovlašćeno po osnovu konosmana, pa tek onda da zahteva od takvog lica da na osnovu potpisanog reversa nadoknadi takvu štetu. Iz tog razloga, brodar zahteva da mu se izda konosmanska garancija čiji je nalogodavac prodavac ili primalac robe, a kojom se garantuje brodaru kao korisniku garancije da će mu biti isplaćen garantovani novčani iznos iz garancije ukoliko lice koje je bilo dužno da nadoknadi štetu – primalac robe, isto ne učini. Na ovaj način, brodar se u potpunosti obezbeđuje od nastupanja eventualne štete i troškova nastalih predajom stvari neovlašćenom primaocu robe, u slučaju da se kasnije javi zahtev trećeg lica koji je savesni držalac konosmana.²⁶³

2. Kao i kod ostalih vrsta bankarskih garancija koje su do sada obrađivane, postavljaju se dva pitanja od značaja, način utvrđivanja visine garantovanog iznosa, i rizik koji konosmanska garancija pokriva. U vezi sa drugim pitanjem, u prethodnom delu rada je istaknuto koji je to rizik koji je pokriven ovom garancijom. Kada je u pitanju visina garantovanog novčanog iznosa, način njegovog utvrđivanja jeste saobrazan sa metodologijom utvrđivanja visine garantovanog iznosa kao i kod drugih garancija. Predmet zaštite konosmanske garancije jeste povezan sa robom koju prevozi brodar, a čiji zakoniti i savesni imalac jeste naveden u konosmanu, pa osnov za utvrđivanje visine garantovanog novčanog iznosa jeste direktno u vezi sa procenjenom vrednošću robe.²⁶⁴ Analizirajući izvore regulisanja konosmanske garancije, jasno je da ne postoji izvor prava koji adresira ovo pitanje, pa shodno autonomiji volje subjekata garantovani iznos konosmanske garancije

²⁶³ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 277.

²⁶⁴ Vrednost robe može biti određena ili određiva. Smatra se da je vrednost robe određena kada na osnovu određenih dokumenata (ugovora, faktura, priznanica, konosmana) vrednost robe jasno iskazuje. Vrednost robe je određiva kada ista nije precizno određena, ali postoji dovoljan broj elemenata na osnovu kojih ista može biti određena. Vidi više: Trajković, M. (1995): Uloga konosmana u pomorskom prevozu. Pravni život, ISSN: 0350-0500.- God. 44, knj. 420, br. 11 (1995), str. 319-329

se određuje na osnovu drugih parametara. Shvatajući pravnu prirodu nastanka i razvoja konosmanske garancije, jasno je da ova vrsta garancije jeste značajno oblikovana od strane učesnika u ovom poslu, pa se po ovom pitanju utvrdila određena međunarodna praksa u pogledu načina određivanja visine garantovanog iznosa. Relevantni izvori ukazuju da visina garantovanog iznosa konosmanske garancije se kreće između 100% i 200% od ukupne vrednosti robe povodom koje je izdat konosman. Ovako visoki iznos garancije jeste povezan sa činjenicom da obaveza banke iz konosmanske garancije nije vezana samo za vrednost robe koju je brodar predao licu bez konosmana, a koji nije njen savesni držalac, već takav iznos mora da obuhvati i sve troškove koji su nastali za brodara usled činjenice da je predao robu licu koje na to nije imalo pravo – nesavesnom sticaocu. Jasno je da brodar mora da zakonitom imaocu konosmana u potpunosti nadoknadi troškove u visini vrednosti robe koju je predao trećem licu, ali istovremeno zakoniti imalac konosmana ima pravo da zahteva naknadu materijalnih i nematerijalnih troškova koje je pretrpeo usled tako izvršene radnje brodara. Iz tog razloga, minimalni iznos konosmanske garancije mora potpuno da pokrije vrednost robe iz konosmana koja se prevozi, a praksena iskustva pokazuju da taj iznos može biti i do dvostruke vrednosti robe koja se prevozi da bi se mogli nadoknaditi troškovi koji su nastali po brodara.

Rok važenja konosmanske garancije mora biti određen, tj. konosmanska garancija ne sme biti neoročena u pravnoj cirkulaciji. Rok važenja konosmanske garancije mora biti određen u skladu sa ugovorom o prevozu robe, tj. rokom prevoza robe koju ima brodar, pa shodno tome svaka konosmanska garancija mora biti oročena na određeni vremenski period. Usled kompleksnosti međunarodnog transporta robe vodenim putevima, jasno je da rok važenja ovih garancija jeste relativno dug. Ovo proizilazi iz same prirode prevoza robe zbog kojeg i nastaje konosmanska garancija, dok sam rok za podnošenje zahteva za isplatu konosmanske garancije nije duži od godinu dana u odnosu na nastupanje pravno relevantnih činjenica koje su osnov da korisnik garancije - brodar, može da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa.

Specifično obeležje konosmanske garancije u mišljenjima jednog dela pravna nauke jeste da, u širem smislu, konosmanska garancija se može izdati i radi realizacije posla akreditiva.²⁶⁵ U smislu naučnog elaboriranja i analize ovog stava, navedeni autori zastupaju stanovište da se u praksi pod konosmanskom garancijom u širem smislu, podrazumevaju i

²⁶⁵ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 277.

one bankarske garancije koje izdaju banke radi realizacije akreditiva.²⁶⁶ Zastupani stav jeste zasnovan na sličnostima koji postoje u pravnoj prirodi akreditivnog posla, gde korisnik akreditiva nije u datom trenutku u posedu dokumenata. U navedenoj situaciji, akreditivna banka može korisniku akreditiva staviti akreditivni iznos na raspolaganje, bez da je u datom trenutku prezentovao dokumenta koja su akreditivnim poslom zahtevana. Akreditivna banka će ovo učiniti samo ako dobije bankarsku garanciju druge banke koja se obavezuje da će kao banka garant isplatiti novčanu obavezu iz garancije ukoliko korisnik akreditiva ne prezentuje sve potrebne dokumente. Pokušaj da se pod konosmanskom garancijom podvede i garancija banke u složenom poslu akreditiva, gde navedeni autori sličnosti uočavaju u izostanku potrebnih (ugovorenih) dokumenata kao osnov za preuzimanje robe (konosman) odnosno kao osnov za plaćanja (akreditiv), jeste po našem mišljenju pogrešno, jer primena ovog shvatanja u praksi bi značila da je primena konosmanske garancije moguća i u drugim sličnim poslovima koji su povezani sa prezentovanjem određenih dokumenata. Smatramo da ne postoji utemeljenost za ovakav stav, naročito ako se uzme u obzir različita pravna priroda akreditivnog posla i konosmana. Nadalje, ne vidimo nijedan razlog zašto se bankarska garancija koja se izdaje u vezi sa poslom akreditiva ne bi nazvala akreditivna garancija, jer i konosmanska garancija nema terminološko utemeljenje niti u jednom relevantnom dokumentu koji predstavlja izvor prava za ugovorene garancije (ovo se odnosi i na naš Zakon o obligacionim odnosima i na Jednoobrazna pravila za garancije na prvi poziv). Mišljenja smo da čak i konosmanske garancije kao takve nisu dovoljno utemeljene da zaslužuju da se terminološki i pojmovno razlikuju od običnih garancija za plaćanja, iako je evidentno korišćenje ove vrste garancije u praksi. Smatramo da konosmanska garancija nema specifična obeležja koja bi je u dovoljnoj meri distancirala u odnosu na garancije za plaćanja, što je uostalom i potvrđeno činjenicom da ova vrsta garancija kao takva nije prepoznata u relevantnim izvorima prava, kako domicijalnog karaktera, tako i u okviru međunarodnih izvora.

²⁶⁶ Akreditiv je instrument plaćanja kojim se akreditivna banka (banka izdavalac) obavezuje da po nalogu nalagodavca (komisiona – u svoje ime a za račun komitenta – klijenta ili za svoj sopstveni račun – u svoje ime i za svoj račun) na osnovu dogovorenih dokumenata podnesenih u skladu sa ugovorenim uslovima (ili bez dokumenata) obavi plaćanje ili ovlasti drugu banku (korespondentnu banku) da obavi plaćanje trećem licu (korisniku akreditiva) ili po njegovom nalogu (prenos akreditiva), ili da po nalogu nalagodavca sama ili uz pomoć druge banke akceptira ili otkupi menicu vučenu od strane korisnika akreditiva, bez prava regresa, pod uslovom da je postupljeno u skladu sa uslovima otvorenog akreditiva banke izdavaoca. Vidi više: Vasiljević, M. (2004). Trgovinsko pravo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 315.

2.5. Carinska garancija

Pravna priroda bankarske garancije omogućava njenu primenu na mnogobrojne pravne odnose i poslove u kojima se zahteva dostavljanje i određenog sredstva obezbeđenja izvršenja ugovora. Limitiranost osnovnog oblika bankarske garancije jeste uslovljena činjenicom da se obaveza iz nje odnosi samo na isplatu garantovanog novčanog iznosa, što je i razumljivo jer bi onda u suprotnom bila pravno veoma slična jemstvu iz kojeg je i nastala. Jasno je da aplikativna primena bankarske garancije jeste veoma široka, te da se pojedine «vrste ovih garancija» u praksi se terminološki posebno identificiraju sa prirodom osnovnog posla iz kojeg proističu. Za ove vrste garancija kažemo da su specifični oblici garancija za plaćanje, a da je praksena priroda njihove primene dovela do njihove terminološke diversifikacije u odnosu na druge garancije. Drugim rečima, ove garancije nisu kao takve posebno regulisane određenim izvorom prava, naročito ne u kontekstu njihovog terminološkog specifikuma. U pravnoj esenciji ove garancije predstavljaju razradu opšteg modela garancija za plaćanje, uz specifičnost njihovog sadržaja koji je saobrazan sa elementima iz osnovnog pravnog posla iz kojeg proizilaze. U tom smislu, carinska garancija predstavlja upravu jednu od takvih vrsta bankarskih garancija.

*1. Carinska garancija jeste vrsta bankarske garancije kojom se banka garant obavezuje da će korisniku garancije – državnom carinskom organu, isplatiti garantovani novčani iznos ukoliko nalogodavac iz garancijskog odnosa – uvoznik (dužnik), ne izvrši u zakonskom roku plaćanja uvoznih dažbina (carinski dug), u slučajevima kada je prethodno podigao robu iz carinskog nadzora. Da bi adekvantije razumeli pravna obeležja i pravnu prirodu carinske garancija, moramo razjasniti neke osnovne pojmove koji zahtevaju odgovor. Uvažavajući činjenicu da opseg ovog istraživanja prvenstvo uvažava domicijalno pravo koje reguliše institut bankarske garancije i srodne zakone koji prate isti, za carinske garancije je važno istaći da osnovni zakon u oblasti njihove primene u pravu R. Srbije jeste Carinski zakon.²⁶⁷ Shodno ovom propisu, a uvažavajući termine i pojmove koji se koriste u definisanju carinske garancije, moramo razjasniti i sledeće. Prvo, shodno čl. 5 ovog zakona, carinski organ jeste Uprava carina, carinarnica i njene organizacione jedinice nadležne za primenu carinskih i ostalih propisa, kao i ovlašćeni carinski službenik. Drugo, uvozne dažbine shodno istom članu jesu carinske dažbine, i druge dažbine koje imaju isto dejstvo, i koje se plaćaju pri uvozu robe. Treće, dužnik je svako lice koje dužno da plati *carinski dug*,*

²⁶⁷ Carinski zakon ("Sl. glasnik RS", br. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 i 113/2017 - dr. zakon)

dok je *carinski nadzor* skup mera koje preduzima carinski organ u cilju primene carinskih i drugih propisa na robu koja podleže carinskom nadzoru.

Carinska garancija jeste specifično formulisana bankarska garancija koja ima niz opštih karakteristika bankarske garancije za plaćanja, uz određeni pravni specifikum koji je njoj svojstven. Jedno od specifičnih obeležja carinske garancije odnosi se na korisnika garancije. Korisnik garancije jeste carinski organ R. Srbije, tj. Uprava carine. Na zahtev korisnika se izdaje carinska garancija. Banka koja izdaje carinsku garanciju dobija instrukcije u vezi sa sadržajem garancije od strane nalogodavca – uvoznika odnosno dužnika, dok on to čini na osnovu preciznih upustava koje je dobio od strane Uprave carine. Izdavalac garancije preuzima obavezu isplate garantovanog novčanog iznosa usled nastupanja rizika koji je obuhvaćen u sadržaju garancije. U postupku prijema robe na carinjenje, odnosno nakon okončanja carinskog pregleda robe i utvrđivanja visine carinskog duga, u datom momentu roba potpada pod tkz. carinski nadzor u kojem se shodno zakonu vrši carinjenje robe odnosno naplata carinskog duga. Da bi uvoznik podigao robu, neophodno je da izvrši uplatu carinskog duga. Izuzetno, uvoznik može da podigne robu iako nije isplatio carinski dug, odnosno čak i onda kada nije u potpunosti izvršen obračun carine. U tom smislu, carinska garancija služi kao sredstvo obezbeđenja Upravi carine da će banka kao izdavalac ove garancije izvršiti isplatu garantovanog novčanog iznosa ukoliko dužnik – uvoznik, u zakonom predviđenom roku ne izvrši plaćanja po osnovu carinskog duga za robu koju je već preuzeo.

2. Benefiti postojanja carinske garancije jesu očigledni za sve subjekte – uvoznika i državu. Sa stanovišta interesa uvoznika, mogućnost podizanja robe koja se nalazi u carinskom nadzoru pre potpuno sprovedenog carinskog postupka, jeste značajan jer ubrzava proces uvoza robe, što je svakako značajno za onu vrstu robe koja je lako kvarljiva, ali i za drugu vrstu robe posmatrano sa stanovišta njenog bržeg stavljanja u promet na tržištu, odnosno njenog korišćenja, u zavisnosti od vrste robe. Sa stanovišta države – Uprave carine, jasno je da benefiti carinske garancije nisu interesno posebno značajni kada se isti stave u kontekst sa interesima uvoznika, ali sa stanovišta opšteg poslovnog ambijenta, što je veoma značajno za uvozne privredne subjekte, jeste afirmativno korišćenje ove vrste garancije. Carinska garancija u potpunosti štiti interes države u pogledu naplate carinskog duga, tako da država ne može biti ekonomski oštećena u datoj situaciji.

Aktuelni Carinski zakon R. Srbije na veoma uopšten način zakonski reguliše pitanje polaganja obezbeđenja radi naplate carinskog duga. Prema prethodnom zakonu, postojala su

dva oblika obezbeđanja carinskog duga, polaganje gotovine i jemstvo.²⁶⁸ Iako nije bilo zakonski propisano da se kao sredstvo obezbeđanja može koristiti i bankarska (carinska garancija), sam zakonodavac je ostavio prostor za njenu praksenu primenu time što je ostavio diskreciono pravo izvršnoj vlasti – Vladi R. Srbije da propiše i druge oblike obezbeđanja naplate carinskog duga. S obzirom na kompleksnost pravne prirode jemstva i njegovo ograničeno korišćenje u privrednom poslovanju, uz očigledne nedostatke koje polaganje gotovine kao obezbeđanja ima u svojoj pravno-ekonomskoj prirodi, intencija zakonodavca je bila da se dozvoli pravo izvršnoj vlasti da propiše koji su to još adekvatni oblici obezbeđanja naplate carinskog duga. Aktuelni carinski zakon, kao što je konstatovano u prvoj rečenici ovog pasusa, na uopšten način definiše pitanje obezbeđanja. Polaganje obezbeđanja kao deo carinskog zakona jeste regulisano samo sa jednim članom. Carinski zakon u čl. 115 propisuje da *“carinski organ može da zahteva da se za robu koja je u carinskom postupku sa odlaganjem položi obezbeđenje da bi se obezbedila naplata carinskog duga koji bi mogao nastati u vezi s tom robom”*, te da *“Vlada može da propiše način polaganja obezbeđenja, kao i visinu obezbeđenja, odnosno oslobođenje od obaveze polaganja obezbeđenja za pojedine carinske postupke sa odlaganjem.”*²⁶⁹ Sadržaj zakonske norme u domenu obezbeđenja naplate carinskog duga jeste u prvom stavu uopšteno definisan, dok je zakonodavac u istom članu, stav 2 ostavio sva pitanja od značaja u vezi sa načinom polaganja obezbeđenja, visine obezbeđenja i oslobađanje od obaveze polaganja obezbeđenja u nadležnost Vlade R. Srbije. Niti u jednom delu carinskog zakona se ne govori o *tkz. carinskoj garanciji*, čime potvrđujemo iznet stav sa početka ovog segmenta rada u vezi sa terminološkim određivanjem pojma ove vrste bankarskih garancija. Smatramo da je sa stanovišta nauke potpuno neprihvatljivo, proizvoljno utvrđivanje naziva različitih vrsta garancija bez osnova ili u pozitivnopravnim propisima domicijalnog karaktera ili u međunarodnim izvorima prava. Samo na primeru ove vrste garancije, naučna i šira javnost bi mogla pogrešno da zaključi da uistinu postoji carinska garancija kao posebna vrsta garancije, što je u prethodnom delu rada dokazano kao pogrešno.

Jedan deo naučne javnosti jasno terminiško definiše carinsku garanciju kao bankarsku garanciju, što je po našem mišljenju ispravno tumačenje. Tako Palaček smatra da se pod *“carinskom garancijom podrazumeva takva bankarska garancija, kojom se banka garant obavezuje da će isplatiti garantni iznos za slučaj da dužnik (nalagodavac) ne vrati u*

²⁶⁸ Carinski zakon ("Službeni glasnik Republike Srbije", br. 73/03, 61/05, 85/05 - dr. zakon i 62/06 - dr. zakon)

²⁶⁹ Čl. 115. Carinski zakon ("Sl. glasnik RS", br. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 i 113/2017 - dr. zakon)

inostranstvo privremeno uvezenu robu, odnosno za slučaj da se roba zadrži a da se carinski dug ne plati". Problematika ovog načina definisanja carinske garancije nije toliko u samom načinu njenog pojmovnog određivanja od strane autora, već u delu nastavka citiranog teksta u kojem se kaže da "carinske garancije se mogu dati: domaćoj carinarnici, kao garancija da će roba koja je privremeno uvezana biti vraćena u određenom roku u inostranstvo, inostranom vlasniku; i, inostranoj carinarnici kao garancija da će roba koju je privremeno uvezla inostrana firma nakon završetka posla biti izvezana ponovo". Problematiku koju uočavamo odnosi se način formulisanja pojma garancije od strane autora. Naime, ako znamo da su bankarske garancije isključivo vezane za obavezu izdavaoca garancija koja je uvek novčanog karaktera, što je sam zakonodavac imperativno odredio²⁷⁰, sasvim je jasno da sadržaj garancije (bilo koje vrste) ne može da inkorporira obavezu banke koja je bilo kakve druge prirode, osim one na koju se zakonodavac poziva, a to je obaveza novčanog davanja. Uvažavajući izneto, a analizirajući navedeno od strane autora, moglo bi se pogrešno zaključiti da banka povodom izdavanja tkz. carinskih garancija domaćoj carinarnici (razvrstavanje učinjeno od strane autora) garantuje da će roba koja je privremeno uvezana biti vraćena u određenom roku u inostranstvo, inostranom vlasniku. Analizirajući samo ovaj deo navoda, moglo bi se pogrešno zaključiti da banka na sebe preuzima obavezu vraćanja ovakve robe, što bi bilo apsolutno pogrešno. Smatramo da navedeni autor nije u svom načinu pisanja bio dovoljno precizan, pa je ostavio prostora za različita tumačenja. Mišljenja smo da je dovoljno bilo da u opisanim vrstama carinskih garancija (domaćoj i inostranoj carinarnici) samo jasno jezički definiše da obaveza banke kao izdavaoca garancije, jeste plaćanje garantovanog novčanog iznosa u slučaju nastupanja rizika koji su definisani kod garancija koje se mogu dati domaćoj odnosno inostranoj carinarnici. Smatramo da je Palaček bio stava da je dovoljno to što je prilikom definisanja carinske garancije, kao posebne vrste bankarske garancije, determinisao obavezu banke u smislu isplate garantovanog novčanog iznosa, te da isto nije smatrao kao nužno ponoviti kod razrade ove vrste garancije, prema kriterijumu koji je on izveo kao merodavan - da su carinske garancije vezane isključivo za plaćanja banke u slučaju nastupanja rizika iz garancije. Kako se navedeno može protumačiti kao obaveza banke koja je drugog karaktera, tj. u ovom slučaju vraćanja privremeno uvezene robe u inostranstvo odnosno njen reeksport, jasno je da ex lege ovo nije moguće, čime argumentacija ovog autora nije pravno osnovana.

²⁷⁰ Čl. 1084. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

Carinska garancija ne predstavlja ništa drugo nego bankarsku garanciju za plaćanja koja je specifična zbog karaktera osnovnog posla zbog kojeg nastaje. Iako razumemo intenciju jednog dela naučne javnosti da se kod klasifikacija garancije ode korak dalje od one klasifikacije koje imaju osnova u izvorima prava za garancije, smatramo ipak da upotreba termina kao što je “carinska garancija” može dovesti u zabludu i naučnu i stručnu javnost, a čak i širu društvenu javnost, o postojanju neke posebne vrste garancije – u ovom slučaju carinske garancije, što je u ovom delu rada zaključeno kao netačno.

2.6. Konsignaciona garancija

Konsignacija (engl. consignment stock, consignment sale, nem.konsignation) je posao u kojem vlasnik (konsignant) šalje određenu količinu robe svom zastupniku ili konsignatoru na konsignacijsko skladište s kojeg je konsignator prodaje za račun konsignanta. Konsignacija kao pravni odnos pojavljuje se u međunarodnoj trgovini (ređe unutrašnjoj), ali ne samostalno, nego je uvek vezana uz ugovor o zastupanju ili komisioni ugovor.²⁷¹ Određeni autori smatraju da pored osnovnih vrsta bankarskih garancija, postoje i specifične garancije u kojima banka garantuje da će njen nalogodavac izvršiti određenu “činidbu”.²⁷² U grupu ovih garancija ubrajaju i konsignacione garancije. Ukazivajući na specifičnost međunarodnih privrednih odnosa, iako je navedeno delo starijeg datuma, argumentacija koja je zastupana od strane Mitrovića i grupe autora, jeste i danas aktuelna. Posao konsignacije kao takav i dalje ima značaj u spoljnotrgovinskom poslovanju, pa shodno upotrebnoj prirodi bankarske garancije u međunarodnim poslovnim odnosima, jasno je da je postojala potreba za modeliranim oblikom bankarske garancije koja će se koristiti saobrazno interesima subjekata u ovim poslovima. Uvažavajući ovaj stav smatramo da je sa stanovišta potreba istraživanja neophodno ukazati na mišljenja i argumentaciju koja su učinjena vezi sa ovom vrstom garancija. Možemo napomenuti da sem ove grupe autora koja je prethodno citirana, u pregledu domaćih izvora literature naišli smo samo na još jedan izvor koji recipira dati tekst u novije izdanje od strane drugih autora.²⁷³

²⁷¹ Preuzeto iz članka sa: <https://www.scribd.com/doc/70366622/Konsignacija>

²⁷² Mitrović, D. i drugi (1982). Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa. Savremena administracija, Beograd, str. 204.

²⁷³ Vidi više: Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 279.

1. *Konsignaciona garancija predstavlja bankarsku garanciju kojom se banka garant obavezuje da će inostranom vlasniku robe tj. principalu, isplatiti garantni iznos ako zastupnik (nalogodavac, bančin klijent) ne vrati robu sa konsignacionog skladišta u slučaju prestanka ugovora o zastupanju, odnosno u slučaju da ne plati prodatu robu ili ne izvrši druge radnje prema uslovima i rokovima predviđenim ugovorom.*²⁷⁴ Ovde primećujemo jednu značajnu razliku u pristupu definisanja pojma garancije. Ako je prethodna kritika upućena grupi autora u vezi sa načinom definisanja pojma carinske garancije, ovde se može pohvaliti grupa autora teksta za način na koji je definisan pojam konsignacione garancije. U samom pojmovnom definisanju ove vrste garancije jasno se ukazuje da je reč o bankarskoj platežnoj garanciji, i da kao takva jeste u vezi (ne formalnoj već suštinskoj) sa osnovnim pravnim poslom, konsignacijom. Konsignaciona garancija jeste propratno sredstvo obezbeđenja u korist inostranog vlasnika robe – principala, kojom on anulira rizik neugovornog ponašanja njegovog zastupnika na određenom tržištu. Da bi se adekvatno pokrio rizik koji je prethodno opisan, mora se u obzir uzeti činjenica da izdavanje bankarske garancije povodom ovog posla unapred determiniše sadržaj garancije u pogledu nekih bitnih obeležja. Shvatajući da ovaj pravni posao jeste spoljnotrgovinskog karaktera, a da vlasnik robe jeste poslovni subjekt iz inostranstva, dok je njegov zastupnik na domaćem tržištu uvek domicijalno registrovan za obavljanje ove privredne delatnosti, jedno od prvih pitanja koje se postavlja i pre utvrđivanja sadržaja bankarske garancije, jeste pitanje u vezi sa izdavanjem bankarske garancije, tačnije pitanje da li takvu bankarsku garanciju izdaje inostrana banka principala, ili pak banka zastupnika. Uvažavajući osnovna pravila u vezi sa garancijama na prvi poziv, jasno je da bankarska garancija će u većini slučajeva biti izdata od strane one banke u kojoj nalogodavac ima račun, tj. u ovom slučaju zastupnik u konsignacionom poslu. Shvatajući pravnu prirodu konsignacionog posla, jasno je da je nepraktično i pravno otežano da zastupnik obezbedi bankarsku garanciju banke iz države odakle dolazi principal, pa se isti mora zadovoljiti garancijom domicijalne banke zastupnika. Ipak, nije redak slučaj da sam principal zahteva izdavanje bankarske garancije od strane neke konkretne inostrane banke, ali je ipak u većini slučajeva banka koja izdaje ovu garanciju istovremeno i banka samog zastupnika.

2. Konsignaciona garancija pokriva konkretne rizike u vezi sa konsignacionim poslom korisnika garancije. Banka garant se, pre svega obavezuje, da će isplatiti garantovani iznos naznačen na garanciji korisniku garancije u slučajevima kada zastupnik ne plati

²⁷⁴ ibidem.

prodatu robu, ili ne vrati robu u konsignaciono skladište kada je ugovor sa principalom prestao da proizvodi pravno dejstvo.²⁷⁵ Konsignacionom garancijom korisnik garancije se obezbeđuje u slučaju nastupanja dva rizika (mada ista može imati i prošireno dejstvo ukoliko se u sadržaju garancije drugačije definiše). U praksi, nastupanje rizika neplaćanja prodane robe principalu jeste znatno češći rizik, jer neplaćanje prodane robe jeste u poslovnim odnosima česta praksa. Kada je u pitanju način utvrđivanja visine garantovanog novčanog iznosa koji će biti isplaćen aktiviranjem konsignacione garancije, iznos se utvrđuje isključivo na osnovu procene vrednosti robe koja se nalazi u konsignacionom skladištu. Pitanje procene vrednosti robe koja se nalazi u konsignacionom skladištu se utvrđuje u okviru osnovnog ugovora između inostranog vlasnika robe i njegovog zastupnika. Osnovica za utvrđivanje novčanog iznosa garancije jeste povezana sa ukupnom vrednošću uskladištene robe, s tim što garancijski iznos po pravilu jeste u maksimalnom iznosu naveden u odnosu na ukupnu vrednost uskladištene robe. U praksi, izdavalac bankarske garancije dobija instrukcije od nalogodavca u pogledu visine garantovanog iznosa, dok se isti taj iznos utvrđuje na osnovu elemenata iz osnovnog ugovora sa inostranim vlasnikom robe – principalom, koji je i korisnik garancije. Iako postoji sloboda određivanja visine novčanog iznosa garancije, jasno da ovaj iznos ne može biti proizvoljno određen, već mora biti saobrazan elementima iz osnovnog ugovora, što je u ovom slučaju vrednost uskladištene robe. Kada je u pitanju rok važenja konsignacione garancije, kao i kod drugih garancija on je utvrđen i povezan sa rokom važenja osnovnog ugovora – ugovor o robnom zastupanju.

3. U literaturi koja je korišćena za potrebe ovog segmenta istraživanja u radu identifikovana su i različita mišljenja u vezi sa određenim specifičnim karakteristikama konsignacione garancije. Prema mišljenju Ivaniš, M. i Ivaniš, S. konsignacione garancije mogu biti višestruke i obično se javljaju u nekoliko oblika, i to kao:

- garancija da će držalac konsignacionog skladišta transferisati principalu protivvrednost prodane robe u ugovorenim rokovima,
- garancija za vraćanje neprodane robe u slučaju raskida ili isticanja roka ugovora, i
- garancija za isplatu vrednosti eventualno nastale ili propale robe u konsignaciji.²⁷⁶

²⁷⁵ Andrews, G., Millett, R. (2011): Law of Guarantees. Sweet and Maxwell, London. Dostupno na sajtu: <https://books.google.rs/books?id=L5Lo63CFp2sC&pg=PA27&dq=bank+guarantee+elements&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwjhs-zdoIneAhVliiwKHRrTCC4Q6AEITjAF#v=onepage&q=bank%20guarantee%20elements&f=false>

²⁷⁶ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 280.

U navedenom radu grupa autora je pokušala da, opšti rizik koji je pokriven konsignacionom garancijom, razradi na više "pod rizika" koji se pod isti mogu podvesti, tj. situacije koje bi u slučaju nastanka predstavljale legitimni osnov za isplatu garancije. Kada je u pitanju prvi oblik konsignacione garancije, kod ove vrste garancija pokriva se rizik neisplaćivanja principalu protivvrednosti prodate robe u ugovorenim rokovima od strane držaoca konsignacionog skladišta. Sa ovim oblikom konsignacione garancije se možemo složiti i na isti nemamo zamerke. U slučaju da držalac robe u konsignacionom skladištu ne transferiše inostranom vlasniku robe protivvrednost prodate robe, korisnik garancije će imati pravo na isplatu garantovanog novčanog iznosa. Jedini uslov jeste da je protekao rok za plaćanje ove prodate robe koji je definisan u sadržaju osnovnog ugovora između ovih subjekata. Isti zaključak, odnosno stav jeste primenjiv i kod konsignacione garancije koja pokriva rizik u slučaju nestele ili propale robe u konsignaciji (treći oblik). U slučaju da roba koja se nalazi u konsignacionom skladištu nestane ili propadne, banka kao izdavalac garancije će biti u obavazi da isplati vrednost ove robe koja je utvrđena u sadržaju garancije. U vezi sa ova dva oblika konsignacione garancije (prvi i treći) nemamo posebno šta zameriti autorima, i smatramo da su sa stanovišta argumentacije u elaboriranju njihovih specifičnih pojava karakteristika prakseno osnovana i utemeljena. Međutim, ono sa čime se ne slažemo sa navedenim autorima odnosi se na drugi oblik konsignacione garancije i rizik koja ona pokriva - *garancija za vraćanje neprodane robe u slučaju raskida ili isticanja roka ugovora*. Citirani autori su izneli stav da konsignaciona garancija u svojoj specifičnosti jeste i garancija za vraćanje neprodane robe u slučaju raskida ili isticanja roka ugovora. Ovo stanovište jeste po našem mišljenju pogrešno i suprotno odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Naime, u okviru spomenutog zakona, u članu 1083 st. 1 i 1084 jasno je definisano da "*bankarskom garancijom se obavezuje banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji, kao i da banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza*"²⁷⁷ Iz navedenog jasno je da na osnovu izdate bankarske garancije, što konsignaciona garancija i jeste, banka preuzima obavezu izmirivanja obaveze iz garancije u slučaju da treće lice istu ne ispuni o dospelosti, ali ta obaveza može biti isključivo novčanog karaktera, pa čak onda kada se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza, kao što je to slučaj kod konsignacionih

²⁷⁷ Čl. 1084. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).

garancija za sva tri oblika. Shvatajući hijerarhiju pravnih akata, jasno je da odredbe Zakona o obligacionim odnosima u ovom slučaju jesu kogentne prirode, pa je zakonski nemoguće da banka preuzme na sebe izvršenje određene obaveze koja je nenovčanog karaktera. Oblik konsignacione garancije koja je od strane navedenih autora definisana kao garancija za vraćanje neprodane robe u slučaju raskida ili isticanja roka ugovora nije zakonski moguća, što jasno proizilazi iz argumentacije koja je prethodno navedena. Smatramo da su autori bili "neprecizni" u formulisanju ovog oblika garancija, jer ova vrsta konsignacione garancije postoji, ali se drugačije definiše. U pitanju je konsignaciona garancija kojom se banka obavezuje da će korisniku garancije isplatiti garantovani novčani iznos ukoliko dužnik (nalogodavac) ne vrati neprodanu robu korisniku garancije u slučaju raskida ili isticanja roka ugovora. Banka se obavezuje da će novčano obešteti korisnika garancije u navedenom slučaju, ali karakter tog obeštećenja jeste isključivo novčanog iznosa koji je garancijom utvrđen, a ne kako se implicira od strane navedenih autora u vraćanju neprodane robe u opisanim situacijama. Mišljenja smo da je od strane ovih autora učinjena nesvesna omaška, jer smo uvereni da su upoznati sa osnovim načelom bankarske garancije – načelo novčanosti. Ostale karakteristike ovih garancija jesu saobrazne sa drugim oblicima bankarskih garancija, te se analogno primenjuju na iste.

2.7. Garancija za otplatu finansijskih kredita

Uloga i značaj kredita u savremenom poslovanju jeste takva da je njihovo nepostojanje nezamislivo. Funkcije kredita, kao oblika finansiranja u savremenim poslovnim odnosima, prevazilazi po značaju većinu obligacionih poslova. Ugovor o kreditu jeste bankarski posao kojim se banka obavezuje da će korisniku kredita staviti na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez utvrđene namene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je utvrđeno ugovorom.²⁷⁸ Navedena zakonska definicija trpi određene kritike od naših pravnih teoretičara, koje se ogledaju u sledećem, i to:

- da posao kredita nije samo bankarski posao, što u našim sadašnjim uslovima, tvrdnja ovih teoretičara nije tačna, pošto kredit mogu da daju samo banke;

²⁷⁸ Čl. 1065. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

- da krediti bez namene sve više iščezavaju, što takođe, u sadašnjim uslovima, nije tačna tvrdnja pravnih teoretičara s obzirom da banke daju sve više ovakvih kredita (tzv. potrošački krediti);
- da kamata, kao cena kredita, ne isključuje ugovaranje i drugih naknada za korišćenje ili u vezi sa korišćenjem kredita, što je delimično tačna tvrdnja, s obzirom da banke naplaćuju troškove obrade kredita, troškove provere kreditnog rejtinga i dr;
- da stoji kritika zakonske definicije da kredit na neodređeno vreme nije moguć, pošto je rok za vraćanje kredita uvek određen ili odrediv.²⁷⁹

Specifično obeležje kredita jeste procena rizika plasiranja i naplate kredita. Smatra se da, odobravanje kredita jeste odluka, koja se donosi na bazi “kvaliteta poslovne istorije” tražioca kredita, na sadašnjem ekonomskom stanju tražioca kredita i na bazi procene budućeg kvaliteta poslovanja/priliva novčanih sredstava tražioca kredita.²⁸⁰ U vezi sa procenom rizika plasmana kredita, javila se potreba za primenom bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja kreditnog plasmana u korist davaoca kredita, kojim se anulira rizik nevraćanja novčanih sredstava od strane korisnika kredita. S obzirom da je reč o tkz. garanciji za otplatu finansijskih kredita, ista se koristi u opisanoj nameni po ovoj vrsti kredita koja ima sva obeležja kredita kao bankarskog posla, sa određenim specifikumom. U poslovnoj praksi banaka pojavljuju se dve vrste kredita, krediti čiji su korisnici fizička lica i privredni subjekti – komercijalni krediti, i krediti čiji su korisnici pored privrednih subjekata i banke kao specijalizovane finansijske institucije. Za razliku od komercijalnih kredita, kod finansijskih kredita korisnik kredita može isključivo biti privredni subjekt.²⁸¹ Radi anuliranja kreditnog rizika plasmana sredstava, banka kao davalac kredita zahteva pribavljanje određenih sredstava obezbeđenja. Za kreditne plasmane većeg iznosa, zahteva se ili izdavanje bankarske garancije ili adekvatna zaloga na pokretnim, odnosno nepokretnim stvarima korisnika kredita. Garancija za otplatu finansijskih kredita jeste najčešće korišćeno sredstvo obezbeđenja potraživanja za ove vrste obligacija. Potrebno je naglasiti da za razliku od komercijalnih kredita, finansijski krediti jesu po novčanoj vrednosti znatno veći, kao i da se njima obično pokriva deo investicionog ulaganja za koje korisnik kredita nema dovoljno svojih finansijskih sredstava.

²⁷⁹ Antonijević, Z. (1982). Bankarsko pravo, Savezna administracija, Beograd, str. 174.

²⁸⁰ Vasiljević, A. (2013). Nepouzdanost finansijskih izveštaja u procesu kvalitetne procene bonitetnosti korisnika kredita. Civitas, str. 109.

²⁸¹ Vidi više: Vukašinović, S. (2007): Dugoročni finansijski plasmani. Revizor : časopis za teoriju i praksu : računovodstvo, poslovne finansije, poslovno pravo, menadžment ISSN: 1450-7005.- Vol. 10, br. 40 (2007), str. 87-94

1. *Garancija za otplatu finansijskog kredita jeste bankarska garancija kojom se njen izdavalac obavezuje da će korisniku garancije – zajmodavcu, isplatiti garantovani novčani iznos ukoliko zajmopripramac - korisnik finansijskog kredita, u ugovorom uvrđenom roku ne izvrši isplatu ugovorenih rata sa pripadajućim kamatama.* Specifičnost ove vrste garancija jeste, da se u osnovnom poslu – ugovor o finansijskom kreditu, kao i u garanciji za otplatu finansijskog kredita, pojavljuju dve različite banke, što čini ovu vrstu garancije posebnom. Potreba osiguranja plasmana kredita, naročito kod finansijskih kredita, jeste pitanje od prvorazrednog značaja za davaoca kredita - banku. S obzirom da stvarnopravna sredstva obezbeđenja često nisu dovoljna da pokriju iznos finansijskih kredita, bankarska garancija se pojavljuje kao nužno obligacionopravno sredstvo obezbeđenja. Izdavanjem bankarske garancije, banka garant, korisniku kredita, umesto neposrednog kreditiranja pozajmljuje svoj potpis, odnosno drugim rečima poslovna banka korisniku kredita pribavlja kredit na bazi svoje garancije kod druge banke ili trećih lica.²⁸² Ovako definisana garancija za otplatu finansijskog kredita od strane Vorkapića zahteva dodatno objašnjenje. Privredni subjekt koji ima potrebu za određenim finansijskim sredstvima većeg obima obraća se određenoj banci radi kreditnog finansiranja. Ono što je specifično kod ove vrste posla jeste da se privredni subjekt ne obraća svojoj, matičnoj banci za kreditiranje, već drugoj banci. Ipak u praksi se dešava da se subjekt prvo obrati svojoj banci, ali da ona iz određenih razloga ne može da sklopi ugovor o finansijskom kreditu, već ga upućuje na drugu banku. Istovremeno njegova matična banka se pojavljuje u ulozi “jemca” tj. banke koja će da garantuje drugoj banci da će njen klijent uredno izvršavati obaveze plaćanja ugovorenih rata sa pripadajućom kamatom, a da će ona kao izdavalac garancije isplatiti garantovani novčani iznos davaocu finansijskog kredita, ukoliko njen klijent ne postupi u skladu sa odredbama osnovnog ugovora. Važno je napomenuti da se kao davalac kredita mogu pojaviti i druge finansijske organizacije, u skladu sa domicijalnim pravom koje se primenjuje.

