

Ирена Радић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1983233R

UDK: 336.777:347.457
Раđ примљен: 15.08.2019.
Раđ прихваћен: 27.09.2019.

СКРИВЕНИ АВАЛ (ЖИРО)**

Апстракт: Имајући на уму велики правни значај мјенице и њену широку употребу у домаћим и међународним плаћањима, аутор је одлучио да анализира питање које се показало као проблематично у пракси. Ријеч је о тзв. скривеном авалу, када лице које је фактички мјенични јемац мјеницу не потписује као авалиста, него као трасант, акцептант или индосант. Чини се да је посљедњи случај скривеног авала (скривени авалиста као индосант) изазвао највише проблема, како за банке које приликом одобравања кредита захтијевају жирирану бланко мјеницу, тако и за судове који одлучују у споровима који из такве мјенице произиђу.

Наиме, као спорно се показало питање како тумачити потпис на полеђини мјенице када први потписник није ремитент, него трасант или неко треће лице које је потпуно изван мјенице. Судови су овом потпису давали различито значење: на једној страни су судови који су сматрали да је посриједи авал, индосамент или скривени авал, а на другој они који су сматрали да је тим потписом прекинут низ индосамената усљед чега такав индосамент (и индосаменти након њега) нису пуноважни, а индосатари из таквих индосамената нису формално легитимисани мјенични повјериоци. Стога ће аутор анализирати правила у вези са скривеним авалом у домаћем мјеничном праву и положај скривеног авалисте у сваком од облика скривеног авала. Аутор ће презентовати одређене случајеве из судске праксе земаља у региону и указати на различите и потпуно опречне ставове у вези са скривеним авалом.

Кључне речи: мјеница, авал, скривени авал, индосамент, жиро.

* irena.radic@pf.unibl.org

** „Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, која је одржана 12. и 13. априла 2019. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Мјеница има троструку улогу у платном промету: она служи као кредитно средство, као средство плаћања и као средство обезбјеђења плаћања. Банке нарочито често користе бланко мјеницу као средство обезбјеђења уредног враћања кредита, али се редовно не задовољавају тиме да корисник кредита изда сопствену бланко мјеницу, него се додатно осигуравају захтијевајући од њега да обезбиједи јемце, односно тзв. жиранте. Ови *de facto* јемци мјеницу потписују као (редовни) авалисти или, још чешће, као скривени авалисти, формално преузимајући положај трасанта/ издаваоца, акцептанта или индосанта. У пракси се најчешће користи конструкција скривеног авала у којој се скривени авалиста јавља у улози индосанта (отуда и назив жирант)¹. Ипак, умјесто правне конструкције скривеног авала у форми индосамента, у пракси неријетко можемо видјети мјенице у којима се жирант потписује као трасант, банка је означена као ремитент, а први потпис на полеђини мјенице је потпис жиранта који би требало да фигурира потпис првог индосанта. Међутим, овдје се превиђа да први индосант може бити искључиво ремитент, те да се жирант као први индосант може јавити само уколико је издао трасирану мјеницу по сопственој наредби и предао је банци. Управо из тог разлога, аутор ће у овом раду да укаже на то шта је скривени авал, које су његове форме, која је разлика у положају скривеног авалисте у појединим врстама скривеног авала, као и на положај авалисте код „редовног“ авала. У раду ће се нарочито анализирати правила индосирања у мјеничном праву земаља женевског мјеничног система, указати на институт ирегуларног индосамента у англо-америчком праву, те анализирати судска пракса земаља у региону која је поприлично неконзистентна у вези са овим питањем.

2. „Редовни“ авал

Авал је изјава којом неко лице, својим потписом на мјеници, гарантује да ће мјенични дужник за кога јемчи исплатити мјеницу, тј. испунити своју мјеничну обавезу, односно ако он то не учини, да ће обавезу испунити авалиста умјесто њега. Дакле, авалиста је јемац за једног од мјеничних дужника, а положај и ранг авалисте одређује се према положају и рангу лица за које он авалира (Бартош, Антонијевић, Јовановић, 1974: 47).

¹ Израз „индосамент“ изводи се из италијанске рјечи „*in dosso*“ што дословно значи написати на полеђини, на задњој страни. Наши старији правни аутори су користили израз „налеђе“, а користи се и израз „жиро“, од италијанског „*girare*“, „*girarsi*“ што значи преврнути, окренути. Дакле, индосамент, налеђе и жиро су изрази који се користе за пренос права из хартије од вриједности по наредби.

