

Autori: (1) Doc. dr. Darkeo Radić; (2) Doc. dr. Radenko Jotanović

Institucija: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci

E-mail: d.radic@pravobl.org; r.jotanovic@pravobl.org

ZAŠTITA ŽIRANATA U FEDERACIJI BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

U FBiH je 2013. godine usvojen Zakon o zaštiti žiranata koji je stupio na snagu 18.12.2013. godine. Radi se o lex specialis zakonu kojim se reguliše pravna zaštita žiranata kao posebne kategorije lica kod ugovora o kreditu. Međutim, ovaj zakon predviđa brojna rješenja koja značajno odstupaju od opštih pravila obligacionog prava, a naročito odredbama ZOO kojima se uređuju ugovor o kreditu i ugovor o jemstvu. U ovom radu razmatraju se pojedina rješenja iz Zakona o zaštiti žiranata i analizira njihova neusaglašenost sa opštim pravilima obligacionog prava, jer je evidentno da se postojećim rješenjima u Zakonu o zaštiti žiranata, u stvari, potencijalno vrši dekonstrukcija određenih obligacionopravnih instituta. Definicija ugovora o kreditu, kako je utvrđena u pomenutom zakonu, odnosno posebno uređenje odnosa između povjerioca i jemca u značajnoj mjeri odstupaju od opštih pravila obligacionog prava i u tom smislu predstavljaju rješenja koja nisu kompatibilna institutu jemstva – njegovim opštim pravilima, strukturi i vrstama jemstva. Pored toga, predviđena su posebna ograničenja slobode ugovaranja za lice koje namjerava da jemči za obavezu glavnog dužnika iz ugovora o kreditu. Autori u ovom radu upravo preispituju opravdanost i prihvatljivost ovih rješenja, kako sa stanovišta ostalih zakonskih propisa kojima se uređuje ova materija pravnih odnosa, tako i sa stanovišta domaće pravne tradicije, a u cilju pronalazjenja odgovora da li su razmatrana rješenja harmonizovana sa ostalim pozitivnim zakonskim propisima i da li su u funkciji pravne sigurnosti.

Ključne riječi: ugovor o kreditu, glavni dužnik, povjerilac, žirant, davalac kredita, korisnik kredita.

1. Uvod

Usljed dugotrajnog i kontinuiranog nezadovoljstva žiranata u Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje: FBiH), krajem 2013. godine Parlament FBiH usvojio je Zakon o zaštiti žiranata u Federaciji Bosne i Hercegovine (dalje: ZZZ)ⁱ.

Usvajanjem ovog zakona je, dakle, trebalo da se obezbijedi dodatna pravna zaštita za žirante, koji su uglavnom preko različitih udruženja građana predstavljali javnosti brojne i raznovrsne probleme u kojima su se našli, istovremeno insistirajući na svom pravno inferiornom položaju u odnosu na davaoce kredita (banke i mikrokreditne organizacije).

Opšti stav ove grupe građana, iako svi oni nisu opterećeni istom vrstom problem, jeste da su nedovoljno zaštićeni i da je nužna pravna zaštita od povjerilaca prema kojima dužnici imaju obaveze za čije ispunjenje su jamčili. U takvoj višegodišnjoj atmosferi pritisaka na razne nivoe vlasti u cijeloj Bosni i Hercegovini, zakonodavac u FBiH odlučio se da usvoji poseban zakon kojim se bliže uređuju prava i obaveze jemca, kako u smislu njegovog odnosa prema povjeriocu, tako i u pogledu odnosa između povjerioca i dužnika. Na opisani način u FBiH uveden je *lex specialis*, koji u značajnoj mjeri sadrži rješenja drugačija od onih koja su sadržana u opštim pravilima obligacionog prava (naročito u dijelu obligacionopravnog zakonodavstva u kojem se uređuje ugovor o kreditu i ugovor o jemstvu), zbog čega se osnovano može postaviti pitanje njihove usaglašenosti, odnosno opravdanosti drugačijeg pristupa u regulisanju instituta jemstva. Iz analize sadržaja odredaba ZZZ proizlazi naredni problema, a tiče se moguće dekonstrukcije instituta jemstva i redefinisavanja odnosa između jemstva (ugovora o jemstvu) i kredita (ugovora o kreditu), jer su pravila iz ZZZ u značajnoj mjeri promijenila konfiguraciju jemstva (u slučaju kada se jemci za obavezu iz ugovora o kreditu).

U tom smislu, smatramo korisnim da se razmotre pojedina rješenja iz ZZZ i analizira njihova potencijalna neusaglašenost sa opštim pravilima obligacionog prava, a u svijetlu pronalaženja odgovora na pitanje da li se pravilima sadržanim u ZZZ u stvari vrši nedozvoljen upliv u obligacionopravno zakonodavstvo, a u pravcu dekonstrukcija nekih obligacionopravnih instituta.

2. Pojam, ugovarači i struktura ugovora o kreditu u ZZZ

Pojam ugovora o kreditu utvrđen je u odedbama ZOOⁱⁱ. Međutim, u dijelu ZZZ koji nosi naslov "Odnos prema drugim propisima" zakonodavac je odredio značenja pojedinih pojmova u smislu ovog zakona. Svoje mjesto našao je i pojam ugovora o kreditu/mikrokreditu za koji se konstatuje da ima značenje utvrđeno u zakonu kojim se uređuju obligacioni odnosi i u zakon o mikrokreditnim organizacijamaⁱⁱⁱ (čl. 4 alineja 5 ZZZ).

Imajući u vidu prethodno navedeno, definisanje ugovora o kreditu je upravo jedno od interesantnih pitanja i potencijalno spornih rješenja u ZZZ. U čl. 7 st. 1 ZZZ ugovor o kreditu se određuje kao jedinstven i da sadrži sva međusobna prava i obaveze glavnog dužnika, povjerioca i žiranta. U čl. 1065 ZOO, ugovor o kreditu drugačije je definisan: ugovorom o kreditu banka^{iv} vse obavezuje da korisniku

ⁱ Službene novine, br. 100/13.

ⁱⁱ Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; Službeni list RBiH, br. 2/92, 13/93 i 13/94; Službene novine FBiH, br. 29/03.