Garancija za otplatu finansijskih kredita jeste jedna od vrsta bankarskih garancija, ali samo ako istu posmatramo sa aspekta pravnog posla na osnovu kojeg nastaje. U svojoj pravnoj esenciji, reč o klasičnoj bankarskoj platežnoj garanciji koja po svim svojim obeležjima jeste saobrazna sa ovim osnovnim oblikom bankarske garancije, naročito ako se u obzir uzmu i njena druga obeležja koja se tiču utvrđivanja novčane visine vrednosti garancije, roka važenja garancije, kao i njena bezuslovna pravna priroda. Garancija za

²⁸² Vorkapić, S. (1986). Ugovor o uvozu investicione opreme. Zavod za organizaciju poslovanja i obrazovanja kadrova, Beograd. str. 214.

otplatu finansijskih kredita jeste uvek bezuslovnog karaktera, jer davalac kredita želi da je u što povoljnijem pravnom položaju, pa insistira na dostavljanju bezuslovne garancije po kojoj bi se brzo i lako naplatilo. U pogledu visine garantovanog novčanog iznosa, visina iznosa je posledično povezana sa ugovorom o kreditu u kojem je preciziran iznos kredita, rokovi otplate kredita, visina kamatne stope, kao i drugi troškovi kredita. Rok važenja za garancije za otplatu kredita jeste vezan za rok važenja ugovora o kreditu, tj. dinamiku njegove otplate, a isti uvek mora biti duži od roka koji je definisan u osnovnom ugovoru, odnosno mora biti duži od datuma poslednje rate kredita. Ostali elementi garancije za otplatu finansijskih kredita jesu saobrazni sa onim koji su analizirani kod bankarskih garancija za plaćanja.

2.8. Garancija za otplatu kredita putem doznake

Mogućnost transformacije bankarske garancije u skladu sa potrebama korisnika garancije i specifičnih obeležja osnovnog posla, pozitivno je uticala kako na upotrebu bankarske garancije u praksi, tako i kao osnov za nastanak i razvoj različitih vrsta bankarskih garancija. Garancija za otplatu kredita putem doznake jeste jedna od mnogih vrsta bankarskih garancija koje su u dosadašnjem delu rada analizirane, a koja jeste od strane dela pravne nauke izdvojena kao posebna usled specifičnih obeležja osnovnog pravnog posla iz kojeg nastaje.

1. Garancija za otplatu kredita putem doznake predstavlja takvu vrstu garancije kojom se banka kao izdvalac garancije pojavljuje u ulozi garanta, i izdaje garanciju u korist korisnika garancije (davaoca kredita), kojom garantuje da će isplatiti deo kredita koji dužnik iz osnovnog posla nije učinio. Jedan deo pravne nauke smatra da ova vrsta garancije bi trebalo da se zove *garancija za otplatu robnih kredita*. Prema mišljenju Kapora, garancija za otplatu robnih kredita jeste takva vrsta bankarske garancije gde se banka garant obavezuje da će korisniku garancije (isporučiocu, tj. prodavcu opreme ili izvođaču radova) isplatiti kreditirani deo vrednosti isporuče robe ili izvršenih radova ukoliko to ne učini nalogodavac (kupac ili naručilac).²⁸³ U pokušaju da obrazloži posebnost garancija za otplatu robnih kredita, navedeni autor konstatuje da, u međunarodnom prometu roba i usluga, posebno za poslove veće vrednosti kod isporuke opreme ili izvođenja investicionih radova, često dolazi do pojave da isporučiocu tj. prodavcu ili izvođaču radova nude opremu, odnosno izvođenja radova na kredit, pa iz tog razloga se kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ovih ugovora

²⁸³ Kapor, P. (2008): Međunarodne poslovne finansije. Megatrend univerzitet, Beograd, str. 341.

pojavljuje i posebna vrsta bankarske garancije - garancija za otplatu robnih kredita. Mišljenja smo da ovaj način diversifikovanja bankarskih garancija na više pojava oblika nije dobar u ovom konkretnom slučaju. Naime, garancija za otplatu kredita putem doznake može da obuhvati širok spektar kredita koji se u praksi pojavljuju, pa čak i robne kredite. Ne vidimo poseban razlog za ograničavanje ove vrste garancije samo za otplatu robnih kredita, na način kako je ovaj autor to učinio, jer rizik koji se pokriva i kod garancija za otplatu robnih kredita i kod garancije za otplatu kredita putem doznake jeste isti. Banka garantuje da će u slučaju da dužnik iz osnovnog posla (korisnik kredita – kupac ili naručilac) ne ispuni obavezu plaćanja po osnovu ugovora o kreditu, izvršiti obavezu plaćanja po osnovu izdate bankarske garancije u iznosu koji predstavlja ukupni dugovni deo preostalog kredita. Da li je u pitanju robni kredit ili kredit u novcu, obaveza banke garanta jeste identična, isplata kreditiranog novčanog iznosa ili isplata kreditiranog dela ugovorene cene robe u preostalom iznosu u odnosu na ukupnu novčanu vrednost kredita. Smatramo da razlika između robnih kredita i kredita u novcu jeste samo u predmetu kredita, dok ostali segmenti ovih kredita jesu gotovo identični. Ovo stanovište nije mišljenje autora ovog rada, već i drugi autori smatraju ovakvo viđenje ispravnim. Tako Ivaniš i Ivaniš, smatraju da se robni kreditni poslovi zaključuju putem ugovora o robnim kreditima (ova vrsta ugovora jeste varijacija ugovora o kreditu), gde se preciziraju rokovi i iznosi otplate, odnosno rate. Shodno tome, do realizacije garancije za otplatu robnih kredita dolazi kada kupac, tj. naručilac ne izvrši doznaku na ime otplate rate u ugovorenom roku prema zaključenom ugovoru, pa se ove garancije često nazivaju garancije za otplatu kredita putem doznaka.²⁸⁴ Prema mišljenju ovih autora, garancije za otplatu robnih kredita jesu u stvari garancije za otplatu kredita putem doznaka, čime se u stvari umnogome proširuje dejstvo ove vrste garancija na različite vrste ugovora o kreditu, te se onda može opravdati njihovo posebno identifikiranje i razvrstavanje u odnosu na druge vrste bankarskih garancija.

2. Garancija za otplatu kredita putem doznaka ima određene specifičnosti u odnosu na druge vrste bankarskih garancija. Prvo, sama priroda ugovora o kreditu (nevezano za njegovu namenu uz isključivanje finansijskih kredita) jeste takva da utiče na određene elemente garancije. Pošto je u pitanju kreditno zaduživanje koje je uvek u novcu (čak i kod robnih kredita iznos vrednosti robe je novčano naznačen), a trajanje kredita, dinamika otplate i ostali elementi kredita jesu vremenskog karaktera i ispunjavaju se periodično

²⁸⁴ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 284.

(anuitetno) u skladu sa ugovorom o kreditu, način definisanja garantovanog novčanog iznosa u sadržaju garancije jeste uslovljen prethodno opisanim. Iz tog razloga prakseno se ne preporučuje izdavanje konačne garancije, već se umesto toga izdaje tkz. privremena garancija. *Privremena garancija uzima u obzir činjenicu da nije poznato da li će doći do nastupanja garantovanog slučaja. Iz tog razloga nije moguće utvrditi obim bančine obaveze po takvoj garanciji, pa se praktikuje izdavanje privremene garancije koja ima sve elemente konačne garancije.* U sadržaju privremene garancije se obavezno ubacuje klauzula koja konstatuje da privremena garancija proizvodi pravno dejstvo do isplate celokupne sume na koju garancija privremeno glasi (ekvivalentno sa novčanim iznosom vrednosti kredita) ili pak do njene zamene konačnom garancijom. Privremena garancija nema sve elemente definitivne garancije, jer je to pravno i nemoguće s obzirom na pravnu prirodu osnovnog posla, pa se tako u privremenoj garanciji ne preciziraju odredbe koje se tiču rokova plaćanja, važenja garancije i obima bančine obaveze. Sva ova pitanja se preciziraju u okviru sadržaja definitivne garancije.

Garancija za isplatu kredita doznake jeste uvek garancija koja je bezuslovnog karaktera. Nastupanjem garantovanog slučaja banka garant kod bezuslovnih garancija je dužna da postupi po zahtevu kornika garancija, i da isplatu garantovani novčani iznos. Shvatajući da kredite odobravaju banke (sem kada je reč o robnim kreditima koju mogu da daju i druga privredna društva), interes poverioca iz osnovnog posla jeste da garancija koja se izdaje bude bezuslovnog karaktera, radi lakšeg i bržeg naplaćivanja. Ostali elementi garancije jesu saobrazni sa elementima obične garancije za plaćanje, pa se tako sadržaj garancije određuje u komunikaciji između svih interesnih strana u garancijskom odnosu. Rok važenja garancije mora biti duži od konačnog roka koji je ugovorom o kreditu definisan u smislu potpunog namirenja svih obaveza dužnika po ovom poslu, i on jeste mesec dana od dana koji je definisan u osnovnom ugovoru kao poslednji dan za konačno izvršenje svih obaveza po ugovoru o kreditu.²⁸⁵

Garancija za isplatu kredita putem doznaka jeste specifični oblik bankarske garancije, ako istu posmatramo sa stanovišta karaktera i pravnih obeležja osnovnog pravnog posla iz kojeg proizilazi. Sa stanovišta izvora prava, ova vrsta garancije nije posebno regulisana nijednim relevantnim izvorom, te se njena terminološka upotreba zasniva isključivo na osnovu praksenog korišćenja bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja izvršenja

²⁸⁵ Vidi više: Mugasha, A. (2003): The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees. University of Essex, United Kingdom. pgn. 123-128.

ugovora u kreditnim poslovima. Ovde bi samo napravili distinkciju između regularnih kreditnih poslova i finansijskih kredita, usled razlika koji postoje između njih, zbog čeka se u praksi i pojavljuju dve vrste garancija kod ovih poslova, garancija za otplatu finansijskih kredita i garancija za otplatu kredita putem doznaka. Sa stanovišta naučne verifikacije specifičnosti ovih garancija možemo ponoviti stav da iste nemaju naučno utemeljen osnov da bi se posebno izdvojile u odnosu na druge vrste bankarskih garancija, ali shvatamo da praksena upotreba ovih garancija jeste uslovila potrebu za njihovim posebnim terminološkim identifikovanjem u odnosu na druge slične garancije.

3. Podela bankarskih garancija na osnovu broja banaka koje učestvuju u garancijskom odnosu

3.1. Supergarancija

U dosadašnjem delu istraživanja utvrđeni su mnogi pozitivni aspekti bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja, pa je razumljivo da primena ovog instrumenta u praksi jeste izuzetno naglašena, naročito u spoljnotrgovinskom poslovanju i u poslovima velikih vrednosti. Jedan od razloga nastanka, ali i primene bankarske garancije u praksi, jeste postojanje “nepoverenja” između ugovornih strana u smislu izvršenja ugovornih obaveza. Ovo stanje ne mora nužno biti posledica identifikovanja indicija da druga strana neće ispuniti obaveze iz osnovnog ugovora, već jeste posledično povezana i sa kompleksnošću realizacije određenih poslova, kao i ekonomskih mogućnosti ugovornih strana u pravcu izvršenja svojih preuzetih obaveza. Rizik neispunjenja ugovorom preuzetih obaveza jeste prisutan iz različitih razloga, pa s tim u vezi bankarska garancija adekvatno anulira te rizike koji pogađaju korisnika garancije. Prakseni značaj bankarske garancije jeste s razlogom prihvaćen i umnogome povezan sa činjenicom da banka, kao izdavalac bankarske garancije jeste i garant izvršenja obaveza nalogodavca. Kao finansijska institucija koja uživa visoko poverenje među poslovnim subjektima, banka kao izdavalac garancije jeste idealni pravni subjekt u ulozi garanta izvršenja obaveze njenog nalogodavca.²⁸⁶ Ipak, kao i među privrednim subjektima, tako i među bankama postoje razlike, u smislu stepena poverenja koje određena banka uživa u odnosu na druge banke, a što je povezano sa različitim

²⁸⁶ Korisnik garancije uživa veći stepen zaštite svojih interesa upravo na osnovu činjenice da subjekt koji mu garantuje izvršenje obaveze iz osnovnog ugovora, jeste subjekt sa visokim finansijskim kapacitetima.

indikatorima kao što su broj klijenata banke, visina kapitala banke, broj poslovnih jedinica, udeo na tržištu, kao i opšti bonitet koji proizilazi iz različitih finansijskih pokazatelja. Bankarska garancija predstavlja za korisnika garancije vrlo pogodno sredstvo obezbeđenja, ali je od praktičnog značaja jednako važna i činjenica koja je konkretno banka izdala bankarsku garanciju, uzimajući u obzir prethodno navedene indikatore ocene pozicije jedne banke na određenom finansijskom tržištu.

Učešće više banaka u pravnom poslu bankarske garancije zavisi od složenosti poslovnih odnosa, volje učesnika u garancijskom poslu, poverenja koje korisnik garancije ima u dužnikovu banku koja je izdala garanciju i imperativnih propisa u zemlji korisnika garancije.²⁸⁷

1. Iskustva u primeni bankarske garancije pokazala su potrebu za dodatnim “osiguranjem” interesa korisnika garancije, uvažavajući činjenicu da u određenim slučajevima, obim i veličina osnovnog posla jeste takve prirode da zahteva učestvovanje više banaka u garancijskom poslu, ili pak da poverilac – budući korisnik, nema dovoljno poverenja u banku koja mu je izdala bankarsku garanciju. U opisanim situacijama dolazi do izdavanja tkz. supergarancije. Ovde je važno istaći da čak i Zakon o obligacionim odnosima prepoznaje i zakonski determiniše ovu situaciju u čl. 1085 zakona. Prema zakonskoj definiciji pojma - Potvrda garancije (supergarancija) iz čl. 1085, reč je posebnoj vrsti bankarske garancije, koja se zakonski definiše na sledeći način: ako druga banka potvrdi obavezu iz garancije, tako da korisnik može svoje zahteve iz garancije podneti bilo banci koja je izdala garanciju, bilo onoj koja ju je potvrdila. Naučna zajednica razrađuje navedenu zakonsku definiciju u obimu i karakteru koji je u skladu sa ovim propisom. Prema mišljenju Vorkapića, supergarancija predstavlja dokument posebnog jemstva, koji u stvari predstavlja jemstvo na jemstvo, garanciju na garanciju, odnosno garanciju drugog reda, te se zaključuje da potreba za postojanjem supergarancije jeste posledica postojanja velikog nepoverenja u garanciju prvog reda, kao i u likvidnost glavnog dužnika i njegove banke garanta.²⁸⁸ Prema mišljenju Pavićevića, pored navedenih argumenata u smislu definisanja pojma supergarancije i razloga njihovog izdavanja, navodi se da je u nekim zemljama prinudnim propisima određeno da se za neke vrste poslova mora pribaviti i supergarancija neke

²⁸⁷ Vujičić, J. (2012): Ugovor o izdavanju bankarske garancije. Zbornik radova “XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava”, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 116.

²⁸⁸ Vorkapić, S. (1986). Ugovor o uvozu investicione opreme. Zavod za organizaciju poslovanja i obrazovanja kadrova, Beograd. str. 215.

prvoklasne banke.²⁸⁹ Mora se istaći činjenica da relativno mali deo naučne javnosti se bavi problematikom supergarancija, u smislu naučno-istraživačkog rada na ovom polju. Prema našem mišljenju, supergarancija jeste posebna vrsta bankarske garancije kojom se izdavalac ove garancije obavezuje da će u slučaju neispunjenja obaveze dužnika iz osnovnog posla ili u slučaju neispunjenja obaveze plaćanja banke garanta iz izdate bankarske garancije, korisnik garancije moći da se naplati po osnovu izdate supergarancije kod banke garanta iz ovog odnosa. Malo kompleksniji način definisanja supergarancije jeste uslovljen činjenicom da do izdavanja supergarancije može se doći na dva načina, i to: putem naloga nalogodavca za izdavanje supergarancije; i putem naloga banke garanta za izdavanje supergarancije koji je upućen drugoj banci. Pravne “posledice” različitog načina izdavanja supergarancije dovode do različitog pravno-relevantnog stanja u zavisnosti od načina izdavanja supergarancije. Ukoliko do izdavanja supergarancije dolazi na osnovu upućenog zahteva nalogodavca, banka garant iz bankarske garancije se potpuno eliminiše iz takvog odnosa, jer se nalogodavac direktno obraća drugoj banci (banci koja treba da izda supergaranciju), pa dolazi do neposrednog pravnog odnosa između ovih subjekata. Posledično ovo pravno stanje jeste takvo da se banka garant – izdavalac bankarske garancije, i banka supergarant (izdavalac supergarancije) ne nalaze u neposrednom pravnom odnosu. Uspostavljanjem direktnog odnosa između nalogodavca – dužnika i banke koja izdaje supergaranciju, eliminiše se u procesnopravnom smislu uloga i značaj banke garante. Ipak, moramo istaći da praksena iskustva na ovom polju jesu takva da ukazuju na izuzetnu retkost ovakvog načina izdavanja supergarancije u praksi, jer supergarant nema interes da ulazi u posao supergarancije, bez da je direktno pravno povezan sa bankom garantom, što jeste slučaj kada do izdavanja supergarancije dolazi putem naloga banke garanta za izdavanje supergarancije koji je upućen drugoj banci. Kao što je već konstatovano, iako pravnoformalno postoji veći broj modaliteta izdavanja supergarancije, praksena iskustva nam govore da najveći broj izdatih supergarancija jeste nastao na osnovu izdatog naloga banke garanta za izdavanje supergarancije od strane druge banke.²⁹⁰

2. Drugi model izdavanja supergarancije ima za posledicu uspostavljanje, trajanje i prestanak pravnih odnosa između različitih subjekata koji je znatno kompleksnije pravne prirode. Zahtev za izdavanje supergarancije ne proizilazi iz volje dužnika (iako pravno formalno isti jeste nalogodavac kod izdavanja bankarske garancije), već iz zahteva poverioca

²⁸⁹ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 176.

²⁹⁰ Jang, N. (2009): Bank guarantee in Germany. Berlin, Esp, pgn. 203.

iz osnovnog posla. U odnosu između poverioca i dužnika inicijalno se javlja zahtev za izdavanje supergarancije, pored prethodnog zahteva za pribavljanje bankarske garancije. Dužnik iz osnovnog posla ima obavezu pribavljanja bankarske garancije, i istu realizuje u saradnji sa svojom bankom koja na osnovu ugovora o izdavanju garancije, garanciju izdaje u korist poverioca iz osnovnog posla. Međutim, uloga banke garanta se ovde ne završava. Banka garant je u obavezi da kod ovog načina izdavanja garancije pribavi supergaranciju druge banke u korist korisnika garancije. Da bi ovaj zahtev ispunila, banka garant upućuje nalog za izdavanje supergarancije drugoj banci, sa kojom ulazi u poseban ugovorni odnos povodom izdavanja ove garancije. Ovim se uspostavlja ugovorni odnos između banke garanta i banke supergaranta koji je ugovorno definisan. Posledično ovome, nalogodavac bankarske garancije se ne pojavljuje u ovom odnosu, pa zato jeste i opravdano mišljenje da bankarska garancija i supergarancija jesu međusobno pravno potpuno nezavisne.²⁹¹ Ipak, davanjem supergarancije uspostavlja se neposredni pravni odnos između banke koja je takvu garanciju izdala i korisnika garancije. Prema mišljenju Pavićevića, korisnik garancije je ovlašćen da po sopstvenom izboru zahteva isplatu garantovanog iznosa (kada je on pravno utemeljen), bilo od banke koja je izdala supergaranciju, bilo od banke koja je dala bankarsku garanciju, ili pak od obe banke istovremeno.²⁹² Po našem mišljenju ovaj stav jeste pogrešan, iako ovo navedeno mišljenje ima osnova u nekoj vrsti ekstenzivnog tumačenja čl. 1085 Zakona o obligacionim odnosima. Važno je apostrofirati da se korisnik bankarske garancije ne može naplatiti po obe garancije. Ukoliko dužnik iz osnovnog posla ne izvrši obavezu koja je povezana sa pravom aktiviranja naplate bankarske garancije, korisnik se može naplati od banke garanta, i u tom slučaju se ne može po istom osnovu pozivati na pravo na isplatu garantovanog novčanog iznosa iz supergarancije, jer je došlo do isplate iz bankarske garancije. Do aktiviranja prava na isplatu iz supergarancije dolazi kada banka garant nije isplatila novčani iznos iz bankarske garancije, a korisnikov zahtev je utemeljen i saobrazan izdatoj bankarskoj garanciji. U takvoj situaciji obaveza superbanke jeste validna, pa će korisnik garancije se pozvati na sadržaj izdate supergarancije na osnovu kojeg on ima pravo da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa, ukoliko obavezu iz izdate bankarske garancije u definisanom roku ne izvrši banka garant. Iz tog razloga je neophodno da sadržaj bankarske garancije i sadržaj supergarancije budu što više unificirani. Afirmaciju ovog stava možemo pronaći i kod drugih autora. Tako, Šogorov ističe da supergaranciju ne treba

²⁹¹ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 289.

²⁹² ibidem.

poistovećivati sa istovremenim postojanjem dve bankarske garancije datih od različitih banaka, kojima se se obezbeđuje namirenja korisnika po istom osnovnom poslu, već se radi o postojanju dva nezavisna garantna odnosa gde se odgovornost banaka vezuje za neispunjenjem obaveze dužnika iz osnovnog posla, pa kod supergarancije banka supergarant odgovara samo kada banka garant ne ispuni svoje obaveze po osnovu izdate bankarske garancije.²⁹³ Iz navedenog zaključujemo da Šogorov smatra da, supergaranciju moramo posmatrati kao samostalni pravni posao neakcesornog karaktera, te da kao takav proizvodi poseban pravni odnos između banke garanta i banke supergaranta. Prava i obaveze iz obe garancije, iako su posledično povezane u vezi sa zaštitom interesa korisnika garancije – poverioca iz osnovnog posla, jesu pravno odvojene stvari i kao takve se moraju analizirati. Iz navedenog jasno proizilazi da supergarancija jeste odvojeni i samostalni pravni posao između dve banke, banke garanta i banke supergaranta, pa pravo korisnika garancije povodom izdate supergarancije može biti traživo samo kada se desi situacija koja je klauzalno sadržana u supergaranciji, a kojom se definiše obaveza superbanke koja je izdala supergaranciju da isplati korisniku naznačeni novčani iznos ukoliko banka garant ne isplati iznos iz izdate bankarske garancije istom korisniku.²⁹⁴ Supergarancija jeste sredstvo obezbeđenja ispunjenja obaveze banke garanta, a ne sredstvo obezbeđenja ispunjenja obaveze dužnika iz osnovnog posla. Ta obaveza jeste povezana sa izdatom bankarskom garancijom, dok obaveza supergarant banke jeste obaveza koja proističe iz njenog ugovornog odnosa sa bankom garantom. Jedini zajednički “imenitelj” kod obe vrste garancije jeste da je korisnik garancije kod obe garancije isti subjekt.

3. Kada su u pitanju ostali elementi supergarancije, može se konstatovati da oni jesu u velikoj meri slično definisani na način kako je to učinjeno kod običnih bankarskih garancija. Pitanja u vezi trajanjem supergarancije, visinom garantnog iznosa, kao i ostala pitanja moraju biti definisana u sadržaju supergarancije u skladu sa sadržajem bankarske garancije u pogledu istih. Samostalnost supergarancije ne treba shvatati rigidno, jer ista mora

²⁹³ Šogorov, S. (2005). Bankarsko pravo, Poslovni biro, Novi Sad, str. 230.

²⁹⁴ Postoje i suprotna mišljenja dela pravne javnosti po ovom pitanju. Naime, Ivaniš i Ivaniš navode da “bez obzira na postojeće razlike u mišljenjima vezano za obim odgovornosti banke supergaranta, ipak prevladava mišljenje da se davanjem supergarancije uspostavlja neposredan pravni odnos između banke koja je izdala supergaranciju i korisnika garancije, pri čemu je korisnik garancije ovlašćen da po sopstvenom izboru zahteva isplatu garantnog iznosa, bilo od banke koja je dala supergaranciju bilo od banke koja je dala garanciju, bilo od obe banke istovremeno”. Vidi više: Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 289. Smatramo da mišljenje ovih autora nije saobrazno sa pravni obeležjima supergarancije na bazi argumentacije koja je gore navedena.

biti bar u načinu definisanja osnovnih elemenata saobrazna sa sadržinom bankarske garancije po istim ili sličnim pitanjima. Ono što je specifično za supergaranciju jeste da je ona uvek bezuslovna, čak i onda kada je izdata uslovna bankarska garancija od strane banke garanta.

Na kraju, moramo istaći i subjektivno viđenje autora ovog rada u vezi sa terminološkim korišćenjem reči “super” u okviru jednog pravnog propisa koji od vrhuskog značaja u oblasti građanskog prava - Zakona o obligacionim odnosima. Problematika upotrebe određenih termina i reči upitnog karaktera ne predstavljaju legislativnu novost, i ovaj problem jeste sveprisutan u većini pravnih sistema savremenih država. Ovde ukazujemo na upitno korišćenje termina “super” u konstrukciji zakonskog pojma “supergarancije”. Pun naziv ovog člana zakona jeste : Potvrda garancije (supergarancija). Mišljenja smo da jedan ozbiljan i najvažniji zakon iz oblasti građanskog prava, nije propis u kojem ima mesta za reči kao što je reč “super”. Pokušali smo da nađemo opravdanje u praksenom korišćenju ove reči, koja se spajanjem sa reči garancija pretvara u sintagmu “supergarancija”, ali istu nismo uspjeli da identifikujemo kao validnu. Smatramo da je i sam zakonodavac svestan “upitnog” korišćenja termina “supergarancija” te značaj istog pokušava da umanjí time što ga stavlja u zagradu iza rečenične strukture - potvrda garancije. Mišljenja smo da reč kao što je “super” i slične reči, nemaju mesta u okviru pravnih propisa, da je zakonodavac mogao i trebao da pronađe prigodniju reč za dati naziv ovog zakonskog pojma, ako je već smatrao da ista nije dovoljno jasna iz osnovnog termina - potvrda garancije. Ako je intencija zakonodavca bila da se na ovaj način ova vrsta garancije jezički poveže sa istom iz drugih govornih područja, mišljenja smo da je takav pristup pogrešan i da vodi jezičkoj dekadenciji naših propisa, te da je sprski jezik dovoljno bogat da sadrži reči odgovorajuće jezičkog karaktera koje bi adekvatno bilo upotrebljene u ovom slučaju. Ovo je subjektivno viđenje autora ovog rada, i kao takvo nije zasnovano na naučnoj utemeljenosti, već prozilaži iz ličnog zapažanja opisane problematike.

3.2. Kontragarancija

Međunarodni značaj bankarske garancije u poslovanju privrednih subjekata jeste umnogome uticao na oblikovanje bankarske garancije shodno njihovim partikularnim interesima. U dosadašnjem delu istraživanja, koji za predmet analize ima identifikovanje različitih vrsta bankarskih garancija, više puta je ukazano na uticaj poslovnih subjekata na

preoblikovanje osnovnih modela bankarskih garancija tako da odgovoraju specifičnoj prirodi osnovnog posla zbog kojeg nastaju, kao i interesima, pre svega korisnika garancije. Upravo na bazi međunarodnog značaja bankarske garancije razvila se i potreba za posebnom vrstom ove garancije, tkz. kontragarancije. *Kontragarancije (konfirmirajuće ili potvrđene garancije) jesu sopstvene garancije koje daje banka u zemlji korisnika, i to na bazi kontragarancije dužnikove banke, što za posledicu ima da u garancijskom odnosu, pored dužnikove banke, učestvuje još jedna banka.*²⁹⁵ Pravna teorija stoji na stanovištu da do izdavanja kontragarancije najčešće dolazi kada propisi države korisnika garancije propisuju da garanciju izdaje banka koja ima sedište u zemlji korisnika garancije, dok se nalogodavac za izdavanje garancije nalazi u drugoj zemlji.²⁹⁶ Restriktivnost pravnih propisa jedne države, kao i specifičnost određenih poslova iz kojih nastaje potreba za izdavanjem bankarske garancije, jesu osnovni razlozi nastanka kontragarancije. Po svojoj pravnoj esenciji, kontragarancija jeste bankarska garancija plaćanja, sa određenim specifičnim svojstvima shodno prirodi osnovnog posla iz kojeg proizilazi. Kontragarancija se neretko koristi kao sredstvo obezbeđenja izvršenja obaveze iz osnovnog ugovora, koja nastaje na potrebi izdavanja bankarske garancije za korisnika garancije od strane banke koja domicijalno ima sedište u državi iz koje dolazi korisnik banke. Kontragarancija ima nužnu pravnu pretpostavku svojeg postojanja, ona mora biti povezana sa osnovnim pravnim poslom koji je po svom karakteru uvek spoljnotrgovinski. Kod kontragarancije država u kojoj je registrovan dužnik iz osnovnog posla (nalogodavac), odnosno država u kojoj je registrovan poverilac iz takvog posla (korisnik garancije), jesu uvek dve različite države.

1. U procesnom smislu, izdavanje kontragarancije jeste umnogome determinisano shodno prethodno iznetim činjenicama. Ukoliko su domaći propisi takvi, ili pak uslovi sklapanja posla tako nešto diktiraju, postupak pribavljanja ove vrste garancija jeste unapred determinisan. Pribavljajući običnu garanciju, nalogodavac se obraća svojoj banci da shodno razvijenoj međunarodnoj poslovnoj komunikaciji obezbedi izdavanje garancije od strane inostrane banke, u kojoj je registrovan i obavlja poslove subjekt iz osnovnog posla, koji je istovremeno i korisnik takve garancije. Dužnik iz osnovnog posla obraća se svojoj banci koja nema mogućnost izdavanja takve garancije, jer budući korisnik garancije posluje u

²⁹⁵ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 177.

²⁹⁶ Autori navode da, u spoljnotrgovinskom poslovanju prilikom ugovaranja tkz. specijalnih poslova kao što su npr licitacije, izvršenje ugovora, davanje avansa i sl. najčešće je propisima određeno da garancije za te poslove izdaju banke u zemlji korisnika garancije. Vidi više: Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012). Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanje, Beograd. str. 286.

drugoj državi, pa je ona u obavezi da putem poslovnih kanala komunikacije i saradnje sa drugim bankama (ovde može biti i inostrana banka koja posluje u obe države) izda nalog inostranoj banci da ta banka izda garanciju poveriocu iz osnovnog posla – korisniku garancije. Pitanje koje se nameće kao prakseno značajno jeste iz kojeg razloga bi inostrana banka prihvatila obavezu izdavanja ovakve garancije, jer ona nema pravni odnos sa dužnikom iz osnovnog posla (nije dužnikova banka), pa samim time ni pravni interes. Pored toga, postavlja se pitanje i rizika aktiviranja ovako izdate garancije, kao i pitanje sadržaja same kontragarancije. Sva ova pitanja jesu pravno relevantna, pa se s razlogom postavlja pitanje zašto bi inostrana banka ulazila u ovakav pravni aranžman. Prvo, inostranoj banci se obraća banka iz druge države sa nalogom da ista izda bankarsku garanciju u korist inostranog subjekta. Inostrana banka će prvo zahtevati da joj banka koja se obraća, banka dužnika iz osnovnog posla, izda u korist inostrane banke kontragaranciju čiji je korisnik inostrana banka. Ova kontragarancija jeste “pravna replika” u smislu sadržaja izdatoj bankarskoj garanciji inostrane banke inostranom korisniku. Ona mora po svim elementima biti identična ili čak povoljnija za inostranu banku, ali nikako lošija u smislu zaštite interesa ove banke. Ovo je nužna pretpostavka za izdavanje inostrane bankarske garancije. Izdavanje garancije od strane banke iz države dužnika jeste ono što se zove kontragarancija, dakle garancija koja je izdata u korist inostrane banke od strane domaće banke. Pravni odnosi kod kontragarancija jesu pravno komplikovanije prirode, što je opet uslovljeno činjenicom da se u ovom pravnom poslu pojavjuju minimum dve banke, banka dužnika iz osnovnog posla iz jedne države i banka poverioca (korisnika) koja je iz druge države.²⁹⁷ Ne samo da postoje dve banke koje se pojavjuju u ovom garancijskom poslu, već postoje i dva subjekta koji su iz različitih država, što značajno uslozjava pravne odnose koji nastaju, traju i prestaju u vezi sa ovim poslom. Kada govorimo o kontragaranciji, iako ona po svojoj prirodi jeste obična bankarska garancija koju izdaje jedna banka u korist druge banke (sa elementima inostranosti), jasno je da prethodno pitanje u ovom slučaju jeste izdavanje bankarske garancije inostrane banke u korist inostranog poverioca, da bi uopšte došlo do izdavanja tkz. kontragarancije. U kontragarancijskom poslu uvek imamo dva razdvojena garancijska odnosa koji nastaju iz dve bankarske garancije. Prvi garancijski odnos jeste odnos koji nastaje između inostrane banke i inostranog korisnika garancije, dok drugi garancijski odnos nastaje između banke dužnika kao izdavaoca bankarske garancije (takvu garanciju zovemo

²⁹⁷ Vidi više: Kozar, V. (2011): Obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama u regionu. Strani pravni život : teorija, zakonodavstvo, praksa ISSN: 0039-2138.- Br. 3 (2011), str. 188-202

kontragarancija) i inostrane banke koja je izdala bankarsku garanciju inostranom korisniku – poveriocu iz osnovnog posla.

2. Pravna obeležja kontragarancije jesu složenije priode, jer se u praksi pojavljuju niz pitanja od značaja koja pravno determinišu odnose između različitih subjekata u ovom garancijskom poslu. Pravne odnose moramo posmatrati i analizirati sa dva stanovišta, pravni odnosi između inostrane banke koja je izdala bankarsku garanciju i korisnika garancije, i pravni odnosi između domaće banke koja je izdala kontragaranciju inostranoj banci. U prvom slučaju, pravni odnosi između ovih subjekata jesu klasičnog karaktera za odnose među subjektima u garancijskom poslu. Inostrana banka izdaje bankarsku garanciju na osnovu koje preuzima obavezu isplate garantovanog novčanog iznosa u slučaju da dužnik iz osnovnog posla ne izvrši o roku dospelosti obaveze iz osnovnog ugovora koje ima prema korisniku garancije - poveriocu. Pravna obeležja ove garancije jesu saobrazna sa bilo kojom drugom bankarskom garancijom, i sem specifičnosti elementa inostranosti (mada su, i banka izdavalac garancije, i korisnik garancije, iz iste države), nema posebno značajnih pravnih obeležja koja bi ovu vrstu garancije posebno izdvojila u odnosu na druge. Bankarska garancija koja se izdaje od strane inostrane banke sadrži sve elemente koje takva garancija mora da sadrži, uz poštovanje pravne regulative države u kojoj inostrana banka posluje.²⁹⁸

3. Kontragarancija može biti izdata u formi uslovne ili bezuslovne garancije, i može imati oblik bilo koje vrste bankarske garancije. U drugom slučaju, pravni odnosi i pravna obeležja kontragarancije, garancije koju izdaje domaća banka u korist inostrane banke jesu kompleksnijeg karaktera. Pokušaćemo da iste objasnimo. U prethodnom delu rada konstatovano je da kontragarancija nastaje kao posledica specifičnosti osnovnog pravnog posla, odnosno “rigidnosti” domaće pravne regulative, na osnovu čega se javlja potreba izdavanja bankarske garancije inostranom poveriocu od strane inostrane banke. Na pravnim premisama ovog odnosa, a sve po prethodno proceduralnom izdatom nalogu domaće banke inostranoj banci za izdavanje takve garancije, dolazi do potrebe izdavanja tkz. *kontragarancije*, koja u osnovi predstavlja “uslov” za izdavanje bankarske garancije od strane inostrane banke, što je prethodno i elaborirano. *Kontragaranciju izdaje domaća banka (banka dužnika iz osnovnog posla) u korist inostrane banke (banke koja je izdala garanciju u korist poverioca iz osnovnog posla), kojom garantuje isplatu naznačenog novčanog iznosa u slučaju da inostrana banka isplati garantovani novčani iznos poveriocu iz osnovnog posla*

²⁹⁸ Vidi više: Đurović, D., Bugarski, V. (1978): Bankarska garancija u poslovima sa inostranstvom. Plamen, Beograd.