Авалиста одговара онако како одговара лице за које је дао авал.² Из тога слиједи да је авалиста одговоран свим мјеничноправним сљедбеницима (по рангу) лица за које је дао авал. Обавеза авалисте је самостална, што значи да ће његова обавеза бити правоваљана чак и ако мјенична обавеза његовог хонората није пуноважна из било ког разлога (рецимо, хонорат је лице које је неспособно за мјеничноправно обавезивање, или је његов потпис лажан и сл.), осим ако је ријеч о неком формалноправном недостаку хоноратовом потпису (нпр. рукознак неписменог лица није овјерен од надлежног органа, хоноратов индосамент се налази иза прекида низа индосамената (Павловић, 1928, 230) или је авалирао за акцептанта који је опозвао акцепт (Јанковец, 1993: 647) и др. Дакле, основно је правило да хоноратов потпис на мјеници мора бити формално исправан, али не и материјално. Поред тога, ово начело значи да обим мјеничне обавезе може бити различит за поједине потписнике, иако они одговарају по једној истој мјеници, па тако авалиста може своју одговорност по мјеници ограничити на одређен дио мјеничне своте (Бајаловић, 2017: 291). Тада он одговара у мањем обиму у односу на свог хонората и друге потписнике по мјеници (Бајаловић, 2017: 291). Обавеза авалисте је солидарна са осталим мјеничним обвезницима, што значи да ималац мјенице може за исплату тужити и самог авалисту, а да истовремено не тужи остале мјеничне дужнике, па чак ни самог хонората (Бартош *et al.*, 1974: 91).

Из начела непосредности у мјеничном праву произилази да сваки мјенични дужник може према сваком мјеничном повјериоцу да истиче само објективне приговоре (који произилазе из мјеничног писмена) и субјективне приговоре који проистичу из неког њиховог међусобног материјалноправног односа (који није разлог преузимања мјеничне обавезе), као нпр. приговор пребијања. Ипак, код авала се донекле одступа од овог начела, тако да авалиста може, ако ималац мјенице од њега захтијева исплату мјеничне своте, истицати све оне приговоре, па и субјективне природе, које може истаћи његов хонорат.³ С друге стране, ако је авалиста исплатио мјеничну своту и подигао регресну тужбу против претходника свога хонората, они се могу бранити истим приговорима, опет чак и субјективне природе, које би могли истицати према хонорату (Јанковец, 1981: 501). Иначе, када би се стриктно држали начела непосредности, субјективни приговори које би могао да истиче хонорат и субјективни приговори које би претходници по мјеници могли да

² Чл. 33, ст. 1 Закона о мјеници („Службени гласник Републике Српске, број 32/01) – даље у тексту: ЗОМ.

³ Чл. 31, ст. 1 ЗОМ

истичу према хонорату морали би за авалисту бити без значаја (Јанковец, 1981: 502).

Када искупи мјеницу, авалиста има иста права као и његов хонорат, дакле право директне тужбе против акцептанта и регресне тужбе против свих хоноратових претходника по мјеници, али поред тога још и право регреса против самог хонората (Павловић, 1928: 231).

У погледу форме авала, разликујемо пуни и бланко авал. Пуни авал се састоји од израза „као порук“, „као јамство“, „као гарант“, „*per aval*“ или другим сличним изразом уз потпис авалисте, и он може бити унесен на лице или на полеђину мјенице. Бланко авал се састоји само од потписа авалисте, али се у том случају овај потпис не може унијети на полеђину мјенице, јер би се сматрао бланко индосаментом. Штавише, сваки потпис на лицу мјенице ће се сматрати авалом, осим потписа трасата и трасанта. Поред тога, авал треба да садржи и ознаку лица за које се даје авал, али ако то није случај сматра се да је дат за трасанта.⁴