ⁱⁱⁱ Pojam kredita se u Zakon o mikrokreditnim organizacijama – ZMKO (Službene novine FBiH, br. 59/06) zapravo i ne definiše posebno u smislu određivanja ugovornih strana, prava i obaveza, bitnih elemenata ugovora, i sl., već se utvrđuje da su mikrokrediti oni krediti koji ne prelaze iznos od 50.000,00 KM kada je davalac kredita mikrokreditno društvo, odnosno 10.000,00 KM kada je davalac kredita mikrokreditna fondacija (čl. 4 st. 1).

^{iv} Pored banaka, čija je jedna od djelatnosti davanja kredita, zakonom je propisano da mikrokreditne organizacije mogu obavljati djelatnost davanja mikrokredita. Vid. čl. 39 t. 2 Zakona o bankama FBiH – dalje: ZB (Službene novine FBiH, br. 39/98, 32/00, 48/01, 27/02, 41/02, 58/02, 13/03, 19/03 i 28/03) i čl. 2 i čl. 15 st. 1 ZMKO.

^v Pored banaka i mikrokreditnih organizacija i drugi subjekti (kreditne institucije) mogu odobravati kredite. To se posebno odnosi na privredne organizacije koje daju neposredno, odnosno putem banke kredite korisnicima svojih proizvoda i usluga tako što im omogućuju njihovu kupovinu ili korišćenje na rate (tzv. potrošački kredit, odnosno „praksa vezivanja usluga“ ili „praksa objedinjavanja usluga“ po Direktivi 2014/17/EU od 04.02.2014. godine o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na

kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vrijeme, za neku namjenu ili bez utvrđene namjene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vrijeme i na način kako je utvrđeno ugovorom (Vasiljević, 2013; Đurđević, 2003).^{vi} Iz zakonskog uređenja ugovora o kreditu, kako je to utvrđeno odredbama ZOO, jasno proizlazi da je na jednoj strani ugovora banka kao davalac kredita, sa osnovnom obavezom da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, dok je na drugoj strani korisnik kredita čije su osnovne obaveze da banci plaća ugovorenu kamatu i da dobijeni iznos novca vrati banci u vrijeme i na način kako je to ugovorom određeno (Vasiljević, 2013). Dakle, riječ je o dvostrano obaveznom, teretnom, trajnom, komutativnom i formalnom ugovoru.

Međutim, iz definicije ugovora o kreditu kako je to utvrđeno u čl. 7 st. 1 ZZZ^ž rađaju se izvjesne dileme. Naime, za razliku od određivanja pojma ugovora o kreditu kako je to učinjeno u ZOO, u citiranoj odredbi ZZZ^ž definicija ugovora o kreditu ne sadrži određenje o osnovnim pravima i obavezama ugovornih strana, već se ističe da je "jedinstven" i da "sadrži sva međusobna prava i obaveza glavnog dužnika, povjerioca i žiranta". Uvođenjem odrednice "jedinstven", zakonodavac je, po svemu sudeći, nastojao da naglasi da se radi o pravnom poslu u koji su involvirani davalac kredita, korisnik kredita i jemac. Drugim riječima, vidljiva je intencija zakonodavca da ugovorom o kreditu u stvari obuhvati i elemente ugovora o jemstvu, što nije dio domaće pravne tradicije i što u značajno mjeri otežava primjenu instituta jemstva kako je ono uređeno pravilima obligacionog prava. Ovo nesumnjivo proizlazi iz odredbe čl. 29 st. 2 ZZZ^ž u kojoj se ne dopuštaju dva posebna ugovora: ugovor između povjerioca (davaoca kredita) i glavnog dužnika (korisnika kredita), odnosno ugovor između povjerioca i jemca. Međutim, u čl. 9 st. 3 ZZZ^ž, a u kojem se govori o funkciji i prirodi jemstva, ističe se da je "jemstvo akcesoran (sporedni) ugovor koji nema samostalno pravno postojanje, već je zavisno od postojanja i valjanosti osnovnog pravnog posla čijem osiguranju i koristi". Dakle, u potonjoj normi ugovor o jemstvu se razlikuje (i odvaja) od ugovora o kreditu, pri čemu se jasno određuje njihov međusobni odnos u smislu kojeg je ugovor o jemstvu akcesoran i zavisi od ugovora o kreditu. Prema tome, u pogledu definisanja ugovora o kreditu i u smislu određivanja odnosa između ugovora o kreditu i ugovora o jemstvu, ne samo da postoji neusaglašenost između ZZZ^ž i drugih relevantnih zakonskih propisa, već je evidentna i neusaglašenost između pojedini odredaba isto zakona – ZZZ^ž.

S druge strane, zakonodavac prilikom određenja kredita zauzima interesantan pristup i u pogledu utvrđivanja ugovarača, pa se pominju glavni dužnik, povjerilac i žirant (jemac). Ne treba posebno obrazlagati argument da je ugovor o kreditu dvostranoobavezan i teretan ugovor, u kojem, prema tome, na objema ugovornim stranama leže prava i obaveze. Sljedstveno tome, svaka od ugovornih strana – davalac kredita i korisnik kredita mogu u odnosu na određeni akt ponašanja biti kako na poziciji povjerioca, tako na poziciji dužnika. Dakle, ovakav pristup u označavanju ugovornih strana nije sasvim korektno rješenje.

Apstrahujući odredbe ZZZ^ž, odnosno oslanjajući se na odredbe ZOO kojima se uređuje ugovor o kreditu, nesporno je da su ugovarači iz ugovora o kreditu davalac kredita, koji nakon stavljanja na raspolaganje drugoj strani određenog iznosa novčanih sredstava ima poziciju povjerioca, i korisnik kredita, koji ima obavezu da dobijeni iznos novca vrati u vrijeme i na način kako je propisano ugovorom i da davaocu kredita plati ugovorenu kamatu, i koji ima poziciju dužnika, dok je jemac treće lice koje se povjeriocu obavezuje da će ispuniti punovažnu i dospjelu obavezu dužnika ako to ovaj ne učini (čl. 997 i 1065 ZOO). Međutim, zakonodavac u odredbi čl. 7 st. 1 ZZZ^ž uvodi termin "glavni dužnik" želeći da utvrdi da se na istoj - dužničkoj strani ugovornog odnosa nalazi i jemac, a da je naspram ovih lica – na drugoj strani ugovornog odnosa povjerilac. Na ovaj način, zakonodavac potvrđuje da se, u smislu razmatranih odredaba ZZZ^ž, ugovor o kreditu ne posmatra odvojeno od ugovora o jemstvu, i obrnuto, uvažavajući činjenicu da je ugovor o jemstvu akcesornog karaktera, već se elementi oba ova ugovora "unose" u jedan ugovorni odnos u kojem su davalac kredita, povjerilac i jemac.