– *korisniku inostrane garancije*. Shvatajući aspekt formalnosti garancijskog posla, zahteva se da sadržaj kontragarancije bude saobrazan sa sadržajem bankarke garancije koju je izdala inostrana banka. Pitanje koje se postavlja jeste da li izdavalac bankarske garancije – inostrana banka, može da menja tekst garancije koju je dobila kao upustvo od strane nalogodavca odnosno domaće banke. Mišljenje pravne nauke, sa kojim se i slažemo, jeste da garancija koju daje banka u zemlji poverioca mora biti saobrazna sa tekstom koji je istoj prosleđen od strane domaće banke, pa inostrana banka nema pravo da menja, ili pak, dopunjava tekst garancije koju izdaje korisniku.²⁹⁹

4. Drugo pitanje koje se u okviru pravne teorije razmatra kao relevantno, jeste pitanje regulisanja pokrića kontragarancije, kao pitanje od vrhunskog značaja ne samo sa stanovišta pravne teorije, već i sa stanovišta njenog praksenog značaja. Po ovom pitanju pravna teorija zastupa stanovište da postoji tri načina regulisanja pokrića kontragarancije. Kontragarancija može biti pokrivena, delimično pokrivena i nepokrivena. Pod pokrivenom kontragarancijom smatra se pravna situacija u kojoj domaća banka pored naloga za otvaranje garancije svojom kontragarancijom obezbeđuje potrebno finansijsko pokriće u visini garantnog iznosa.³⁰⁰ Delimično pokrivena kontragarancija pokriva samo novčanu obavezu koja je ugovorena sa inostranom bankom prilikom davanja naloga za izdavanje bankarke garancije, čime nisu pokrivenne eventualne ostale novčane obaveze koje ima inostrana banka prema korisniku garancije.³⁰¹ Nepokrivenne kontragarancije podrazumevaju obavezu domaće banke da tek u slučaju isplate garantovanog iznosa korisniku garancije inostrana banka stiče pravo tkz. regresiranja od strane domaće banke. Pozicija inostrane banke može biti različita u zavisnosti od načina regulisanja pokrića, te smatramo da potpuna zaštita njenih interesa jeste obezbeđena samo kod pokrivenih kontragarancija, dok najnepovoljniji položaj inostrana banka ima kod nepokrivenih kontragarancija. Iz tog razloga, većina banaka u ovim pravnim poslovima insistira da kontragarancija, kao prethodno pitanje u smislu izdavanja bankarske garancije od strane inostrane banke, jeste u potpunosti pokrivena, i takođe zahtevaju da se banka nalogodavac obaveže da će u slučaju nastupanja nepredviđenih situacija povodom kojih je inostrana banka imala dodatne troškove ili pretrpela određenu štetu, istu nadoknaditi u punom iznosu.

²⁹⁹ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 177

³⁰⁰ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanje, Beograd. str. 287.

³⁰¹ Vidi više: Šogorov, S. (1985): Bankarska garancija. Beograd, Naučna knjiga.

Kontragarancija jeste poseban oblik bankarske garancije, koji ima niz specifičnosti koje po našem mišljenju opravdavaju njihovo terminološko distanciranje od obične bankarske garancije. Mišljenje autora ovog rada jeste da, specifični odnosi koji nastaju između domaće banke koja se nalazi u ulozi nalogodavca, i inostrane banke koja se istovremeno nalazi u ulozi korisnika garancije (kod kontragarancije), i banke garanta prema izdatoj bankarskoj garanciji inostranom korisniku, jesu dovoljno pravno jedinstveni u odnosu na pravne odnose koji nastaju kod drugih vrsta bankarskih garancija, da ima dovoljno osnova da smatramo da kontragarancija jeste posebna vrsta bankarske garancije. Sa stanovišta pravne nauke, kontragarancija ne samo da je prepoznata sa stanovišta njene pravne specifičnosti, već pravna nauka ide i korak dalje, te vrši podelu kontragarancija na notificirane i konfirmirane kontragarancije.

3.3. Notificirane i konfirmirane kontragarancije

Specifičnost kontragarancije kao posebnog oblika bankarskih garancija, pored niza pravnih distinkcija koje ih izdvajaju kao takve i koje su prethodno elaborirane u radu, ogleda se i u njihovoj daljoj podeli na različite podvrste. Kriterijum za podelu kontragarancija na više različitih oblika zasniva se na pravnom karakteru obaveze koja se preuzime od strane inostrane banke, banke korisnika garancije. *Uvažavajući navedeni kriterijum, kontragarancije se mogu podeliti na: notificirane garancije i konfirmirane garancije.*

1. Notificirane garancije spadaju u grupu tzv. nepotvrđenih kontragarancija. U ovu vrstu kontragarancija spadaju one garancije u kojima inostrana korisnikova banka jeste “posrednik u komunikaciji” sa domaćom bankom dužnika. Kod nepotvrđenih kontragarancija korisnikova banka samo vrši validaciju da je reč o određenoj vrsti bankarske garancije, i da kao takva ima sva pravna svojstva i elemente. Korisnikova banka samo potvrđuje pravnu autentičnost izdate garancije u korist poverioca iz osnovnog posla. Ovde nije reč o bankarskoj garanciji koju izdaje inostrana korisnikova banka, već ova institucija samo vrši pravnu validaciju njenog sadržaja, subjekata u pravnom odnosu i ovlašćenih lica. Suprotno notificiranim garancijama, pravna nauka razlikuje od istih konfirmirane garancije.

2. Konfirmirane garancije, koje se još nazivaju i potvrđene garancije, jesu garancije koje izdaje inostrana korisnikova banka. Ova vrsta garancije se naziva konfirmirana iz razloga što pravni osnov za njeno izdavanje predstavlja prethodno izdata kontragarancija domaće banke u korist inostrane korisnikove banke. Potvrđujuća garancija jeste sopstvena

garancija inostrane banke, i kao takva ona predstavlja poseban pravni posao koji strogo formalno nije povezan sa drugim poslovima (neakcesornost je naglašena), ali ista može nastati samo ako je prethodno izdata kontragarancija domaće banke dužnika, pa iako je neakcesornog karaktera pitanje izdavanja kontragarancije jeste u stvari prethodno pravno pitanje.

Podela kontragarancija na notificirane i confirmirane garancije ima pravnog osnova, ali istovremeno otvara određena pitanja. Ako prihvatimo stav pravne nauke u pogledu pojmovnog definisanja navedenih garancija, osnovano se može postaviti pitanje da li se notificirane garancije mogu podvesti pod poseban oblik kontragarancija, kao vrste indirektnih garancija. Pitanje koje postavljamo ima osnova ako se uzme u obzir mišljenja jednog dela pravne nauke u pogledu pojmovnog definisanja kontragarancije.³⁰² Ako uzmemo u obzir da drugi naziv za kontragarancije jeste potvrđujuća ili confirmirajuća garancija, onda se postavlja pitanje kako ista može biti i notificirana odnosno nepotvrđujuća garancija, kada je jasno da se ona sa stanovišta prava značajno razlikuje. Pitanje koje se nameće kao utemeljeno jeste da li se tkz. notificirane ili nepotvrđujuće garancije mogu smatrati kao jedan od oblika kontragarancija. Iako ove vrste garancije u osnovi imaju specifične karakteristike kontragarancije u smislu učestvovanja više banaka u garancijskom poslu, kao i element inostranosti koji se zahteva kod kontragarancija, smatramo da one se ne mogu podvesti pod jedan od oblika kontragarancija, jer kod njih i ne dolazi do izdavanja same kontragarancije kao posebne vrste bankarske garancije, već samo do potvrđivanja postojanja garancije određene banke od strane inostrane banke. Stav autora ovog rada posledično znači i da podela kontragarancija na notificirane i confirmirane garancije nema pravno utemeljenje, odnosno da takva podela ne uvažava opšti pojam kontragarancija i u određenom segmentu istog mu predstavlja negaciju. Ovim stavom ne želi se negirati postojanje i praksena upotreba notificiranih garancija, ali smo stava da one iako predstavljaju indirektnu garanciju, u koje spadaju i confirmirane garancije, ne mogu se smatrati za jednim od oblika kontragarancija, bez obzira na sličnosti koje postoje među njima. Sa stanovišta praksene upotrebe ovih garancija, prethodno elaborirano nije od posebnog značaja, jer ove vrste garancija predstavljaju samo razradu osnovnog oblika bankarske garancije za plaćanje. Prethodno analizirano jeste značajno samo sa stanovišta naučno teorijskog razmatranja različitih stavova u vezi sa ovim pitanjem, bez da isti imaju poseban praktični značaj.

³⁰² Kontragarancije (confirmirajuće ili potvrđene garancije) jesu sopstvene garancije koje daje banka u zemlji korisniku, i to na bazi kontragarancije dužnikove banke, što za posledicu ima da u garancijskom odnosu, pored dužnikove banke, učestvuje još jedna banka.

4. Apstraktne i kauzalne bankarske garancije

Podela bankarskih garancija jeste metodološki izazovna jer kriterijumi za njeno razvrstavanje mogu biti usko ili široko definisani, pa shodno tome bankarske garancije se mogu podeliti na osnovne oblike garancije koje uživaju svoju utemeljenost u normativnom aktu ili pak Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv, ili pak na temeljima drugih kriterijuma. Podela bankarskih garancija prema prirodi obaveze banke garanta, uslovima isplate garantovane sume i predmeta garancije jeste osnovni i prihvaćeni model podele bankarskih garancija. U okviru pravne nauke ima mišljenja da i podela bankarskih garancija prema prirodi preuzete obaveze zauzima važno mesto u sistemu klasifikacija bankarskih garancija, te da je podela bankarskih garancija na kauzalne i apstraktne bankarske garancije opdavdana i validirana.³⁰³ Podela pravnih poslova na kauzalne i apstraktne jeste jedan od validnijih kriterijuma koji je opšte prihvaćen u okviru pravne nauke, pa se u načelu možemo složiti sa stavom Vukadinovića i ostalih autora.³⁰⁴ Uvažavajući prethodno, smatramo da ima osnova podeliti bankarske garancije na kauzalne i apstraktne garancije, uz određene rezerve u smislu primene argumentacije koja opravdava ovaj oblik podele garancija.

Osnov za podelu bankarskih garancija na kauzalne i apstraktne nije identičnog pravnog kvaliteta kao što je to slučaj kod podele pravnih poslova na kauzalne i apstraktne. Ovaj kriterijum jeste donekle modifikovan, pa se ne može izvući identična paralela sa navedenom podelom. Osnov za razlikovanje kauzalnih i apstraktnih bankarskih garancija nije u identifikovanju razloga iz kojeg obligacija nastaje (kao što je to slučaj kod kauzalnih i apstraktnih pravnih poslova), već je zasnovano na proceduralnom dokazivanju neispunjenosti obaveze iz osnovnog posla, kao pitanja od značaja prilikom podnošenja zahteva za isplatu garantovanog novčanog iznosa. *Kauzalne bankarske garancije jesu garancije kod kojih se od korisnika zahteva da podnetim dokumentima dokaže ne samo formalno ispunjavanje uslova iz garancije, već i stvarno stanje osnovnog posla, odnosno da li je dužnik iz osnovnog posla zaista ispunio obaveze takve garancije. Kod apstraktnih garancija od korisnika se ne zahteva stvarno dokazivanje neispunjenja obaveze iz osnovnog*

³⁰³ Vukadinović, R., Anđelković, C., Vuković, D. (1995). Garancije na prvi poziv u međunarodnoj praksi, Udruženje banaka Jugoslavije, Beograd. str. 20.

³⁰⁴ Vidi više: Vukadinović, R. (1996): Zloupotreba prava u apstraktnim bankarskim poslovima. Međunarodna konferencija Zloupotreba prava : [zbornik radova sa međunarodne konferencije održane 2. i 3. novembra 1995. godine na Pravnom fakultetu u Nišu.- Str. 149-161.

*posla, niti da je zbog nastupanja garantovanog slučaja zaista pretrpeo štetu.*³⁰⁵ Stav navedenih autora u kontekstu podela bankarskih garancija na kauzalne i apstraktne garancije, jeste sa stanovišta i nauke i prakse upitna. Iako ne negiramo da postoji dovoljan osnov za razlikovanje između bankarskih garancija u kontekstu proceduralnog dokazivanja neispunjenosti obaveze iz osnovnog posla, upitno je međutim da li se u tom slučaju mogu koristiti termini «kauzalni i apstraktni» kao osnov za njihovo razlikovanje, imajući u vidu njihov neupitan karakter i obeležja kada se isti ovi termini koriste kod podele pravnih poslova na osnovu identičnih kriterijuma. Ono što se stavlja kao upitno nije negacija razlikovanja između ovih bankarskih garancija na osnovu prethodno opisanog, već jezička upotreba termina koji služe za njihovu distinkciju. Kod tkz. *kauzalnih bankarskih garancija*, da bi korisnikov zahtev za isplatu garantovanog iznosa bio pravno odnosno proceduralno utemeljen, korisnik mora da podnese određeni dokument (najčešće je u pitanju odluka suda ili arbitraže, izvod iz banke i sl.) kojim se «meritorno potvrđuje» neispunjenje obaveze dužnika iz osnovnog posla. Imajući u vidu pojam kauzalnih pravnih poslova, teško da možemo izvući sličnosti između ovih poslova i kauzalnih bankarskih garancija, shodno njihovom pojmovnom definisanju od strane navedenih autora. Identična problematika se javlja i kod tkz. apstraktnih bankarskih garancija. Suprotno kazulanim bankarskim garancijama, kod apstraktnih bankarskih garancija osnov klasifikovanja jeste isključivo u odsustvu zahteva za stvarno dokazivanje neispunjenja obaveze dužnika iz osnovnog posla, što posledično znači da korisnik garancije može legitimno da zahteva isplatu garantovanog iznosa kroz podnošenje zahteva bez pribavljanja drugih dokumenata kojim se dokazuje neispunjenost obaveze dužnika iz osnovnog posla. Smatramo da ovaj pristup u podeli bankarskih garancija jeste bio upitan i u periodu kada je ovaj rad nastao, a posebno je upitan u aktuelnom vremenskom kontekstu. Prostom analizom definisanih pojmova – kauzalna i apstraktna bankarska garancija, primećujemo da iste u osnovi predstavljaju uslovne i безусловne bankarske garancije. U radu je već obrađena podela na uslovne i безусловne garancije, pa je konstatovano da uslovna bankarska garancija ima inkorporiran uslov koji se prethodno treba ispuniti da bi korisnik garancije uspeo u zahtevu za isplatu novčanog iznosa iz garancije, dok безусловne garancije jesu one koje nemaju inkorporiran uslov takve prirode. Jasno je dakle da, kauzalne bankarske garancije nisu ništa drugo nego do jedna vrsta uslovnih bankarskih garancija, jer u osnovi uslovnih bankarskih garancija postoji definisan

³⁰⁵ Vukadinović, R., Anđelković, C., Vuković, D. (1995). Garancije na prvi poziv u međunarodnoj praksi, Udruženje banaka Jugoslavije, Beograd. str. 21.

uslov³⁰⁶, pa se shodno načinu definisanja kauzalnih bankarskih garancija jasno vidi da je reč o uslovnim bankarskim garancijama. Ista argumentacija po našem mišljenju stoji i kada su u pitanju apstraktne bankarske garancije, pa smo mišljenja da je ovde reč o безусловnim garancijama. Potvrda ovog stava jeste donekle čak potvrđena i od strane samih autora koji su izvršili ovu podelu, gde u svojem radu konstatuju «da se kod kauzalnih garancija zahteva podnošenje dokumenata, te se one često mešaju, a delimično i poklapaju, sa uslovnim garancijama, dok se apstraktne mešaju sa безусловnim garancijama». Svesni iznetog, autori prave pokušaj pravdanja argumenata za ovu podelu time što apostrofiraju da «razlika između kauzalnih i apstraktnih garancija nije u tome da li se zahtevaju ili ne zahtevaju dokumenti, već, u tome kakav značaj imaju podneti dokumenti, pošto se i kod apstraktnih garancija od korisnika može zahtevati da pored zahteva za naplatu podnese i druge dokumente, tzv. dokumentarna (apstraktna) garancija, dok kod kauzalnih garancija korisnik podnetim dokumentima dokazuje da njegov dužnik iz osnovnog posla stvarno nije ispunio ugovornu obavezu, dok je kod apstraktnih garancija dovoljno da podnetim dokumentima samo isto tvrdi – izjavi, ali ne i da dokaže». U pokušaju da izneto stanovište analiziramo sa više polaznih osnova, teško se može pobeći od činjenice da opisano jeste saobrazno sa već naučno i normativno utemeljenim shvatanjem uslovnih i безусловnih bankarskih garancija. Smatramo da u pokušaju originalnosti misli i reči, navedeni autori su upotrebili nove termine za podelu garancija, pa samim time su morali i da opravdaju njihovu pravnu specifičnost u odnosu na druge kriterijume. Shvatajući ovo istraživanje kao originalan naučni rad, smatrali smo da je neophodno ukazati na postojanje i ovakvih mišljenja i pokušaja, u kontekstu razvrstavanja bankarskih garancija. Mišljenja smo da autori nisu dali dovoljno argumenata za opravdanost podele bankarskih garancija na kauzalne i apstraktne, već da su «zloupotrebili» ove termine za novu vrstu klasifikacija bankarskih garancija, iako se u pojmovnom definisanju ovih garancija jasno vidi da je reč o uslovnim i безусловnim bankarskim garancijama, što je čak i od strane pomenutih autora delimično i priznato.

Podela bankarskih garancija na kauzalne i apstraktne nema naučno niti stručno opravdanje, pa smatramo da ova podela, iako kao takva postoji od strane jednog dela naučne zajednice, nije dovoljno utemeljena i razrađena, a u svojem najvećem delu jeste i kontradiktorna.

³⁰⁶ Kod kauzalnih garancija to jeste podnošenje arbitražne ili sudske odluke kojom se potvrđuje da dužnik iz osnovnog posla nije ispunio obavezu iz osnovnog ugovora.

GLAVA VI: PRAVNE DISTINKCIJE IZMEĐU BANKARSKE GARANCIJE I DRUGIH INSTITUTA OBEZBEĐENJA

Uvod

U dosadašnjem delu rada analizirana su relevantna pravna obeležja bankarske garancije u smislu njenog teorijskog shvatanja, izvora prava koji regulišu ovu oblast, opštih i specifičnih pravnih obeležja u kontekstu pravne prirode bankarske garancije, elemenata i načela bankarske garancije, kao i vrste bankarskih garancije koje se pojavljuju u pravnom prometu. Uvažavajući sva opšta i specifična obeležja bankarske garancije, uz determinisanu pravnu prirodu ovog pravnog instituta koji gravitira ka shvatanju da je u pitanju jednostrani pravni posao, a ne ugovor, kao i nedovoljno pravno uobličen status bankarske garancije, naročito na međunarodnom planu, jeste znatno bilo od uticaja na neretko poistovećavanje bankarske garancije sa drugim sličnim pravnim institutima koji imaju funkciju obezbeđenja potraživanja odnosno izvršenja ugovora. Uvažavajući činjenicu da pravo R. Srbije jeste regulisalo bankarsku garanciju unutar odredbi Zakona o obligacionim odnosima, kao i da smo jedna od retkih država koja je na nivou zakona kao primarnog izvora prava uredila oblast bankarske garancije, ipak se u teoriji i praksi sve više razmatraju pitanja od značaja u smislu sličnosti i razlika između bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja i drugih pravnih instituta sličnog pravnog karaktera. Naučna potreba u ovom segmentu istraživanja jeste da na jedan sistematičan i pregledan način, uz uporednopravni prikaz i analizu, se izvrši komparacija između bankarske garancije i drugih pravnih instituta koji se u okviru pravne teorije, a neretko i prakse, stavljaju u korelaciju sa bankarskom garancijom. Uvažavajući činjenicu da je bankarska garancija u našem pravu imenovani pravni posao, sam zakonodavac je jasno napravio digresiju između ovog instituta i drugih pravnih instituta odnosno poslova. Na toj osnovi jasno je da nijedan pravni posao odnosno pravni institut obligacionopravnog karaktera nije i ne može biti identičan sa bankarskom garancijom. Smatramo da je ipak naučno celishodno analizirati različite pravne institute koji imaju karakter sredstva obzbeđenja kao svoju primarnu ili pak sekundarnu funkciju. Razmatrajući pitanje u kom opsegu raditi uporednopravnu analizu bankarske garancije i drugih pravnih insituta, došlo se do zaključka da je neophodno obaviti istriživanje usmerenog ciljnog karaktera ka onim sredstvima obezbeđenja i poslovima koji po svojim pravnim obeležjima imaju neka od obeležja bankarske garancije. Mišljenja smo da ćemo na ovaj način ne samo jasno izdeferencirati sličnosti i razlike između drugih instituta i poslova u odnosu na

bankarsku garanciju, već ćemo posredno dobiti kvalitet više samog istraživanja koji će posleđično biti od uticaja na još bolje razumevanje bankarske garancije kao instrumenta obezbeđenja, naročito sa stanovišta određenih praksenih iskustava u njenom korišćenju.

Metodologija pristupa uporednopravnoj analizi bankarske garancije i drugih pravnih insituta jeste realizovana na sledeći način. Prilikom uporednopravne analize sa svakim pojedinačnim pravnim institutom, prvo je definisan opšti pojam instituta i opšta, odnosno specifična obeležja. Neželeći da ulazimo, u po nama neopravdano šire istraživanje svakog od insitutata, nakon opšteg prikaza data je uporednopravna analiza konkretnog instituta u kontekstu sličnosti i razlika koje postoje između istog u odnosu na bankarsku garanciju. Identifikovane razlike jesu kako teorijskog tako i praksenog karaktera, u zavisnosti od konkretnog pravnog instituta odnosno posla koji je uporednopravno analiziran. Autor rada se potrudi da ukaže i obrazloži najvažnije kvalitativne pravne sličnosti i razlike, pokušavajući istovremeno da se ne ponavljaju prethodno izneti stavovi odnosno mišljenja. Iz tog razloga, u okviru ovog segmenta rada autor vrši upućivanje čitaoca na druge segmente disertacije, izbegavajući ponavaljnje već iznetih stavova. Izabrani pravni insituti koji su uporednopravno analizirani, jesu i od strane pravne nauke identifikovani kao oni koji imaju određene sličnosti sa bankarskom garancijom, tako da osnov za uporednopravnu analizu nije samo zasnovan na subjektivnom mišljenju autora ovog rada. Na kraju mora se apostrofirati činjenica ozbiljnog nedostatka relevantnih naučnih i stručnih izvora za potrebe realizacije ovog dela istraživanja, što se ogleda u relativno skromnom broju takvih izvora u odnosu na druge segmente rada. Posebno moramo naglasiti da, određeni pravni instituti koji su obrađivani, imaju izrazito naglašen pravni karakter kao sredstvo obezbeđenja plaćanja odnosno izvršenja ugovora, dok drugi institutu odnosno poslovi, jesu prvenstveno različiti instrumenti plaćanja koji imaju sekundarnu funkciju instrumenta obezbeđenja, te su kao takvi i analizirani. Redosled uporednopravne analize bankarske garancije i drugih srodnih pravnih instituta i poslova, jeste prikazan shodno njihovom značaju i stepenu njihove pravne korelacije u odnosu na bankarsku garanciju.

Uporednopravno su prikazani i analizirani:

- ugovor o jemstvu;
- ugovorna kazna;
- dokumentarni akreditiv;
- ugovor o osiguranju;
- dokumentarni inkaso;

- ugovor u korist trećeg lica;
- menično jemstvo (aval);
- kreditivni nalog; i
- pristupanje duga.

1. Bankarska garancija i ugovor o jemstvu

Instituti obezbeđenja obligacionopravnih karaktera jesu u osnovi mahom nastali na temelju jemstva kao klasičnog personalnog sredstva obezbeđenja. Razvoj privrednih odnosa i pravnog prometa jeste uzročno uticao na razvoj i drugih sredstava obezbeđenja kao što je i bankarska garancija. U osnovi nastanak i razvoj bankarske garancije jeste zasnovan na jednoj evoluciji instituta jemstva i njegove razrade na nove institute obezbeđenja potraživanja. U kontekstu navedenog relevantno je analizirati koji stepen korelacije postoji između jemstva kao instituta obezbeđenja koji datira još iz rimskog prava, i bankarske garancije koja je nastala i razvila se na temelju istog. U našem pravu izraz "bankarska garancija" nema čvrsto oformljeno značenje, pa se u pravnoj literaturi i poslovnoj praksi često poistovećuje sa jemstvom, što ističe u svom radu i Pavićević.³⁰⁷ Jemstvo jeste imenovani, jednostrano obavezni pravi posao koji je regulisan odredbama Zakona o obligacionim odnosima u okviru glave XXIX. *Ugovorom o jemstvu jemac se obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako to ovaj ne učini.* Funkcija jemstva jeste obezbeđenje izvršenja dužnikove obaveze iz osnovnog posla. Pajtić navodi da kada je u pitanju pravna priroda ovog ugovora, u doktrini se nailazi na različita mišljenja pravnih teoretičara od kojih određeni jemstvo podvode pod kategoriju odgovornosti za tuđi dug, dok drugi čak upućuju na tezu da se jemstvo može smatrati poslovođstvom bez naloga. Izdvojeno mišljenje Pajtića jeste da ovaj pravni posao nije "negotiorum gestio" zbog toga što se jemstvo zasniva, po pravilu, uz saglasnost dužnika (u čiju korist se pravni posao i sklapa), dok se nezvanom vršenju tuđih poslova pristupa u korist, ali bez saglasnosti gospodara posla. Posledično ovakvo tumačenje ide u prilog stavu da ugovor o jemstvu jeste u stvari ugovor u korist trećeg lica. Forma ugovora mora biti pismena, jer ista ima konstitutivni karakter i predstavlja bitan element pravnog posla. Kauza

³⁰⁷ Pajtić, B. (2014): Jemstvo u srpskom i uporednim pravnim sistemima. Zbornik radova = *Récueil des travaux* ISSN: 0550-2179.- God. 48, br. 4 (2014), str. 179

kod ugovora o jemstvu jeste obezbeđenje poveriočevog potraživanja koji pravno proizilazi iz osnovnog pravnog posla. Osnovna karakteristika ugovora o jemstvu jeste njegova akcesorna pravna priroda. Sporedna zavisnost jemstva kao sredstva obezbeđenja potraživanja jeste od uticaja na njegovu punovažnost, jer ista zavisi od punovažnosti glavne obaveze. Ukoliko je obaveza glavnog dužnika nastala iz pravnog posla koji je ništav, ne može postojati obaveza glavnog dužnika odnosno obaveza jemca.³⁰⁸

1. Osnovna zajednička tačka u shvatanju bankarske garancije kao instituta obezbeđenja potraživanja koji u pogledu pravnih obeležja ima značajne sličnosti sa jemstvom, jeste što u osnovi je reč o preuzimanju obaveze treće strane (u odnosu na osnovni pravni posao) koja jemči, odnosno garantuje da će obaveza iz osnovnog posla biti izvršena od strane jemca odnosno, banke ukoliko dužnik (nalogodavac) svoju obavezu ne izvrši. Na postulatima ugovora o jemstvu jeste se razvio institut bankarske garancije, koji je prilagođen potrebama privrede uz zadržavanje konstitutivnog obeležja garantovanja izvršenja obeveze dužnika iz osnovnog posla od strane banke. Zajedničko obeležje bankarske garancije i jemstva ogleda se u činjenici da isti predstavljaju imenovane pravne poslove jer su regulisani odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Bitno pravno obeležje oba instituta obezbeđenja potraživanja jeste potrebna forma za njihovu pravnu validnost. Ugovor o jemstvu, kao i bankarska garancija, jeste formalni pravni poslovi koji mora biti zaključen u pisanoj formi. Određeni autori čak smatraju da bankarska garancija jeste u stvari vrsta jemstva.³⁰⁹

2. Određene sličnosti koje postoje između bankarske garancije i ugovora o jemstvu, iako značajne u određenom segmentu, ne mogu negirati postojanje značajnih distinkcija takvog pravnog značaja između dva instituta, da se pre može govoriti o bitnim pravnim razlikama koje postoje nego o njihovim sličnostima. Pravna obeležja oba instituta obezbeđenja potraživanja jasno ukazuju na prethodno apostrofirano. Distinkcija je jasno normativno determinisana prvenstveno od strane zakonodavca. Pojmovno definisanje oba instituta u odredbama Zakona o obligacionim odnosima, jasno determinišu jemstvo kao ugovorni institut obezbeđenja potraživanja, dok zakonodavac prilikom definisanja pojma bankarske garancije ne precizira da je reč o ugovoru. Jasno naglašen ugovorni karakter jemstva, kao i upitno pravno teorijsko tumačenje bankarske garancije kao ugovora,

³⁰⁸ Pajtić, B. (2015): Odnos ugovora o jemstvu i srodnih instituta privrednog prava. Zbornik radova = *Récueil des travaux* ISSN: 0550-2179.- God. 49, br. 1, str.150

³⁰⁹ Velimirović, M. (2007). Investitorska bankarska garancija. *Pravo i privreda* : časopis Udruženja pravnika u privredi SR Jugoslavije ISSN: 0354-3501.- God. 44, br. 5/8, str. 552

predstavlja validan osnov za dalje determinisanje pravnih distinkcija između dva instituta. Iz pojmovne definicije bankarske garancije jasno proizilazi da izmirivanje dospele obaveze jeste konstituisano isključivo prema banci kao garantu izvršenja obaveze (jedini mogući subjekt koji može imati status garanta). Suprotno iznetom, zakonodavac prilikom definisanja ugovora o jemstvu ne ulazi u domen individualizacije jemca time otvarajući prostor za tumačenje da se u ulozi jemca može pojaviti i pravno i fizičko lice (bitno je postojanje poslovne sposobnosti). Kozar navodi da se bitna razlika sastoji i u tome što kod jemstva jemac odgovara za tuđu obavezu, dok kog bankarske garancije banka odgovara za svoju obavezu i izvršava svoju obavezu a ne dužnikovu.³¹⁰ Izdavanjem bankarske garancije banka garant preuzima na sebe obavezu koja je sadržana u bankarskoj garanciji, ali pravna priroda obaveze nije posledično pravno povezana sa odnosom poverioca i dužnika iz osnovnog posla. Banka odgovara za svoju, a ne za dužnikovu obavezu. Iz navedenog jasno proizilazi da bankarska garancija ima viši stepen zaštite pravne sigurnosti za poverioca iz osnovnog posla, tj. korisnika garancije, u odnosu na stepen sigurnosti poverioca kod ugovora o jemstvu. Dodatna sigurnost koja nema karakter pravne već ekonomske prirode, jeste u bonitetu banke kao garanta u odnosu na jemca. Banka jeste finansijska organizacija i kao takva pruža znatno kvalitetniju sigurnost izvršenja preuzete obaveze. Jemstvo pruža poveriocu sigurnost samo protiv rizika insolventnosti dužnika iz glavnog ugovora, ali ne i protiv rizika pravnog postojanja obaveze tog dužnika, npr, ako osnovni posao nije punovažno nastao, ili je kasnije prestao, ili postao nepunovažan.³¹¹ Uzimajući u obzir da se u ulozi jemca može pojaviti bilo koji subjekt (fizičko i pravno lice), jasno je da, stepen sigurnosti izvršenja obaveze od strane banke kao garanta, jeste na kvalitetno višem nivou u odnosu na jemca kao ugovornu stranu koja je na sebe preuzela obavezu prema poveriocu shodno odredbama ugovora o jemstvu. Konačno, upravo karakter preuzete obaveze kod bankarske garancije i ugovora o jemstvu dodatno razgraničava ova dva instituta obezbeđenja potraživanja. Član 1084 Zakona o obligacionim odnosima jasno definiše da *”banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje nenovčana obaveza”*. Prestacija tj. pravna priroda iste, nije od značaja kod ispunjenja obaveze, jer nevezano za njen karakter banka je isključivo obavezna da ispuni obavezu iz garancije isplatom

³¹⁰ Kozar, V. (2011): Obebeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zamljama u regionu, Strani pravni život : teorija, zakonodavstvo, praksa ISSN: 0039-2138.- Br. 3, str.189

³¹¹ Vrhovšek, M., Kozar, V. (2011): Bankarska garancija kao uslužni bankarski posao i naknada štete. XXI vek - vek usluga i uslužnog prava. Knjiga 1 : [zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 5. maja 2011. godine, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu].- Str. 207

definisano novčanog iznosa na koji glasi bankarska garancija. Nasuprot iznetom, obaveza jemca prema poveriocu nije takve prirode, pa će poverilac morati da ispuni punovažnu i dospelu obavezu dužnika nevezano za sam karakter obaveze, novčanu odnosno nenovčanu ugovorenu obavezu.³¹²

3. Važno je osvrnuti se na kraju i na pravni karakter izvora koji uređuju i oblikuju relevantna pravna obeležja dva instituta. Jasno je da, na osnovu broja odredbi Zakona o obligacionim odnosima koje regulišu bankarsku garanciju, nije upitno da obim materijalno pravnih normi jeste veoma ograničen. Mišljenje autora rada jeste da je intencija zakonodavca bila da za navedeni institut obezbeđenja definiše pravni okvir minimalne sadržene u normativnom smislu, a da usled specifičnosti obligacionopravnih odnosa i subjekata koji učestvuju, kao i relevantnost međunarodnih izvora prava koji predstavljaju «soft law» budu osnova za detaljnije pravno uobličavanje imenovanog instituta obezbeđenja potraživanja. Za razliku od iznetog, institut "ugovor o jemstvu" jeste detaljno propisan u svim velikim građanskim kodifikacijama, odnosno jeste obimno regulisan odredbama Zakona o obligacionim odnosima (čl. 997 - 1019).

2. Bankarska garancija i ugovorna kazna

Sredstva obezbeđenja izvršenja ugovorom preuzetih obaveza mahom su regulisana u pravnim sistema država, i kao takva uživaju određeni značaj i važnost. Bankarska garancija, iako je regulisana u okviru Zakona o obligacionim odnosima, mahom je izostavljena kao regulisani pravni institut u okviru pravnih sistema drugih država. Ipak, ovo ne znači da bankarska garancija ima manji značaj u takvim pravnim sistemima, već je to isključivo posledica primene autonomije volje stranaka u obligacijama, i modifikacija postojećih pravnih instituta. Jedan od pravnih instituta obezbeđenja koji je inkorporiran u većini pravnih sistema, uključuju i naš, jeste ugovorna kazna. Ugovorna kazna jeste regulisana u okviru Zakona o obligacionim odnosima, što implikativno znači da ovaj propis reguliše materiju kako ugovorne kazne, tako i bankarske garancije. Za razliku od relativno skromnog sadržaja zakona koji se bavi pitanjima od značaja u vezi sa bankarskom garancijom, zakonodavac je malo više dao na prostoru i značaju u pogledu obima zakonskih normi u korist ugovorne kazne. Jedno od tumačanja, koje bi po nama bilo pogrešno, jeste da

³¹² Vidi više: Mirković, P., Minić, S. (2017): Pravna obeležja bankarske garancije i određene distinkcije u odnosu na ugovor o jemstvu, Kultura polisa, god. XIV, br. 33, str. 531-540.

ugovorna kazna predstavlja važnije, a samim tim i možda kvalitetnije, sredstvo obezbeđenja ispunjenja ugovora. Iako zakonodavac zakonski šire reguliše pitanja od značaja u vezi sa ugovornom kaznom, smatramo da ova vrsta obezbeđenja ima niz kvalitativnih nedostataka u odnosu na bankarsku garanciju, što će u nastavku rada biti elaborirano.

U delu Zakona o obligacionim odnosima koji se odnosi na ugovornu kaznu, zakonodavac definiše pitanja od značaja u segmentu zakonskog pojma ugovorne kazne, načina određivanja ugovorne kazne, pravne prirode ugovorne kazne, prava i obaveze poverioca odnosno dužnika, visine ugovorne kazne i naknade štete, kao i zakonski domet ugovorne kazne u obligacionim odnosima.³¹³ *Ugovorna kazna jeste sporazum poverioca i dužnika, koji je inkorporiran u okviru osnovnog ugovora, u kojem se definiše obaveza dužnika da izvrši obavezu plaćanja ili pak pribavljanja druge materijalne koristi, ako dužnik ne ispunji svoju obavezu u ugovorenom roku ili istu ispunji nakon isteka ugovorenog roka.*³¹⁴ Uvažavajući zakonski opis pojma ugovorne kazne, proizilaze različita pravna obeležja odnosno karakteristike ovog pravnog instituta koji su sličnog ili različitog značaja u odnosu na bankarsku garanciju.

1. U okviru pravne teorije postoje mišljenja da ugovorna kazna jeste sredstvo za učvršćivanje ugovora jer je unapred određena visina naknadne štete.³¹⁵ Deo pravne javnosti smatra da, ugovornom kaznom dužnik se čvršće obavezuje prema svom poveriocu, jer pored ostalih ugovornih obaveza, preuzima dopunsku obavezu, što prema mišljenju ovog autora jeste sredstvo učvršćivanja ugovora, a ne sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora.³¹⁶ Smatramo da ove teorijske rasprave, iako poželjne unutar nauke kakva je pravo, jesu neretko subjektivne prirode i upitne naučne validacije. Mišljenje ovog autora jeste da, ugovorna kazna jeste jedno od sredstava obezbeđenja ispunjenja ugovora, koji ima svoje specifičnosti i razlikuje se od drugih sredstava, ali to ne umanjuje njen pravni značaj, niti pravna obeležja

³¹³ Vidi više: Carić, S. (1980): Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Kulturni centar Kragujevac, Pravni fakultet.

³¹⁴ Zakonska definicija ugovorne kazne: Poverilac i dužnik mogu ugovoriti da će dužnik platiti poveriocu određeni novčani iznos ili pribaviti neku drugu materijalnu korist ako ne ispunji svoju obavezu ili ako zadocni sa njenim ispunjenjem (ugovorna kazna). Čl. 270. st. 1. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

³¹⁵ Danilović, T. (2011): Ugovorna kazna – u pravu, praksi i teoriji. Svet knjige, Beograd. ISBN 978-86-7396-321-1

³¹⁶ Mišljenje ovog autora jeste da, ugovornom kaznom strane regulišu svoje međusobne odnose u pogledu naknade štete do koje može doći usled povrede ugovora. Argumenatacija koja je u radu ovog autora zastupana jeste da, ako dođe do insolventnosti dužnika, tada se poverilac neće moći naplatiti iz imovine svog dužnika, pa na ovoj činjenici autor bazira stav da ugovorna kazna nije sredstvo obezbeđenja. Vidi više: Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 76.

kao takva. Po našem mišljenju, primarni razlog zbog kojeg se ugovorna kazna može smatrati pre kao sredstvo učvršćivanja ugovora nego kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, jeste u pravnoj prirodi ovo instituta. Ugovorna kazna jeste inkorporirana u sadržaj tkz. osnovnog ugovora. Njena pravna priroda jeste akcesornog karaktera i prati sudbinu glavne obaveze koja je ugovorno definisana. Akcesornost ugovorne kazne jeste bila od uticaja da deo pravne javnosti ovaj insitut pre razmatra kao pravni institut učvršćivanja ugovora, nego kao pravni institut obezbeđenja izvršenja ugovora. Iako je akcesorne prirode, ugovorna kazna jeste po našem mišljenju sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, bez obzira na njenu akcesornu prirodu, jer ako bi istu razdvajali po osnovu akcesornosti onda bi morali i neka druga sredstva obezbeđenja izvršenja ugovora da posmatramo sa drugačijeg stanovišta. U vezi sa pitanjem akcesornosti ugovorne kazne, dolazimo do po našem mišljenju, i najvažnije pravne distinkcije između ovog pravnog instituta i bankarske garancije. Uvažavajući činjenicu da ugovorna kazna ima akcesornu prirodu, što i sam zakonodavac potvrđuje,³¹⁷ date pravne posledice jesu takve prirode da ukoliko ugovor u kojem je definisana glavna obaveza, ali i ugovorna kazna, nije iz određenih razloga punovažan, posledično ni ugovorna kazna neće biti punovažna. Bankarska garancija jeste samostalni i neakcesorni pravni posao, pa pravna sudbina osnovnog pravnog posla u smislu njene punovažnosti i nije od pravnog značaja u kontekstu validnost garancije, što je potpuno suprotno pravnoj sudbini ugovorne kazne u odnosu na osnovni ugovor u kojem je inkorporirana.