3. Скривени авал

Скривени авал је форма мјеничног јемства којом лице које *de facto* гарантује за исплату мјеничне своте прикрива то, потписујући мјеницу као трасант (или издавалац сопствене мјенице), као акцептант или индосант, а не као авалиста. Скривеним авалом положај банке је побољшан јер добија више дужника, а избјегнута је акцесорна природа авала – скривени авалиста ће одговарати самостално и непосредно, као мјенични дужник у чијој се улози налази, а не онако како одговара онај за кога јемчи, и неће имати право да истиче приговоре које би могао истицати онај за кога јемчи (што би био случај код „редовног“ авалисте). Управо те двије околности су разлог због кога повјериоци, а нарочито банке, приликом одобравања кредита умјесто авалирања мјенице прибјегавају скривеном авалу. Поред тога, скривени авал се користи у пракси и због тога што се сматра да „нескривени“ авал „шкоди кредиту хоноратовом... пошто се из стављања авала може конклюдирати да хонорат иначе, без авала, нема кредита... зато се, иако је права намера странака била пружање јемства, избегава отворена употреба авала, него се то јамчење прикрива другом којом мјеничном изјавом“ (Павловић, 1928: 68).

Дакле, код скривеног авала онај који хоће да гарантује за исплату мјенице, а жели то да прикрије, потписује мјеницу као трасант, акцептант или индосант. Отуда, скривени авал нема неку посебну форму, него за њега

4 Чл. 32, ст. 3 ЗОМ

важе правила која важе за ону мјеничну изјаву коју скривени авалист даје (у чијој се улози потписује на мјеници). Како је то рекао Врбанић: „Прикривена интерцесија у свом вањском облику не показује се као таква, већ као друга какова мјенбена изјава, те се усљед тога она и мора просуђивати по оних истих правилих, по којих просудити ваља сваку другу мјенбену изјаву, која се у том облику показује. Зато ни наш ни други који мјенбени закон не говоре об оваквој прикривеној интерцесији“ (Врбанић, 1886: 450).

Осим тога, и одговорност скривеног авалисте је онаква каква је одговорност лица на чијој се позицији скривени авалист налази (чију улогу формалну преузима). Дакле, ако је неко коме је права намјера била само преузимање јемства мјеницу потписао у облику неке друге мјеничне изјаве (нпр. као трасант, индосант или акцептант), одговоран је према томе у којем је облику дао мјеничну изјаву (како је потписао мјеницу). Разумије се да се против непосредног контрахента може с успјехом истаћи приговор да је намјера странака била само преузимање јемства (Павловић, 1928: 69).

Скривени авал има неколико форми: скривени авалиста као трасант, скривени авалиста као акцептант, скривени авалиста као индосант и скривени авалиста као супотписник.

3.1. Скривени авалиста као трасант

Скривени јемац може потписати мјеницу као њен издавалац – трасант и вући је на корисника кредита као трасата који је акцептира и тиме постаје главни мјенични дужник, док је повјерилац (банка) у положају корисника – ремитента. Дакле, у овом случају скривени јемац има положај трасанта акцептиране мјенице, односно регресног мјеничног дужника. Наиме, акцептом мјенице корисник кредита постаје главни мјенични дужник коме ималац мјенице мора презентовати мјеницу на исплату. Уколико он не исплати мјеницу, ималац мјенице подиже протест којим се потврђује да главни мјенични дужник није исплатио мјеницу о доспјелости и онда се може обратити регресним захтјевом према регресним мјеничним дужницима, што је у овом случају и трасант (скривени авалиста). У случају да ималац мјенице није уредно презентовао мјеницу на исплату или да није благовремено подигао протест због неисплате (осим ако је у мјеницу унесена клаузула „без протеста“), неће моћи остварити своја права из мјенице према скривеном јемцу – трасанту као регресном мјеничном дужнику.

Трасант одговара да ће мјеница бити акцептирана и плаћена. Међутим, када се у улози трасанта налази скривени авалиста, мјеница је редовно

акцептирана од стране корисника кредита прије него што је предата мјеничном повјериоцу, стога ћемо за потребе овог рада анализирати његову одговорност за исплату. Та одговорност је регресна, па ће трасант бити дужан да исплати мјеницу уколико мјеница није исплаћена од стране главног мјеничног дужника, под условом да је на вријеме подигнут протест (или је у мјеницу унесена клаузула „без протеста“). Трасант одговара ремитенту и његовим сљедбеницима по мјеници, под условом да су формално и материјално легитимисани (Госпавић, 1993: 58), за исплату мјеничне своте и регресних трошкова. Када трасант искупи мјеницу, он има право регреса од својих претходника по мјеници, па уколико је мјеница акцептирана, то значи да има право регреса од акцептанта. Дакле, скривени јемац – трасант који је исплатио мјеницу у регресном поступку има право регреса од корисника кредита који је мјеницу акцептирао.