Kada je riječ o ugovornim stranama, ni ovde stvari nisu do kraja jasne. U ZOO ugovorne strane iz ugovora o kreditu su davalac kredita i korisnik kredita. No, u ZZZ^ž ugovorne strane iz ugovora o kreditu

stambene kredite i o izmjeni direktive 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010). Isto tako i svako fizičko lice (nekreditna institucija) može biti u ulozi davaoca kredita pod uslovom da se radi o sporadičnom slučaju i da nije riječ o zelenastvu.

^{vi} Gotovo istu definiciju ugovora o kreditu sadrži Njemački građanski zakonik – Bürgerliches Gesetzbuch 1896. (par. 488).

su: povjerilac, glavni dužnik i jemac. Dakle, umjesto davaoca kredita (banka ili u slučaju mikrokredita mikrokreditna organizacija) koristi se termin "povjerilac", što je u stvari generički pojam i koristi se za označavanje strane u obligacionopravnom odnosu. S druge strane za korisnika kredita upotrebljava se pojam "glavni dužnik", čime se želi nagovjestiti učešće trećeg subjekta i odnos između korisnika kredita i trećeg. Dakle, za razliku od ugovora o kreditu kako je regulisan u odredbama ZOO, zakonodavac kroz ZZZŽ uvodi u ovaj ugovora kao ugovornu stranu i jemca, odnosno naglašava jedinstvo ovog ugovora, iako je u čl. 4 alineji 5 ZZZŽ propisano da ugovor o kreditu ima značenje utvrđeno u zakonu kojim se uređuju obligacioni odnosi.^{vii}

Navedeno rješenje ZZZŽ u pogledu ugovornih strana u ugovoru o kreditu prihvata se i u pravnoj teoriji, tako da se i jemci smatraju dužnicima ili bolje reći sadužnicima (jemcima platcima) iz ugovora o kreditu od kojih kreditor može da se namiri ukoliko to ne uspije od glavnog dužnika kao korisnika kredita (Vasiljević, 2013). Dakle, ovdje se ističe razlika između korisnika kredita i dužnika u smislu da pojam "dužnik" obuhvata, ali se ne ograničava pojmom "korisnik kredita". Time se struktura subjekata ugovora o kreditu usložnjava, ali je samo korisnik kredita lice koje u tom smislu zaključuje sa davaocem ugovor o kreditu (Vasiljević, 2013).

3. Model jemstva u odredbama ZZZŽ

Jemstvo je jedno od ličnih sredstava obezbjeđenja izvršenja dužnikove obaveze. Ugovorom koji se zaključuje između povjerioca i jemca ovaj drugi se obavezuje da će povjeriocu ispuniti punovažnu i dospjelu dužnikovu obavezu, ako to dužnik ne učini. Na ovaj način je i zakonodavac definisao jemstvo, propisujući da je pisana forma ugovora o jemstvu uslov da ugovor obavezuje jemca (čl. 997 i 998 ZOO). Predmet ugovora o jemstvu je obaveza koju dužnik ima prema povjeriocu iz postojećeg obligacionopravnog odnosa, pa je jemčeva obaveza akcesorna i supsidijarna (Morait, 2010). Ista zavisi od punovažnosti i dospjelosti obaveze dužnika. Akcesornost obaveze jemca potvrđena je i kroz pravila kojima se uređuje zastarjelost jemčeve obaveze. Zastarijeću obaveze dužnika, zastarijeva i obaveza jemca (čl. 1019 st. 1 ZOO).^{viii}

Međutim, pravno uređenje uslova i načina ostvarivanja prava žiranata, kako je to utvrđeno odredbama ZZZŽ, podrazumijeva nešto drugačiji koncept jemstva, barem kada su u pitanju jemci koji jemče za ispunjenje obaveze dužnika koju je ovaj preuzeo ugovorom o kreditu/mikrokreditu^{ix}. Iako se u čl. 9 st. 4 ZZZŽ konstatuje da je prema svojoj prirodi i funkciji jemstvo akcesoran (sporedni) ugovor koji zavisi od postojanja i valjanosti osnovnog pravnog posla čijem obezbijedenju služi^x, zakonodava je ovlastio jemca da može odustati od zaključenog ugovora^{xi} i to bez navođenja razloga za odustanak (čl. 8 st. 1 ZZZŽ).^{xii} Iako se čl. 3 st. 2 ZZZŽ propisuje da će se na sva pitanja koja nisu drugačije uređena ovim zakonom primjenjivati odredbe ZOO, smatramo da se na odustanak iz čl. 8 st. 1 ZZZŽ ne može primjeniti institut odustanice^{xiii}. Dakle, jemac u roku od sedam dana od zaključenja ugovora može odustati od ugovora, obavještavajući povjerioca o tome u pisanoj formi.^{xiv} Ako pođemo od premise da je jemac ugovorna strana u ugovoru o

^{vii} Upor. čl. 4 alineja 4, odnosno čl. 7 st. 1 ZZZŽ i čl. 1065 ZOO.

^{viii} Ukoliko je rok zastarjelosti obaveze glavnog dužnika duži od dvije godine, onda obaveza jemca zastarijeva za dvije godine od dospjelosti obaveze glavnog dužnika (čl. 1019 st. 2 ZOO).

^{ix} Budući da se krediti i mikrokredit u smislu razmatranih propisa razlikuju prema davaocu (status i oblik organizacije – banke i mikrokreditne organizacije), odnosno prema visini iznosa kreditnih sredstava, dio analize koji se odnosi na ugovor o kreditu vrijedi i za ugovor o mikrokreditu bez posebnog naglašavanja u tekstu ugovora o mikrokreditu.