2. Jedno od ograničenja bankarske garancije jeste u karakteru obaveze banke garanta kao izdavaoca bankarske garancije. Jedno od načela bankarske garancije, načelo novčanosti, uslovljava shodno Zakonu o obligacionim odnosima, da obaveza banke prema korisniku garancije može biti izvršena samo u novcu. Određeni autori smatraju da ovaj karakter obaveze banke jeste prednost ovog pravnog insitituta u odnosu na druge,³¹⁸ dok drugi pak vide ograničenost njenog korišćenja.³¹⁹ Zakon o obligacionim odnosima za ugovornu kaznu propisuje *«da će dužnik platiti poveriocu određeni novčani iznos ili pribaviti neku drugu materijalnu korist»*. Nesumljivo je da, ugovorna kazna može biti novčanog karaktera, u

³¹⁷ Sporazum o ugovornoj kazni deli pravnu sudbinu obaveze na čije se obezbeđenje odnosi i sporazum gubi pravno dejstvo ako je do neispunjenja ili zadocnjenja došlo iz uzroka na koje dužnik ne odgovara. Čl. 272. st.1 i 2. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

³¹⁸ Vidi više: Popov, D.: (1986) Bankarska garancija u ugovoru o kupoprodaji investicione oprema, Zbornik radova = *Réueil des travaux* ISSN: 0550-2179.- God. 20, br. 1/3, str. 131-143

³¹⁹ Vidi više: Bijorac, R. (1992): Štete po osnovu bankarskih garancija, *Pravni život* : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 42, knj.400, br. 9/10 , str. 1609-1635

smislu obaveze novčanog plaćanja od strane dužnika, odnosno u drugog materijalnog karaktera koji će biti od koristi poverocu. Stojimo na stanovištu da izbor koji poverilac ima, da li će u slučaju neispunjenja obaveze ugovorna kazna biti određena u novcu ili u nekoj drugoj materijalno koristi, jeste opcija više u odnosu na zakonski limitirano pravo korisnika bankarske garancije da isključivo može da zahteva isplatu zagarantovane novčane sume. U određenim poslovnim odnosima, subjekti poslovanja imaju različite partikularne interese, pa je po našem mišljenju ugovorna kazna u ovom segmentu raznovrsnije sredstvo obezbeđenja u odnosu na bankarsku garanciju. Ono što jeste prednost ugovorne kazne u prethodno opisanom, jeste posledično povezano sa drugim pravnim obeležjem ovog instituta, a to je pravni karakter preuzete obaveze iz koje proističe ugovorna kazna. Ugovorna kazna ne može biti ugovorena za novčane obaveze.³²⁰ Ova limitiranost ugovorne kazne jeste sa stanovišta njene pravne komparacije u odnosu na bankarsku garanciju, njeno pravno obeležje koje limitira njen pravni domet i korišćenje, naročito u kontekstu njene upotrebe u odnosu na bankarsku garanciju. Bankarska garancija pokriva sve vrste obaveza koje proističu iz sadržine osnovnog ugovora, dok ugovorna kazna može biti dogovorena samo za neispunjavanje ili neblagovremeno neispunjavanje nenovčanih obaveza. Jasno je da ova limitiranost ugovorne kazne jeste na štetu pravnog kvaliteta ovog sredstva obezbeđenja, u odnosu na neogračeni pravni karakter obaveze koja proizilazi iz osnovnog pravnog posla kod bankarske garancije.

3. Limitiranost ugovorne kazne, uz njenu akcesornu prirodu, jeste uslovljena činjenicom da ugovorna kazna gubi pravno dejstvo ako je do neispunjenja ili zadocnjenja došlo iz uzroka za koje dužnik ne odgovara.³²¹ Praktična implikacija ove zakonske odredbe jeste uslovljenost prava na isplatu ugovorene kazne u odnosu na pravno relevantno stanje koje se dovodi u vezu sa povredom ugovora i odnosom dužnika prema ovome. Ukoliko je došlo do neispunjenja ili zadocnje ugovorne obaveze, a pri tom ne postoji krivica dužnika za takvo stanje, onda poverilac ne može zahtevati isplatu ili ispunjenje materijalne obaveze koja jeste ugovorna kazna. Drugim rečima, potrebno je da postoji krivica dužnika za neispunjenje osnovne obaveze iz ugovora, da bi poverilac mogao da na pravu osnovanom zahtevu traži izvršenje ugovorne kazne. Ovo nije slučaj kod bankarske garancije, jer jedno od njenih osnovnih obeležja, neakcesornost, pravno posledično utiče na pravnu irelevantnost razloga

³²⁰ Čl. 270 st. 3 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).

³²¹ Čl. 272 st. 2 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).

usled kojeg je došlo do neispunjenja obaveze dužnika iz osnovnog ugovora, te će se svako neispunjenje te obaveze smatrati kao pravno relevantno stanje na osnovu kojeg korisnik bankarske garancije može zahtevati isplatu garantovanog novčanog iznosa, bez obzira na krivicu dužnika. Ovde je važno napomenuti da iako bankarske garancije mogu biti uslovljene po svom karakteru, isto se ne može dovoditi u vezu sa uslovom za izvršenje ugovorne kazne. Kada bankarska garancija ima klauzalno definisan uslov za njenu isplatu, to ne znači da se zahteva postojanje krivice dužnika za isplatu garantovanog novčanog iznosa, iako se teorijski takav uslov može ugovoriti.

4. Zakon o obligacionim odnosima reguliše i pitanje načina određivanja visine ugovorne kazne, što jeste jedna od zakonskih razlika u odnosu na bankarsku garanciju. Ugovorne strane same određuju visinu kazne koja može biti određena u ukupnom iznosu, u procentima, za svaki dan zadocnjenja, ili pak na drugi način.³²² Ono što se zahteva jeste da visina ugovorene kazne mora biti ugovorena u formi propisanoj za ugovor. Uvažavajući činjenicu da ugovorna kazna može biti u novcu ili pak drugim materijalnim koristima, jasno je da način njenog određivanja jeste umnogome različit od načina određivanja visine garantovanog novčanog iznosa bankarske garancije. Ovo se naročito odnosi na proceduralni aspekt određivanja visine i karaktera ugovorne kazne i visine garantovanog novčanog iznosa u bankarskoj garanciji. Prilikom određivanja visine ugovorne kazne, usaglašavanje jeste ostavljeno ugovornim stranama, poveriocu i dužniku. Shvatajući sva obeležja ugovorne kazne koja su prethodno analizirana, interes poverioca nije da ugovorna kazna ekonomski devastira dužnika. Interes poverioca jeste da se izvrši osnovna obaveza iz ugovora, a ako ista ne bude izvršena, da se ugovornom kaznom «natera» dužnik da je izvrši. Prilikom određivanja visine ugovorne kazne, koja neretko može biti visoka, uzimaju se sve činjenice od značaja za njeno formiranje. Drugim rečima, veština pregovaranja i pozicije ugovornih strana jesu od značaja prilikom formiranja visine ugovorne kazne. Potpuno suprotan pravni mehanizam se primenjuje prilikom formiranja garantovanog novčanog iznosa bankarske garancije. S obzirom da je bankarska garancija pravni odnos između banke garanta i korisnika garancije, postoji limitiranost u pogledu «komunikacije» između dužnika i poverioca iz osnovnog posla. Limitiranost se ogleda u činjenici da korisnik garancije može da prihvati ili odbaci izdatu bankarsku garanciju, ali njegov uticaj na njen sadržaj jeste limitiran (u sadržaju jeste definisan i novčani iznos garancije). Smatramo da kod ugovorne kazne poverilac ima znatno

³²² Čl. 271 st. 1 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).

širi prostor za određivanje visine kazne, nego što korisnik bankarske garancije ima kod određivanja visine garantovanog novčanog iznosa. Pravna obeležja koja ukazuju na sličnosti, ali i razlike između ugovorne kazne i bankarske garancije jesu adekvatno identifikovane i objašnjene. Distinkcije koje postoje između ova dva sredstva obezbeđenja jesu kvalitativno naglašene, i mišljenja smo da bankarska garancija pruža korisniku garancije veći stepen i kvalitet pravne zaštite njegovih interesa, nego što je to pruža ugovorna kazna.

3. Bankarska garancija i dokumentarni akreditiv

Uvažavajući činjenicu da najveći broj garancija za plaćanja izdaju banke kao finansijske institucije, uz normativna ograničenja određenih država, među kojima je i R. Srbija koja izričito propisuju da isključivo banke mogu da izdaju bankarske garancije, akreditiv predstavlja jedan od važnijih bankarskih poslova plaćanja koji uživa izuzetan značaj u unutrašnjoj i međunarodnoj trgovini. *Akreditiv jeste instrument plaćanja (i istovremeno sredstvo obezbeđenja plaćanja) kojim se akreditivna banka (banka izdavalac) obavezuje da po nalogu nalogodavca na osnovu dogovorenih dokumenata podnesenih u skladu sa ugovorenim uslovima (ili bez dokumenata) obavi plaćanje ili ovlasti drugu banku (korespodentna banka) da obavi plaćanje trećem licu (korisniku akreditiva).*³²³ Akreditivni posao jeste složeni posao u kojem učestvuju najmanje tri lica i to: nalogodavac za otvaranje akreditiva (kupac robe, investitor radova i sl.); akreditivna banka i korisnik akreditiva (prodavac robe, izvođač radova i sl.).³²⁴ U poslovnoj praksi se koriste dve vrste akreditiva, obični i dokumentarni (tkz. robni), ali sa stanovišta značaja i obima praksenog korišćenja, dokumentarni akreditiv je svakako mnogo važniji instrument plaćanja odnosno obezbeđenja. Značaj dokumentarnog akreditiva ukazuje i činjenica da u pravnoj teoriji, ali i praksi, postoji posebna klasifikacija dokumentarnog akreditiva.³²⁵ Uvažavajući činjenicu da dokumentarni akreditiv jeste prvenstveno instrument plaćanja, pa tek onda instrument obezbeđenja izvršenja

³²³ Vidi više: Anđelković, C. (2010): Instrumenti plaćanja u međunarodnom prometu sa posebnim osvrtom na dokumentarni akreditiv. Institut za poslovna istraživanja MBA, Beograd. ISBN 978-86-85287-04-6

³²⁴ Vasiljević, M. (2006). Trgovinsko pravo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, str. 315.

³²⁵ Dokumentarni akreditiv može biti: opozivi i neopozivi; potvrđeni i nepotvrđeni; gotovinski, akceptirani i otkupni; i prenosivi i neprenosiv. Vidi više: Anđelković, C. (2010): Instrumenti plaćanja u međunarodnom prometu sa posebnim osvrtom na dokumentarni akreditiv. Institut za poslovna istraživanja MBA, Beograd. ISBN 978-86-85287-04-6

ugovora, fokus uporednopravne analize ova dva pravna instiuta biće na karakteristikama oba instituta u smislu njihovih pravnih obeležja kao sredstava obezbeđenja potraživanja.

1. Bankarska garancija i dokumentarni akreditiv jesu nastali na potrebama međunarodnih poslovnih odnosa, i u njihovom pravnom oblikovanju dominantno je uticala Međunarodna trgovinska komora. Sa stanovišta izvora prava, dokumentarni akreditiv jeste znatno ranije međunarodno unificiran. Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarni akreditiv usvojeni su još 1933. godine i do sada je bilo pet revizija ovih pravila.³²⁶ Ovaj nivo unificiranosti nije prisutan kod bankarske garancije, jer oblast bankarskih garancija (primenjujemo ovu terminologiju iako je ista sa stanovišta međunarodnih izvora terminološki definisana kao «garancija») jeste partikularno regulisana sa više relevantnih međunarodnih izvora³²⁷. Unificiranje bankarske garancije jeste učinjeno kroz usvanje Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije (Publikacija 325), Jednobraznih pravila za garancije na poziv (Publikacija 458), odnosno novih Jednobraznih pravila za garancije na poziv (Publikacija 758). Iako proces unificiranja pravila za bankarske garancije nije išao dinamikom kojom je praćen proces unifikacije prava iz oblasti dokumentarnog akreditiva, svakako da sličnost između ova dva instrumenta obezbeđenja jeste u njihovom međunarodnopravnom značaju koji se ogleda kroz učešće Međunarodne trgovinske komore u njihovom oblikovanju i standardizaciji. Sa stanovišta uporednopravne analize ova dva instrumenta, svakako da ovo zajedničko obeležje nije od posebnog značaja, ali smo smatrali da je važno ukazati na sličnosti koje u kontekstu izvora prava postoje, ukazujući time na međunarodnopravni značaj oba instrumenta obezbeđenja.

2. Pravna priroda dokumentarnog akreditiva i pravna priroda bankarske garancije, jesu sličnosti između ova dva instrumenta obezbeđenja. U suštini, pravni odnosi koji nastaju, traju i prestaju kod dokumentarnog akreditiva jesu veoma slične pravne prirode sa pravnim odnosima kod bankarskih garancija. Ipak, ne može se reći da ti pravni odnosi jesu «preslikani», ali svakako da ima dovoljno osnova da se može da tvrditi da isti predstavljaju pre sličnost nego razliku u kontekstu poređenja. Unutar pravnih odnosa kod dokumentarnog akreditiva u kojem učestvuju najmanje tri subjekta (može i više u zavisnosti od vrste akreditiva), identifikuju se: pravni odnos koji nastaje iz osnovnog ugovora; pravni odnos između nalogodavca i akreditivne banke; pravni odnos između akreditivne banke i korisnika,

³²⁶ Dostupno sa sajtu: http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2006/9_10/UBS-Bankarstvo-9-10-2006-Topolsek.pdf

³²⁷ Izuzetak jesu par država u Evropi, među kojima je i R. Srbija, koja su u okviru nacionalnog zakonodvstva u određenoj meri regulisala ovu materiju.

kao i pravni odnosi između banaka koji učestvuju u akreditivnom poslu.³²⁸ Pravni odnosi između subjekata u akreditivnom poslu jesu po svojoj prirodi samostalni pravni poslovi, iako postoji određena «povezanost» manjeg pravnog inteziteta između njih. Sa druge strane, pravni odnosi koji nastaju u vezi sa bankarskom garancijom jesu takođe po svojoj prirodi samostalni pravni odnosi između dužnika i poverioca iz osnovnog posla; nalogodavca (dužnika) i banke garant; banke garant i korisnika (garancija); i u određenim slučajevima modifikacije bankarske garancije, odnosi između više banaka koje učestvuju u garancijskom poslu (supergarancija, konfirmirana garancija). Ne želeći da ulazimo u pojedinačnu analizu četiri samostalna pravna odnosa kod dokumentarnog akreditiva i bankarske garancije, možemo konstatovati da sa stanovišta broja pravnih odnosa koji nastaju kod dokumentarnog akreditiva, vrsti subjekata koji učestvuju, kao i postojanja osnovnog pravnog posla zbog kojeg nastaju, jasno je da sa opisanog stanovišta može se konstatovati postojanje sličnosti između ova dva instrumenta obezbeđenja koja jeste na kvalitativno visokom nivou.

3. Dokumentarni akreditiv i bankarska garancija imaju sličnost i sa stanovišta osnovog pravnog posla usled kojih nastaju.³²⁹ Prethodno je konstatovano da pravni odnosi koji nastaju kod ova dva pravna posla jesu dovoljno slični da bi iste determinisali kao njihova zajednička pravna obeležja. Posebnost dokumentarnog akreditiva i bankarske garancije jeste što u osnovi oba pravna posla nastaju kao posledica prethodnog pravnog posla. Osnov njihovog postojanja ogleda se u potrebi postojanja osnovnog pravnog posla iz kojeg proističe potreba za izdavanje dokumentarnog akreditiva, odnosno bankarske garancije. Osnovni pravni poslovi na osnovu kojih se javlja potreba za izdavanjem dokumentarnog akreditiva, odnosno bankarske garancije, jesu po svojoj prirodi izuzetno heterogeni. U osnovi, dokumentarni akreditiv nastaje na osnovama ugovora iz oblasti privrednog poslovanja (ugovor o prodaji robe, ugovor o izvođenju radova, ugovor o investicionom ulaganju, i sl.). Na osnovama ugovora iz oblasti privrednog poslovanja nastaje i bankarska garancija, s tim što se mora naglasiti da vrste osnovnih ugovora koji se javljaju u garancijskom poslu jesu znatno heterogenije prirode. Diversifikovanost opštih i posebnih karakteristika osnovnih ugovora kod bankarske garancije jeste znatno šira, u odnosu na pravna obeležja osnovnih ugovora kod dokumentarnog akreditiva.

³²⁸ Vukadinović, R. (1988): Dokumentarni akreditiv prema Zakonu o obligacionim odnosima i Jednoobraznim pravilima i običajima za dokumentarne akreditive. Zakon o obligacionim odnosima : knjiga o desetogodišnjici. Tom 2.- Str. 347-357

³²⁹ Milenković Kerković, T. (2000): Nezavisna (bankarska) garancija i stand-by akreditiv u međunarodnim poslovnim transakcijama. Ekonomske teme = Economic themes = Экономические темы ISSN: 0353-8648.- God. 38, br. 3, str. 123-133

4. Kada se u okviru pravne nauke razmatra pitanje sličnosti i razlike između dokumentarnog akreditiva i bankarske garancije, jedan od glavnih argumenata koji se koristi da bi se ukazalo na razlike koje postoje, jeste argument da dokumentarni akreditiv jeste u osnovi sredstvo plaćanja obaveze iz osnovnog posla.³³⁰ Ovo jasno proizilazi iz same definicije pojma akreditiva, sa čime se i slažemo. Dokumentarni akreditiv jeste u osnovi sredstvo plaćanja uz prethodno ispunjenje obaveze koja je akreditivom definisana (najčešće je u pitanju podnošenje određenih dokumenata). Pravna nauka sa razlogom navodi da ovo predstavlja jasnu razliku između ova dva pravna posla, naročito ako se uzme u obzir činjenica da plaćanja koja se vrše putem dokumentarnog akreditiva ne predstavljaju ništa drugo nego cenu koštanja u vezi sa predmetom osnovnog ugovora (roba, usluge, i sl.). Jasno je onda da plaćanje koje se vrši putem dokumentarnog akreditiva jeste drugačije formirano u odnosu na plaćanje koje se vrši isplatom garantovanog iznosa bankarske garancije. Bankarska garancija, kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora ima specifična obeležja u pogledu determinisanja novčanog iznosa garancija, i taj iznos nikad ne predstavlja cenu koštanja robe, usluge ili nečeg drugog što je sadržano u osnovnom ugovoru, već se isti formira na osnovu više relevantnih faktora, od kojih potraživanje iz osnovnog ugovora jeste samo jedan od faktora koji utiče na formiranje visine iznosa garancije. Iz ovog razloga jasno je zašto pravna nauka insistira na tome da dokumentarni akreditiv posmatra kao sredstvo plaćanja, a bankarsku garanciju kao sredstvo obezbeđenja potraživanja. Ovim ne želimo da inputiramo da dokumentarni akreditiv nije sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, jer je ta konstatacija već navedena na početku ovog dela rada, već prvenstveno se ukazuje na primarnu razliku u pogledu njenog praksenog značaja kao sredstva plaćanja. Bankarska garancija jeste u osnovi prvo sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, ali nastupanjem garantovanog slučaja i isplate novčanog iznosa iz garancije, bankarska garancija se transformiše iz instrumenta obezbeđenja u instrument plaćanja po ugovoru. Oba pravna instituta imaju i karakter sredstva obezbeđenja i sredstva isplate, pa ipak dokumentarni akreditiv jeste primarno determinisan kao sredstvo plaćanja pa tek kao sredstvo obezbeđenja, dok je bankarska garancija primarno determinisana kao sredstvo obezbeđenja pa tek kao sredstvo plaćanja.

5. Specifičnost dokumentarnog akreditiva može se identifikovati u pogledu obima pravne zaštite koji se pruža subjektu u odnosu na bankarsku garanciju. Bankarska garancija

³³⁰ Milenković, T. (1997): Dokumentarni akreditiv kao instrument osiguranja u autonomnom trgovinskom pravu. *Економски анали : орган Економског факултета у Београду* = *Annales économique : organe de la Faculté Économique de Belgrade* ISSN: 0013-3264.- 41, 135 (1997), str. 125-133

se izdaje radi zaštite interesa jedne ugovorne strane, korisnika garancije, koji je istovremeno i poverilac iz osnovnog posla. Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja štiti samo jednu stranu, što jeste saobrazno sa drugim sredstvima obezbeđenja. Ipak, kada sa ovog stanovišta analiziramo dokumentarni akreditiv, jasno je da ovaj instrument jeste značajno drugačiji od drugih. Za razliku od bankarske garancije, kod dokumentarnog akreditiva vrši se zaštita subjekata iz akreditivnog posla, odnosno interesa poverioca i interesa dužnika, tj. prodavca i kupca. Pravni domet zaštite interesa ovih subjekata kod dokumentarnog akreditiva jeste i u okviru pravne nauke identifikovan, pa se kao takav navodi u kontekstu distinkcije u odnosu na bankarsku garanciju.

Dokumentarni akreditiv jeste specifično sredstvo plaćanja, ali i sredstvo obezbeđenja, usled determinisanih uslova isplate koji moraju biti ispunjeni. U prethodnom delu rada, determinisali je da postoje uslovne i безусловne garancije, uz naglasak na češće korišćenje безусловnih garancija usled niza pozitivnih aspekata njenog korišćenja u kontekstu pravnog kvaliteta zaštite interesa poverioca, tj. korisnika garancije. Kada u kontekst uporednopravne analize se stave u razmatranje безусловna bankarska garancija i dokumentarni akreditiv, mogu se identifikovati jasne distinkcije u pogledu ispunjenja uslova za isplatu garancije, odnosno ispunjenja uslova za isplatu po osnovu dokumentarnog akreditiva. Uvažavajući činjenicu da većina bankarskih garancija jeste безусловnog karaktera, isplata garantovanog novčanog iznosa jeste formalnog karaktera, bez obaveze dokazivanja ispunjenja uslova. Suprotno ovome, kod dokumentarnog akreditiva korisnik je u obavezi da dokaže da uslovi koji su determinisani za isplatu akreditiva jesu ispunjeni, što korisnik čini podnošenjem različitih dokumenata koji su kao takvi definisani u sadržaju akreditiva. Shvatajući akreditiv prvenstveno kao sredstvo plaćanja, jasno je da isplata novčanog iznosa iz akreditiva mora biti uvek povezana sa ispunjenjem uslova iz akreditiva koji su uglavnom dokumentarnog karaktera. Na ovaj način se štite svi subjekti u akreditivnom poslu, odnosno i interesi prodavca, kupca, kao i interesi akreditiv banke. Mora se posebno naglasiti da dokazivanje ispunjenosti ovih uslova jeste strogo formalno i uvek zasnovano na dostavljanju određenih dokumenata.³³¹ Dokazivanje ispunjenosti uslova za isplatu kod dokumentarnog akreditiva jeste formalnija i kompleksnija za korisnika akreditiva, dok korisnik bankarske garancije i kada mora da dokazuje ispunjenost uslova iz garancije (kod uslovnih garancija) to može da

³³¹ Čak i kada je bankarska garancija uslovljena, korisnik garancije može na više načina da dokazuje ispunjenost uslova iz garancije, što proizilazi iz samog načina definisanja uslova iz sadržaja garancije.

čini shodno pravnoj prirodi i karakteru definisanog uslova, što je svakako povoljnije za njega u odnosu na korisnika akreditiva.

6. Kada je u pitanju sama procedura isplate novčanog iznosa iz dokumentarnog akreditiva i bankarske garancije, postoje takođe određene distinkcije koje jesu kvalitativne procesnopravne prirode. Isplata po osnovu dokumentarnog akreditiva jeste uvek vezana za obavezu korisnika akreditiva da prethodno prezentira akreditiv banci tkz. akreditivna dokumenta. Najčešće je reč o različitim dokumentima tkz. robnog karaktera, i njihov karakter i sadržaj jeste definisan u okviru sadržine akreditiva. Isplata po osnovu dokumentarnog akreditiva nije moguća ukoliko prodavac ne prezentira tražena dokumenta akreditiv banci. Kod isplate novčanog iznosa iz garancije, korisnik garancije jeste u proceduralnom smislu u povoljnijem položaju u odnosu na položaj korisnika akreditiva. Korisnik garancije jeste u obavezi da po nastupanju garantovanog slučaja podnese banci koja je izdala garanciju zahtev za isplatu novčanog iznosa. Procedura isplate garantovanog novčanog iznosa kod bankarske garancije jeste znatno olakšana nego što je to slučaj kod isplate po osnovu dokumentarnog akreditiva. Prethodno izneto se prvenstveno odnosi isplatu kod izdatih bezuslovnih bankarskih garancija, dok kod uslovnih garancija isplata u kontekstu procedure jeste relativno slična sa isplatom novčanog iznosa kod dokumentarnog akreditiva.

Jedan deo pravne nauke ukazuje na činjenicu da dokumentarni akreditiv može biti opoziv i neopoziv,³³² što predstavlja bitnu razliku u odnosu na bankarsku garanciju koja je uvek neopoziva. Navodeći različite podele koje postoje kod dokumentarnog akreditiva, ukazuje se na podelu akreditiva shodno činjenici da li je akreditiv opoziv ili ne. Ukoliko nije direktno navedeno u sadržaju akreditiva da je isti neopoziv, smatra će se da se isti može opozvati, što posledično menja pravni odnos između akreditiv banke i korisnika akreditiva. Ako je akreditiv opoziv isti ne obavezuje akreditivnu banku, jer ona može u svakom trenutku opozvati ili izmeniti njen sadržaj po zahtevu nalogodavca (mada postoje mišljenja da isto može učiniti i na sopstvenu inicijativu)³³³, dok kod neopozivog akreditiva isti predstavlja samostalnu obavezu akreditiv banke koja je neopozivog karaktera, bez mogućnosti uticaja na njenu već postojeću sadržinu niti posredno od strane nalogodavca, niti neposredno od strane akreditiv banke. U odnosu na dokumentarni akreditiv, bankarska garancija je uvek neopoziva, što je jedno od bitnih njenih obeležja, jer kao takva uživa visok nivo poverenja

³³² Vidi više: Anđelković, C. (2010): Instrumenti plaćanja u međunarodnom prometu sa posebnim osvrtom na dokumentarni akreditiv. Institut za poslovna istraživanja MBA, Beograd. ISBN 978-86-85287-04-6

³³³ Vasiljević, M. (2004). Trgovinsko pravo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 324

od strane korisnika garancije. Ukoliko bi bankarska garancija bila opoziva, kvalitet pravne zaštite interesa korisnika garancije bi značajno degradirao, što bi posledično uticalo na smanjen značaj u praksenom korišćenju ovog sredstva obezbeđenja.

7. Načelo fiksne garancijske obaveze kod bankarske garancije znači da banka ne može da isplati ni manje ni više nego što je to određeno u sadržaju same garancije.³³⁴ Pavićević ističe da jedna od razlika između bankarske garancije i dokumentarnog akreditiva jeste primetna u vezi sa odstupanjem od novčanog iznosa koji se ima isplatiti. Kod bankarske garancije važi načelo fiksne garancijske obaveze, dok kod dokumentarnog akreditiva moguće je da iznos akredita nije fiksno izražen. Posledično iz tako određenog iznosa iz akreditiva proizilaze i praksena odstupanja u smislu procentualnog uvećanja ili smanjenja prvobitno određenog iznosa koji mogu da variraju u neznatnim procentima. Slažemo se sa navodima ovih autora, jer i Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive propisuju ovu mogućnost.

Na osnovu analiziranog jasno je da pravna nauka sa argumentovanog stanovišta zastupa mišljenje da razlike koje postoje između dokumentarnog akreditiva i bankarske garancije jesu značajne, te ih opravdano čine odvojenim pravni institutima. Sličnosti koje su identifikovane i elaborirane u radu jesu od značaja, ali razlike koje postoje sa stanovišta prava jesu mnogo važnije u smislu njihove pojedinačne posebnosti. Smatramo da dokumentarni akreditiv mora i treba se analizirati kao sredstvo plaćanja, pa tek alternativno kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora. Tek u svojoj alternativnoj funkciji, kao sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovora, dokumentarni akreditiv ima niz sličnih karakteristika u odnosu na bankarsku garanciju, odnosno da budemo precizniji, u odnosu na uslovnu bankarsku garanciju, jer u odnosu na безусловnu garanciju ima veoma malo dodirnih tačaka. Praksena upotreba dokumentarnog akreditiva i bankarske garancije jeste još jedan od validnih potvrđujućih argumenata u korist njihovog razgraničenja, čime dolazimo do zaključka da razgraničenje između bankarske garancije i dokumentarnog akreditiva jeste i pravno i prakseno determinisano i validno.

³³⁴ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. 87.

4. Bankarska garancija i ugovor o osiguranju

Ukoliko se uzmu u obzir bitne karakteristike bankarske garancije, može se zaključiti da se u pravnom fokusu ovog instituta nalazi korisnik garancije – poverilac iz osnovnog posla, koji želi da obezbedi i zaštiti svoje ekonomske i pravne interese. Sumirajući navedeno jasno je da bankarska garancija, kao i većina drugih sredstava obezbeđenja, u osnovi nastaje kao posledica potrebe određenog subjekta – poverioca, da zaštiti i osigura svoje partikularne interese u određenom poslu. Akcenat na osiguranju naplate potraživanja jeste jedan od razloga zašto se unutar pravne nauke razmatraju sličnosti i razlike između bankarske garancije i ugovora o osiguranju. U osnovi, oba pravna posla imaju isti cilj, zaštita interesa korisnika od nastupanja budućeg neizvesnog događanja. Razlika koja postoji između bankarske garancije i ugovora o osiguranju jesu od značaja, ali niz sličnosti koji postoje između ova dva pravna posla s razlogom utiču na njihovo interpoliranje.

1. *Ugovorom o osiguranju obavezuje se ugovarač osiguranja da plati određeni iznos organizaciji za osiguranje (osiguravač), a organizacija se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo.*³³⁵ Pravna teorija konstatuje da iz ove zakonske definicije ugovora o osiguranju proizlazi da, obaveza osiguravača, može biti trojaka u zavisnosti od vrste i cilja osiguranja, i u tom smislu se klasifikuju tri svrhe osiguranja: kod osiguranja čija je svrha naknada štete (imovinska osiguranja) jeste isplata naknade iz osiguranja; kod osiguranja čija svrha nije naknada štete (imovinska osiguranja) jeste isplata ugovorene svote (suma osiguranja); i kod osiguranja u kojem je osiguravač obavezan “da učini nešto drugo” ili kod osiguranja od odgovornosti, svrha jeste da brani osiguranika od odštetnih zahteva trećih lica koji nemaju osnova.³³⁶ Opšta pravna obeležja ugovora o osiguranju ukazuju da ovaj ugovor jeste dvostrano-obavezan i teretan, da je kao takav imenovani ugovor, da po načinu zaključenja predstavlja athezioni ugovor gde su obaveze ugovornih strana trajnog karaktera (trajne prestacije), da je strogo formalni ugovor, dok je aleaotorni karakter ugovora jasno primetan usled činjenice da isplata naknade iz ugovora o osiguranju zavisi isključivo od nastupanja budućeg neizvesnog događaja, tj. osiguranog slučaja. Uvažavajući pravni i ekonomski značaj posla osiguranja, izvori prava domicijalnog

³³⁵ Čl 897. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).

³³⁶ Vasiljević, M. (2004). Trgovinsko pravo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 131.

karaktera koji regulišu ovu materiju jesu heterogene zakonske prirode, uz niz međunarodnih izvora prava. Detaljne odredbe o ugovoru o osiguranju jesu inkorporirane u okviru Zakona obligacionim odnosima³³⁷. Obim zakonskog regulisanja osiguranja u okviru Zakona o obligacionim odnosima ukazuje nam na značaj i važnost osiguranja kao pravno-ekonomske pojave. Pored Zakona o obligacionim odnosima, oblast osiguranja je regulisana i putem Zakona o osiguranju³³⁸, kao i Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi³³⁹. U kontesktu međunarodnih izvora prava, kao posebno važan izvor u međunarodnom poslu osiguranja jesu izvori prava autonomnog karaktera, i to: Incoterms pravila³⁴⁰; Jork-antverpenska pravila³⁴¹; Loyd polisa³⁴²; i drugi izvori autonomnog prava. Sagledavajući samo obim, odnosno broj zakona koji uređuju oblast osiguranja, jasno je da ovaj pravni posao jeste izuzetno bogato normativno regulisan, te da svaka komparacija sa bankarskom garancijom mora da uvažava ovu činjenicu. Uvažavajući predmetnu orijentaciju rada, isti nam ne dozvoljava da više ulazimo u oblast osiguranja, shvatajući limite i ciljeve istraživanja, pa će u nastavku istraživanja biti ukazano na sličnosti i razlike koje postoje između bankarske garancije i ugovora o osiguranju. Analiza će se bazirati na opštim i specifičnim obeležjima oba pravna posla, te sličnostima i razlikama pravne kategorije koji su od strane autora i pravne nauke identifikovani i elaborirana.

2. Prilikom navođenja opštih pravnih karakteristika ugovora osiguranju, konstatovano je da ova vrsta ugovora spada u tkz. grupu aleatarnih ugovora.³⁴³ Nasuprot aleatornoj prirodi ugovora o osiguranju, pitanje pravne prirode bankarske garancije jeste posledično drugačije determinisano. O pravnoj prirodi bankarske garancije je u prethodnom delu rada već bilo reči, pa se nastavljaajući na zaključke iz tog dela istraživanja može istaći da

³³⁷ Odredbe od čl. 897. do 965. Zakona o obligacionim odnosima regulišu materiju osiguranja iz domena zakonskog definisanja opštih pojmova, zaključenja ugovora, obaveze osiguranika i ugovorača osiguranja, trajanje osiguranja, osiguranje imovine, osiguranje lica, i osiguranje života u korist trećih lica.

³³⁸ Zakon o osiguranju ("Sl. glasnik RS", br. 139/2014)

³³⁹ Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi ("Sl. list SRCG", br. 19/78, 8/79 - ispr., 19/87, 29/89 - dr. zakon, 39/89 - dr. zakon, 22/90 i 13/91 i "Sl. list RCG" 48/91 - dr. zakon, 17/92 - dr. zakon, 59/92 - uredba o usklađ. nov. kazni, 4/93 - uredba o usklađ. nov. kazni, 27/94 - dr. zakon i 2/2007 – dr. zakon i "Sl. list CG", br. 51/2008 - dr. zakon, 40/2011 - dr. zakon i 62/2013 - dr. zakon)

³⁴⁰ Incoterm rules 2010. Dostupno na sajtu: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>

³⁴¹ York Antwerp Rules. Dostupno na sajtu: <https://www.jus.uio.no/lm/cmi.york.antwerp.rules.1994/doc.html>

³⁴² Više o Loyd polisi na:

http://advokatpejakovic.com/index_htm_files/Nova%20engleska%20pomorska%20polisa%20u%20osiguranju%20robe%20u%20medunarodnom.pdf

³⁴³ Aleatomi ugovori jesu posebna vrsta ugovora kod kojih u momentu zaključenja ugovorne strane ne znaju obim i karakter svojih obaveze. Više o ovome: Salma, J. (2001). Obligaciono pravo. Pravo, Novi Sad, udžbenik.

bankarska garancija prema mišljenju jednog dela pravne javnost, koje i sam autor ovog rada prihvata, jeste takva da se smatra kao jednostrani pravni posao. Ovde se identifikuje osnovna pravna razlika između ugovora o osiguranju i bankarske garancije. Iako mišljenja o pravnoj prirodi bankarske garancije jesu podeljena, čak i onda kada bi se bankarska garancija smatrala za ugovor, isti ne bi imao pravna obeležje aleatornih ugovora, već bi bio komutativni ugovor, jer se u momentu njegovog zaključenja (može se smatrati i komutativni posao ako prihvatamo stanovište da bankarska garancija jeste jednostrani pravni posao) se zna koja je obaveza po osnovu ugovora, njena visina, odnosno obim i karakter obaveze jeste izvestan i utvrđen. Ugovor o osiguranju predstavlja klasičan primer aleatornih ugovora, jer u momentu zaključenja ugovora ugovorne strane ne znaju visinu i uzajamni odnos prestacija, već ona zavisi od toga da li će doći do nastupanja rizika, odnosno osiguranog slučaja. Kod bankarske garancije su unapred poznata prava i obaveza svih subjekata u ovom poslu (uvažavajući sve pravne odnose koji posredno ili neposredno postoje), pa su tako jasno definisana prava i obaveza između poverioca i dužnika iz osnovnog posla, dužnika u ulozi nalogodavca i banke garanta, i banke garanta i korisnika garancije – poverioca iz osnovnog posla. Pravni odnos između banke garanta koja je izdala bankarsku garanciju i korisnika garancije jeste komutativne prirode, jer se zna da je obaveza banke da isplati garantovani iznos iz garancije, dok je pravo korisnika da traži isplatu ovog iznosa kada su za to ispunjeni uslovi iz garancije (kod uslovnih bankarskih garancija) uz protok vremena tj. roka u kojem je dužnik iz osnovnog posla bio u obavezi da izvrši svoja dugovanja prema korisniku garancije. Pravna priroda ugovora o osiguranju, u smislu njegovog aleatornog karaktera, jeste značajna sa stanovišta pravne nauke, jer se na osnovu nje pravi jasna pravna distinkcija u odnosu na bankarski posao koji je po svojoj prirodi uvek komutativnog pravnog karaktera.