3.2. Скривени авалиста као трасант – акцептант

У овој форми скривеног авала, корисник кредита потписује мјеницу као трасант и вуче је на скривеног авалисту, који је акцептира и тиме постаје главни мјенични дужник; док је банка означена као ремитент. Дакле, овдје корисник кредита упућује налог скривеном јемцу да о доспјелости плати мјенични износ банци, а јемац акцептом мјенице прихвата трасантов налог за плаћање и постаје главни мјенични дужник коме се мјеница прво мора презентовати на исплату. То значи да банка као ремитент прво треба да се обрати за наплату скривеном јемцу који је у положају главног мјеничног дужника, а не кориснику кредита. Тек после подизања протеста којим је потврђено да акцептант није исплатио мјеницу (осим уколико је унесена клаузула „без протеста“), допуштен је регресни захтјев према регресним мјеничним дужницима (трасанту).

Уколико акцептант (скривени авалиста) не плати мјеницу о доспјелости, па се банка наплати од трасанта (корисника кредита), он би имао право регреса од акцептанта као главног мјеничног дужника. Наиме, када трасант акцептира мјеницу важи правна фикција да је унапријед примио покриће од трасанта за исплату мјенице, те ће бити дужан да плати мјеничну своту чак и кад му није дато потребно покриће (Јаковец, 1995: 17). Стога, ако акцептант одбије да исплати мјеницу, па то учини трасант, он може регресном мјеничном тужбом тужити акцептанта за мјеничну своту (Јанковец, 1995: 22), што значи да би, хипотетички посматрано, могло доћи до тога да корисник кредита исплати мјеницу, а онда захтијева регрес од свог јемца. Ипак, акцептант може оспорити да је примио покриће, и такав приговор би се могао ставити у мјеничном спору, јер је у питању приговор из њиховог међусобног односа (Роблот, 1975: 151). Стога је пожељно да,

у оваквим ситуацијама, између трасанта и акцептанта постоји посебан уговор на основу кога би се могла побијати законска претпоставка да је акцептант примио покриће од трасанта, односно на основу кога би акцептант могао истаћи приговор да није примио покриће од трасанта.

3.3. Скривени авалиста као индосант (жирант)

Трећи, и у пракси најчешћи, облик скривеног авала јесте онај у коме скривени авалиста (јемац, жирант) издаје трасирану мјеницу по сопственој наредби коју вуче на корисника кредита – трасата који је акцептира, а потом скривени јемац ставља свој (најчешће бланко) индосамент на полеђини мјенице и тиме добија положај индосанта, као мјеничног регресног дужника. Дакле, жирант се појављује истовремено као трасант и ремитент (издаје трасирану мјеницу по сопственој наредби), а потом и као први индосант. Послије овог првог индосамента свој потпис на полеђини мјенице могу ставити други жирант, трећи жирант итд. Сви су они формалноправно индосанти, али је њихова улога да прикривено јемче имаоцу мјенице исплату мјенице о доспјелости. Како то каже Врбанић: „Налеђа се не ради наине само у ту сврху, да се њом преноси власништво мјенице, већ врло често и зато да се њоме придигне кредит мјенице и прибави што већа сигурност за исплату њезину; ово својство налеђе лежи у солидарној обавези сваког индосанта“ (Врбанић, 1886: 448). Поред тога, скривеним авалом у форми индосамента се ствара привид као да је мјеница била у циркулацији, мада су је жиранти потписали као индосанти још у тренутку кад је издата (Јанковец, 1881: 504).

Индосирањем мјенице, индосант се од мјеничног повјериоца претвара у регресног мјеничног дужника који свом индосатару одговара самостално и солидарно са трасантом и својим претходницима по мјеници (свим индосантима, укључујући и ремитента, као првог индосанта). Осим тога, он постаје одговоран не само свом непосредном индосатару, него и свим његовим сљедбеницима по мјеници, односно будућим имаоцима мјенице. Према томе, сваки индосант, почев од првог па до посљедњег, одговара наредном имаоцу мјенице за њено акцептирање и исплату (Милићевић, 1975: 46). Сви индосанти мјенице појављују се као солидарни дужници према крајњем индосатару, без обзира на то када су пренијели своја права из мјенице на друго лице⁵ (Јанковец, 1981: 471). Индосанти према којима је истакнут захтјев да испуне обавезу из мјенице не могу према индосатару истицати приговоре који имају основ у њиховим личним односима са издаваоцем мјенице, нити приговоре из њиховог односа са неким ранијим

5 Чл. 14 ЗОМ.