^x Budući da se cijeli zakon odnosi na pravno uređenje uslova i načina ostvarivanja prava žiranata, bilo je za očekivati da će zakonodavac govoriti o zavisnosti jemstvu u odnosu na ugovor o kreditu, umjesto što je upotrijebio mnogo širi pojam "pravni posao". Isto tako, primjećujemo da se jemstvom ne obezbijeduje pravni posao (niti ugovor o kreditu), već se jemstvom obezbijeduje izvršenje obaveze glavnog dužnika.

^{xi} Nije bliže određeno o kojem se ugovoru radi. Imajući u vidu definiciju ugovora o kreditu iz čl. 7 st. 1 ZZZŽ, pretpostavlja se da je zakonodavac na umu imao ugovor o kreditu.

^{xii} U ZOO regulisana je samo mogućnost da korisnik kredita može odustati od ugovora prije nego što je počeo koristiti kredit, v. čl. 1068, st. 1.

^{xiii} Odustanica je ovlašćenje na temelju sporazuma ugovornih strana da jedna ili svaka ugovorna strana može da odustane od ugovora davanjem odustanice (čl. 82 ZOO).

^{xiv} Odredba u stavu 2 čl. 8 ZZZŽ nije najsrećnije formulisana. Naime, u stavu 1 čl. 8 ZZZŽ jemcu se daje pravo da odustane od ugovora u sedmodnevnom roku, a u narednom stavu istog člana jemac se obavezuje da povjerioca o takvoj svojoj namjeri

kreditu, a što proizlazi iz čl. 7 st. 1 i čl. 29 st. 2 ZZZŽ, odnosno od premise da jemac može odustati od ugovora (u roku od sedam dana), izvodi se zaključak da jemac svojom izjavom volje i nezavisno od ponašanja ostalih ugovarača (glavnog dužnika i povjerioca) koje je saobrazno sadržaju ugovora, odnosno bez obzira na njihovu vjernost i privrženost ugovoru, može dovesti do prestanka ugovora. Ovakva pravna moć kojom raspolaže jemac ima ozbiljne implikacije na primjenu načela ravnopravnosti ugovornih strana (čl. 11 ZOO).

Budući da se odustanak jemca ne može pravno kvalifikovati kao primjena instituta odustanice, niti se to može posmatrati kao jednostrani raskid ugovora (zbog neispunjenja ili u drugim zakonom propisanim slučajevima), nije jasna pravna priroda ovog prava jemca, koje ipak ima obilježja preobražajnog prava.

Opštim pravilima obligacionog prava predviđena su dva oblika jemstva: supsidijarno jemstvo (čl. 1004 st. 1 ZOO) i soliradno jemstvo (čl. 1004 st. 3 ZOO). U prvom slučaju povjerilac može zahtijevati ispunjenje obaveze od jemca tek nakon što je glavni dužnik ne ispuni u roku koji je određen u pismenom pozivu. U slučaju solidarnog jemstva, jemac (je jemac platac i) odgovara povjeriocu kao glavni dužnik za cijelu obavezu i povjerilac ga može pozvati na ispunjenje cijele obaveze istovremeno kad i glavnog dužnika ili samo njega (jemca) ili samo glavnog dužnika.

Međutim, iz tumačenja odredaba čl. 7 st. 3 t. 14 i 15, odnosno čl. 17 st. 1 ZZZŽ proizlazi da povjerilac ne može pozvati jemca na ispunjenje obaveze nakon što je glavni dužnik ne ispuni u roku koji je određen u pismenom pozivu ili kad i glavnog dužnika, već isključivo onda kada je iscrpio sva pravna sredstva u namirenju svojih potraživanja prema glavnom dužniku.^{xv} Dakle, jemstvo (kada se jemči za obavezu iz ugovora o kreditu) se kao pravna ustanova uređuje na sasvim drugačiji način nego što je to učinjeno u ZOO.

4. Pravni položaj jemca

Odredbama ZZZŽ jemac, ili zakonskom terminologijom žirant je pravno ili fizičko lice koje je garant kreditnog posla i koje se obavezuje, isključivo u pisanoj formi, izvršiti namirenje povjeriocu teka kad to nije moguće izvršiti koristeći sve instrumente osiguranja kredita u skladu sa odredbama ovog zakona (čl. 4 alineja 1).

U smislu kompariranja regulative jemstva u ZOO i ZZZŽ, jednaka su rješenja u pogledu forme – oba zakona propisuju da je jemac dužan ispuniti obavezu ako se na to obavezao u pisanoj formi (čl. 998 ZOO i čl. 4 alineja 1 ZZZŽ). Time se gotovo iscrpljuju identičnosti, ili *in linea extremis* usaglašenosti ovih propisa u pogledu instituta jemstva. Naime, prema pravilima obligacionog prava, jemac se obavezuje povjeriocu da će ispuniti obavezu dužnika, ako to ovaj ne učini (čl. 997 ZOO). Dakle, jemac jemči (garantuje) za obavezu dužnika. Međutim, u ZZZŽ ističe se da je jemac garant kreditnog posla. Budući da je pojam kreditnog posla je širi pojam od pojma obaveze dužnika – korisnika kredita, sa svim je jasno da se između ovih kategorija ne može povući znak jednakosti. Drugim riječima, za razliku od rješenja u ZOO, a prema kojem jemac odgovara za obavezu dužnika, u ZZZŽ je prihvaćeno rješenje da jemac garantuje za cijeli kreditni posao. Podsjećamo kreditni posao obuhvata prava i obaveze dužnika, ali i povjerioca. Dakle, jezičkim tumačenjem mogao bi se izvesti zaključak da je jemac kroz pravila ZZZŽ dospio u manje povoljan položaj od onog kojeg ima u odredbama ZOO. Sljedstveno tome, postavlja se pitanje da li je zakonodavac, uprkos inicijalnoj intenciji – da zaštiti jemca, kroz definisanje pojedinih zakonskih odredaba odstupio od svoj prvobitne namjere, za koju vjerujemo da je opredijelila i naziv zakona, ili je pak svojom nespretnošću i nekonzistentnim pristupom doveo jemca u manje povoljnu poziciju od one koje mu je obezbijedena kroz odredbe ZOO.