3. Posao osiguranja, pa shodno tome i ugovor o osiguranju koji prati ovaj posao, jeste veoma raznovrstan. Aplikativna primena osiguranja je zasnovana na odredbama Zakona o obligacionim odnosima i pratećim zakonima, i ista jeste takvog karaktera da se u praksi pojavljuju mnogobrojni oblici osiguranja kojima se putem ugovora o osiguranju pokriva širok spektar rizika koje osiguranik želi da pokrije. Pravo osiguranja kod nas, a naročito u svetu, jeste se razvilo u toj meri da gotovo da ne postoji rizik koji se ne može osigurati, čak i onda kada isti nikada prethodno nije bio pokriven. Ipak koliko god da je posao osiguranja rasprostranjen, on je istovremeno i veoma “konzervativne pravne prirode”, odnosno isti je mahom definisan imperativnim normama različitih zakona, što u znatnoj meri sužava obim dispozitivnih prava ugovornih strana. Usled značaja koje osiguranje ima u jednom društvu i

njenoj ekonomiji, zakonski propisi iz ove oblasti sužavaju obim slobode ugovaranja u meri u kojoj ugovorne strane nemaju širok spektar sloboda ugovaranja na bazi svojih partikularnih interesa. Kod bankarske garancije, strane u garancijskom poslu imaju znatno širi stepen sloboda u smislu regulisanja svojih odnosa, pa iz tog razloga može se govoriti i o razlici između ova dva pravna instituta u smislu stepena sloboda koje ugovorne strane/učesnici u poslu imaju kod ugovora o osiguranju, odnosno bankarske garancije.

4. Prozvodi osiguranja su sve raznovrsniji, pa spektar rizika koji oni pokrivaju jeste veoma širok. Iz tog razloga jako je nezahvalno upoređivati ugovor o osiguranju i bankarsku garanciju sa stanovišta rizika koji oba pravna instituta pokrivaju. Sa jedne strane, putem osiguranja se pruža pokrivanje rizika koje je nemoguće kvantifikovati i klasifikovati, dok se putem bankarske garancije pokriva isključivo jedan rizik, rizik neispunjenja ugovora ili rizik neurednog ispunjenja osnovnog ugovora. U tom smislu, prednost jeste svakako na strani ugovora o osiguranju, međutim postoje i druga gledišta koja ovu problematiku analiziraju sa istog polazišta, ali sa drugačijeg ugla posmatranja. U pravnoj teoriji se ističe da, iako postoji očigledna razlika u smislu obuhvata pokrivanja rizika kod ovih poslova, prava kvalitativna razlika nije zasnovana na prethodnoj argumentaciji, već na činjenici da nastupanje osiguranog slučaja (rizika) dovodi do isplate novčane obaveze osiguravača, odnosno banke koja je izdala garanciju. Isplata sume osiguranja neposredno se odražava na imovinu osiguravača ističe Pavićević, bez obzira na to što se šteta raspoređuje na sve članove rizične zajednice povećanjem premije ili na drugi način, dok isplata garancije ne pogađa imovinu banke koja je izdala garanciju, već imovinu lica za čiji je račun izdata garancija.³⁴⁴ U osnovi se možemo složiti sa ovim stavom autora, jer uistinu obaveza plaćanja osiguravača prema korisniku osiguranja se isključivo realizuje iz imovine osiguravača, sem kada je u pitanju tkz. regresno pravo, odnosno regresne štete.³⁴⁵ Isplata sume osiguranja, odnosno osiguranog iznosa direktno pogađa imovinu osiguravača, dok isplata korisnika bankarske garancije iako inicijalno umanjuje imovinu garanta banke, ona se anulira od strane nalogodavca po osnovu obaveze koja je klauzalno definisana u ugovoru o izdavanju bankarske garancije. Bankarske garancije su u najvećem broju slučajeva pokrivene (u slučaju isplate garantovanog iznosa banka se regresira od nalogodavca), ali se u praksi izdaju i tkz. nepokrivene bankarske garancije. Kada je bankarska garancija nepokrivena, isplata garantovanog iznosa pogađa

³⁴⁴ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 90.

³⁴⁵ Regresno pravo je pravo, koje na temelju isplate određenog iznosa umesto druge osobe, koja je taj iznos trebala platiti na temelju određenog pravnog posla, stiče treća osoba koja može na tom osnovu potraživati od osobe za koju je platila da joj naknadi iznos koji je platila, zajedno sa svim ostalim štetama, gubicima i kamatama koje je snosila. Vidi više: Miladinović, Z. (2003): Pravo osiguranja. Kragujevac.

imovinu banke garanta i umanjuje, bez mogućnosti njenog regresiranja, što u osnovi dovodi do identične situacije kao i kod isplate sume osiguranja, odnosno osiguranog iznosa. Posebno se mora naglasiti da kod osiguranja je moguće ugovaranje obaveze osiguravača prema korisniku osiguranja koja nije novčanog karaktera, već je obaveza druge vrste, što kod bankarske garancije nije moguće jer se garancija uvek izdaje uz definisanu novčanu obavezu prema korisniku garancije od strane banke garanta.

5. Pitanje isplate sume osiguranja jeste povezano sa nastupanjem tkz. osiguranog slučaja, što u osnovi korespondira sa ispunjenjem uslova iz garancije - neispunjenja obaveze dužnika iz osnovnog posla, odnosno neuredno ispunjenje obaveze ovog subjekta. I u jednom i u drugom slučaju, da bi došlo do isplate prema korisniku osiguranja, odnosno korisniku garancije, neophodno je da nastupi određeni događaj. Kod bankarske garancije koja nije uslovnog karaktera, događaj koji mora da nastupi jeste unapred poznat i vezan za obavezu dužnika iz osnovnog posla, te događaj jeste isključivo neizvršenje obaveze iz osnovnog ugovora, odnosno neizvršenje obaveze na vreme iz osnovnog ugovora od strane dužnika iz osnovnog posla. Jedino tada banka ima obavezu da isplati garantovani novčani iznos. Važno je apostrofirati da navedeni događaj ne predstavlja uslov po shvatanju pravne teorije u pravno-tehničkom smislu, jer bi onda posledično svaka bankarska garancija bila uslovna garancija, što je u suprotnosti sa pravnom regulativom i pravnim shvatanjima. Drugi autori pak smatraju da isplata bankarske garancije jeste uvek uslovnog karaktera, te da svaka bankarska garancija ima definisan uslov, čak i onda kada isti nije decidno definisan u sadržaju garancije.³⁴⁶ Dato stanovište jeste po našem mišljenju pogrešno, jer isto anulira postojanje bezuslovnih garancija. Povodom istog pitanja, da li nastupanje osiguranog slučaja predstavlja uslov u pravno-tehničkom smislu, mišljenja su podeljena. Prema mišljenju dela pravne nauke, osigurani slučaj, kao događaj čije nastupanje predstavlja ostvarivanje rizika koji je obuhvaćen osiguranjem, nema karakter uslova u pravno-tehničkom smislu.³⁴⁷ Druga mišljenja jesu suprotnog karaktera, te smatraju da upravo buduće i neizvesno nastupanje osiguranog slučaja jeste *condicio sine quo*, odnosno uslov koji mora biti ispunjen da bi se došlo do isplate sume osiguranja.³⁴⁸ Uvažavajući argumentaciju oba stanovišta, skloni smo mišljenju da nastupanje osiguranog slučaja predstavlja uslov u pravno-tehničkom smislu, i da kao takav jeste povezan sa isplatom osigurane sume.

³⁴⁶Vukmir, B. (2006): Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu ISSN: 0350-2058.- God. 56, posebni broj, str. 253-279.

³⁴⁷Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 91.

³⁴⁸Filipović, A. (2003): Pravo osiguranja. Učiteljski fakultet. Beograd, ISBN 86-7849-056-X

Praksa izdavanja garancija za plaćanje (u našem pravu bankarske garancije) jeste mahom poslovna aktivnost koju jednako primenjuju u svojem poslovanju i osiguravajuća društva i banke, odnosno druge specijalizovane finansijske organizacije³⁴⁹. Iz ovog razloga, važno je napraviti jasnu digresiju između aktivnosti osiguravajućih društava u sferi poslova osiguranja u klasičnom smislu, i njihovih poslova u vezi sa izdavanjem garancija za plaćanje ili drugih vrsti garancija.

6. Ugovor o osiguranju i bankarska garancija imaju niz sličnosti kao pravni poslovi, ali razlike koje postoje između njih jesu značajne i sa stanovišta pravne nauke, ali i sa ekonomskog stanovišta. Sa stanovišta prava i ekonomije važno pitanje koje se nameće jeste cena koštanja usluge osiguranja, odnosno izdavanja garancije. Kod ugovora o osiguranju, osiguranik je u obavezi da plati ili redovno plaća premiju osiguranja, dok kod bankarske garancije korisnik osiguranja nema obavezu takvog karaktera, već troškove izdavanja bankarske garancije - proviziju, plaća nalogodavac banci koja izdaje garanciju. Sa stanovišta prava, obaveza plaćanja premije osiguranja jeste obaveza koja tereti osiguranika, koji može ali i ne mora biti korisnik osiguranja, dok obaveza plaćanja provizije kod izdavanja bankarske garancije nikada nije na teret korisnika garancije, već isključivo na teret nalogodavca i kao takva je posebno definisana u sadržaju ugovora o izdavanju bankarske garancije. Sa stanovišta ekonomije, položaj korisnika osiguranja i korisnika garancije (ukoliko prihvatimo kao osnov za poređenje da je isto lice istovremeno osiguranik i korisnik osiguranja) jeste različit. Korisnik osiguranja mora da plati ili da redovno plaća premiju osiguranja, dok korisnik garancije nema takvu obavezu, što ga stavlja u bolji ekonomski položaj. Povoljniji položaj korisnika garancije, u odnosu na položaj korisnika osiguranja, jeste evidentan i u slučaju kada obaveza plaćanja premije kod ugovora o osiguranju, odnosno provizije kod bankarske garancije, nije u potpunosti ili nije blagovremeno u potpunosti izvršena. Pravne posledice neizvršenja obaveze plaćanja po osnovu izdate premije osiguranja na način na koji je to ugovorom definisano jesu takve, da pravo osiguravača jeste da ne isplati sumu osiguranja čak i kada je nastupio osigurani slučaj. Pravni položaj korisnika osiguranja jeste nepovoljniji u odnosu na položaj korisnika garancije, jer obaveza banke garanta ne prestaje usled činjenice da nalogodavac nije izvršio plaćanje provizije na način na koji je to pitanje definisano u ugovoru o izdavanju bankarske garancije. Korisnik garancije će uvek naplatiti garantovani novčani iznos od strane banke garanta nevezano za činjenicu

³⁴⁹ Ovo se odnosi na inostrana iskustva čija normativa ne ograničava izdavanje garancija isključivo od strane banaka kao finansijskih institucija.

da li je banka naplatila svoja potraživanja prema nalogodavcu iz ugovorene provizije. Prethodno opisano jeste u stvari povezano sa jednim od osnovnih pravnih obeležja bankarske garancije, a to je neakcesornost bankarske garancije, odnosno njena samostalnost kao pravnog posla. Suprotno bankarskoj garanciji, ugovor o osiguranju jeste akcesorni pravni posao, što jasno proizilazi iz primera povezanosti plaćanja premije osiguranja i isplate sume osiguranja.

Ugovor o osiguranju i bankarska garancija jesu različiti pravni poslovi, i evedentno je da stepen interpoliranja između ova dva pravna instituta jeste na niskom nivou, pa se može konstatovati da postoji znatno više kvalitativnih razlika između ovih poslova, nego što postoje zajednički elementi između njih.

5. Bankarska garancija i dokumentarni inkaso

U obavljanju bankarskih poslova ove finansijske institucije se neretko pojavljuju u ulozi posrednika, posrednika koji spaja interese klijenata time što kreira širok spektar bankarskih proizvoda i usluga koji su njima na raspolaganju. Bankarska garancija jeste samo jedan od neutralnih bankarskih poslova³⁵⁰ čija funkcija kao instrumenta obezbeđenja izvršenja ugovora, odnosno obezbeđenja potraživanja, predstavlja važan uslužni posao koji jedna banka obavlja. Jedan od neutralnih bankarskih poslova koji po svom pravnom obeležju ima sličnosti sa bankarskom garancijom jeste dokumentarni inkaso. Reč je o veoma specifičnom bankarskom poslu, koji po svojoj prirodi jeste prvenstveno sredstvo plaćanja, ali se u praksi neretko koristi i kao sredstvo obezbeđenja. *Dokumentarni inkaso jeste uslužni bankarski posao u kojem banka preuzima obavezu da po prethodno dobijenom nalogu a za račun svog komitenta (nalogodavac – prodavac iz osnovnog posla) izvrši naplatu njegovog potraživanja koji je ugovorno definisan prema trećem licu (trasatu – kupac iz osnovnog posla), koji je u obavezi da izvrši predaju ugovorom definisanih dokumenata na osnovu kojih on može da raspolaže robom, dok se nalogodavac obavezuje da će na ime realizacije ovog posla izvršiti plaćanje prema banci u vidu provizije za realizovani posao, kao i plaćanje svih troškova koje je banka imala tokom realaizacije posla.*³⁵¹ U okviru pravne nauke postoje

³⁵⁰ Vidi više: Carić, S. (2007): Bankarski poslovi i hartije od vrednosti. Privredna akademija, Novi Sad. ISBN 86-84613-39-2

³⁵¹ Šogorov, S. (1975): Dokumentarni inkaso – posebni bankarski posao. Zbornik radova = Récueil des travaux ISSN: 0550-2179.- God. 9 (1975), str. 147-163.

mišljenja u kojima se ukazuje na sličnosti u kontekstu pravne prirode dokumentarnog akreditiva i dokumentarnog inkasa.³⁵² Ipak, razlike koje postoje jesu dovoljne da se oni smatraju odvojenim pravnim poslovima, imajući u vidu činjenicu da ovaj pravni posao spada u neimenovane pravne poslove koji je stvoren na osnovu bankarske prakse, bez utemeljenja u zakonu, što svakako nije slučaj sa akreditivnim poslovima.

1. Kvalitativne pravne razlike između dokumentarnog inkasa i bankarske garancije jesu prepoznate od strane pravne nauke, ali se ne negira postojanje određenih zajedničkih obeležja, odnosno elemenata. Kada se govori o sličnim obeležjima između ovih pravnih poslova, ne može se, a da se ne spomene činjenica da, i jedan i drugi pravni posao, spadaju u grupu bankarskih pravnih poslova. Bankarski poslovi jesu pravni poslovi u kojima je jedan od subjekata banka, što jeste pravna činjenica uzimajući u obzir opšti pojam ovih poslova, pa činjenica da se banka kao strana u poslu pojavljuje u oba navedena posla može determinisati kao njihov zajednički imenitelj.

2. Kada je u pitanju oblast izvora prava koji regulišu dokumentarni inkaso i bankarsku garanciju, može se zaključiti da postoje određene sličnosti ali i razlike, naročito sa stanovišta domicijalnog prava. I dokumentarni inkaso, i bankarska garancija, jesu kao pravni poslovi nastali na bazi pokušaja unifikacije međunarodne poslovne prakse od strane Međunarodne trgovinske komore. Kada je u pitanju dokumentarni inkaso, prethodno je konstatovano da ovo jeste neimenovani pravni posao, i da kao takav ga domaće pravo ne prepoznaje. Prethodno rečeno ne znači da se u poslovnoj praksi dokumentarni inkaso ne koristi, već da je oblikovan kroz primenu međunarodnih pravila koji su kreirani od strane Međunarodne trgovinske komore u okviru dokumenta pod nazivom: Jednoobrazna pravila za inkaso trgovinske papire (URC no. 254)³⁵³. Za razliku od bankarske garancije koja je inkorporirana u određene pravne sisteme kroz građanske zakonike, dokumentarni inkaso nije zakonski regulisan u nacionalnim pravima većine država.³⁵⁴ Bankarska garancija jeste takođe nastala i razvila se na legislativnoj aktivnosti Međunarodne trgovinske komore, ali proces unificiranja bankarske garancije iako je ranije započet, nije do danas završen. Sa stanovišta izvora prava, oba sredstva obezbeđenja jesu plod aktivnosti Međunarodne

³⁵² Frey, S. (2011). ICC Rules for the Collection of Commercial Paper and other Rules of Guarantee. Essex group, London. pgn. 334.

³⁵³ ICC Uniforme Rules for the Collection of Commercial Paper, International Trade Community. Dostupno na sajtu: <https://iccwbo.org/global-issues-trends/banking-finance/global-rules/>

³⁵⁴ Autor se unapred ograđuje da ovaj pravni institut nije regulisan u nekim pravnim sistemima, imajući u vidu nemogućnost identifikiranja ovog instituta u drugim pravnim sistemima na osnovu izvora koji su autoru bili dostupni.

trgovinske komore, ali je proces pravnog zaokruživanja kod dokumentarnog inkasa dovršen, dok započeti posao unificiranja kod garancija za plaćanje jeste i dalje u toku. Specifičnost u pogledu izvora prava između bankarske garancije jeste vezan za naše nacionalno pravo, za koje smo konstatovali da je jedno od retkih koje je zakonski regulisalo materiju bankarske garancije u okviru odredbi Zakona o obligacionim odnosima.

3. U okviru različitih izvora literature uočava se da jedan deo pravne nauke identifikuje dokumentarni inkaso kao pravni posao sličan bankarskoj garanciji, sa polazišta da u oba pravna posla imamo više samostalnih pravnih poslova u kojima se pojavljuje najmanje tri do četiri subjekta.³⁵⁵ Posao dokumentarni inkaso ima najmanje tri učesnika, i to: nalogodavac koji u osnovnom poslu se pojavljuje kao poverilac; banka kojoj se nalogodavac obraća i prima nalog od njega; i lice koje vrši plaćanje – trasat, odnosno dužnik iz osnovnog posla. Na osnovu iznetog jasno je uočljivo zašto deo pravne nauke smatra da između ovih poslova postoji visok nivo sličnosti kada se u obzir uzmu učesnici u ovim poslovima. Kao i kod bankarske garancije u kojoj se pojavljuje najmanje tri učesnika, i kod dokumentarnog inkaso posla nužnost učestvovanja bar tri subjekta jeste opravdana. Međutim, iako se na osnovu iznetog može zaključiti postojanje korelacije između ovih poslova po broju učesnika u poslu, kvalitativne pravne razlike ipak jesu takve prirode da sem navedene činjenice, ostala obeležja u vezi sa učesnicima ukazuju na razlike, a ne na sličnosti između ovih poslova. Ukazaćemo redom na iste. Prvo, iako formalno postoje isti učesnici u oba pravna posla (nalogodavac, banka, platilac), njihove uloge u ovim pravnim poslovima jesu znatno različite. Kod dokumentarnog inkasa nalogodavac jeste poverilac iz osnovnog posla. On se obraća svojoj banci (dostavna banka) da u poslovnoj korespondenciji sa drugom bankom (inkaso bankom) izvrši naplatu njegovih potraživanja po predmetu osnovnog posla koji ima da plati dužnik iz osnovnog posla, odnosno trasat. Fundamentalna pravna razlika između ovih poslova jeste što ulogu nalogodavca kod dokumentarnog inkasa preuzima poverilac iz osnovnog posla, što je potpuno suprotno položaju nalogodavca kod bankarske garancije, gde je isti dužnik iz osnovnog posla. Ova pravna razlika dalje utiče na pravnu prirodu samog inkaso posla, jer u osnovi se može konstatovati ono što i pravna nauka zastupa kao stav, da dokumentarni inkaso jeste prvenstveno sredstvo plaćanja, što se i potvrđuje na osnovu činjenice da je poverilac osnovnog posla jeste nalogodavac, a ne dužnik. Sledeća pravna razlika između ovih poslova jeste da kod inkaso posla dolazi do interpoliranja pozicije nalogodavca i korisnika u ovom poslu. Pravna priroda ovog posla kao sredstva plaćanja,

³⁵⁵ Hasted, J. (2016): Means of collateral in EU countries – research. B&M Groupe, Paris. pgn. 129-130.

utiče na činjenicu da nalogodavac jeste istovremeno i poverilac iz osnovnog posla, što posledično se može tumačiti da isti ima i najviše koristi iz ovog posla (plaćanje se obavlja u njegovu korist), pa se za njega može reći da ima sličan pravni položaj onom koji ima korisnik bankarske garancije³⁵⁶. Shodno svom položaju u poslu, nalogodavac kod dokumentarnog inkasa se obraća svojoj banci koja ima funkciju tkz. dostavne banke da u poslovnoj korespondenciji sa drugom bankom (inkaso bankom) obezbedi izvršenje plaćanja koje je obavezi da izvrši trasat u ovom poslu, tj. dužnik iz osnovnog posla. U praksi su moguće dve pravno različite situacije, prva u kojoj dostavna banka i inkaso banka jesu dve različite banke bez pravne povezanosti (što utiče na broj učesnika u poslu i povećava na četiri) i druga kod koje je dostavna banka i inkaso banka ista banka (osnivač, vlasnik) samo sa sedištem u drugoj državi. Ovaj pravni posao umnogome podseća na pravna obeležja konfirmirane, odnosno pokrivene bankarske garancije, u kojoj se pored nalogodavca i korisnika garancije pojavljuju i dve banke, banka dužnika i konfirmirajuća banka koja na bazi naloga druge banke izdaje u drugoj državi bankarsku garanciju inostranom korisniku.

4. Ukazivajući na specifična obeležja dokumentarnog inkasa, jedan deo pravne nauke analizira pravni odnos između dostavne banke i inkaso banke. Pravni odnos između ova dva subjekta uspostavlja se formalnim putem kroz dostavljanje naloga koji je upućen od strane dostavne banke (banka poverioca) prema inkaso banci. Pitanje koje se postavlja jeste da li inkaso banka ima pravo da ne postupi po podnetom nalogu. Načelo dispozitivnosti u bankarskim poslovima se u ovom slučaju tumači u korist inkaso banke, pa ista ima pravo da ne postupi po primljenom nalogu, ali je istovremeno dužna da o tome obavesti dostavnu banku. Kao i kod bankarske garancije, sadržina naloga koji upućuje dostavna banka inkaso banci mora biti istovetnog sadržaja u odnosu na sadržaj naloga koji je uputio nalogodavac (poverilac) dostavnoj banci. Svakako da postoji sličnost po ovom pitanju u kontekstu uporednopravne analize sadržaja bankarske garancije, jer ista mora da odgovora sadržaju koji je definisan u okviru ugovora o izdavanju bankarske garancije između nalogodavca i banke garanta. Prema stavu pravne nauke, nalog koji je upućen od strane dostavne banke prema inkaso banci, pored prethodno navedene činjenice, da isti po sadržaju se mora biti saobrazan sa nalogom koji je dostavnoj banci upućen od strane nalogodavca, jeste istovremeno i nezavistan pravni akt i kao takav potpuno odvojen od takvog naloga.³⁵⁷

³⁵⁶ Ovo se naravno odnosi na situacije kada dolazi do aktiviranja bankarske garancije i kada ona iz svoje primarne funkcije, sredstva obezbeđenja, prelazi u svoju sekundarnu funkciju kao sredstvo plaćanja.

³⁵⁷ Vidi više: Anđelković, C. (2010): Jednoobrazna pravila MTK za inkaso sa komentarom = ICC Uniform Rules for Collections : URC 522. Nacionalni odbor Međunarodne trgovinske komore Srbije, Beograd.

Prihvatanjem naloga (fakultativne a ne obligatorne radnje inkaso banke), inkaso banka se obavezuje da postupi po sadržaju naloga, te da primljena dokumenta u vremenski definisanom okviru preda trasatu na isplatu po njima, i da po obavljenom plaćanju trasata primljena novčana sredstva transferiše u korist dostavne banke, i time okonča svoje obaveze iz prihvaćenog naloga.

5. Ostale razlike između inkaso posla i bankarske garancije proističu iz pravne prirode ovih poslova. Prvenstveno kao sredstvo plaćanja, dokumentarni inkaso se u odnosu na bankarsku garanciju razlikuje u pogledu utvrđivanja novčanog iznosa plaćanja koji se ima isplatiti. Nalogodavac dokumentarnog inkasa se obraća dostavnoj banci radi naplate potraživanja koje ima shodno realizaciji predmeta ugovora iz osnovnog posla. Novčani iznos koji se potražuje iz dokumentarnog inkasa korespondira sa visinom novčanog potraživanja koji proizilazi iz osnovnog posla. Putem dokumentarnog inkasa poverilac samo naplaćuje svoje potraživanje prema dužniku, a usled specifičnosti same prirode osnovnog posla, uključuje dostavnu i inkaso banku, čime se dodatno obezbeđuje da njegovo potraživanje bude isplaćeno shodno dostavljenoj robi koju je preuzeo dužnik iz osnovnog posla. Funkcija obezbeđenja potraživanja koju ima dokumentarni inkaso jeste uistinu sekundarnog karaktera, jer se u realnosti i ne može dogoditi situacija da dužnik iz ovog posla dođe u posed robe koja je predmet ugovora, ukoliko ne isplati potraživanje inkaso banci koja mu se po ovom poslu obratila i koja mu po izvršenom plaćanju stavlja na raspolaganje neophodna dokumenta u vezi sa predmetom prodaje iz osnovnog posla. Novčana potraživanja nalogodavca proizilaze iz osnovnog ugovora, što jeste suprotno načinu određivanja visine garantovanog iznosa kod bankarske garancije. Kao što je više puta istaknuto, način utvrđivanja novčanog iznosa bankarske garancije uzima u obzir više faktora, a pre svega vrednost samog posla i anticipiranu štetu do koje dolazi ukoliko nalogodavac ne izvrši svoju obavezu prema korisniku garancije, odnosno istu ne izvrši u ugovorenom vremenskom roku. Posledično, jasno je da bankarska garancija jeste prvenstveno sredstvo obezbeđenja, dok je dokumentarni inkaso pre svega sredstvo plaćanja, a njegov značaj kao sredstva obezbeđenja potraživanja jeste sekundarnog pravnog značaja.

6. Bankarska garancija i ugovor u korist trećeg lica

Specifičnost obligacija ogleda se u raznovrsnosti pravnih odnosa koji po svojoj prirodi kreiraju različita prava i obaveze subjekata obligacija. Bankarska garancija kao pravni institut obligacionog prava dovodi se u vezi sa različitim pravnim poslovima sličnog karaktera. Jedan od pravnih poslova, koji se u okviru pravne nauke identifikuje kao pravni posao sličnog pravnog dejstva kao bankarska garancija, jeste ugovor u korist trećeg lica. *Ugovor u korist trećeg lica stvara takvu obavezu gde jedan ugovorača (obecavalac) preuzima obavezu prema ugovaraču (obecajniku) da će izvršiti određenu naknadu u korist trećeg lica (korisnik).*³⁵⁸ Na osnovu zakonske definicije ugovora u korist trećeg lica lako je identifikovati razloge zbog kojih pravna nauka smatra da postoje sličnosti između ovog pravnog posla i bankarske garancije. Specifičnost ugovora u korist trećeg lica, koja postoji i kod bankarske garancije, ogleda se u činjenici da korisnik nije neposredni učesnik u ugovornom odnosu između obećavaoca i obećajnika. Ovaj pravni položaj jeste sličan pravnom položaju korisnika bankarske garancije, gde ovo lice ne učestvuje u pregovorima o ugovoru o izdavanju bankarske garancije, ali ima pravne i druge koristi tog odnosa jer na osnovu njega se izdaje bankarska garancija u njegovu korist. Analogno ovome, korisnik bankarske garancije i korisnik kod ugovora u korist trećeg lica ne učestvuju u zaključenju ugovora, odnosno izradi bankarske garancije, bar ne u pravnoformalnom smislu.

Iako na prvi pogled bi se moglo zaključiti postojanje potpuno identičnog pravnog položaja korisnika kod ugovora u korist trećeg lica, i korisnika kod bankarske garancije, postoji jedna pravna fundamentalna razlika. Naime, dok je korisnik kod bankarske garancije uvek poverilac iz osnovnog pravnog posla, korisnik kod ugovora u korist trećeg lica nije i ne može biti ni poverilac ni dužnik. Samim tim, on posledično nema pravni odnos iz nekog drugog osnovnog ugovora na osnovu kojeg bi stekao supsidijaran položaj korisnika (položaj poverioca iz osnovnog ugovora). Iz ove pravne činjenice proizilaze i razlike između ova dva pravna instituta. Razlika se produbljuje kada se u kontekst uzme činjenica da sklapanjem ovog ugovora, poverilac i dužnik, odnosno obećajnik i obećalac, definišu svoja prava i obaveze tako da obećalac daje obećanje obećajniku da će na osnovu ugovora izvršiti naknadu prema korisniku, čime se stvara dvotruki poverilački odnos, odnos između obećavaoca i obećajnika, odnosno obećavaoca i korisnika iz ugovora. Nasuprot ovome, kod

³⁵⁸ Čl. 149 Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja).

bankarske garancije postoji samo jedan poverilački odnos, odnos između korisnika garancije i banke garanta, osim kada je u pitanju poseban model bankarske garancije, supergarancija. Pravna nauka dodatno ukazuje na razlike između ova dva pravna posla ističući činjenicu da, iako naizgled postoje sličnosti između ovih pravnih poslova, dublje ulaženje u pravna obeležja oba pravna posla ukazuje na još neke razlike, a ne sličnosti između njih. Tako se ističe da, kod bankarske garancije korisnik garancije stiče svoje pravo da zahteva isplatu garancije iz same garancije kao jednostrane izjave volje banke, a ne iz ugovora koji je zaključen između banke garanta i nalogodavca³⁵⁹. Suprotno iznetom, korisnik kod ugovora u korist trećeg lica to pravo crpi iz ugovora u kojem on nije učestvovao kao ugovorna strana, što jeste suprotno karakteru prava koji crpi korisnik garancije iz samostalnog i neakcesornog pravnog obeležja bankarske garancije.

Ugovor u korist trećeg lica ima naizgled sličnosti sa bankarskom garancijom, ali je naše mišljenje da mnogo više sličnosti postoji između ovog ugovora i ugovora o zastupanju. Ugovor u korist trećeg lica sam po sebi nije klasično sredstvo obezbeđenja izvršenja ugovara, te se kao takav i ne treba stavljati u pravno poređenje sa poslom bankarske garancije. Smatramo da posao bankarske garancije ima mnogo više sličnosti sa prethodno analiziranim pravnim poslovima, nego što je to slučaj sa ugovorom u korist trećeg lica.

7. Bankarska garancija i menično jemstvo

Uvažavajući značaj bankarske garancije kao jednog od najdominantnijeg sredstava obezbeđenja izvršenja ugovora odnosno potraživanja, gotovo jednak značaj kako u međunarodnim poslovnim odnosima, tako još izraženije u unutrašnjim poslovnim odnosima zauzima i menica. *Menica je obligacionopravna hartija od vrednosti kojom se njen izdavalac bezuslovno obavezuje da isplati određnu sumu novca (sopstvena menica), ili da to po njegovom nalogu učini treće lice, označenom korisniku ili licu po njegovoj naredbi, i to u određeno vreme i na određenom mestu (trasirana menica).*³⁶⁰ U okviru pravne teorije postoje shvatanja da menica predstavlja posebnu vrstu obligacionopravne hartije od vrednosti, da u osnovi ona jeste hartija od vrednosti po naredbi (sa mogućnošću njene

³⁵⁹ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 98.

³⁶⁰ Bartoš, M., Antonijević, Z., Jovanović, V. (1974): Menično i čekovno pravo. Privredni pregled, Beograd, str. 13.

transformacije putem meničnih klauzula “ne po naredbi”), koja je po svojoj pravnoj prirodi apstraktna hartija od vrednosti i nezavisna od osnovnog posla, čiji sadržaj jeste strogo formalan i kao takav predstavlja prezentacionu hartiju od vrednosti, te da je za tražljivost potrebno postojanje meničnog pismena.³⁶¹ Ukazaćemo samo na shvatanje pravne teorije da pravni sistemi koji su usvojili izvode iz Ženevske konvencije³⁶² smatraju menicu kao jednostrani akt, što je jedno od bitnijih obeležja menica uz uvažavanje drugih njenih karakteristika. U osnovi može se istaći da u pogledu vrsta menica koje se razlikuju, postoje različiti kriterijumi za njenu podelu, ali sa stanovišta potreba ovog istraživanja ukazaćemo na onu najznačajniju, podelu menica na trasiranu i sopstvenu menicu.³⁶³

Menica kao hartija od vrednosti jeste izuzetno zahvalno sredstvo obezbeđenja potraživanja, te njena uloga i značaj jesu svakako uticale na rasprostranjenost njenog korišćenja u svetu, uvažavajući značajan broj radnji koje se vrše kod ili u vezi sa menicom. Ne želeći da ulazimo u pojedinačno nabranje i analizu različitih meničnih radnji, fokus ovog dela rada biće na samo jednoj meničnoj radnji koja je od posebnog značaja u kontekstu ovog istraživanja, menični aval.

1. Aval jeste menična izjava određenog lica, kojom to lice garantuje da će navedeni menični dužnik ispuniti svoju obavezu.³⁶⁴ Shvatajući aval kao specifičnu meničnu radnju, u ovom poslu se pojavljuju lica koja se identifikuju kao avalista (lice koje daje aval), dok lice za koje se avalira naziva se honorat. U osnovi, pravna teorij stoji na stanovištu da meniči aval predstavlja jednu vrstu jemstva,³⁶⁵ pa se iz tog razloga smatra da postoje sličnosti između ovog pravnog posla i bankarske garancije. Prvenstveno, ipak moramo apostrofirati da postoje kvalitativne pravne razlike između meničnog avala (jemstva) i ugovora o jemstvu koji je imenovani građanskopravni ugovor. Uvažavajući činjenicu da u okviru pravne nauke postoje shvatanja da sličnosti koje postoje između meničnog avala i bankarske garancije jesu

³⁶¹ Trnavci, G. (1999): Pravna priroda i bitni elementi menice. *Finansije, stručni i naučni časopis*, Beograd, God. 54, br. 11/12 (1999), str. 773-782

³⁶² Konvencija Ujedinjenih nacija o međunarodnim menicama je usvojena 1988. godine. Nacrt Konvencije izradila je Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo a zatim je nacrt (umesto na diplomatsku konferenciju) prosleđen Generalnoj skupštini UN koja ga je usvojila i preporučila državama članicama da Konvenciju ratifikuju. Konvencija o međunarodnim menicama predstavlja kompromis između anglo-američkog i ženevskog prava o menici. Vidi više: Vilus, J. (1991): Konvencija UN o međunarodnoj menici. *Strani pravni život*, Beograd, br. 1, str. 109-122.

³⁶³ Tomić, M. (2008): Menica - instrument u privredno-finansijskom sistemu - instrument obezbeđivanja plaćanja, instrument plaćanja, odnosno naplate potraživanja, instrument kreditiranja, Institut za ekonomiku i finansije, Beograd, ISBN 978-86-483-0066-9

³⁶⁴ Steljić, M. (2004): Menica u praksi. Prosveta, Beograd, ISBN 86-07-01560-5.

³⁶⁵ Klepić, D. (1997): Bankarske garancije, menični avali i akceptni nalozi. *Izbor sudske prakse*, ISSN: 0354-3226.- 5, 3 (1997), str. 52-55.

takvog pravnog inteziteta da se neretko identifikuju kao slični pravni poslovi, smatramo da je neophodno ukazati prvenstveno na sličnosti koje postoje između ovih poslova, da bi zatim analizirali i kvalitativne pravne razlike na osnovu kojih ćemo moći zaključiti opravdanost datog shvatanja.

2. Polazeći od opšteg pojma menica, meničnog avala i funkcije koju ova hartija od vrednosti ima kroz primenu ove menične radnje na menici, smatramo da je važno da apostrofiramo fundamentalnu sličnost između meničnog avala i bankarske garancije. Na premisama prethodno iznetog, a uvažavajući praksena iskustva na ovom polju, jasno je da i menični aval i bankarska garancija, jesu pre svega sredstva obezbeđenja koja kao takva pružaju zaštitu interesima svojih korisnika. Iz kog razloga apostrofiramo prethono izneto? Prvenstveno se rukovodimo činjenicom da, iako niz pravnih poslova koji su u ovom radu analizirani sa stanovišta većeg ili manjeg inteziteta sličnosti sa bankarskom garancijom, zajedničko obeležje samo pojedinih od analiziranih sa bankarskom garancijom, jeste u osnovnoj funkciji oba pravna posla/radnje kao sredstva obezbeđenja potraživanja. Dok drugi pravni poslovi imaju obeležje sredstva obezbeđenja, mnogi od analiziranih nisu po svojoj primarnoj funkciji sredstva obezbeđenja, već sredstva plaćanja. Funkciju obezbeđenja potraživanja po svojoj pravnoj prirodi imaju jemstvo, menični aval i bankarska garancija. Smatrali smo da je ovo neophodno istaći jer je potrebno razlikovati primarne i sekundarne funkcije različitih poslova i pravnih instituta koji se dovode u korelaciju sa bankarskom garancijom.

3. Pravna priroda bankarske garancije tj. činjenica da predstavlja jednostrani pravni posao, jeste jedna od dodirnih tačaka koju ovaj instrument obezbeđenja ima sa meničnim avalom. Kao i bankarska garancija, i menični aval jeste jednostrani pravni posao. I ne samo da su oba instrumenta obezbeđenja identična po ovom pravnom obeležju, već oba instrumenta jesu takođe i samostalni po svom pravnom karakteru. Kod analize pravnih obeležja bankarske garancije ukazano je da značaj koji ima bankarska garancija može se posledično dovesti u vezu sa činjenicom da je u pitanju samostalan, neakcesoran pravni posao. Pozitivne pravne posledice ogleđaju se u stepenu kvaliteta pravne zaštite koju uživa korisnik bankarske garancije, jer dužnik ili treće lice koje ima pravni interes ne mogu da podnose prigovore koji proizilaze iz osnovnog pravnog posla, dok sama banka kao izdavalac garancije ima limitirano pravo prigovora. Samostalnost i akcesornost meničnog jemstva jeste značajna iz više razloga. Prvo, odnos između lica koji dao aval i imaooca menice jeste samostalan i nezavistan odnos, te kao takav konstituiše obavezu višeg pravnog kvaliteta, te

se ne može dovesti u pravnu vezu sa nedostacima iz posla povodom kojeg je došlo do izdavanja menice, odnosno meničnog avala. Kao i kod bankarske garancije, jedino grubo kršenje formalnih razloga može da proizvede pravne posledice takvog inteziteta koje bi uticale na punovažnost meničnog avala.³⁶⁶ Jedan deo javnosti smatra da menični aval jeste akcesoran, ali samo u pogledu formalnih nedostataka obaveze za koju se avalira.³⁶⁷ Izdvojeno mišljenje je po našem mišljenju pogrešno, jer ako bi menični aval bio nepunovažan usled formalnih nedostataka obaveze za koju se avalira, onda se postavlja pitanje kako može menični aval biti neakcesoran, tj. onda je on zavistan u odnosu na drugi pravni posao, što je po našem mišljenju pogrešno. Samostalnost i neakcesornost meničnog jemstva jeste kao i kod bankarske garancije naglašena, pa imalac menice ima smanjen stepen rizika nenaplativosti po izdatoj menici, odnosno po meničnom avalu. Smatramo da navedena zajednička obeležja jesu fundamentalno uticala na njihovu ulogu i značaj koji uživaju među poslovnim subjektima.