имаоцем мјенице.⁶ Према томе, њихове обавезе су самосталне и заснивају се искључиво на мјеници (Јанковец, 1981: 471).

Правне посљедице преноса права из мјенице путем индосамента, у погледу новог корисника (индосатара) огледају се у томе што он индосаментом стиче сва права на мјеници, као и права из мјенице: има право да захтјева исплату о року доспјелости, али и право даљег индосирања (Милићевић, 1975: 42). Штавише, поред права која је имао његов индосант, индосатар добија и сва оригинална мјенична права. Према томе, у мјеници не важи познато грађанско-правно правило да нико ни на кога не може пренијети више права него што сам има, што се нарочито догађа у случају када је индосант био несавјесан, док је индосатар савјесни ималац мјенице (Бартош *et al.*, 1974: 83).

Право сваког индосатара из мјенице је самостално у односу на права ранијих ималаца мјенице: право индосатара је независно од права која је индосант имао према издаваоцу мјенице и од права која су ранији имаоци мјенице имали према издаваоцу. Самосталност и независност права индосатара у односу према издаваоцу мјенице и претходним индосантима огледа се у томе што против индосатара могу истицати само оне приговоре који су у вези са самом мјеницом (нпр. да је мјеница фалсификована или да јој недостаје неки битни састојак) и субјективне приговоре који произилазе из непосредног односа индосатара и индосанта (нпр. приговор компензације). Нужна корекција за ово правило произилази из начела савјесности и поштења, као општег начела које важи у свим односима привредног промета (Јанковец, 1981: 470). Наиме, ако је индосатар примајући мјеницу од свог претходника знао или морао знати да му је овај преноси ради тога да би избјегао приговор који његов претходник има према њему, онда ће овај моћи истаћи такав приговор новом (несавјесном) индосатару.

Индосанти су регресни мјенични дужници, што значи да ималац мјенице (повјерилац, најчешће банка) има право да тражи наплату по мјеници од акцептанта (корисника кредита) као главног мјеничног дужника, а ако он не плати мјеницу о доспјелости, ималац мјенице ће утврдити одбијање подизањем протеста (осим ако је у мјеницу унесена клаузула „без протеста“) и потом наплату извршити у регресном поступку од свих индосаната. Према индосатару (имаоцу мјенице) не могу се истицати никакви приговори који у се могли истицати према његовом претходнику, осим ако се докаже да је индосатар приликом стицања мјенице поступио свјесно на штету дужника.

6 Чл.16, ст. 1 ЗОМ.

3.4. Скривени авалиста као супотписник

Скривени авал се може дати и у облику супотписа, односно тако што онај који хоће да јемчи за исплату мјенице потписује исту мјеничну изјаву коју је потписао онај за кога хоће да јемчи, дакле као сатрасант, саакцептант, саремитент и сл. У таквом случају, скривени авалиста је, као супотписник, имаоцу мјенице одговоран према датој мјеничној изјави, односно као сатрасант, саакцептант или саремитент (Павловић, 1928: 69).

4. Индосамент

Из начела строге формалности мјенице и мјеничних радњи, произилази да изјаве и радње које нису дате у прописаној форми или нису пуноважне или се тумаче на неки други начин (прописан законом), а не изнајлажењем праве воље лица које је дало одређену изјаву или обавило одређену мјеничну радњу (Царић, Хрибвшек, 1990: 44). Отуда, да би било која мјенична изјава, па и скривени авал у форми индосамента, била пуноважна, потребно је да буде у прописаној форми, „јер ако се хоће да пренашање менице важи пред законом као менично, онда је неопходно потребно да се оно изврши баш у оној форми коју закон за њ прописује... ако се тако не поступи, онда пренашање нема вредности меничнога преноса“ (Туцаковић, 1896: 152).