Vjerujući je da se radi o potonjoj situaciji, ukazujemo da naredne problem koji proizlaze iz zakonske definicije jemca (žiranta). Za razliku od pravila ZOO, u kojima se predviđa supsudijarno jemstvo

obavijesti prije isteka sedmodnevnog roka, što u suštini skraćuje "period hlađenja", odnosno rok da jemac donese odluku. Ovo naročito treba posmatrati s obzirom na činjenicu da je ZZZŽ regulisao duplo kraći rok nego što je rok za povlačenje potrošača iz ugovora regulisan u Direktivi 2014/17/EU.

^{xv} O nedorečenosti ove konstrukcije već je prethodno bilo riječi.

i solidarno jemstvo, zakonodavac kroz odredbe ZZZŽ, a uređujući jemstvo za obavezu iz ugovora o kreditu, promovira poseban model jemstva koji ima određene specifičnosti. Naime, jemac je, prema njegovoj zakonskoj definiciji, obavezan da ispuni obavezu povjeriocu, tek kad to (ispunjenje) nije moguće izvršiti koristeći sve instrumente osiguranja kredita u skladu sa odredbama ZZZŽ. Dakle, jemac se može pozvati na ispunjenje dužnikove obaveze prema povjeriocu tek kada su iscrpljene druge mogućnosti, a koje se ogledaju u korištenju sredstava obezbjeđenja kredita. Pri tome, vjerujemo da je zakonodavac pod terminom "sredstva obezbjeđenja kredita" mislio na sredstva za obezbjeđenje izvršenja dužnikove obaveze – korisnika kredita. Zaštita jemaca se, dakle, ogleda u propisivanju obaveznog pokušaja namirenja povjeriočevog potraživanja kroz ostala sredstva obezbjeđenja obaveze dužnika, što otvara dilemu da li su druga lica (npr. zalagodavac) koja su svojom imovinom involvirana u cijeli pravni posao (ugovor o kreditu), a dajući sredstva obezbjeđenja ispunjenja dužnikove obaveze, zapravo u inferiornom položaju u odnosu na jemca.

Pored toga, problem vidimo i u odredbama čl. 7 st. 3 t. 14 i 15 ZZZŽ, a naročito u smislu njene neusaglašenosti sa odredbom čl. 4 alineja 1 ZZZŽ, jer se u prvopomenutim odredbama predviđa da povjerilac prije utuženja jemca treba iscrpiti sva pravna sredstva u namirenju svojih potraživanja prema glavnom dužniku. Prvi problem vidimo u činjenici da zakonodavac prejudicira stanje odnosa između povjerioca i jemca, ne razlikujući ovlaštenje povjerioca od zahtijeva povjerioca (prava povjerioca da zahtijeva ispunjenje obaveze dužnika prinudnim putem). Dakle, nije isključeno da će jemac na poziv povjerioca ispuniti obavezu za koju je jemčio, iako zakonodavac propisuje da ugovor o kreditu i mikrokreditu mora da sadrži odredbu da će povjerilac prije utuženja jemca iscrpiti sva pravna sredstva u namirenju svojih potraživanja prema glavnom dužniku. Budući da je potraživanje povjerioca (davaoca kredita ili mikrokredita) subjektivno obligaciono pravo, te da je obaveza dužnika (korisnika kredita) imovinskog karaktera, sasvim je jasno da u skladu sa načelom autonomije volje ovi učesnici u obligacionom odnosu mogu slobodno odlučivati o vršenju svojih prava - povjerilac slobodno odlučuje da li će zahtijevati ispunjenje obaveze, a jemac slobodno odlučuje da li će obavezu za koju je jemčio ispuniti na poziv povjerioca ili će se pak upustiti u sudski spor. Dalje, zakonodavac zahtijeva od povjerioca da prije utuženja jemca iscrpi sva pravna sredstva u namirenju svojih potraživanja prema glavnom dužniku (čl. 7 st. 3 t. 14 ZZZŽ), odnosno jemac se oslobađa obaveza da vraća kredit (ispuni obavezu dužnika) sve dok povjerilac ne preduzme prethodno opisane radnje (čl. 7 st. 3 t. 15 ZZZŽ).^{xvi} S tim u vezi postavlja se pitanje šta se ima smatrati iscrpljivanjem svih pravnih sredstava: da li je riječ o pravima povjerioca (vršenju povjerilačkih prava) ili se radi o mogućnostima da povjerilac u procesnopravnom smislu preduzme sve radnje u pravcu namirenja svog potraživanja (i u svim stepenima i instancama sudskog odlučivanja), ili pak i jedno i drugo?

U vezi sa obimom jemčeve obaveze evidentiramo i to da se u odredbi čl. 7 st. 3 t. 15 ZZZŽ navodi da ako dođe do otplate kredita od strane jemca, onda visina rate ne smije prelaziti 1/3 redovnih primanja jemca. Na ovaj način postavlja se ograničenje u pogledu visine obaveze jemca koja može biti manja od visine obaveze (anuiteta) dužnika, što nije u koliziji sa pravilima ZOO kojima se uređuje jemstvo, jer se potonjim pravilima predviđa da jemac odgovara za cijelo ispunjenje obaveze za koju je jemčio, ako njegova odgovornost nije ograničena na neki njen dio ili na drugi način podvrgnuta lakšim uslovima. Budući da pravila ZZZŽ predviđaju pomenuto ograničenje koje u svakom slučaju predstavlja lakše uslove i povoljniju poziciju za jemca, ima mjesta za primjenu odredbe čl. 7 st. 3 t. 15 ZZZŽ, koja je u tom smislu usaglašena sa ciljem i domašajem odredbe iz čl. 1002. St. 2 ZOO.

5. Posebna zaštita žiranta ili specijalna ograničenja slobode ugovaranja

U namjeri da se prava i interesi jemca posebno zaštite, zakonodavac je posegnuo za specijalnim instrumentima zaštite koja izazivaju pravne dileme.