4. U pogledu izvora prava, između oba instrumenta obezbeđenja postoji određen stepen korelacije, ali i razlike između istih. Prvenstvena sličnost između menice, pa shodno tome i meničnog avala, i bankarske garancije jeste u značaju međunarodnih dokumenata koji su umnogome uticali na pravno oblikovanje ovih instrumenata i njihovu pravnu konstrukciju u legislativni okvir jedne države. Uloga i značaj međunarodnih dokumenata jeste uticala na oblikovanje ova dva pravna instrumenta. Sličnosti između bankarske garancije i meničnog avala, odnosno menice, ogledaju se međunarodnoj prepoznatljivosti ova dva sredstva obezbeđenja. Sa jedne strane, menica je na međunarodnom planu prepoznata i priznata kroz usvajanje Ženevske konvencije o Jednoobraznom zakonu o menici, dok je za bankarsku garanciju konstatovan izostanak prave unifikacije, i postojanje više relevantnih međunarodnih dokumenata koji su usvojeni od strane Međunarodne trgovinske komore. Ako možemo da uzmemo kao zajedničko činjenicu da su oba instrumenta obezbeđenja međunarodno pravno regulisana, distinkciju ipak možemo napraviti u karakteru ovih izvora. Naime, menica je regulisana posebnom konvencijom – Ženevskom konvencijom i ima “pravne attribute međunarodnog zakona” za oblast menice. Postoji jedan potpun i unificiran pravni režim menice na međunarodnom planu, što svakako nije slučaj kod bankarske garancije. Proces unifikacije bankarske garancije nije zaokržen, ali je svakako umnogome

³⁶⁶ Tomić, M. (2008): Menica - instrument u privredno-finansijskom sistemu - instrument obezbeđivanja plaćanja, instrument plaćanja, odnosno naplate potraživanja, instrument kreditiranja, Institut za ekonomiku i finansije, Beograd, ISBN 978-86-483-0066-9

³⁶⁷ Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd. str. 70.

unapređen u poslednje usvojenom dokumentu - Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758). U kontekstu izvora prava za navedene instrumente važno je apostrofirati da su oba regulisana u aktima iste pravne snage – zakonima. Dok je bankarska garancija regulisana, doduše provizorno, u okviru Zakona o obligacionim odnosima, uloga i značaj menice je uticao na to da ista bude regulisana u okviru posebnog zakona, Zakona o menici³⁶⁸. Činjenica da jedan kompletan zakon uređuje materiju menice, dok samo nekoliko odredbi Zakona o obligacionim odnosima reguliše materiju bankarske garancije, govori u prilog značaju menice kao sredstva obezbeđenja sa stanovišta unutrašnjeg – nacionalnog prava jedne države. Većina država u svevu jeste donela posebne zakone o menici, dok R.Srbija jeste jedna od retkih koja u svojem građanskom pravu ima zakon koji reguliše materiju bankarske garancije.

5. Ukazivajući na sličnosti između meničnog avala i bankarske garancije jasno je da, iako postoje osnovi za tumačenja koja smatraju ova dva instrumenta sličnim, ipak smo mišljenja da razlike koje postoje između njih jesu značajne i mnogobrojne. Uvažavajući domaće pravo, bankarsku garanciju, shodno odredbama Zakona o obligacionim odnosima, može da izda samo banka, ili druga specijalizovana finansijska institucija ovlašćenja za obavljanje određenih bankarskih poslova shodno čl. 1088. zakona. Dok se ulozi izdavaoca bankarske garancije može pojaviti samo banka, avalista može biti bilo koje lice. Iako avalista de facto ne izdaje menicu, on jeste subjekt u meničnoj radnji – menični aval, jemac odnosno lice koje garantuje da će menični dužnik izvršiti obavezu iz menice. Upoređujući avalistu kao meničnog jemca i banku kao subjekta koji garantuje izvršenje obaveze dužnika iz osnovnog posla, jasno je da je njihov položaj relativno sličan, pa kvalitativna razlika između avaliste sa jedne strane i banke kao izdavaoca garancije sa druge strane jeste evidentan u smislu ko se može pojaviti kao menični avalista, odnosno ko može izdati bankarsku garanciju, tj. biti garant za izvršenje obaveze dužnika iz osnovnog posla.

Bankarska garancija, kao i menični aval, jeste novčano određena obaveza plaćanja i kao takve jeste jasno determinisana. Ipak, u vezi sa visinom novčanog iznosa ispoljavaju se razlike između ova dva instrumenta. Kod bankarske garancije visina novčanog iznosa za koji se garantuje da će biti isplaćen od strane banke jeste uvek u korelaciji sa visinom novčane obaveze iz osnovnog posla, ali u praksi je taj iznos kod većine bankarskih garancija niži u odnosu na iznos ukupnog potraživanja korisnika garancija prema dužniku iz osnovnog

³⁶⁸ Zakon o menici ("Sl. list FNRJ", br. 104/46, "Sl. list SFRJ", br. 16/65, 54/70 i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 46/96 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

posla. Drugim rečima, bankarska garancija predstavlja u neki ruku garanciju plaćanja ili izvršenja obaveze iz osnovnog posla, ali iznos iz garancije retko kad korespondira u potpunosti sa visinom ukupnog iznosa potraživanja iz osnovnog posla, što i jeste jedna od osobina ovog sredstva obezbeđenja.³⁶⁹ Za razliku od bankarske garancije, kod meničnog avala osnov njegovog izdavanja ogleda se u potrebi korisnika da se u potpunosti novčano obezbedi shodno visini svog potraživanja, pa novčani iznos na koji glasi menični aval jeste pokrivanje celokupne menične obaveze. Nadalje, sam novčani iznos avala može da pokrije celokupni iznos menične obaveze, ali same stranke mogu svojim sporazumom predvideti manju pokrivenost menične obaveze, tj. niži novčani iznos koji se garantuje. U ovom slučaju jasno je da kod meničnog avala način određivanja visine obaveze jeste direktno povezan sa iznosom menične obaveze, i u većini slučajeva menični aval u potpunosti pokriva ovu obavezu. Suprotno ovome, bankarska garancija iako može da pokrije potpuni iznos potraživanja iz osnovnog posla, što je najčešće slučaj samo kod garancija za plaćanje, ipak na drugačiji način determiniše iznos na koji glasi garancija, što je i objašnjeno kod različitih vrsti garancije koje su u prethodnom delu rada analizirane.

6. Osnovni cilj oba instrumenta jeste adekvatno i potpuno obezbeđenje interesa njihovih korisnik, i oba instrumenta imaju ovu funkciju kao primarnu. Ipak, ukoliko dođe do nastupanja pravno relevantnog stanja u kojem će korisniku bankarske garancije biti isplaćen novčani iznos iz garancije, odnosno u kojem će avalista morati da ispuni obavezu koji nije ispunio honorat, pravni sled događaja jeste različit. Prilikom isplate bankarske garancije, banka kao izdavalac garancije može da zahteva regresno pravo naplate tog iznosa prema nalogodavcu. Banka ovo pravo stiče isključivo na osnovu ugovora o izdavanju bankarske garancije koji je sklopila sa nalogodavcem, a osnov ima i u odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Uvažavajući činjenicu da je ovo pravo ugovornog karaktera, moguće su situacije u kojima banka nema pravo regresa na osnovu isplaćene garancije prema nalogodavcu, ako su same ugovorne strane tako nešto precizirale, što je i apostrofirano kod analize različitih vrsti bankarskih garancija, gde ovakva vrsta garancija spada u tkz. nepokrivne garancije. Nasuprot ugovornom odnosu iz kojeg crpi pravo na regres banka, kod nastupanja pravno relevantne situacije u kojoj je došlo do isplate meničnog novčanog iznosa, avalista stiče pravo da tako isplaćen iznos koji je eventualno uvećan za moguće troškove bude regresiran honoratu. Razlika između prava avaliste na regres prema

³⁶⁹ Izuzetak jesu novčana potraživanja iz osnovnog posla kada bankarska garancija predstavlja garanciju za plaćanje, pa njen iznos jeste saobrazan za iznosom potraživanja koji je determinisan u osnovnom poslu.

honoratu, i prava banke prema nalogodavcu, jeste u tome što avalista svoje pravo stiče na osnovu zakona, dok banka to pravo crpi iz ugovora, onda kada je tako nešto ugovoreno. Drugim rečima, pravo regresa iako je afirmirano kao pravo i banke i avaliste, jeste zasnovano na različitim pravnim osnovama, gde smatramo da položaj avaliste u smislu prava na regres jeste pravno kvalitetniji jer isti crpi ex lege to pravo, dok banka to pravo crpi iz ugovora i zakona, ali ga se može ugovorom i odreći. Pravo na isplatu regresa se kod bankarske garancije zasniva na ugovoru o izdavanju bankarske garancije, dok se pravo na regres avaliste zasniva na menici, odnosno zakonu koju uređuje ovaj pravni institut.

7. Pitanje obima odgovornosti izdavaoca bankarske garancije – banke, i obima odgovornosti avaliste, jeste pitanje koje se pravno različito tretira. Shvatajući bankarsku garanciju kao samostalnu i neakcesornu obavezu banke kao njenog izdavaoca, banka se veoma retko nalazi u situaciji da ona ima solidarnu odgovornost u odnosu na izdatu garanciju. Sa razlogom koristimo reč retko, jer postoje određene vrste bankarskih garancija u kojim se pojavljuje više banaka kao učesnica u garancijskom poslu, što posledično proizvodi situaciju u kojoj se jedna banka pojavljuje u ulozi solidarnog dužnika, kao što je slučaj sa supergarancijom kao posebnom vrstom bankarske garancije. Ipak u osnovi garancijskog posla, banka kao izdavalac bankarske garancije nije solidarno odgovorna, što je pravno različito stanje u odnosu na pravni položaj avaliste u smislu njegovog obima odgovornosti. Naime, davanjem avala pravni položaj avaliste je posledično povezan sa drugim pravno relevantnim odnosima koji su povezani sa menicom, tako da je avalist u stvari ne samo odgovoran za lice za koje daje aval, već je njegova odgovornost solidarnog karaktera i prema imaoocu menice. Shvatajući obim odgovornosti kao jednu od pravnih kompetenti razlikovanja bankarske garancije i meničnog avala, jasno je da pravni položaj banke u vezi sa preuzetom garancijskom obavezom jeste nesolidarnog karaktera u najvećem broju slučajeva, dok je avalista shodno zakonu solidarno odgovoran prema imaoocu menice, odnosno licu za koje daje avala, pa je i njegov pravni položaj u smislu obima odgovornosti kompleksniji odnosno manje povoljan za njega.

8. Stepenn sličnosti između bankarske garancije i meničnog avala, jeste razumljivo u jednom delu pravne nauke uzet kao osnov za konstataciju, da je reč o instrumentima obezbeđenja sličnog pravnog dejstva, ali smo uporednopravnom analizom oba instrumenta došli do zaključka da je više identifikovano pravnih razlika različitog pravnog inteziteta između ova dva instrumenta, nego što su identifikovane sličnosti između istih. Sumirajući ovu analizu ne možemo, a da ne zaključimo da iako oba instrumenta predstavljaju sredstva

obezbeđenja kojima je to primarna funkcija, kvalitativne razlike ipak postoje, te smo mišljenja da bankarska garancija pruža potpuniju pravnu zaštitu interesa korisnika garancije nego što se to isto čini putem meničnog jemstva. Sa pravom određeni autori³⁷⁰ ističu da praksena iskustva pokazuju da se bankarska garancija često koristi čak i kao sredstvo obezbeđenja imaoća menice, te da takva garancija pokriva rizike ne samo neizmerna obaveze meničnog dužnika, već posledično i obavezu iz meničnog avala, što nam daje za pravo da se složimo sa konstatacijom ovog autora da upitnost pravnog kvaliteta zaštite interesa kod meničnog avala jeste osnovana, te da bankarska garancijom samo na osnovu ove praksene činjenice se pokazuje kao sredstvo obezbeđenja u koju poslovni subjekti imaju veći stepen poverenja u smislu obezbeđenja njihovih interesa.

8. Bankarska garancija i kreditni nalog

U poslovanju privrednih subjekata neretke su situacije u kojima se za potrebe realizacije posla koriste različiti pravni instrumenti zaštite interesa, a sve u cilju uspešne realizacije posla. Ono što pravo ne može da isprati jeste praksena upotreba različitih pravnih instituta odnosno instrumenata koji se koriste, a čija primarna namena se ne ogleda u njihovom svojstvu kao instrumenata obezbeđenja. Poznato je da pravo i ne pokušava da sve odnose unificira, što je gotovo i nemoguće, pa praksene potrebe neretko utiču na izmene određenih pravnih instituta, odnosno instrumenata, tako da iste odgovore određenim potrebama, iako su prvenstveno pravno konstruisane za druge namene. Jedan od pravnih instituta koji je praksa donekle oblikovala kroz kreiranje varijacije istog jeste institut naloga. Nalog je imenovani pravni posao ugovornog karaktera u kojem se nalogoprimac obavezuje da za račun nalogodavca preuzima određene poslove za šta dobija protivnaku. ³⁷¹ Na osnovu ove definicije jasno je da ovaj pravni institut nema posebnih dodirnih tačaka sa poslom bankarske garancije, ali su banke kao važni subjekti poslovanja kroz svoje aktivnosti, odnosno tkz. bankarske proizvode, kreirali pod institut naloga koji se terminološki identifikuje kao kreditni nalog. Pravna nauka definiše kreditni nalog kao posebnu vrstu bankarskog posla koji nastaje na osnovu naloga koji je upućen od strane

³⁷⁰ Klepić, D. (1997): Bankarske garancije, menični avali i akceptni nalozi. Izbor sudske prakse, ISSN: 0354-3226.- 5, 3 (1997), str. 52-55.

³⁷¹ Vidi više: Slakoper, Z. (2011): Ugovor o nalogu u DCFR i izabranim propisima kontinentalne tradicije. Zbornik radova : Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse ISSN: 1986-5821.- Br. 9 (2011), str. 124-134

nalogodavaca prema nalogoprimcu da se trećem licu (korisniku naloga) da nalog kojim se obezbeđuje kredit, dok je obaveza nalogodavca da vrati iznos kredita ukoliko korisnik to ne učini. Za razliku od običnog naloga, kod kreditnog naloga pojavljuju se najmanje tri subjekta, nalogodavac, nalogoprimac i korisnik naloga. Nalogodavac kod kreditnog naloga jeste poslovni subjekt koji se obraća banci (najčešće je u pitanju banka preko koje obavlja svoje poslovne aktivnosti) i zahteva od banke koja ima status nalogoprimca da će trećem licu (korisniku naloga) datim nalogom obezbeđuje kredit. S obzirom da su banke finansijske institucije koje poslove obavljaju sa novcem, te da na osnovu odredbi Zakona o obligacionim odnosima krediti koje ove institucije daju moraju biti u novcu, jasno je da banka plasira novčana sredstva kreditnog karaktera korisniku naloga, a da se u ovom slučaju nalogodavac pojavljuje u ulozi jemca koji garantuje da će isti vratiti iznos kredita, a ukoliko to ne učini obavezu vraćanja kredita će preći njemu na teret.

1. U osnovi bi se mogle identifikovati pravne karakteristike oba pravna posla u smislu njihovih zajedničkih obeležja, među kojima se svakako izdvaja uloga i značaj banke kao subjekta u ovom poslu, garancijska obaveza nalogodavca prema korisniku naloga, odnosno broj subjekata koji učestvuju u ovom poslu. Ipak, mišljenja smo da ima više nego dovoljnih razloga za diferenciranje ovog pravnog posla u odnosu na pravni posao bankarske garancije. Prva i fundamentalna razlika jeste u akcesornosti pravnog posla kreditnog naloga. Jedno od bitnijih obeležja bankarske garancije jeste samostalnost i neakcesornost ovog pravnog posla, što umnogome utiče na pravni kvalitet zaštite interesa korisnika garancije. Ovo se ne može reći i za kreditni nalog. Analizirajući ovaj pravni posao dolazimo do zaključka da položaj nalogodavca jeste identičan pravnom položaju jemca kod ugovora o jemstvu, jer u slučaju da korisnik naloga ne vrati kredit na način na koji je to ugovoreno, obim i karakter pravne obaveze nalogodavca jeste takav da on odgovara kao jemac, što posledično znači da on deli pravni sudbinu sa ovim pravnim poslom, čime obim njegove odgovornosti jeste znatno širi nego što je obim odgovornosti nalogodavca kod bankarske garancije, jer je isti neakcesornog karaktera, tj. obim njegovih prava i obaveze jeste samostalne prirode i kao takav je inkorporiran u okviru ugovora o izdavanju bankarske garancije koji je zaključen između njega i banke koja izdaje garanciju. Druga kvalitativna razlika između ovih poslova jeste u pogledu pravnog položaja korisnika bankarske garancije i korisnika naloga. Pravni položaj korisnika bankarske garancije jeste u prethodnom delu rada analiziran i objašnjen, pa se može preneti zaključak da njegov pravni položaj jeste veoma povoljan u odnosu na pravni posao, da njegovo pravo na isplatu garantovanog

novčanog iznosa jeste lišeno pravno procesnih formalnosti, te je kao takav pojednostavljen bez potrebe za bilo kakvom pravnom radnjom koja bi imala karakter obaveznosti, osim obaveze podnošenja zahteva za isplatu garantovanog novčanog iznosa kada su za to ispunjeni uslovi, odnosno kada dužnik iz osnovnog posla nije izvršio svoju obavezu, odnosno kada je u docnji sa njenim izvršenjem. Položaj korisnika naloga jeste fundamentalno drugačijeg pravnog karaktera, jer isti proizilazi iz pravnih karakteristika ovog posla. Korisnik naloga prema karakteristikama ovog posla jeste dobio određena novčana sredstva kao posledicu upućenog naloga banci za njegovu realizaciju, pa shodno tome njegova primarna obaveza jeste vraćanje iznosa kredita sa ugovorenom kamatom davaocu kredita (primaocu naloga – banci) na ugovorom definisan način. Jasno je da položaj korisnika naloga i korisnika bankarske garancije jeste fundamentalno drugačiji, jer prvi ima obavezu vraćanja novčanih sredstava sa pripadajućim iznosima kamate i drugim troškovima, dok korisnik bankarske garancije nema takvu obavezu niti je po prirodi ovog pravno posla može imati.

2. Pored suštitinski pravno različitog položaja između korisnika naloga i korisnika bankarske garancije, pravne distinkcije jednakog pravnog značaja postoje i između nalogodavca kod posla bankarske garancije i nalogodavca kod kreditnog naloga. Položaj nalogovca kod bankarske garancije jeste determinisan ugovorom o izdavanju bankarske garancije, te položaj nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla) i nalogoprimca (banke garanta) jeste pravno determinisan u sadržaju ovog ugovora. Osnovna obaveze banke garanta po ovim ugovorima jeste izdavanje bankarske garancije prema determinisanom njenom sadržaju u korist trećeg lica (korisnika garancije). Ali da li će doći do pravne manifestacije druge obaveze banke po ovom pravnom poslu - isplate novčanog iznosa bankarske garancije jeste neizvesno, pa shodno tome i obim obaveze nalogoprimca prema prema korisniku garancije jeste različit u odnosu na pravno relevantno stanje isplate ili neisplate garantovanog novčanog iznosa. Posledično, ovo pitanje jeste dodatno povezano sa obavezom nalogodavca kod isplate novčanog iznosa od strane banke garanta. Položaj nalogoprimca kod kreditnog naloga jeste drugačije pravne prirode. Dok je obaveza banke garanta da izda bankarsku garanciju neupitna, pitanje nastupanja garantovanog slučaja i isplate novčanog iznosa jeste pitanje od pravne neizvesnosti nastupanja, pa inicijalno imamo samo obavezu izdavanja garancije. Nasuprot ovome, nalogoprimac (banka) kod kreditnog naloga jeste u obavezi da učini dostupnim novčana sredstva korisniku naloga putem kredita, što čini obim njene obaveze različit u odnosu na obim obaveze banke garanta. Dok kod

bankarske garancije plaćanje novčanog iznosa jeste sekundarnog karaktera, jer primarna funkcija bankarske garancije jeste njena funkcija sredstva obezbeđenja, pa tek sredstva plaćanja prilikom njene aktivacija, kod kreditnog naloga je jasno da on predstavlja varijaciju sredstva plaćanja (isplata kreditnog iznosa prema korisniku naloga) uz obavezu nalogodavca da vrati iznos kredita ukoliko korisnik naloga to ne učini, što jeste od sekundarnog pravnog značaja i predstavlja varijaciju obezbeđenja izvršenja obaveze vraćanja kredita od strane korisnika naloga.

3. Ekstenzivna uporednopravna analiza između bankarske garancije i različitih pravnih instituta i instrumenata koji po svojoj pravnoj prirodi imaju određenih pravnih sličnosti sa bankarskom garancijom jeste opravdana sa stanovišta ovog istraživanja, mada smo već u više navrata istakli da nemamo mnogo razumevanja za jedan deo pravne nauke koji pokušava da ukaže na sličnosti između određenih pravnih poslova sa poslom bankarske garancije. Upravo ova analiza, sličnosti i razlike između kreditnog naloga i bankarske garancije, jeste jedna od onih za koju smatramo da nema validnih pravnih argumenata da se oba pravna posla uporednopravno analiziraju, jer su pravne distinkcije između njih veoma značajne. U osnovi kreditni nalog jeste varijacija ugovora o nalogu, koji sam po sebi jeste samo jedan pravni odnos koji postoji kod bankarske garancije. Osim broja učesnika u oba pravna posla, koji je identičan, ostali segmenti ovih poslova jesu pravno različiti. Pravni položaj nalogodavca, nalogoprimca (banke) i korisnika naloga (treće lice) jeste značajno drugačiji u odnosu na položaj ovih subjekata kod bankarske garancije, što mislimo da je u dovoljnoj meri elaborirano u ovom segmentu rada. Iako postoje još distinkcija između ovih pravnih poslova koji bi se mogli razmatrati, mišljenja smo da bi takva analiza bila neopravdana sa stanovišta ciljeva i zadataka u ovom delu istraživanja, te da urađena uporednopravna analiza jeste u dovoljnoj meri kvalitativno ukazala na razlike između ovih pravnih poslova.

9. Bankarska garancija i ugovor o pristupanju duga

U praksi se često koriste različite vrste obligacija koje imaju za cilj posredan ili neposredan način zaštite interesa subjekata u poslu. Neretko postoje situacije da se u jednoj obligaciji primenjuju različiti imenovani i neimenovani pravni poslovi čija primarna funkcija nije u njihovoj naglašenoj pravnoj osobini kao instrumenta obezbeđenja izvršenja obaveza, već ista imaju sekundarni ili tercijalni karakter. Jedan od obligacionopravnih poslova koji se

prakseno koriste i kao instrument obezbeđenja, jeste ugovor o pristupanju duga trećem licu. Ovaj pravni institut ima u osnovi svog definisanja neke pravne karakteristike bankarske garancije. Kod ugovora o pristupanju duga treće lice se obavezuje poveriocu da će pristupiti postojećoj obavezi poveriočevog dužnika i zajedno sa dužnikom odgovarati poveriocu za njeno ispunjenje.³⁷² Analizirajući relevantne izvore do kojih smo došli za potrebe ovog istraživanja, ukazano je da se mali broj autora bavio uporedno-pravnom analizom bankarske garancije i drugih instrumenata, odnosno pravnih instituta koji su takvog pravnog karaktera da pružaju određen stepen obezbeđenja interesa poverioca u kontekstu ispunjenja ugovornih obaveza dužnika. Iz tog razloga ne može se “pobeći od argumentacije par autora koje smo citirali u radu” jer je ista u kontekstu uporednopravnog prikaza adekvatno metodološki postavljena, te su logički izvedeni zaključci ovih autora uglavnom ispravnog pravnog karaktera. Originalnost njihovog rada jeste takve prirode da naša uporednopravna analiza ne može da konstatuje druge zaključke u smislu sličnosti i razlika između ovih pravnih poslova. Ovim samo apostrofiramo da sličnosti koje se mogu izvući u kontekstu napisanog sa drugim autorima jesu logična posledica analize iste pojave i donošenje istih ispravnih zaključaka. Stavljajući u uporednopravni kontekst bankarsku garanciju i ugovor o pristupanju duga, prva i osnovna razlika jeste u pravnoj prirodi ova dva pravna instituta. Analizirajući pravnu prirodu bankarske garancije zaključeno je da na osnovu svih relevantnih pravnih obeležja, a uzimajući u obzir i različite shvatanja pravne nauke u vezi sa ovim pitanje, da bankarska garancija jeste jednostrani pravni akt banke kao garanta, te kao takav se ne može posmatrati kao ugovor između banke koja izdaje garanciju i korisnika garancije. Uvažavajući ovaj stav, a uzimajući u obzir činjenicu da pravni posao o pristupanju duga predstavlja po svim svojim obeležjima ugovor, smatramo da po ovom pitanju postoje jasne distinkcije između bankarske garancije i ugovora o pristupanju duga.

Jedno od bitnih obeležja bankarske garancije jeste njena neakcesornost i samostalnost u odnosu na druge pravne poslove i odnose. Kod ugovora o pristupanju, iako naizgled postoje osnovi po kojem bi i ovaj institut svrstali u grupu samostalnih i neakcesornih pravnih poslova, činjenica da pravni nastanak obaveze jeste povezan sa već postojećim ugovorom utiče na delimično drugačije tumačenje. Shvatajući da obaveza

³⁷² Ovim ugovorom zasniva se kumulativna intercesija koja omogućava poveriocu da po prispeću duga, njegovo izvršenje zahteva od postojećeg dužnika ili trećeg lica koje je dugu pristupilo, s obzirom da dužnik i treće lice koje dugu pristupilo odgovaraju solidarno za izvršenje obaveze. Vidi više: Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 140.

pristupnika jeste samostalna nije upitna, ali se u jednom delu pravnoj teoriji ipak ističe da je ova obaveza samostalna u toku svog trajanja, dok akcesornost postoji jer ista nastaje na osnovu prethodno ugovorene obaveze, pa ukoliko je ta obaveza ništava, ništava je i obaveza pristupnika.³⁷³

U pogledu obima obavaza koje proističu iz bankarske garancije na strani banke kao izdavaoca garancije, i obaveze pristupnika u smislu ispunjenja potraživanja dužnika i solidarno ispunjenje takve obaveze, postoje značajne pravne razlike. Dok je kod bankarske garancije obim bančine obaveze uvek isti, i odnosi se na visinu garantovanog novčanog iznosa koji je banka dužna da isplati korisniku garancije kada dužnik iz osnovnog posla ne izvrši svoju ugovornu obavezu, ili pak postoji docnja u pogledu izvršenja te obaveze, obim obaveze pristupnika jeste takav da potraživanja, odnosno činidba koja se mora ispuniti može biti različitog karaktera, tj. nije ograničeno na novčana potraživanja kao što je to slučaj kod bankarske garancije. U vezi sa obimom obaveze možemo se složiti sa stavom autora da kod bankarske garancije novčana vrednost obaveze banke garanta jeste uvek niža od vrednosti obaveze dužnika iz osnovnog posla (izuzev garancije za plaćanje), dok kod pristupanju dugu, obaveza pristupnika, po pravilu je jednaka obavezi postojećeg dužnika (mada pristupanje može biti i delimično).³⁷⁴

Pravne distinkcije između bankarske garancije i ugovora o pristupanju duga jesu značajne. Step en sličnosti između ovih pravnih poslova jeste relativno niskog pravnog inteziteta, što posledično dovodi do zaključka da razlike koje postoje jesu kvalitativno izražene.

³⁷³ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 140.

³⁷⁴ Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju. Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanja, Beograd. str. 141.

ZAKLJUČAK

U poslednjih par decenija, globalne promene u svetu posledično povezane sa ekspanzivnim razvojem informacionih tehnologija, potpuno su preoblikovale način poslovanja, kako u okvirima nacionalnih i regionalnih ekonomija, tako i u domenu svetske ekonomije. Pozitivni aspekti ovih promene ogledaju se u bržem i dinamičnijem obavljanju poslovnih aktivnosti, olakšanim oblicima komunikacije među poslovnim subjektima, ubrzanim i jednostavnim transferom novčanih sredstava, što je sve bilo od pozitivnog uticaja i na globalni rast svetskih i regionalnih ekonomija. Sa stanovišta interesa privrednog subjekta kao pojedinca, iako su prethodno navedene promene umnogome olakšale njegovo poslovanje, negativne posledice opisanih promena jesu uticale, i na nastanak i na razvoj, specifičnih rizika u poslovanju kod kojih je, iako su bili prisutni i ranije, posledično sa ovim promenama značaj njihov u svakodnevnom poslovanju uvećan. U obrazloženju teme istraživanja, konstatovano je da rizik neizvršenja ugovorom preuzetih obaveza, odnosno nemogućnost naplate ugovornih potraživanja, jeste ocenjen kao jedan od dominantnih rizika sa kojim se suočavaju subjekti poslovanja, što je potvrđeno ne samo od strane ovih subjekata, već i od naučne i stručne javnosti. Shvatajući da, razvoj poslovnih odnosa jeste uvek praćen adekvatnom pravnom regulativom, sredstva obezbeđenja potraživanja jesu dobila na većem značaju. Specifičnost različitih instrumenata obezbeđenja jeste u radu elaborirana, i konstatovano je da za potrebe poslovnih subjekata, naročito u poslovima sa elementima inostranosti, obligacionopravna sredstva obezbeđenja jesu češće korišćen oblik obezbeđenja, u odnosu na stvarnopravna sredstva obezbeđenja. Obrazlažući predmet istraživanja, u inicijalnoj fazi odabira i koncipiranja teme doktorske disertacije, utvrđeno je da sredstvo obezbeđenja koje poslovni subjekti preferiraju kao oblik zaštite svojih interesa, jeste bankarska garancija. Kao obligacionopravno sredstvo obezbeđenja, nacionalno i međunarodno priznato i korišćeno, predmet istraživanja doktorske disertacije jeste bio usmeren na relevantna pravna obeležja ovog instituta. Determinisani okvir istraživanja postavljan je u skladu sa definisanim opštim i posebnim ciljevima istraživanja, uz neopohodnost potvrde, odnosno opovrgavanja, definisanih hipoteza istraživanja. U svim segmentima izrade ovog rada, intencija autora rada nije bila zasnovana samo na istraživanju dogmatičnog svhatanja pravnih obeležja bankarske garancije, već su za potrebe istraživanja korišćena i relevantni empirijski izvori, što u domenu pravne nauke jeste relevantna sudska praksa po partikularnim pitanjima od značaja u okvirima definisane teme istraživanja.

Primenjene metode istraživanja, kao i sam metodološki pristup, jeste bio intencijalno uvek usmeren na istraživanje koje će obuhvatiti što širi spektar naučne misli i dela na polju teme istraživanja, uz primenu analitičnog pristupa što šireg korpusa relevantnih znanja i mišljenja, kao i dedukcijskog pristupa posrednog zaključnog suda po različitim pitanjima. Koncept i primenjena metodologija istraživanja, jeste saobrazno primenjena u svim segmenti doktorske disertacije, što se jasno može uočiti u mnogobrojnim komentarima i zaključcima u svim segmentima rada. Mišljenja smo da je na ovaj način ostavaran jedan od primarnih ciljeva svakog naučnog istraživanja, originalnost i naučni doprinos konačnog rada, u ovom slučaju doktorske disertacije.

Realizovani ciljevi istraživanja

Determinisanje pravnih obeležja i pravne prirode bankarske garancije jeste bio primarni fokus u svim segmentima realizacije ovog istraživanja. U okviru prvog poglavlja, navedeno je i analizirano više od trideset različitih stavova i mišljenja domaće pravne nauke, u vezi sa dva pitanja od značaja koja su determinisana u ovom segmentu istraživanja – pitanje definisanja pojma bankarske garancije, odnosno opštih i specifičnih obeležja bankarske garancije. Uvažavajući činjenicu da je bankarska garancija imenovani institut u okviru Zakona o obligacionim odnosima, korišćena literatura i mišljenja pravne i stručne javnosti u vezi sa definisanim okvirom istraživanja, jeste bila raznovrsna. U ovom segmentu doktorske disertacije, izabrana mišljenja i stavovi domaće pravne javnosti su analizirani i komentarisani pojedinačno, čime je autor rada pokušao da pruži lični doprinos u kontekstu šireg dogmatskog shvatanja pojma bankarske garancije, i njenih primarnih pravnih obeležja. Opšti zaključak ovog segmenta istraživanja jeste da, iako domaća pravna javnost pravilno identifikuje različita pravna obeležja bankarske garancije, ipak smo kritički nastrojeni prema većem delu ove javnosti u pogledu načina pojmovnog definisanja bankarske garancije. Shvatajući da pojam bankarske garancije jeste zakonski određen, veći broj autora čiji su stavovi navedeni i analizirani u radu, ima potrebu da afirmiše svoju naučnu autentičnost u pogledu pojmovnog definisanja bankarske garancije, što neretko ima za posledicu jezičku konstrukciju ovih definicija koja, ili nije u skladu sa terminološkim i pravno-logičnim načinom definisanja pojma bankarske garancije od strane zakonodavca, ili nije potpuno pravno ispravna i logična. U tom smislu, samo nekolicina definicija pojma bankarske garancije su ocenjene kao pravno ispravne i logične, uz propratnu argumentaciju od strane

autora ovog rada. Smatramo da u kontekstu definisanja pojma bankarske garancije, mora se uvek poći od zakonskog teksta koji pravno uređuje ovaj institut. Bankarska garancija jeste obligacionopravno sredstvo obezbeđenja, na osnovu kojeg korisnik bankarske garancije ima pravo da zahteva isplatu garantovanog novčanog iznosa od strane izdavaoca garancije - banke garanta, onda i kada, su ispunjeni uslovi iz sadržaja bankarske garancije, odnosno, onda i kada je zahtev za isplatu garantovanog novčanog iznosa iz garancije podnet banci garantu. Smatramo da je složenost posla bankarske garancije, koji predstavlja širi pravni koncept u kojem učestvuje, pored korisnika garancije, odnosno banke garanta, i nalogodavac, izazov u pokušaju kreiranja jedinstva pojma bankarske garancije. Iz tog razloga, u radu je konstatovano da jedan deo pravne javnosti ima šire i uže shvatnaje pojma bankarske garancije, što po našem mišljenju jeste validno i opravdano.

Specifičnost bankarske garancije u pogledu izvora prava na nacionalnom i međunarodnom nivou, jeste bio jedan od činioca koji je uticao na izbor teme istraživanja, i istovremeno je ovo pitanje determinisano kao specifično ciljno pitanje od značaja za istraživanje. U uvodnom delu rada, između ostalog, apostrofirana je činjenica da naše pravo, odnosno naš pravni sistem, jeste jedan od retkih koji na zakonskom nivou normira bankarsku garanciju. U većini država evropskog područja, bankarska garancija nije imenovani institut prava, već se u praksi primene ovog sredstva obezbeđenja zasniva na opštim principima autonomije volje ugovornih strana, odnosno modifikovanju postojećih instituta prava, najčešće različitih varijacija instituta jemstva. U segmentu rada u kojem su analizirani izvori prava koji na neposredan ili posredan način pravno uređuju oblast bankarskih garancija, analizirane su relevantne odredbe Zakona o obligacionim odnosima kao primarnog izvora prava ovog instituta u okviru prava R. Srbije, kao i supsidijarni značaj Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, odnosno Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, koja su sačinjena i publikovana od strane Međunarodne trgovinske komore. Specifični cilj ovog segmenta rada jeste bio da se utvrdi pravni kvalitet normi domaćeg prava koje regulišu institut bankarske garancije, da se analiziraju sve publikacije pravila koja su izdata od strane Međunarodne trgovinske komore, te da se izvede zaključak u kontekstu korelacije ovih izvora sa stanovišta njihovog značaja na pravno oblikovanje bankarskih garancija u unutrašnjem pravu, odnosno na međunarodnom nivou. U ovom delu rada zaključeno je da, broj odredbi koje zakonski regulišu institut bankarske garancije jeste veoma skroman. Konstatovano je da, ukoliko je intencija zakonodavca bila da zakonski uredi institut bankarske garancije, što i nije bilo neophodno ako sagledamo međunarodnu praksu po ovom

pitanju, onda je to moralo biti učinjeno u obimu odredbi koje uvažavaju činjenicu da je bankarska garancija jedan od najvažnijih, a mi bi smo rekli i najvažniji, oblik pravnog obezbeđenja izvršenja ugovora/potraživanja, imajući posebno u vidu njenu praksenu upotrebu i značaj u međunarodnoj trgovini. Na sam tekst zakona su upućene značajne kritike od strane autora ovog rada, od kojih se posebno izdvajaju sledeće. Prvo, zakonski opis pojma bankarske garancije nije jednoobrazan, tj. postoje dve definicije pojma bankarske garancije, prva koja je sadržana u čl. 1083, dok je druga sadržana u okviru čl. 1087. Način na koji je definisan pojam bankarske garancije u čl. 1083 st. 1 jeste takve pravne prirode da zakonodavac de jure definiše garanciju kao sredstvo obezbeđenja ispunjenja obaveze koja uvek sadrži uslov – tkz. uslovna bankarska garancija. Potvrda ovog tumačenja jeste bazirana i na činjenici da sam zakonodavac posebno zakonski determiniše pojam bezuslovne bankarske garancije u čl. 1087 – Garancija “bez prigovora”. Osnovni zakonski opis pojma bankarske garancije jeste u stvari zakonski opis uslovne bankarske garancije, što je po našem mišljenju pogrešno. Strogo tumačenje zakonskog pojma bankarske garancije nas dovodi do zaključka da je reč o posebnoj vrsti bankarskog jemstva, sa čime se slažu i pojedini autori, što je suprotno Jednoobraznim pravila za garancije na poziv iz 2010. godine. Drugo, prema zakonskom opisu pojma bankarske garancije iz čl. 1083 zakona, jasno proizilazi da jedino banka, kao poseban pravni subjekt koji je kao takav regulisan sa lex specialis propisom, ima pravo da izdaje garancije na zakonski dozvoljen način. Loše rešenje zakonskog opisa pojma bankarske garancije, po našem mišljenju, već se naslućuje i u samom nazivu glave XXVIII – Bankarska garancija. Naime, naš zakonodavac se odlučio da garancija za plaćanje, odnosno garancija za izvršenje ugovorne obaveze, jeste isključivo garancija koju izdaje banka – bankarska garancija, što je potpuno suprotno, kako sa pravilima Međunarodne trgovinske komore, tako i sa pozitivnopravnom praksom u drugim državama. Međunarodnopravna iskustva na ovom polju jesu takva da garancije koje izdaje banka jesu isključivo garancije za plaćanja, dok ostale vrste garancija izdaju specijalizovane finansijske organizacije, odnosno institucije. Treće, u pogledu zakonskog normiranja tkz. bezuslovne bankarske garancije, kvalitet teksta zakona u ovom segmentu jeste po našem mišljenju upitan. Zakonodavac jasno pravi kvalitativnu pravnu razliku između zakonskog opisa pojma bankarske garancije i specifičnog oblika bankarske garancije – garancija bez prigovora, koji u ovom slučaju jeste saobrazan sa doktrinarnim shvatanjem pojma tkz. beuzuslovne bankarske garancije. Zakonodavac ne upotrebljava termin “beuzuslovna garancija”, već je isti usvojen od strane naučne javnosti, odnosno praksenog terminološkog korišćenja ovih reči za garancije koje ne

sadrže uslov. Zakonodavac pokušava da ukaže na postojanje specifičnog oblika bankarske garancije, time što naziv ovog člana jeste: Garancija “bez prigovora”. Sa stanovišta pravne nauke, jedna od zamerki na tekst zakona odnosi se na terminološki karakter teksta, u kontekstu upotrebe termina “bez prigovora”. Mišljenja jednog dela pravne nauke, sa kojim se i autor ovog rada složio, jeste da bi prigodnije bilo da naziv ovog člana zakona bude “Bezuslovna garancija”. Termin “bez prigovora” nije kao takav nepoznat unutar Zakona o obligacionim odnosima, ali upotreba ovog termina, koji u osnovi treba da apostrofira posebnu vrstu bankarske garancije, jeste i po našem mišljenju neadekvatna, jer iz takvog termina se ne može zaključiti da je reč o tkz. bezuslovnoj bankarskoj garanciji. Ovo je potvrđeno i neujednačnom sudskom praksom po ovom pitanju. Konačan zaključak ovog segmenta rada jeste da u osnovi ostaje dilema, da li bankarska garancija treba da bude regulisana kao poseban pravni institut, odnosno kao imenovani pravni posao kao što je to učinjeno u pravu R. Srbije, ili treba ići u korak sa uporednopravnim iskustvima većine država kontinentalnog prava koje u svojim građanskim zakonicima nisu posebno regulisala bankarsku garanciju. Mišljenja smo ipak da, ako u okviru našeg prava imamo ovaj pravni institut kao imenovani, onda bi kvalitet njegovog pravnog uobličjenja morao biti na višem nivou, te bi morao da bude bar delimično usaglašen sa tekstem novih Jednoobraznih pravila za garancije na poziv (publikacija 758), uvažavajući njihov značaj u međunarodnim poslovnim odnosima.