^{xvi} Poseban problem je zakonska formulacija prema kojoj "žirant neće vraćati kredit prije nego što povjerilac preduzme sve radnje" koje se odnose na iscrpljivanje svih pravnih sredstava prije utuženja jemca. Nije jasno da li se ovde misli na otplatu kredita u smislu ispunjenja obaveze dužnika koja glasi na vraćanje određenog iznosa sredstava (cjelokupnog iznosa kredita) ili je zakonodavac imao intenciju da se ova norma odnosi na isplatu anuiteta kredita. Vjerujemo da je u pitanju isplata anuiteta, ne nužno i cjelokupnog iznosa kredita, jer je moguće da u određenom momentu dužnik (korisnik kredita) postane sposoban za nastavak otplate kredita. Ovo potvrđuje drugi dio odredbe iz čl. 7 st. 3 t. 15 ZZZŽ u kojem se navodi da ako dođe do otplate kredita od strane jemca, onda "visina rate ne smije prelaziti 1/3 redovnih primanja svakog žiranta pojedinačno i svih žiranta solidarno".

Prvi u nizu slučajeva odnosi se na specifičan pristup uređenju odnosa jemstva i još jednog sredstva obezbjeđenja izvršenja dužnikove obaveze. Naime, odredbama ZZZ nije dopuštena primjena instituta jemstva u slučaju kada je predviđena - kao sredstvo obezbjeđenja izvršenja dužnikove obaveze – zaloga (čl. 29 st. 3 ZZZ). Iako se, istina do određene mjere, može razumijeti da zakonodavac želi da zaštiti jemca, nije jasno zašto na posve radikalna način postupa u odnosu na situaciju kada se kao instrument obezbjeđenja iste obaveze glavnog dužnika već predviđa zaloga. Valjda je to povoljnija pozicija od one u kojoj je jemstvo jedino sredstvo obezbjeđenja izvršenja dužnikove obaveze. Razumije se, ovakva zabrana ugovaranja jemstva predstavlja ograničenje autonomije volje, odnosno sloboda ugovaranja kao oblik njene realizacije, koje je jedno od načela obligacionog prava (čl. 10 ZOO).

S tim u vezi, vrijedna pažnje je i odredba čl. 17 st. 2 kojom se glavnom dužniku za vrijeme trajanja ugovora o kreditu zabranjuje da pokloni ili proda svoju imovinu.^{xvii} Ovo je još drastičniji primjer ograničenja slobode ugovaranja, gdje ne postoji nikakav legitimitet, jer se iza ovakvog ograničenja ne nalazi razlog zaštite opšteg interesa. Čini se da je zakonodavac u namjeri da zaštiti jemca potpuno zaboravio na institutu vršenja povjerilačkih prava i mogućnosti pobijanja pravnih radnji dužnika. No, ukoliko glavni dužnik ipak postupi suprotno odredbi čl. 17 st. 2 ZZZ, onda povjerilac ne može tražiti ispunjenje obaveze od jemca, sve dok ne zatraži od suda da se imovina glavnog dužnika vrati u prvobitno stanje^{xviii}. Međutim, zakonodavac dozvoljava izuzetak od prethodno citiranog pravila i dozvoljava da povjerilac zahtijeva ispunjenje obaveze od jemca koji se "vlastitom voljom i odlukom obavezao povjeriocu o preuzimanju obaveze izmirenja duga" (čl. 17 st. 5 ZZZ). Ostavljajući po strani pitanje kako se neko može obavezati bez svoje volje, ovde uočavamo hibridnu konstrukciju – mješavinu ustanove jemstva i instituta preuzimanja ispunjenja.^{xix}

Zatim, u čl. 11 st. 1 ZZZ propisano je da se jemac koji je fizičko lice može obavezati ako nije stariji od 65 godina, niti mlađi od 18 godina. U pogledu određivanja minimalne starosne granice, smatramo da je suviše da se u ovom zakonu određuje minimalna dob jemca, jer nema sumnje da za ugovor o jemstvu, kao i za druge ugovore vrijedi opšte pravilo da se sposobnost za zaključenje punovažnog ugovora kojim se preuzimaju obaveze, odnosno potpuna poslovna sposobnost stiče punoljetstvom, odnosno sa navršanih 18 godina života.^{xx} Međutim, određivanje "gornje starosne granice" za jemca smatramo izuzetno problematičnim. Dakle, zakonodavac zabranjuje fizičkim licima starijim od 65 godina da jemče za obavezu dužnika. Ovo predstavlja presedan da životna dob jednog fizičkog lica determiniše njegovu ugovornu sposobnost. I pored činjenice da je lice potpuno poslovno sposobno i da može zaključiti druge teretne ugovore, zakonodavac "štiti" potencijalnog jemca na način da ograničava njegovu slobodu ugovaranja i zabranjuje mu da zaključi ugovor o jemstvu, odnosno da u smislu odredaba iz čl. 7 st. 1 ZZZ bude ugovorna strana u ugovoru o kreditu. Iz ovoga proizlazi da lice starije od 65 godina, koje nije djelimično ili potpuno lišeno poslovne sposobnosti, može raspolagati svojom imovinom pravnim poslovima *inter vivos* (npr. prodaja stvari ili prava) i pravnim poslovima *mortis causa* (npr. testamentom), ali ne može jemčiti za obavezu koju je temeljem ugovora o kreditu preuzeo korisnik kredita. Paradoksalno je dakle, da nema zakonskih prepreka da jedno lice starije od 65 godina, koje nije djelimično ili potpuno lišeno poslovne sposobnosti, zaključi ugovor o kreditu kao korisnik kredita i preuzeti obavezu vraćanja određenog iznosa novčanih sredstava u ugovorom definisanom roku uz sporazumno utvrđenu kamatu, a isto to lice ne može jemčiti za istovrsnu obavezu koju bi u svojstvu korisnika kredita preuzelo treće lice. Osim što se ovakvom rješenju može prigovoriti sa formalno-pravnog i logičkog aspekta, nesumnjivo je da je razmatrano rješenje u koliziji sa drugim relevantnim zakonskim normama koje se odnose na poslovnu sposobnost (i ugovornu sposobnost) fizičkog lica.