Determinisanje pravne prirode bankarske garancije, kao i pravnih obeležja ovog sredstva obezbeđenja, jeste definisano kao jedno od specifičnih ciljeva istraživanja. U obrazloženju teme istraživanja, konstatovano je da pravna priroda bankarske garancije, i shatanja unutar pravne nauke u vezi sa ovim pitanjem, jesu polarizovana, odnosno podeljena na pristalice ugovornog shvatanja pravne prirode bankarske garancije, odnosno shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla. U pokušaju da odgovorimo potrebama ovog segmenta istraživanja i definisanog cilja, prikazana su i analizirana različita stanovišta pristalica obe teorije shvatanja pravne prirode bankarske garancije. Pravna priroda bankarske garancije ipak izaziva mnogo veći stepen pažnje domaće pravne javnosti, nego što je to slučaj unutar inostranih pravnih krugova. Zaključeno je da, ovo jeste posledica činjenice da drugi pravni sistemi nisu na nivou zakona definisali institut bankarske garancije, kao i da relevantni autonomni izvori prava, kao što su pravila Međunarodne trgovinske komore, ne ulaze u razmatranje pravne prirode bankarske garancije, smatrajući isto irelevantno. Ipak, naučna i stručna javnost u inostranstvu nedvosmisleno posmatra bankarsku garanciju, i sve

garancijske poslove, kao ugovorne odnose između davaoca garancije i korisnika garancije. Dileme unutar naše pravne nauke u vezi sa pravnom prirodom bankarske garancije, jesu posledično povezane sa činjenicom da je ovaj institut kod nas zakonski regulisan. Na postulatima već konstatovanog, da je institut bankarske garancije sa stanovišta teksta zakona nedovoljno kvalitetno normiran, otvorilo se i pitanje pravne prirode bankarske garancije. Na osnovu sprovedenog istraživanja koje je imalo za cilj prikaz i analizu relevantnih stavova i mišljenja pristalica obe teorije shvatanja pravne prirode bankarske garancije, kao i kritički osvrt na navedenu argumentaciju izabranih izvora, mišljenje autora ovog rada jeste da pitanje pravne prirode bankarske garancije nije upitno. Ukoliko bi pravnu prirodu bankarske garancije pokušali da determinišemo na osnovu zakonskog opisa pojma bankarske garancije, onda bankarska garancija po tako definisanom kriterijumu nije ugovor, jer da jeste sam zakonodavac bi to to determinisao na način na koji je to učinjeno kod ugovora o jemstvu, tj. istu bi definisao kao ugovor o bankarskoj garanciji. Ipak prema našem mišljenju, koje je saobrazno sa većinskim delom domaće pravne javnosti, bankarska garancija predstavlja po svojoj pravnoj prirodi jednostranu izjavu volje banke garanta. Činjenica da korisnik garancije nema formalnog uticaja na ponašanje banke garanta prilikom izdavanja bankarske garancije, kao i da garancija nastaje kao rezultat ugovornog odnosa između nalogodavca i banke garanta koji se manifestuje u formi ugovora o izdavanju bankarske garancije, jeste po našem mišljenju validna argumentacija u pravcu shvatanja bankarske garancije kao jednostranog pravnog posla. Konačno, ukoliko bi se prihvatilo ugovorno shvatanje pravne prirode bankarske garancije, bankarske garancije ne bi mogle imati apstraktan karakter, s obzirom da naše pozitivno pravo poznaje samo kauzalne ugovore, a priznaje samo apstraktne dugove koji potiču iz jednostranih izjava volje, kako i treba shvatiti pravnu prirodu bankarske garancije. Osim navedene argumentacije, u ovom delu rada apostrofirana su i druge validne argumentacije u pravcu shvatanja pravne prirode bankarske garancije kao jednostranog posla banke, tj. posebne vrste bankarskog posla.

Pravni odnosi između učesnika u garancijskom poslu jesu kompleksne pravne prirode, pa u osnovi su razmatrani svi relevantni pravni odnosi između različitih subjekata. U opštem konceptu razmatranja i analize pravne prirode bankarske garancije, analizirana su relevantna pravna pitanja od značaj u pogledu pravnog odnosa između poverioca i dužnika iz osnovnog posla (pravna pretpostavka nastanka bankarske garancije), između nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla) i banke garanta, kao i pravnog odnosa između korisnika banke garanta i korisnika bankarske garancije. Rezime ovog segmenta rada jeste da svi pravni

odnosi između navedenih subjekata jesu samostalni i neakcesorni pravni odnosi, putem kojih se konstituišu različita prava i obaveze svakog od subjekata, u zavisnosti od dinamičkih obeležja njihovih odnosa u različitim fazama realizacije bankarske garancije. Zaključeno je da, iako bankarska garancija jeste samostalni i neakcesorni posao, prethodno pitanje jeste pitanje njenog nastanka, pitanje koje se postavlja i rešava unutar ugovornog odnosa između poverioca i dužnika u osnovnom poslu. Zaključeno je da, garantna klauzula predstavlja inicijalni pravni osnov kasnijeg izdavanja bankarske garancije, te da na osnovu saglasnosti volja ugovornih strana dužnik preuzima na sebe obavezu pribavljanja bankarske garancije u skladu sa voljom budućeg korisnika garancije, odnosno poverioca, koja je manifestovana u sadržaju garantne klauzule. Pravni sled događaja dalje konstituiše novi pravni odnos, odnos između nalogodavca (dužnika iz osnovnog posla) i banke garanta. Zaključeno je da ova vrsta pravnog odnosa ne predstavlja ništa drugo, nego klasični ugovorni odnos između nalogodavca i nalogoprimca, tj. to jeste komisioni pravni posao. Empirijskim istraživanjem, uvidom u presude i rešenja domaćih sudova, ovaj zaključak je potvrđen, jer mišljenje sudske prakse jeste da pravni odnos između banke garanta i dužnika iz osnovnog posla, tj. nalogodavca, jeste po svojoj pravnoj prirodi ugovor o nalogu. Posebno se može apostrofirati pravni značaj ugovora o izdavanju bankarske garancije, koji predstavlja formalizaciju manifestovane volje banke garanta da se prihvati zahtev nalogodavca, i da izda poveriocu iz osnovnog posla, budućem korisniku garancije, bankarsku garanciju u skladu sa upustvima nalogodavca, a imajući u vidu zahteve poverioca koji su inkorporirani u sadržaj garantne klauzule. Konačno, pravni odnos između banke garanta i korisnika garancija jeste esencijalni pravni odnos, kada isti posmatramo i analiziramo kroz prizmu bankarske garancije. Konstatovano je da, iako korisnik bankarske garancije nema neposredan uticaj na budući sadržaj bankarske garancije, on ima pravo da odbije izdatu bankarsku garanciju ako sadržaj iste ne odgovara njegovim interesima koji su inkorporirani u okviru garantne klauzule. Pravne posledice navedenog stanja isključivo trpi dužnik iz osnovnog posla, tj. nalogodavac, što je potvrđeno u stavu dela pravne javnosti u kojem se konstatuje da ne pribavljanje bankarske garancije u skladu sa definisanim uslovima iz osnovnog posla, predstavlja validan pravni osnov za raskid osnovnog ugovora, što će biti uvek na štetu dužnika iz osnovnog posla. Prava i obaveze korisnika garancije, banke garanta, i nalogodavca, jesu bila predmetno istražena i elaborirana, te kao zaključak možemo istaći da korisnik garancije ima najviši stepen prava i interesa u ovom poslu. Položaj banke garanta, iako preuzima odgovornost za izvršenje nalogodavčeve obaveze iz osnovnog posla i preuzima rizik

plaćanja ukoliko dođe do nastupanja garantovanog slučaja, jeste pravno dobro zaštićen, jer pored provizije koju naplaćuje nalogodavcu povodom izdavanja bankarske garancije, banka garant ima zakonski osnov za upućivanje regresnog zahteva prema nalogodavcu, ukoliko dođe do isplate garantovanog novčanog iznosa. U spektru ovih pravnih odnosa, pravni položaj nalogodavca jeste najnepovoljniji, jer pored značajne cene plaćanja provizije za izdavanje bankarske garancije, neizvršenjem svojih obaveza iz osnovnog ugovora, pravno je odgovoran za sve troškove koje banka kao izdavalac garancije imala prilikom isplate garantovnog novčanog iznosa, uključujući i troškove kamate.

Definisani specifični cilj istraživanja, analiza opštih i specifičnih obeležja bankarskih garancija, jeste u većem segmentu realizovan u okviru dela disertacije u kojoj su analizirana i načela bankarskih garancija, kao i obavezni, odnosno fakultativni elementi bankarske garancije. Na postulatima legislativne činjenice, da postoji zakonski tekst koji okvirno definiše pitanja od značaja u vezi sa bankarskom garancijom, pravna obeležja bankarske garancije su razmatrana i analizirana sa stanovišta determinisanja načela instituta bankarske garancije, odnosno obaveznih i fakultativnih elemenata koji čine sadržaj jedne bankarske garancije. Realizovanim istraživanjem, konstatovano je da načela bankarske garancije jesu kao takva doktrinarno definisana, a osnov za njihovo postojanje pravna nauka validira delom na zakonskom opisu bankarske garancije, odnosno opštim načelima obligacionog prava. Načela bankarske garancije koja su u radu razmatrana i analizirana, jesu opšta obliacionopravna načela koja su esencijalno u vezi sa pravnim obeležjem instituta bankarske garancije. Opšti zaključak ovog segmenta rada jeste da, u esenciji pravna nauka ne razmatra i ne pridaje značaj načelima bankarske garancije, te da su ona proizvod ekstenzivnog tumačenja odredbi zakona koja uređuju pitanja od značaja u vezi sa ovim sredstvom obezbeđenja. U načelu smo konstatovali da se slažemo sa stavovima i mišljenjima dela pravne nauke koja se bavi ovom problematikom. Jedino kontradiktorno načelo bankarske garancije po našem mišljenju, jeste načelo безусловnosti garancije. Iako je institut bankarske garancije primarno bio zamišljen kao institut bezuslovnog karaktera, u smislu pravnog položaja korisnika garancije, normativna činjenica jeste da naš zakonodavac pravi razliku između uslovnih i bezuslovnih garancija, pa je upitno da jedno od načela može biti načelo безусловnosti, imajući u vidu činjenicu da istovremeno postoje i bankarske garancije uslovnog karaktera. Autor ovog rada smatra da načelo безусловnosti bankarske garancije, iako kao takvo jeste determinisano od jednog dela naše pravne javnosti, jeste kontradiktorno i upitno, uvažavajući činjenicu da postoje i uslovne bankarske garancije.

Prilikom definisanja specifičnih ciljeva istraživanja, ukazano je da analiza sadržaja bankarske garancije u kontekstu njenih obaveznih i fakultativnih elemenata, jeste od posebnog značaja za istraživanje. Konstatovano je da, u «legislativnom smislu» ne možemo determinisati sadržaj bankarske garancije, jer mali broj odredbi zakona koje uređuju ovaj institut, jeste limitirajuća pravna činjenica, te da obavezni i fakultativni elementi prirodno izvire iz ovog pravnog posla, na postulatima volje ugovornih strana i osnovnim načelima bankarske garancije. U istraživanju je uvrštena i sudska praksa u pogledu pitanja šta sud u konkretnom predmetu koji je razmatran, smatra pod obaveznim elementima bankarske garancije. Bitni i nebitni elementi bankarske garancije jesu posledično povezani sa potrebom da se o njima razmatra sa stanovišta pravne nauke i prakse, uz uvažavanje opštih pravila ugovornog prava. Ova argumentacija je korišćena prilikom primene metodologije koja je za rezultat imala identifikovanje obaveznih i fakultativnih elemenata bankarske garancije, kao i pravnih odnosa između ovih elemenata. Izvedeni zaključci prilikom pojedinačne analize svakog od elementa bankarske garancije, jesu bazirani na osnovnim principima da saglasnost volje banke garanta i korisnika garancije o sadržaju bankarske garancije, jeste osnov od kojeg se polazi prilikom razmatranja koji su elementi bankarske garancije bitni odnosno nebitni, što posledično znači da odnos između bitnih i nebitnih elemenata nije toliko zasnovan na pravu, već na volji učesnika u poslu koja se manifestuje kroz njihovu saglasnost u pogledu sadržaja garancije. Ipak, ova volja jeste pravno ograničena, pa su neki od elemenata bankarske garancije pravno nužni i logično neophodni da bi sadržaj bankarske garancije bio pravno validan. Posebna pažanja je data značaju adekvatnog definisanja roka važenja bankarske garancije. U ovom segmentu rada značajno su korišćeni izvori sudske prakse, koji na posredan način determinišu sadržaj bankarske garancije. U ovom segmentu rada izvedeni su mnogobrojni zaključci, od kojih izdajamo sledeće. Prvo, važnost adekvatnog i pravilnog definisanja garantne klauzule jeste značajna. Zaključeno je da pravne posledice pogrešnog ili nepreciznog definisanja garantne klauzule mogu jednako pogoditi obe strane u garantnom poslu, jer u osnovi obe strane su vezane za način definisanja ispunjenja garancijske obaveze u skladu sa definisanim sadržajem garantne klauzule. U tom smislu, konstatovano je da je neophodno da strane u garancijskom poslu jasno definišu sva pitanja od značaja u pogledu uslova i načina na koji banka iz garancijskog posla izvršava svoju obavezu. Smatramo da ovo pitanje jeste značajno za obe strane, i obe strane mogu da trpe pravne i ekonomske posledice nepreciznog definisanja sadržaja ove klauzule. Drugo, uvažavajući činjenicu da se bankarska garancija najčešće koristi kao sredstvo obezbeđenja u

poslovima sa elementima inostranosti, smatramo da je poželjno da strane u garancijskom poslu odrede primenu merodavnog prava za formu i sadržinu garancije, što umnogome umanjuje pravni značaj mesta izdavanja garancije. Pravnim determinisanjem merodavnog prava, mišljenje autora ovog rada jeste da učesnici u garancijskom poslu mogu onda da odrede i mesto rešavanja budućih sporova (mesnu nadležnost suda) tj. mogu da odluče da li će nadležnost za rešavanje sporova biti pred domaćim ili inostranim pravosuđem, odnosno da li će spor biti rešavan pred državnim sudovima ili putem arbitraže. Onda kada su ova pitanja regulisana u sadržaju garancije, mesto izdavanja garancije gubi pravni značaj kao element garancije, i njegovo izostavljanje nema posebene pravne posledice za učesnike u poslu. Konačan zaključak u pogledu obaveznih i fakultativnih elemenata bankarske garancije jeste da učesnici u garancijskom poslu pri definisanju sadržaja bankarske garancije se mogu pozivati na primenu Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, odnosno koristiti unapred pripremljen sadržaj bankarske garancije koji je izdat od strane Međunarodne trgovinske komore. Smatramo da sadržaj bankarske garancije mora uvek da uvaži partikularne interese svih subjekata u garancijskom poslu, ali pre svega interese korisnika garancije. Iako pravnoformalno korisnik garancije nema neposredan kontakt sa bankom u pogledu izdavanja bankarske garancije, putem garantne klauzule u osnovnom ugovoru, korisnik garancije adekvatno osigurava svoje interese i definiše svoje zahteve, te garantna klauzula ima krucijalan pravni značaj za budući sadržaj bankarske garancije. U okviru ovog dela rada cilj istraživanja je bio usmeren na analizu relevantnih elemenata bankarske garancije sa stanovišta njihovog normativnog i praksenog značaja. Konstatovano je, da su elementi bankarske garancije različito determinisani od strane autora čiji su stavovi razmatrani i analizirani u radu, pa je mišljenje autora ovog rada da bitni elementi bankarske garancije jesu oni koji su kao takvi određeni od strane samih učesnika u poslu – banke garanta, nalogodavca i korisnika garancije, a da opšta pretpostavka obaveznosti sadržaja bankarske garancije mora uvažiti samo zakonski propisane uslove – pisana forma bankarske garancije i njena novčana određenost.

Fundamentalno obeležje bankarske garancije, kao sredstva obezbeđenja potraživanja, odnosno izvršenja ugovorom preuzetih obaveza, jeste njen međunarodno pravni karakter koji je čini priznatim i prihvaćenim instrumentom obezbeđenja svuda u svetu. Nastala na potrebama razvoja, odnosno pravne evolucije instituta jemstva, bankarska garancija je predstavljala prakseni i pravni odgovor na potrebe poslovnih subjekata u periodu sve većeg razvoja globalne ekonomije, manifestovane u razvoju industrije kao primarne privredne

grane, bankarska garancija jeste postala nužnost vremena u kojem je nastala. Ozbiljniji pokušaji unifikacije «prava u oblasti garancija», započeti su šesdesetih godina prošlog veka, a proces usaglašavanja različitog pravnog tretmana ovog instituta na međunarodnom planu je prihvaćen kao zadatak koji je pred sobom postavila Međunarodna trgovinska komora. Na temeljima uspeha unifikacije prava i pravila u oblasti meničnog prava, kao i dokumentarnog akreditiva, ova insitucija je pred sobom postavila visok pravni standard očekivanja u pogledu unifikacije prava, odnosno pravila za sve vrste garancija. Fundamentalni problem koji i danas u svetu postoji, jeste izuzetno pravno heterogen način pravnog uobličavanja ovog sredstva obezbeđenja. U delu rada koji obrađuje genezu nastanka i evoluciju razvoja garancija u svetu, kroz analizu Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, kao i obe publikacije Jednoobraznih pravila za garancije na poziv, zaključeno je da proces međunarodnog usaglašavanja pravila za garancije jeste i dalje aktuelno pitanje. Konstatovano je da poslednja publikacija Jednoobraznih pravila za garancije na poziv iz 2010. godine, predstavlja ozbiljan kvalitativni iskorak napred u pravcu unifikacije ovih pravila, na nivo opšte prihvaćenosti kakav uživaju Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive. U ovom segmentu istraživanja data su mnoga pojedinačna razmišljanja autora ovog rada u pogledu problematike usaglašavanja ovih pravila, i u osnovi zaključak ovog segmenta rada jeste da proces unifikacije ide znatno sporije iz razloga fundamentalno različitih pravnih rešenja nacionalnih prava država u svetu, koje je svaka na svoj način pravno uobličila ili prakseno prihvatila primenu bankarskih garancija. Važno je samo osvrnuti se na obrazloženje predmeta istraživanja, te ponovno konstatovati da institut bankarske garancije kao takav jeste svojstven našem pravu, dok većina država u svetu ne determiniše pojmovno ovaj insititut na ovaj način, niti ga vezuje za specifična pravna svojstva izdavaoca garancije, pa posledinčno ono što naše pravo prepoznaje, odnosno reguliše – bankarska garancija, jeste kao takvo nepoznato u svetu, već se isto može identifikovati sa pojmom garancija za plaćanje ili drugih vrsta garancija, čiji naziv nije u vezi sa subjektom koji izdaje garancije, već proističe iz pravne i ekonomske prirode osnovnog posla zbog kojeg nastaje.

Determinisanje različitih vrsta bankarskih garancija i njihova analiza zansnovana je na realizaciji jednog od definisanih ciljeva istrživanja. Autor ovog rada je odredio kriterijume na osnovu kojih je vršena podela bankarskih garancija, uvažavajući opšti zakonski okvir ovog insitituta, autonomne izvore prava, praksena iskustva, odnosno stavove i mišljenja pravne nauke. U tom smislu, osnov za razvrstavanje bankarskih garancija jeste

bio zasnovan na: *postojanju uslova sadržanog u bankarskoj garanciji; pravnih obeležja osnovnog ugovora/posla iz kojeg bankarska garancija proističe; broju banaka koji učestvuju u garancijskom poslu; i apstraktnosti, odnosno kauzalnost bankarske garancije.* Klasifikacija bankarskih garancija na osnovu determinisanog kriterijuma - postojanje uslova koji je definisan u sadržaju garancije, jeste u osnovi klasifikacija koja je najviše razmatrana u okviru pravne nauke. Navedeni kriterijum za klasifikaciju bankarske garancije uzima u obzir postojanje / definisanja uslova, koji mora biti ispunjen da bi došlo do isplate garantovanog novčanog iznosa. Podela bankarskih garancija na uslovne i безусловne garancije jeste jedna od retkih podela koja ima osnov u odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Konstatovano je da, uslovna bankarska garancija, jeste sa stanovišta korisnika garancije nepovoljnija varijacija inače kvalitetnog obligacionopravnog sredstva obezbeđenja. Zaključeno je da definisanjem uslova u bankarskoj garanciji, zahtev za isplatu garantovanog novčanog iznosa jeste posledično povezan sa ispunjenjem takvog uslova, što je direktno stavljeno na teret korisnika garancije. Opšti stav pravne nauke sa kojim se slažemo jeste da, položaj banke garanta kod ovih vrsta bankarskih garancija, jeste sigurniji u pogledu smanjenog stepena mogućnosti zloupotrebe zahteva korisnika garancija za isplatu garantovanog novčanog iznosa onda kada na to nije imao pravo, dok je pravni položaj korisnika bankarske garancije lošiji u odnosu na onaj koji ovaj subjekt ima kod безусловnih bankarskih garancija. Zaključeno je da banka garant, uvek može da vrši osporavanje dokumenata koji su prezentovani od strane korisnika garancije kao dokaz da je uslov ispunjen, pa je mišljenje autora ovog rada da korisnik bankarske garancije treba uvek da teži i insistira na izdavanju безусловne bankarske garancije. Ukoliko nije u mogućnosti da ispregovora sa dužnikom iz osnovnog posla izdavanje безусловne bankarske garancije, budući korisnik garancije mora da obrati posebnu pažnju na način na koji se uslov ili uslovi determinišu u okviru garantne klauzule. Autor ovog rada je mišljenja da takav uslov treba bude jasno i precizno definisan radi jednostavnijeg postupka dokazivanja njegove ispunjenosti, što je potvrđeno i u zvorima sudske prakse. Kada su u pitanju tkz. безусловne garancije, pravni efekat безусловnosti garancije se postiže inkorporiranjem u sadržaj bankarske garancije klauzule «bez prigovora» i «na prvi poziv». Iako bi ove klauzule u osnovi trebalo da afirmišu samostalnost i безусловnost bankarske garancije, kada je u pitanju ovo drugo, mišljenja smo da njihovo unošenje u sadržaj garancije jeste više indicionalnog karaktera, odnosno da njihovim inkorporiranjem se ne eliminiše mogućnost da se uvrštavanjem drugih klauzula u sadržaj bankarske garancije promeni pravni režim garancije,

iz bezuslovne u uslovnu garanciju. Potvrda iznetog jeste saobrazna sa rešenjima, odnosno presudama domaćih sudova koji su ovom delu rada navedeni i analizirani. Stav autora ovog rada jeste da bezuslovna bankarska garancija može biti i ona garancija koja nema inkorporirane navedene klauzule u sadržaj garancije, ukoliko sam sadržaj garancije jeste takav da se u njemu ne može identifikovati uslov čije ispunjenje se zahteva za isplatu garantovanog novčanog iznosa. U vezi sa ostalim segmentom ovog dela istraživanja, posebno su analizirane garancije na osnovu predmeta ugovora osnovnog posla, i to: *bankarska garancija za dobro izvršenje posla; garancija za vraćanje avansa; licitaciona garancija; konosmanska garancija; carinska garancija; konsignaciona garancija; garancija za otplatu finansijskog kredita; garancija za otplatu kredita putem doznaka*. Opšti zaključak ovog dela rada jeste da, pokušaj da se podela bankarskih garancija izvrši na osnovu predmeta ugovora osnovnog pravnog posla i njegovih specifičnih obeležja, jeste u osnovi pokušaj da se identifikuju svi poslovi u kojima se koristiti bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja potraživanja. Prema mišljenju autora ovog rada, upravo u ovome jeste i fundamentalni problem ovakvog načina klasifikacije, jer ista zahteva podelu garancija koja je zasnovana na identifikovanju svih pravnih poslova u kojima se koristi bankarska garancija, što je prakseno nemoguće utvrditi. Bankarska garancija jeste obligaciono sredstvo obezbeđenja, koje iako se koristi uglavnom među poslovnim subjektima, može biti legitimno korišćena i u građanskim obligacijama. Uvažavajući izneto, jasno je da obim korišćenja bankarske garancije kao sredstva obezbeđenja jeste gotovo neograničen, u smislu poslova iz kojih bankarska garancija proizilazi, čime podela bankarskih garancija prema ovom kriterijumu jeste i prakseno upitna, uz već prethodno iznete rezerve njene naučne vrednosti. Opšti zaključak koji se odnosi na sve analizirane vrste bankarskih garancija, jeste da jedini pravni značaj ima podela bankarskih garancija na uslovne i bezuslovne garancije, dok ostali kriterijumi podela garancija nisu zasnovani na legislativnim osnovama, niti imaju poseban pravni značaj, ako u obzir uzmemo činjenicu da sadržaj bankarske garancije jeste voljno usaglašen od strane subjekata u garancijskom poslu, te da specifičnosti određenih poslova povodom kojih se izdaju bankarske garancije, ne mogu biti validno argumentovani kao naučno opravdani, jer u pravnoj esenciji razlika između svih analiziranih vrsta bankarskih garancija jeste identifikovana samo u načinu definisanja novčanog iznosa garancije, rokova važenja garancija, kao i specifičnosti pravne prirode osnovnog posla koja u određenom segmentu unapred determiniše jedan deo sadržaja bankarske garancije.

U okviru pravne teorije, razmatrana su i analizirana različita obligacionopravna sredstva obezbeđenja, koja na posredan ili neposredan način se mogu u određenim pravnim obeležjima identificirati, odnosno uporediti sa bankarskom garancijom. Jedan od ciljeva istraživanja jeste bio determinisanje pravnih obeležja relevantnih obligacionopravnih sredstava obezbeđenja i njihova uporednopravna analiza sa pravnim obeležjem banarskih garancija. Cilj ovog segmenta rada jeste bio identificiranje primarnih obeležja izabranih obligacionopravnih sredstava obezbeđenja, i njihov stepen pravne korelacije sa bankarskom garancijom. *U funkciji realizacije tako definsanog cilja, analizirana su sledeća sredstva obezbeđenja, i to: ugovor o jemstvu; ugovorna kazna; dokumentarni akreditiv; ugovor o osiguranju; ugovor u korist trećeg lica; menično jemstvo; kreditni nalog; i ugovor o pristupanju duga.* Svaki od navedenih instituta obezbeđenja jeste metodološki analiziran na identičan način, pa je nakon prikaza opštih i specifičnih karakteristika svaki od navedenih instituta, primenom uporednopravnog metoda istraživanja, stavljen u razmatranje i analizu u odnosu na opšta i specifična obeležja bankarskih garancija. Glavni zaključak ovog segmenta istraživanja jeste takav, da iako između bankarske garancije i drugih analiziranih sredstava obezbeđenja, postoje određene sličnosti koje se uglavnom odnose na činjenicu da se njihovom primenom štite pravni interesi subjekata u čiju korist se oni i primenjuju, sprovedena uporednopravna analiza ipak ukazuje na značajne pravne distinkcije koje kvalitativno razlikuju bankarsku garanciju u odnosu na druga obligacionopravna sredstva obezbeđenja. Značajan broj obligacionopravnih sredstava obezbeđenja koja su analizirana nemaju primarnu funkciju sredstva obezbeđenja, već sredstva plaćanja, što jeste značajna pravna kvalitativna razlika. U odnosu na analizirana sredstva obezbeđenja, ugovor o jemstvu, kao i ugovor o osiguranju imaju najviši stepen pravne korelacije sa opštim i specifičnim obeležjima bankarske garancije. Sprovedenim istraživanjem konstatovano je da je bankarska garancija nastala na pravnim postulatima građanskopravnog ugovora o jemstvu, te da je modifikovana za specifične potrebe poslovnih subjekata, pa je i razumljivo da ovi instituti imaju niz pravnih sličnosti. Zaključeno je da način na koji je zakonodavac definisao pojam bankarske garancije u odredbi čl. 1083 Zakona o obligacionim odnosima, predstavlja varijaciju instituta jemstva, pa se neretko u pravnoj teoriji koristi i termin bankarsko jemstvo. Ipak, distinkcije koje postoje između istih jesu značajne, pa je u ovom delu rada konstatovano da, pravna priroda ova dva instituta jeste fundamentalno različito determinisana od strane samog zakonodavca. Dok je pravna priroda jemstva neupitna, te sam zakonodavac determiniše ovaj institut kao ugovor, pravna priroda bankarske garancije ne

samo da nije zakonski definisana, već pravna nauka stoji na stanovištu da je u pitanju jednostrani posao banke, a ne ugovor, što čini pravnu distinkciju između ova dva instituta posebno naglašenu. Jasna pravna razlika između dva instituta ogleda se i činjenici ko može biti subjekt koji se pojavljuje u ulozi jemca, odnosno ko može da izda bankarsku garanciju. Zakonodavac prilikom definisanja ugovora o jemstvu ne ulazi u domen individualizacije jemca i time otvara prostor za tumačenje da se u ulozi jemca može pojaviti i pravno i fizičko lice. Time je pravni domet jemstva veći, ako se u kontekst razmatranja uzme u obzir činjenica da se ulozi izdavaoca bankarske garancije isključivo može pojaviti banka kao specijalizovana finansijska institucija. Mišljenje autora ovog rada jeste da stepen sigurnosti izvršenja obaveze koja je garantovana bankarskom garancijom jeste na kvalitetno višem nivou u odnosu na obavezu koju je jemac preuzeo. Na kraju, možemo posebno apostrofirati činjenicu da zakonodavac jasno i koherentno definiše da banka kao izdavalac garancije izmiruje obavezu iz garancije u novcu, čak i onda kada se garancijom obezbeđuju nenovčana obaveza, dok obaveza jemca prema poveriocu nije takve pravne prirode, pa će jemac morati da ispuni punovažnu i dospelu obavezu dužnika nezavisno za sam karakter obaveze, te smatramo da poverilac odnosno korisnik garancije jeste u znatno povoljnijem pravnom položaju.

Za razliku od ugovora o jemstvu, ugovor o osiguranju jeste specifična vrsta obligacionog odnosa kojim se konstituišu prava i obaveze ugovorača i osiguranika, koji po određenim karakteristikama imaju sličnost sa bankarskom garancijom. Analizirajući uporednopravno oba pravna posla, zaključeno je da ipak postoje jasne pravne, ali i ekonomske distinkcije između ugovora o osiguranju i bankarske garancije. Prvo je konstatovano da ugovor o osiguranju spada u tzv. grupu aleatornih ugovora, gde u momentu zaključenja posla ugovorne strane ne znaju obim i karakter svojih obaveza, dok kod bankarske garancije međusobna prava i obaveze su poznate učesnicima u poslu odmah po njegovom zaključenju. Konstatovano je da proizvodi osiguranja jesu raznovrsni, pa spektar rizika koji oni pokrivaju jeste veoma širok, dok pravna priroda bankarske garancije uvek pokriva specifične rizike, te je njena aplikativna priroda sužena u odnosu na ugovor o osiguranju. Važna pravna distinkcija ogleda se i u pravnom, ali i ekonomskom položaju korisnika garancije, odnosno osiguranika. Zaključeno je da, kod ugovora o osiguranju, osiguranik je u obavezi da plati ili redovno plaća premiju osiguranja, dok kod bankarske garancije korisnik osiguranja nema obavezu takvog karaktera, već troškove izdavanja bankarske garancije - proviziju, plaća nalogodavac banci koja izdaje garanciju. Iz iznetog se

može zaključiti da sa stanovišta prava, obaveza plaćanja premije osiguranja jeste obaveza koja tereti osiguranika, koji može ali i ne mora biti korisnik osiguranja, dok obaveza plaćanja provizije kod izdavanja bankarske garancije nikada nije na teret korisnika garancije, već isključivo na teret nalogodavca i kao takva je posebno definisana u okviru sadržaja ugovora o izdavanju bankarske garancije, dok sa stanovišta ekonomije, položaj korisnika osiguranja i korisnika garancije jeste različit, te korisnik osiguranja mora da plati ili da redovno plaća premiju osiguranja, dok korisnik garancije nema takvu obavezu, što ga stavlja u bolji ekonomski položaj. Brojne su pravne distinkcije koje su uporednopravnim prikazom i analizom navedene, te nije moguće niti celishodno sve ih nabrajati u okviru ovog segmenta rada.

Realizovano istraživanje u pogledu uporednopravne analize između bankarske garancije i drugih obligacionopravnih sredstava obezbeđenja jeste iscrpno urađeno, uz primenu jedinstvenog metodološkog pristupa koji je pružio autoru ovog rada adekvatan i naučno utemeljen način analize pomenutih instituta, i identifikovanje i obrazloženje pravne korelacije, ali i pravne distinkcije između istih. Analizirajući većinu obligacionopravnih sredstava obezbeđenja, opšti zaključak ovog segmenta rada jeste da jedino bankarska garancija ima pravni kvalitet potpune zaštite interesa poverioca, jer u osnovi njenog nastajanja nije samo obezbeđenje izvršenja ugovorne obaveze dužnika, već i obeštećenje poverioca putem isplate garantovanog novčanog iznosa od strane banke koja je izdala garanciju. Smatramo da je posebno važno apostrofirati međunarodni pravni značaj bankarske garancije, pa na tom polju može se zaključiti da jedino bankarska garancija uživa ugled i značaj u poslovnom svetu, u kontekstu njene upotrebne vrednosti kao međunarodnopravnog instrumenta obezbeđenja potraživanja.

Provera definisanih hipoteza istraživanja

U uvodnom delu rada definisane su tri osnovne hipoteze istraživanja. Sprovedenim istraživanjem i izradom doktorske disertacije data su očekivanja potvrde sledeće definisanih hipoteze istraživanja:

Hipoteza H1 - Bankarska garancija po svojoj pravnoj prirodi jeste jednostrani posao banke.

Na osnovu sprovedenog teorijskog istraživanja, u odeljku rada u kojem je analizirana pravna priroda bankarske garancije, razmatrana su dva različita pravna stanovišta u

pogledu pravne prirode bankarske garancije. Rezultat sporevedenog teorijskog istraživanja jeste potvrdio hipotezu H1. Bankarska garancija jeste jednostrani pravni posao banke, i pravna argumentacija u korist ove teorije jeste adekvatno obrazložena i ista jeste na stanovištu većeg dela pravne javnosti. Zaključeno je da nema dovoljno kvalitetnih pravnih argumenata da se bankarska garancija smatra za ugovorom.

Na osnovu sprovedenog empirijskog istraživanja, koje je obuhvatio analizu relevantne sudske prakse, zaključeno je da stav naših sudova u pogledu pravne prirode bankarske garancije jeste drugačiji u odnosu na stav i mišljenje pravne teorije. U okviru analiziranih presuda i rešenja naših sudova, u više navrata se u obrazloženju navodi da bankarska garancija jeste vrsta ugovora, a ne jednostrani posao banke. Uvažavajući rezultete empirijskog istraživanja, definisana hipoteza H1 nije potvrđena.

Hipoteza H2 - Uticaj na pravno uobličavanje bankarske garancije jeste zasnovan na primeni autonomnih izvora prava i autonomije volje subjekata u garancijskom odnosu.