Konačno, ističemo "zakonsko ukidanje kategorije žiranta", ukoliko se radi o kreditnim iznosima^{xxi} većim od 20.000,00 konvertibilnih maraka i kada je predviđen period otplate kredita u roku dužem od 3

^{xvii} U zakonskom tekstu se kaže "...pokloniti, prodati ili prepisati trećem licu." Termin "prepisati" nije sasvim korektan i vjerovatno se mislilo na raspolaganje putem prenosa prava svojine na nekoj stvari (najčešće nepokretnosti).

^{xviii} Treba li ovde uopšte postaviti pitanje zaštite pravne sigurnosti i prava savjesnog trećeg lica.

^{xix} Podsjećanja radi, preuzimanje ispunjenja obaveze je odnos inter debitorum i tiče se sporazuma između dužnika i trećeg lica, a ne povjerioca (čl. 453 ZOO).

^{xx} Vid. čl. 56 st. 1 ZOO i čl. 137 st. 2 Porodičnog zakona FBiH (Službene novine FBiH, br. 35/05 i 41/05).

^{xxi} Mada bi korektnije bilo definisati da se radi o iznosu obaveze korisnika kredita za koju se jamči.

godine (čl. 15 ZZZ). Dakle, lice starije od 65 godina, koje nije djelimično ili potpuno lišeno poslovne sposobnosti, ne može da bude jemac za obavezu koju ima korisnik kredita kada je ona veća od 20.000,00 konvertibilnih maraka i kada je rok otplate kredita duži od 3 godine. Gotovo da se mogu iskoristiti isti argumenti koji su izneseni u pogledu kritike prethodno komentarisanih rješenja iz čl. 11 st. 1 ZZZ. Drugim riječima, neko ko može slobodno da raspolaže svojom imovinom i da preuzima obaveze, istovremeno ne može da jemči za obavezu koja prevazilazi određeni novčani iznos i kada je rok za ispunjenje te obaveze duži od zakonom propisanog. Na ovaj način potpuno se derogira princip “ko može više, može manje”.

Na kraju, ne i najmanje važno, smatramo da razmatrani mehanizmi zaštite jemca imaju vrlo ozbiljne implikacije sa stanovišta mogućih ograničenja i/ili povrede prava koja su licima garantovana Ustavom BiH, odnosno Ustavom FBiH – pravo na imovinu i zabrana diskriminacije.^{xxii}

4. Zaključak

U savremenom društvu, jedna od osnovnih funkcija koju ima zakon u cilju obezbjeđenja pravde, slobode, mira, reda i sigurnosti, jeste zaštita slabijih u odnosu na jake. Nesumljivo da je donošenje ZZZ imalo za cilj da svojim normama uspostavi ravnotežu između banke ili drugih davalaca kredita, sa jedne strane i korisnika kredita i jemca, sa druge strane. Ova ravnoteža se očigledno nije mogla (dovoljno) ostvariti postojećim zakonskim propisima, prvenstvo odredbama ZOO, na osnovu kojih su se zaključivali ugovori o kreditu i ugovori o jemstvu. ZOO je štitiio slabiju ugovornu stranu kod ugovora o kreditu ograničenjem slobode ugovaranja propisivanjem pisane forme ugovora, obaveznih elemenata ugovora (iznos kredita, uslovi davanja, uslovi korišćenja i uslovi vraćanja kredita), kao i zabranom ugovaranja tzv. nepravičnih klauzula čija je svrha poštovanje načela savjesnosti i poštenja, načela ekvivalentnosti uzajamnih prava i obaveza i drugih načela obligacionog prava u slučaju kad se zaključuje ugovor prema unapred određenoj sadržini od strane jedne (ekonomski jače) ugovorne strane.

Međutim, i pored “dobrih namjera” koje je imao zakonodavca, čini se da ZZZ, ne samo da nije dodatno (dovoljno) zaštitio prava žiranata, već je na određeni način njihov pravni položaj dodatno otežan, a dovedena je u pitanje i konstrukcija nekih osnovnih instituta obligacionog prava zasnovanih na domaćoj pravnoj tradiciji. Prvenstveno je dovedena u pitanje sama pravna konstrukcija ugovora o kreditu, jer se u ZZZ ovaj ugovor definiše kao “jedinstvo” međusobnih prava i obaveza povjerioca, glavnog dužnika i žiranta. Ovakvim regulisanjem se na određeni način vrši subrogacija ugovora o kreditu i ugovora o jemstvu, odnosno njihova dekonstrukcija u odnosu na način kako su normirani u ZOO-u. I pored neprihvatljivog određenja ugovora o kreditu kao “jedinstvenog” ugovora između povjerioca, glavnog dužnika i žiranta, ZZZ nije ostao dosljedan ni ovoj svojoj odredbi, pa u okviru dijela o funkciji i prirodi jemstva vrši njegovo razdvajanje na ugovor o kreditu i ugovor o jemstvu ističući da je jemstvo akcesoran ugovor koji je zavisen od glavnog pravnog posla koji osigurava.

Određivanje ugovora o kreditu kao “jedinstvenog” unosi konfuziju i u pogledu terminologije koja se koristi za označavanje ugovornih strana (povjerilac, glavni dužnik i žirant, umjesto davalac kredita i korisnik kredita), koja sama po sebi implicira i regulisanje određenih uzajamnih prava i obaveza učesnika u pravnom poslu. Kao što se to i u samom nazivu zakona ističe, žirant je u “glavnoj ulozi” i u ugovoru o kreditu, što se naročito ogleda u pravnoj moći da jednostrano raskine ugovor nezavisno od ponašanja povjerioca i glavnog dužnika čime se dovodi u pitanje načelo ravnopravnosti ugovornih strana. ZZZ ide još dalje regulišući da je jemac garant kreditnog posla, umjesto da garantuje za obavezu dužnika, kako to reguliše ZOO. Ovakvim obavezivanjem jemac je dospio u nepovoljniji položaj nego što je imao prije donošenja ZZZ, jer je kreditni posao širi pojam od pojma obaveze dužnika – korisnika kredita. ZZZ je jemca doveo u nejasan položaj uvođenjem novog, nedovoljno određenog, modela jemca koji je obavezan na ispunjenje obaveze prema povjeriocu tek onda kad ispunjenje nije moguće izvršiti koristeći sve instrumente osiguranja kredita prema glavnom dužniku, čime se odstupa od načela supsidijarnosti i solidarnosti jemstva regulisanih odredbama ZOO-a. Radi opravdanja donošenja samog ZZZ zakonodavac reguliše i, naizgled, još neke specijalne instrumente zaštite jemca, a u stvari se radi o ograničenjima