Na osnovu sprovedenog teorijskog istraživanja, u odeljku rada u kojem su analizirani relevantni izvori prava u oblasti bankarskih garancija, možemo zaključiti da definisana hipoteza H2 jeste delimično potvrđena. Zaključeno je da domaće pravo jeste jedno od retkih koje na nivou zakona reguliše institut bankarske garancije. Polazna prezumpcija jeste bila, da autonomni izvori prava i autonomija volje subjekata u garancijskom poslu, imaju uticaj na pravno uobličavanje bankarske garancije. Kada je u pitanju značaj autonomnih izvora prava, na međunarodnom planu jeste učinjen značajan napredak u pravnoj unifikaciji bankarske garancije kroz rad Međunarodne trgovinske komore koja je izdala jednu publikaciju Jednoobraznih pravila za ugovorne garancije, odnosno dve publikacije Jednoobraznih pravila za garancije na poziv. Ipak, kada je u pitanju nacionalni pravni okvir, pravno uobličavanje garancije jeste učinjeno u okviru Zakona o obligacionim odnosima, ali nije identifikovan uticaj ovih pravila na normativna rešenja našeg prava u domenu teksta zakona putem kojeg se uređuje institut bankarske garancije. Konstatovano je da su potrebne zakonske promene u delu zakona koji uređuje ovaj institut, te je predloženo da te promene uvažavaju najnovija rešenja sadržana u Jednoobraznim pravilima za garancije na poziv iz 2010. godine. U pogledu uticaja autonomije volje subjekata u garancijskom poslu i njihovog uticaja na pravno uobličavanje

bankarske garancije, sprovedenim istraživanjem zaključeno je da, limitiranost teksta zakona u pogledu broja odredbi koje se odnose na institut bankarske garancije, jeste od značaja, te da sam zakonodavac ostavlja značajan prostor autonomiji volje subjekata u garancijskom poslu. U kontekstu iznetog, učesnici u svim fazama realizacije bankarske garancije imaju visok stepen slobode odlučivanja, jer samo par normi zakona jesu kogentnog karaktera. Iz tog razloga, apostrofirano je da sami učesnici u garancijskom poslu uređuju svoje odnose shodno svojim interesima, što se najbolje manifestuje u činjenici da sadržaj bankarske garancije nije zakonski determinisan, čime se doprinosi da autonomija volje svih učesnika u ovom poslu ima dominantan pravni uticaj na oblikovanje sadržaja garancije, a čime se na posredan način vrši pravno uobličavanje bankarske garancije u praksi.

Hipoteza H3 - Bankarska garancija po svojoj pravnoj konstrukciji jeste značajan institut obezbeđenja potraživanja, odnosno izvršenja ugovora, kojom se pruža viši stepen pravne zaštite interesa korisnika garancije u odnosu na druga obligacionopravna sredstva obezbeđenja.

Na osnovu sprovedenog teorijskog istraživanja, u odeljku rada u kojem su uporedno pravno analizirana relevantna obligacionopravna sredstva obezbeđenja i bankarska garancija, možemo zaključiti da je potvrđena hipoteza H3. Uporednopravnim prikazom i analizom izabranih instituta obligacionopravnog obezbeđenja i bankarske garancije, jasno je determinisano da pravni obim i pravni kvalitet zaštite interesa korisnika garancije, odnosno subjekta koji ima interes da zaštiti svoja obligaciona prava i interese, jeste na višem nivou u odnosu na sva druga analizirana sredstva obezbeđenja. Pravne distinkcije jesu jasno identifikovane i pravno kvalifikovane, te je zaključeno da iako pojedina sredstva obezbeđenja imaju neki pravni kvalitet više u odnosu na bankarsku garanciju, sprovedenim istraživanjem je potvrđeno da bankarska garancija ima sveobuhvatni mehanizam zaštite interesa korisnika garancije, time što ne samo da pruža zaštitu njegovih interesa i povećanu pravnu sigurnost u pogledu ispunjenja ugovorom preuzetih obaveza dužnika, već integriše i tkz. oštetno pravo na koje korisnik garancije ima pravo u slučaju neispunjenja preuzetih obaveza dužnika, te na osnovu čega ovaj institut pruža potpuniju, pravnu i ekonomsku zaštitu interesa korisnika najvišeg stepena, u oblasti obligacionopravnih sredstava obezbeđenja.

LITERATURA:

Korišćena literatura:

1. Anđelković, C. (2010): Instrumenti plaćanja u međunarodnom prometu sa posebnim osvrtom na dokumentarni akreditiv. Institut za poslovna istraživanja MBA, Beograd. ISBN 978-86-85287-04-6
2. Anđelković, C. (2010): Jednoobrazna pravila MTK za inkaso sa komentarom = ICC Uniform Rules for Collections : URC 522. Nacionalni odbor Međunarodne trgovinske komore Srbije, Beograd.
3. Anđelković, C., Kiro, O., Afaki, J. (2010): Jednoobrazna pravila MTK za garancije na poziv sa modelima obrazaca : revizija 2010. Nacionalni odbor Međunarodne trgovinske komore Srbije, Beograd. ISBN 978-86-80809-55-7
4. Antonijević, Z. (1976): Dokumentarni akreditiv i garancije. Beograd
5. Antonijević, Z. (1982). Bankarsko pravo, Savezna administracija, Beograd, str
6. Babić, I. (2008): Leksikon obligacionog prava. Beograd, Službeni glasnik, ISBN 978-86-7549-6915
7. Bartoš, M., Antonijević, Z., Jovanović, V. (1974): Menično i čekovno pravo. Privredni pregled, Beograd
8. Bertrams, R. (2004): Bank Guarantees in International Trade. Kluwer Law International, Paris.
9. Bertrams, R. (2013): Bank guarantees in international trade : the law and practice of independent (first demand) guarantees and standby letters of credit in civil law and common law jurisdiction, The Hague : Kluwer, 2013, ISBN 978-92-842-0185-3
10. Bijorac, R. (1992): Štete po osnovu bankarskih garancija, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 42, knj.400, br. 9/10 , str. 1609-1635
11. Bilić, S. (1995): Pravna priroda bankarske garancije. Pravni život, God. 44, knj. 419, br. 10, str. 739-748.
12. Bosanac, R. (2002): Sredstva obezbeđenja u poslovima sa elementima inostranosti. Pravo i privreda, God. 89, br. 5/8, str. 853-869.
13. Carić, S. (1980): Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Kulturni centar Kragujevac, Pravni fakultet.
14. Carić, S. (1987): Bankarski poslovi i hartije od vrednosti. Naučna knjiga, Beograd.

15. Carić, S. (2007): Bankarski poslovi i hartije od vrednosti. Privredna akademija, Novi Sad. ISBN 86-84613-39-2
16. Carić, S., Vitez, M., Dukić Mijatović, M., Veselinović, J. (2016): Privredno pravo. Univerzitet privredna akademija u Novom Sadu, Fakultet za ekonomiju i inženjerski menadžment u Novom Sadu
17. Čolić, B. (1999): Neki oblici obezbeđenja novčanih i drugih obaveza i novija sudska praksa. Radni odnosi i upravljanje, God. 27, br. 3, str. 9-19.
18. Danilović, T. (2011): Ugovorna kazna – u pravu, praksi i teoriji. Svet knjige, Beograd. ISBN 978-86-7396-321-1
19. Dostanić, M. (2005): Pravni odnosi u poslu bankarske garancije i vrste bankarskih garancija. Pravni život, God. 54, knj. 494, br. 10, str. 1231-1257.
20. Dragišić, M. (1993): Opšta ponuda i ponuda javnosti. Pravo i privreda, God. 32, br. 9-12, str. 5-14.
21. Drakšić, M. (2001): Ponuda i prihvatanje prema uniformiranim pravilima i uporednom pravu. Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo : prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva.- Str. 139-160
22. Dukić Mijatović, M., Gongeta, S. (2013): Bankarske garancije u svetlu pravila međunarodne trgovinske komore: URDG. Zbornik radova «Uslužno pravo», Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, str. 253-266
23. Đorđević, D. (2003): Ugovor o izdavanju bankarske garancije. Pravni život, God. 52, knj. 479, br. 11 (2003), str. 687-699
24. Đurović, D. (1978): Bankarske garancije u platnom prometu sa inostranstvom. Tanjug, Beograd
25. Đurović, D. (1978): Bankarske garancije u poslovima sa inostranstvom, 2. dopunjeno i prerađeno izd., Издавање и производња, Beograd : Tanjug.
26. Đurović, D., Bugarski, V. (1978): Bankarska garancija u poslovima sa inostranstvom. Plamen, Beograd.
27. Filipović, A. (2003): Pravo osiguranja. Učiteljski fakultet. Beograd, ISBN 86-7849-056-X
28. Frey, S. (2011). ICC Rules for the Collection of Commercial Paper and other Rules of Guarantee. Essex group, London.
29. Goode, R., Del Busto, C. (1992): Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. Paris International Chamber of Commerce. ISBN 92-842-1145-X.

30. Hasted, J. (2016): Means of collateral in EU countries – research. B&M Groupe, Paris.
31. Ivaniš, M., Ivaniš, S. (2012). Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju, Visoka škola strukovnih studija za računovodstvo i berzansko poslovanje, Beograd
32. Jakšić, A. (1993): Bankarska garancija sa elementima inostranosti. Pravni život, God. 42, knj. 407, br. 11/12, str. 1754-1760
33. Jang, N. (2009): Bank guarantee in Germany. Berlin, Esp
34. Kapor, P. (2008): Međunarodne poslovne finansije. Megatrend univerzitet, Beograd
35. Kiro, O., Anđelković, C. (2007): Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive : revizija 2007. Privredna komora Srbije, Beograd. ISBN 978-86-80809-37-3
36. Klepić, D. (1997): Bankarske garancije, menični avali i akceptni nalozi. Izbor sudske prakse, ISSN: 0354-3226.- 5, 3
37. Komazec, M. (2005): Pravni odnosi u poslu bankarske garancije. Pravna riječ, časopis za pravo teoriju i praksu, God. 2, br. 5, str. 659-674.
38. Kozar, V. (2005): Apstraktna bankarska garancija sa klauzulom «bez prigovora». Izbor sudske prakse, God. 13, br. 1, str. 17-20.
39. Kozar, V. (2011): Obezbeđenje potraživanja bankarskom garancijom u Republici Srbiji i zemljama u regionu. Strani pravni život : teorija, zakonodavstvo, praksa ISSN: 0039-2138.- Br. 3 (2011), str. 188-202
40. Kozar, V. (2011): Posebne vrste bankarskih garancija, Pravni informator stručno-informativni časopis ISSN: 1450-7137.- God. 14, br. 10 (2011), str. 26-34
41. Kozar, V., Vrhovšek, M. (2011): Bankarska garancija kao uslužni pravni posao i naknada štete. Zbornik radova “XII vek – vek usluga i Uslužnog prava”, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
42. Marjanović, B. (1996): Ograničenje prenosa bankarske garancije. Pravo i privreda, God. 33, br. 5/8, str. 168-174.
43. Marković Bajalović, D. (1995): Pravna forma međunarodnih kompezacionih poslova. Zbornik radova sa savetovanja “Novi ugovori od značaja za privredni razvoj Jugoslavije”, Beograd. str. 271-281.
44. Mićović, M. (1997): Licitacioni postupak i strana ulaganja. Pravo i privreda, God. XXXIV, br. 5-8 (1997), str. 367-375

45. Miladinović, Z. (2003): Pravo osiguranja. Kragujevac.
46. Milenković Kerković, T. (2000): Nezavisna (bankarska) garancija i stand-by akreditiv u međunarodnim poslovnim transakcijama. Ekonomske teme = Economic themes = Экономические темы ISSN: 0353-8648.- God. 38, br. 3, str. 123-133
47. Milenković, T. (1997): Dokumentarni akreditiv kao instrument osiguranja u autonomnom trgovinskom pravu. Економски анали : орган Економског факултета у Београду = Annales économique : organe de la Faculte Économique de Belgrade ISSN: 0013-3264.- 41, 135 (1997), str. 125-133
48. Milićević, R. (2007): Pravna priroda i pravni odnosi u bankarskoj garanciji. Pravni život br. 13/2007, str. 139-151.
49. Milović, M. (2004): Ugovor o nalogu. Privrednik, Beograd, God. 5, br. 97
50. Minić, S. (2018): Konosmanska bankarska garancija, Pravo – teorija i praksa, br. 4/6
51. Mirković, P., Minić, S. (2017): Pravna obeležja bankarske garancije i određene distinkcije u odnosu na ugovor o jemstvu, Kultura polisa, god. XIV, br. 33, str. 531-540.
52. Mitrović, D. i drugi (1982). Leksikon prava međunarodnih privrednih odnosa. Savremena administracija, Beograd
53. Momčilo, T. (2009): Bankarska garancija – instrument obezbeđivanja plaćanja i kreditiranja. Institut za ekonomiku i finansije, Beograd, ISBN 978-86-483-0077-5
54. Morait, B. (1997): Obligaciono pravo – knjiga I. Banja Luka
55. Mugasha, A. (2003): The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees. University of Essex, United Kingdom
56. Nalić, D. (2007): Bankarska garancija u funkciji obezbeđenja ugovora, Revizor : časopis za teoriju i praksu : računovodstvo, poslovne finansije, poslovno pravo, menadžment ISSN: 1450-7005.- Vol. 10, br. 38 (2007), str. 37-60
57. Oršulić, I., Bulum, B. (2011): Bankarska garancija na poziv – poslednje izmene Zakona o obaveznim odnosima i nova ujednačena pravila Međunarodne trgovačke komore URDG 758. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, br. 3, str. 533-547.
58. Pajić, D. (2018): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja plaćanja. Kultura polisa, God. XV, br. 35
59. Pajtić, B. (2014): Jemstvo u srpskom i uporednim pravnim sistemima. Zbornik radova = Récueil des travaux ISSN: 0550-2179.- God. 48, br. 4 (2014)

60. Pajtić, B. (2015): Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3
61. Pajtić, B. (2015): Odnos ugovora o jemstvu i srodnih instituta privrednog prava. Zbornik radova = *Récueil des travaux* ISSN: 0550-2179.- God. 49, br. 1, str.149-155.
62. Pavićević, B. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Službeni list, Beograd
63. Perović, D. (2000): Isplata po bankarskoj garanciji i prigovori koje može isticati banka garant, *Privrednik : list za primenu propisa u praksi* ISSN: 0354-9275.- 5, 88
64. Popov, D.: (1986) Bankarska garancija u ugovoru o kupoprodaji investicione oprema, Zbornik radova = *Récueil des travaux* ISSN: 0550-2179.- God. 20, br. 1/3, str. 131-143
65. Salma, J. (2001). *Obligaciono pravo*. Pravo, Novi Sad, udžbenik.
66. Simonović, D. (2009). Ugovor o izdavanju bankarske garancije. *Pravna praksa*, br. 9. str. 27-43.
67. Slakoper, Z. (2011): Ugovor o nalogu u DCFR i izabranim propisima kontinentalne tradicije. Zbornik radova : *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* ISSN: 1986-5821.- Br. 9 (2011), str. 124-134
68. Steljić, M. (2004): *Menica u praksi*. Prosveta, Beograd, ISBN 86-07-01560-5.
69. Stupar, T. (2007): Međunarodna trgovinska komora - procesi unifikacije pravnih pravila za bankarske garancije, *Finansije, bankarstvo, revizija, osiguranje : časopis za teoriju i praksu* ISSN: 1820-0702.- God. 4, br. 4, str. 58-71
70. Svičević, S. (2015): Obligacioni odnosi, instrumenti i sredstva obezbeđenja, *Revizor : časopis za teoriju i praksu : računovodstvo, poslovne finansije, poslovno pravo, menadžment* ISSN: 1450-7005.- God. 17, br. 71, str. 18-36.
71. Šević, Ž. (1994): *Komisijoni posao u bankarskom pravu*. Čip Štampa, Beograd
72. Šogorov, S. (1975): Dokumentarni inkaso – posebni bankarski posao. Zbornik radova = *Récueil des travaux* ISSN: 0550-2179.- God. 9 (1975), str. 147-163.
73. Šogorov, S. (1985): *Bankarska garancija*. Naučna knjiga, Beograd
74. Šogorov, S. (2005). *Bankarsko pravo*, Poslovni biro, Novi Sad, ISBN 86-84895-03-7
75. Šogorov, S., Carić, S. (1985): *Bankarska garancija*. Naučna knjiga, Beograd
76. Tešić, A. (2005): *Pravna priroda bankarske garancije i odnosa povodom njenog izdavanja. Naknada štete i osiguranje : (VIII Redovno) savetovanje sa međunarodnim učešćem*, Budva 2005, Str. 525-532.

77. Tomić, M. (2008): Menica - instrument u privredno-finansijskom sistemu - instrument obezbeđivanja plaćanja, instrument plaćanja, odnosno naplate potraživanja, instrument kreditiranja, Institut za ekonomiku i finansije, Beograd, ISBN 978-86-483-0066-9
78. Trajković, M. (1995): Uloga konosmana u pomorskom prevozu. Pravni život, ISSN: 0350-0500.- God. 44, knj. 420, br. 11 (1995), str. 319-329
79. Trajković, M., Đurović, D., Dragović, N. (1986): Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. Nacionalni odbor SFRJ Međunarodne trgovinske komore, Beograd.
80. Trnavci, G. (1999): Pravna priroda i bitni elementi menice. Finansije, stručni i naučni časopis, Beograd, God. 54, br. 11/12 (1999), str. 773-782
81. Unković, M. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi. Finansije - stručni i naučni časopis, God. 54, br. 9/10, str. 669-672.
82. Vasiljević, A. (2013). Nepouzdanost finansijskih izveštaja u procesu kvalitetne procene bonitetnosti korisnika kredita. Civitas
83. Vasiljević, M. (1995): Trgovinsko pravo. Savremena administracija. Beograd
84. Vasiljević, M. (2004). Trgovinsko pravo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd
85. Vasiljević, Z. (2015): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja davaoca kredita. Zbornik radova "Usluge i zaštita", Kragujevac, str. 297-316.
86. Velimirović, M. (2007). Investitorska bankarska garancija. Pravo i privreda : časopis Udruženja pravnika u privredi SR Jugoslavije ISSN: 0354-3501.- God. 44, br. 5/8
87. Vesić, D. (2016): Zaštita investitora bankarskom garancijom. Kultura pollisa, god. XIII, br. 31, str.490
88. Vilus, J. (1991): Konvencija UN o međunarodnoj menici. Strani pravni život, Beograd, br. 1, str. 109-122.
89. Vitez, M. (2003): Bankarska garancija prema trgovinskom zakoniku Češke i Slovačke iz 1991., Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 52, knj. 479, br. 11, str. 701-713
90. Vorkapić, S. (1986). Ugovor o uvozu investicione opreme. Zavod za organizaciju poslovanja i obrazovanja kadrova, Beograd.
91. Vrhovšek, M., Kozar, V. (2011): Bankarska garancija kao uslužni bankarski posao i naknada štete. XXI vek - vek usluga i uslužnog prava. Knjiga 1 : [zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 5. maja 2011. godine, na Pravnom fakultetu

- u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu].- Str. 205-226.
92. Vujičić, J. (2012): Ugovor o izdavanju bankarske garancije. Zbornik radova “XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava”, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, str. 117.
93. Vujović, D. (2015): Realna sredstva obezbeđenja kreditnih usluga u funkciji integracije evropskog finansijskog tržišta. Zbornik savetovanja «Usluge i zaštite korisnika», Pravni fakultet u Kragujevcu, str. 335-345.
94. Vukadinović, R., Anđelković, C., Vuković, D. (1994): Garancije na prvi poziv u međunarodnoj praksi. Pravo i privreda, God. 31, br. 5-6
95. Vukadinović, R. (1988): Dokumentarni akreditiv prema Zakonu o obligacionim odnosima i Jednoobraznim pravilima i običajima za dokumentarne akreditive. Zakon o obligacionim odnosima : knjiga o desetogodišnjici. Tom 2.- Str. 347-357
96. Vukadinović, R. (1993): Samostalna bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 42, knj. 404, br. 5-6, str. 653-666
97. Vukadinović, R. (1994): Bankarska garancija na prvi poziv prema Jednoobraznim pravilima iz 1992. godine. Pravo i privreda, God. 32, br. 5-6, str. 63-71.
98. Vukadinović, R. (1996): Zloupotreba prava u apstraktnim bankarskim poslovima. Međunarodna konferencija Zloupotreba prava : [zbornik radova sa međunarodne konferencije održane 2. i 3. novembra 1995. godine na Pravnom fakultetu u Nišu.- Str. 149-161.
99. Vukadinović, R. (2015): O pravnom regulisanju posla garancije u novom Građanskom zakoniku. Budvanski pravnički dani, Savetovanje pravnika, Budva. str. 19-38
100. Vukadinović, R., Anđelković, C., Vuković, D. (1995): Garancija na prvi poziv u međunarodnoj praksi – jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). Udruženje banaka Jugoslavije, Beograd.
101. Vukašinović, S. (2007): Dugoročni finansijski plasmani. Revizor : časopis za teoriju i praksu : računovodstvo, poslovne finansije, poslovno pravo, menadžment ISSN: 1450-7005.- Vol. 10, br. 40 (2007), str. 87-94

102. Vukmir, B. (2006): Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu ISSN: 0350-2058.- God. 56, posebni broj, str. 253-279
103. Wunnicke, B., Turner, S. (2007): Standby and Commercial Letters of Credit. Aspen law and Business. Third edition.
104. Živković, M. (1996): Uslovna bankarska garancija i uslovno poravljanje. Srpska pravna misao, God. 3, br. 1/4, 229-232.
105. Živković, M. (2012): O mogućnosti zalaganja potraživanja iz bankarske garancije i sredstava na tekućim računima upisom u registar zaloge. Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu
106. Živković, M. (2012): O mogućnosti zalaganja potraživanja iz bankarske garancije i sredstava na tekućim računima upisom u registar zaloge. Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu

Konsultovana literatura:

1. Antić, O. (2009): Obligaciono pravo, Београд: Правни факултет Универзитета, Службени гласник, ISBN 978-86-519-0162-4
2. Barjaktarović, M. (2003): Vanbilasno poslovanje banaka - bankarska garancija, Poslovna politika : jugoslovenski mesečni časopis za upravljanje sistemom poslovanja ISSN: 0350-2236.- God. 32, br. 11, str. 37-42
3. Buzadžić, M. (2000): Provizija po osnovu izdavanja bankarske garancije "bez prigovora", Ekonomika preduzetništva ISSN: 1450-9695.- Vol. 36, No 3/4, str. 97-98
4. Dejanović, Lj. (2000): Bankarska garancija, Свет финансија : стручни часопис ISSN: 0354-3463.- God. 26, br. 183, str. 31-37
5. Dejanović, Lj. (2001): Bankarska garancija, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- Vol. 50, br. 11, str. 609-626
6. Gloginić, A. (2010): Bankarska garancija, Izbor sudske prakse : stručno-informativni časopis ISSN: 0354-3226.- God. 18, br. 7/8, str. 27-31
7. Gortsos, G. (2007): Predhodne mere sprečavanje zloupotrebe kod poziva na plaćanje po garancijama, Bankarstvo ISSN: 1451-4354.- God. 36, br. 5/6, str. 32-43

8. Horn, N. (1997): The United Nations Convention on independent guarantees and lex mercatoria, Roma : Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero
9. Ilkić, Z. (1997): Bankarska garancija "na prvi poziv", Svet finansija : stručni časopis, ISSN: 0354-3463.- 23, 167, str. 35-41 ISBN 978-86-483-0077-5
10. Ivaniš, S. (2007): Sredstva obezbeđena kod bankarskog poslovanja, Finansije, bankarstvo, revizija, osiguranje : časopis za teoriju i praksu ISSN: 1820-0702.- God. 4, br. 1, str. 44-62
11. Jednoobrazna pravila MTK za garancije na poziv sa modelima obrazaca : revizija 2010 : datum primene: 1. jul 2010. g. = ICC Uniform Rules for Demand Guarantees Including Model Forms : revision 2010 / [donela] ICC - International Chamber of Commerce ; [prevod Cveta Anđelković], Uporedni stvarni naslov, ICC Uniform Rules for Demand Guarantees Including Model Forms, Beograd : Nacionalni odbor Međunarodne trgovinske komore Srbije (Beograd : Čugura print)
12. Knežević, P., Anđelković, Ž. (2016): Ustupanje prava i potraživanja iz bankarske garancije na prvi poziv, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 65, knj. 585, br. 11, str. 487-497
13. Kozar, V. (2011): Posebne vrste bankarskih garancija, Pravni informator stručno-informativni časopis ISSN: 1450-7137.- God. 14, br. 10, str. 26-34
14. Kozar, V. : Naknada štete zbog neizdavanja bankarske garancije, Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja.- Str. 320-350
15. Marković-Bajalović, D. (1989): Zloupotreba garancije plativih na prvi poziv i mogućnost njenog sprečavanja u sudskim postupcima u pojedinim zemljama, Strani pravni život : teorija, zakonodavstvo, praksa ISSN: 0039-2138.- Br. 1, str. 62-72
16. Marković-Bajalović, D. (2000): Zloupotreba garancija "na prvi poziv" i mogućnost njenog sprečavanja u sudskom postupku, Privrednik : list za primenu propisa u praksi ISSN: 0354-9275.- God. 5, br. 102/103, str. 68-70
17. Mićović, M. (1993): Odgovornost banke na osnovu bankarske garancije, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 42, knj. 406, br. 9-10, str. 1055-1062
18. Milenković, T. (1998): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja plaćanja : dileme sudske prakse, Sudska praksa : jugoslovenski stručno-informativni časopis ISSN: 0351-5036.- 18, 4, str. 67-69

19. Milenković-Kerković, T. (2000): Nezavisna (bankarska) garancija i stand-by akreditiv u međunarodnim poslovnim; Економске теме = Economic themes = Экономические темы ISSN: 0353-8648, br. 3, str. 123-133
20. Milutinović, P. : Bankarska garancija, Finansije : stručni i naučni časopis : organ Saveza finansijskih službenika Jugoslavije ISSN: 0015-2145.- 47, 1-2, str. 44-54
21. Novaković, Lj., Vasilić, J. (1980): Bankarska garancija kao instrument zaštite društvene svojine, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 29, br. 2, str. 57-62
22. Pajtić, B. (2015): Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima, Zbornik radova = Récueil des travaux ISSN: 0550-2179.- God. 49, br. 3, str. 1127-1134
23. Paleček, G. (1988): Bankarske garancije vezane za poslove finansiranja investicija, Finansije : stručni i naučni časopis : organ Saveza finansijskih službenika Jugoslavije ISSN: 0015-2145.- God. 43, br. 11-12, str. 695-714
24. Pavićević, B. (1989): Bankarska garancija, Beograd : Naučna knjiga, (Bor : Bakar), ISBN 86-23-05064-9
25. Pavićević, B. : Bankarska garancija, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- 39, 4-5, str. 723-740
26. Pavlović, D. (1997): Specifičnosti korišćenja akceptnog naloga, bankarske garancije, carinske garancije i akreditiva, BILPOF : časopis za unapređenje organizacije preduzeća, računovodstva i poslovnih finansija ISSN: 0354-6195.- 3, 9, str. 38-40
27. Perović, D. (2000): Izvršavanje obaveza u vezi sa zaključenim ugovorom o izdavanju bankarske garancije, Privrednik : list za primenu propisa u praksi ISSN: 0354-9275.- 5, 87, str. 38-40
28. Perović, S. (1995): Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knj.1, Beograd : Savremena administracija
29. Perović, S. (1995): Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knj. 2, Beograd : Savremena administracija
30. Petrović, S. (2006): Bankarska garancija, Sudska praksa : jugoslovenski stručno-informativni časopis ISSN: 0351-5036.- God. 26, br. 4, str. 54-64
31. Plavšić, Z. (2015): Bankarske garancije kao mera uspešnosti privrede, Zbornik radova Fakulteta tehničkih nauka = Publications of the School of engineering sciences ISSN: 0350-428X.- god. 30, br. 9, str. 1610-1613

32. Radenković-Jocić, D. (2000): Instrumenti obezbeđenja plaćanja u ugovorima međunarodne trgovine, Издавање и производња Niš : SKC, (Niš : SKC), ISBN 86-7757-075-6
33. Radovanov, A. (2010): Obligaciono pravo – opšti deo, Bijeljina : Univerzitet Sinergija, ISBN 978-99955-26-24-5
34. Samardžić, M. (2002): Банкарска гаранција као средство обезбеђења потраживања, Pro INFO : časopis za primenu propisa, praksu sudova, organa uprave i lokalne samouprave i pravnu nauku ISSN: 1450-9679.- God. 2, br. 1, str. 29-31
35. Slakoper, Z. (2006): Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o obveznim odnosima : (u poredbenopravnom kontekstu), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci ISSN: 1330-349X.- Vol. 27, br. 1, str. 171-209
36. Slović, S. : Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja u bankarskom poslovanju
37. Spalević, Ž. (2013): Bankarska garancija kao sredstvo obezbeđenja od finansijskih rizika u Republici Srbiji, Uslužno pravo : [zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 10. maja 2013. godine, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu].- str. 295-311
38. Spasić, Ž., Maksić, K. (2001): Bankarska garancija, Privrednik : list za primenu propisa u praksi ISSN: 0354-9275.- God. 6, br. 110, str. 16-19
39. Stojiljković, V. (1997): Osiguranje samostalne bankarske garancije: Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 46, knj. 436, br. 11, str. 409-421
40. Tešić, M. (1996): Katalog međunarodnih ugovora i garancija : modeli ugovora i bankarskih garancija koje se koriste u međunarodnoj trgovini, Beograd : Intermex
41. Tomić, M. (2009): Bankarska garancija : instrument obezbeđivanja plaćanja i kreditiranja, Beograd : Institut za ekonomiku i finansije, (Beograd : Megraf)
42. Unković, M., Božidar, P. (1999): Bankarska garancija u teoriji i praksi, Финансије, стручни и научни часопис : орган Савеза финансијских службеника Југославије ISSN: 0015-2145.- 54, 9/10, str. 669-672
43. Vasilović, J. (1995): Bankarska garancija i akceptni nalog u praksi privrednih sudova, Beograd : Draganić, (Beograd : Mikan štamparija), ISBN 86-441-0138-2

44. Vasilić, J. (1996): Bankarska garancija u spoljno-trgovinskom poslovanju kroz sudsku praksu, Pravo i privreda : časopis za privrednopravnu teoriju i praksu ISSN: 0354-3501.- God. 33, br. 5/8, str. 184-190
45. Velimirović, M. (2007): Zaštita investitora bankarskom garancijom, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 56, knj. 513, br. 13, str. 125-137
46. Vrhovšek, M. (2004): Bankarska garancija kao instrument obezbeđenja ispunjenja ugovornih obaveza (prvi deo), Pravna praksa : mesečni časopis ISSN: 1820-1075.- Br. 7, str. 26-36
47. Vrhovšek, M., Kozar, V. (2011): Bankarska garancija kao uslužni bankarski posao i naknada štete, Izbor sudske prakse : stručno-informativni časopis ISSN: 0354-3226.- God. 19, br. 9, str. 21-28
48. Vučetić, A. (2003): Zalaganje prodajnog kapitala subjekta privatizacije radi obezbeđenjabankarske garancije za obavezne investicije, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva : zbornik radova sa Savetovanja pravnika, 2-6. jun 2003., Budva [u okviru manifestacije] IX budvanski pravnički dani.- Str. 199-200.
49. Vukadinović, R. (1992): Granice korišćenja prava u bankarskim garancijama na prvi poziv : s posebnim osvrtom na nemačku sudsku praksu, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- 397, God. 42, br. 3/4, str. 523-540
50. Vukadinović, R. (1992): Uticaj stečaja na potraživanje iz bankarskih garancija, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- 398, God. 42, br. 5/6, str. 739-746
51. Vukadinović, R. (1995): Prevara u garancijama na prvi poziv i stand-by akreditivima, s posebnim osvrtom na anglameričku praksu, Jugoslovensko bankarstvo : mesečni časopis Udruženja banaka i drugih finansijskih organizacija Jugoslavije ISSN: 0350-4077.- God. 25, br. 7-8, str. 51-57
52. Vukadinović, R. (2010): Правна природа банкарске гараније на први позив, Правна ријеч : часопис за правну теорију и праксу ISSN: 1840-0272.- God. 7, br. 25, str. [41]-60.
53. Vukadinović, R. (2015): O pravnom regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- God. 64, knj. 577, br. 5/6, str. 17-36

54. Vukadinović, R. : Neke dileme kod pojmovnog određivanja posla bankarske garancije, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse : zbornik radova.- Str. 30-40
55. Vukadinović, R. : Uticaj stečaja na potraživanja iz bankarskih garancija, Pravni život : časopis za pravnu teoriju i praksu ISSN: 0350-0500.- 398, 42, 5-6, str. 739-746
56. Živković, M. (2011): O mogućnosti zalaganja potraživanja iz bankarske garancije i sredstava na tekućim računima upisom u registar zaloge, Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU : prilozi Projektu 2011. : kolektivna monografija.- Str. 227-236

Zakoni:

1. Carinski zakon ("Sl. glasnik RS", br. 18/2010, 111/2012, 29/2015, 108/2016 i 113/2017 - dr. zakon)
2. Carinski zakon ("Službeni glasnik Republike Srbije", br. 73/03, 61/05, 85/05 - dr. zakon i 62/06 - dr. zakon)
3. Zakon o bankama ("Sl. glasnik RS", br. 107/2005, 91/2010 i 14/2015)
4. Zakon o menici ("Sl. list FNRJ", br. 104/46, "Sl. list SFRJ", br. 16/65, 54/70 i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 46/96 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)
5. Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)
6. Zakon o osiguranju ("Sl. glasnik RS", br. 139/2014)
7. Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi ("Sl. list SRCG", br. 19/78, 8/79 - ispr., 19/87, 29/89 - dr. zakon, 39/89 - dr. zakon, 22/90 i 13/91 i "Sl. list RCG" 48/91 - dr. zakon, 17/92 - dr. zakon, 59/92 - uredba o usklađ. nov. kazni, 4/93 - uredba o usklađ. nov. kazni, 27/94 - dr. zakon i 2/2007 – dr. zakon i "Sl. list CG", br. 51/2008 - dr. zakon, 40/2011 - dr. zakon i 62/2013 - dr. zakon)

Sudska praksa:

1. Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije, utvrđeno na sednici od 16. novembra 1998. godine
2. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 363/95 od 3. oktobra 1995.
3. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 1095/2010(1) od 22.4.2010. godine
4. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 348/94 od 23.11.1994. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/1995 - str. 80
5. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 205/96 od 15.5.1996. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/1996 - str. 91
6. Presuda Saveznog suda, Gzs. 32/96 od 14.11.1996. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/1997 - str. 119
7. Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 195/97 od 29.1.1997. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/1997 - str. 65
8. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 74/98 od 16.12.1998. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/1999 - str. 182
9. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 24/99 od 24.2.1999. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/1999 - str. 86.
10. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 66/99 od 22.9.1999. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 4/1999 - str. 181.
11. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 323/99 od 3.11.1999. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/2000 - str. 133.
12. Rešenje Višeg privrednog suda, Pž. 5704/2000 od 18.1.2001. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 2/2001 - str. 56
13. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 642/00 od 11.4.2001. godine
14. Presuda Višeg trgovinskog suda Pž. 5967/2002 od 4.12.2002. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 1/2003 - str. 83
15. Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3622/2003 od 14.8.2003. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 4/2003 - str. 98
16. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 300/2003 od 1.7.2004. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Časopis za privredno pravo, br. 1/2005 - str. 161.
17. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 5859/2004 od 8.10.2004. godine
18. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 8461/2004 od 30.11.2004. godine

19. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 155/2005 od 30.6.2005. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Bilten br. 4/2005
20. Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 5596/2005 od 31.8.2006. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Bilten br. 4/2006.
21. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7836/2006 od 28.11.2006. godine
22. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 5583/2006 od 8.2.2007. godine
23. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 2043/2007 od 12.4.2007. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova - Bilten br. 4/2007
24. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 4556/2006(2) od 27.6.2007. godine
25. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 1245/2007 od 13.9.2007. godine
26. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7831/2008(2) od 25.12.2008. godine.
27. Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 7831/2008(1) od 25.12.2008. godine
28. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prev. 223/2010(1) od 4.3.2010. godine - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 1/2010.
29. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 1432/2010(3) od 7.7.2010. godine
30. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 3796/2011(1) od 4.4.2012. godine.
31. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 3756/2013 od 15.5.2013. godine.
32. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 1080/2013 od 17.7.2013. godine.
33. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 5168/2013 od 17.7.2013. godine
34. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 10905/2012 od 20.11.2013. godine.
35. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 7350/2012 od 11.7.2014. godine.
36. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 4988/2013(1) od 28.11.2013. godine.

Internet izvori:

1. Andrews, G., Millett, R. (2011): Law of Guarantees. Sweet and Maxwell, London.
Dostupno na sajtu:
<https://books.google.rs/books?id=L5Lo63CFp2sC&pg=PA27&dq=bank+guarantee+elements&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwjhs-zdoIneAhVIiwKHRrTCC4Q6AEITjAF#v=onepage&q=bank%20guarantee%20elements&f=false>
2. <https://www.scribd.com/doc/70366622/Konsignacija>

3. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. Dostupno na sajtu: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Rotterdam-Rules-E.pdf
4. <https://www.znacenjereci.com/sta-avans-cemu-sluzi/>
5. Jyoatsna, S., Nishwan, B. (2012): Elements of Banking and Insurance. PHI Learnig private Limited. pgn. 53. dostupno na sajtu: https://books.google.rs/books?id=r0VV_f05r14C&pg=PA53&dq=bank+guarantee+elements&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwjhs-zdoIneAhVIiwwKHRrTCC4Q6AEINjAC#v=onepage&q=bank%20guarantee%20elements&f=false
6. http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2006/9_10/UBS-Bankarstvo-9-10-2006-Topolsek.pdf
7. Incoterm rules 2010: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>
8. York Antwerp Rules: <https://www.jus.uio.no/lm/cmi.york.antwerp.rules.1994/doc.html>
9. Loyd polisa: http://advokatpejakovic.com/index_htm_files/Nova%20engleska%20pomorska%20polisa%20u%20osiguranju%20robe%20u%20medunarodnom.pdf
10. ICC Uniforme Rules for the Colection of Comercial Paper, Intenationa Trade Commity. Dostupno na sajtu: <https://iccwbo.org/global-issues-trends/banking-finance/global-rules/>
11. Cigoj, S. (1988): Uloga i značaj kauze (osnova) ugovornom pravu. Pravni život, ISSN: 0350-0500.- God. 38, knj. 377, br. 10-12 (1988), str. 1451-1476
12. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (publikacija 758) <https://iccwbo.org/icc-demand-guarantee-rules-urdg-758/>
13. http://www.ubs-asb.com/Portals/0/Casopis/2010/1_2/B01-02-2010-Andjelkovic.pdf
14. Jednoobrazna pravila za ugovorne garancije. <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>
15. Jednoobrazna pravila za garancije na poziv (URDG 458). <https://iccwbo.org/about-us/>
16. <https://www.coursehero.com/file/8265526/14-URCG-325/>