^{xxii} Vid. čl. II.3 t.k i čl. II.4 Ustava BiH, odnosno čl. II.2 st. 1 t. d i t. K Ustava FBiH.

osnovnih pravnih načela. Takav karakter imaju odredbe o zabrani jemstva kada ja kao sredstvo obezbjeđenja predviđena zaloga, zatim zabrana raspolaganja imovinom od strane glavnog dužnika za vrijeme trajanja ugovora o kreditu, zabrana da jemac bude lice mlađe od 18 godina, odnosno starije od 65 godina i zakonsko ukidanja kategorije žiranata za kreditne iznose preko određenog iznosa i perioda otplate kredita.

Imajući u vidu navedena rješenja ZZŽ, čini se da je zakonodavac od prevelike želje za zaštitom žiranata, odnosno pod pritiskom ove kategorije građana ishitreno donio zakon kojim je na neodgovarajući način regulisao pojedina rješenja, pri čemu je propustio da na sveobuhvatan način pruži potpunu pravnu zaštitu žirantima. Tako su se mogle razraditi odredbe Direktiva 2014/17/EU i 2008/48/EZ, kao i Zakona o zaštiti potrošača koje se odnose na potrošače, pa samim tim i na žirante kao učesnike u ugovoru o kreditu, a koje se tiču odgovornijeg ponašanja (kreditiranja), ekonomskog ponašanja, kodeksa ponašanja, profesionalnog ponašanja, nedozvoljenog uticaja, nepoštenih (nekorektnih) klauzula u ugovoru, nepoštene (nasrtljive) poslovne praksa, prava na informisanje (i dostavljanje nacрта) prije zaključenja ugovora putem standardizovanog oblika Evropskog standardizovanog informativnog obrasca (ESIS), kao i prilikom reklamiranja usluga, naročito u slučaju ugovora o objedinjavanju usluga (povezivanja ugovora o kreditu i osnovnog ugovora o kupovini roba i usluga), kao i edukacija u tom pogledu (finansijsko obrazovanje), zatim zaključivanja dosljednih, fleksibilnih i pravednih ugovora o kreditu, zaštite osnovnih životnih uslova i preduzimanje mjera za olakšavanje otplate kredita, nadzora davaoca kredita (kreditne i nekreditne institucije), vansudsko rješavanje sporova između učesnika u ugovoru o kreditu, itd.

Posebno aktuelno pitanje koje nije obuhvaćeno ZZŽ, a postoje opravdani zahtjevi (pritisak) određene kategorije građana za ovim regulisanjem, jesu ugovori o kreditima sa valutnom klauzulom švajcarski franak. Radi se o ugovorima o kreditu gdje se korisnik saglasio sa primjenom ove valutne klauzule, ali je davalac kredita propustio da informiše korisnika na mogućnost špekulativnog kursa franka, čija vrijednost zavisi samo od jedne države, čime se načelo ekvivalentnosti uzajamnih davanja ugovornih strana narušava u tolikoj mjeri da se javljaju kontraverze o (ne)postojanju elemenata zelenaškog ugovora.

Imajući u vidu navedeno, opšta je ocjena da je zakonodavac umjesto rafiniranih mehanizama kvalitetne pravne zaštite jemca, pokazao paternalistički odnos prema jemcu i svoju inicijalnu intenciju, zbog previše politike i premalo prava, u značajnom dijelu kompromitovao.

5. Literatura

Vasiljević, Z. (2013). *Pravna teorija kredita*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci,

Đurđević, M.(2003). Ograničenja slobode ugovaranja u ugovorima o kreditu između banke i pojedinca. *Pravo i privreda*, 5-8(2003), 348-349,

Morait, B. (2010). *Obligaciono pravo*. Banja Luka: Komesgrafika,

Zakon o zaštiti žiranata, „*Službene novine*“, br. 100/13,

Zakon o mikrokreditnim organizacijama, „*Službene novine*“, br. 59/06,

Zakona o bankama FBiH, „*Službene novine*“, br. 39/98, 32/00, 48/01, 27/02, 41/02, 58/02, 13/03, 19/03 i 28/03,

Zakon o obligacionim odnosima, „*Službeni list SFRJ*“, br. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; „*Službeni list RBiH*“, br. 2/92, 13/93 i 13/94; „*Službene novine FBiH2*, br. 29/03,

Porodiči zakona FBiH, „*Službene novine*“, br. 35/05 i 41/05.

Authors: Darko Radić, PhD, Assistant Professor; (2) Radenko Jotanović, PhD, Assistant Professor
Institution: Faculty of Law, University of Banja Luka
E-mail: d.radic@pravobl.org; r.jotanovic@pravobl.org

PROTECTION OF GUARANTOR IN LAW ON GUARANTOR'S PROTECTION IN FEDERATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract

Parliament of Federation of Bosnia and Herzegovina adopted Law on guarantor's protection in 2013. It is a *lex specialis* which regulates legal protection of guarantor as a special category of persons in loan agreement. However, the law provides a numerous solutions which derogating general rules in obligation law, particularly rules in Law on obligations regarding loan agreement and warranty. In this paper, authors consider both certain rules regarding guarantor's protection and their compliance with general rules in law of obligations. Definition of loan agreement and special regulation of relationship between creditor and guarantor are not in compliance with rules of warranty – general rules, structure and species. Moreover, there are some limits of freedom of contracting for those who has intention to guarantee for debtor's liability in loan agreement. Authors in this paper consider validity and acceptability of special rules in order to find answer whether those rules match other relevant rules in positive legislation and do they serve to legal certainty.

Key words: loan agreement, debtor, creditor, guarantor.