Индосамент по форми може бити пуни и бланко, и у правилу се уписује на полеђини мјенице, али, изузетно, може бити уписан на лице мјенице под условом да се ради о пуном индосаменту. Пуни индосамент садржи име индосатара, и то тако да се из унесене клаузуле јасно виде само преношење и потпис индосанта (Бартош *et al*, 1974: 80). Бланко индосамент се састоји само од потписа индосанта (без означавања индосатара), и он се обавезно уноси на полеђину мјенице (или на алонж), јер би се бланко индосамент на лицу мјенице сматрао авалом за трасанта. У судској пракси се могу срести тумачења да је бланко потпис на полеђини мјенице авал, међутим, као што је већ речено, бланко авал се може дати само на лицу мјенице, док би се бланко потпис на полеђини мјенице морао сматрати бланко индосаментом, а не авалом, независно од тога шта је била воља уговорних страна.

Правилним индосирањем мјенице индосатар стиче формалну и материјалну легитимацију. Формална легитимација се огледа у непрекинутом низу индосамената, а материјална легитимација у савјесности индосатара приликом прибављања мјенице.

4.1. Непрекинути низ индосамената

Пренос мјенице индосоментом са разлогом истиче питање легитимације имаоца мјенице. Код неиндосиране мјенице ремитент је свакако законити ималац мјенице, али индосирање, а поготово пренос мјенице бланко индосаментом, наметнуло је потребу да се ближе одреди формална легитимација индосатара као законитог имаоца мјенице (Милићевић, 1975: 47–48). То је закон учинио одређујући за законитог имаоца мјенице оног који држи мјеницу „ако своје право докаже непрекинутим низом индосамената“.⁷ Непрекинути низ индосамената је такав низ у коме је први индосант ремитент, а сваки наредни индосант јер индосатар из претходног индосамената. Једноставније речено, то је низ индосамената „који мора бити повезан оним истим редом како је мјеница ишла из руке у руку“ (Дежелић, Дежелић, 1923: 64). Први индосант мора бити ремитент јер се индосирањем преносе права из мјенице, а уколико мјеница није преношена, он је једини који има права по мјеници, па је стога једини који их може преносити. Након тога, у непрекинтном низу индосамената се „једно лице појављује једном као ималац мјенице а други пут као индосант“ (Милићевић, 1975: 48), јер тек кад је једно лице стекло индосаментом права из хартије, дакле кад је означено као индосатар у једном индосаменту, оно то право може пренијети даље, значи може се појавити као индосант у наредном индосаменту (Јанковец, 1980: 469).

На формалну легитимацију имаоца мјенице не утиче то што у низу индосамената, евентуално, постоје и бланко индосаменти. Наиме, без обзира на то што се из бланко индосамената не види да ли је ланац индосамената неиспрекидан, то се у оваквом случају претпоставља. Наведено важи и кад је посљедњи индосамент бланко.

Уколико је низ индосамената прекинут, неспорно је да индосатари из таквих индосамената нису формално легитимисани мјенични повјериоци пред индосантима прије прекида, те не могу тражити ни исплату мјенице ни регрес од индосаната прије прекида. Међутим, у нашој правној теорији је дуго времена било спорно питање да ли имају право да траже регрес од својих претходника по мјеници који су индосанти након прекида. Тако Стражњицки истиче да „индосатар из индосамената иза прекинућа низа индосамената није легитимиран нити против предника, али ни против акцептанта“, и додаје да „нема међусобнога регреса нити између индосатара и индосанта индосамената који долазе иза прекинућа... такав индосамент нема мјеничноправног учинка, не даје формалне легитимације (Стражњицки, 1929: 117). Васиљевић такође наводи да се индосанти

⁷ Чл. 17, ст. 1 ЗОМ.

након прекида не сматрају законитим имаоцима мјенице, што значи да индосаменти после прекида низа нису пуноважни, а индосатари из таквих индосамената нису формално легитимисани мјенични повјериоци (Васиљевић, 2014, 466).

Насупрот томе, Врбанић истиче да је индосатар иза прекида легитимисан да захтијева исплату од индосаната чији се индосаменти налазе на мјеници након прекида, а да се тврдња да индосаментом нелегитимисаног индосанта не прелазе права из мјенице, противи сврси самог индосамента и правној природи мјенично-правног преноса; када лажни и фалсификовани индосамент не утиче на мјеничноправну моћ каснијих законитих ималаца мјенице, тиме ће мање утицати индосаменти нелегитимисаног индосанта. Стога, закључује Врбанић, ако у реду индосамената настане празнина, посједник мјенице ће имати право мјеничне тужбе против оних индосаната који сљеде иза индосамента којим је прекинут низ, а неће бити легитимисан пред акцептантом нити пред индосантима који се налазе прије прекида“ (Врбанић, 1876: 323).

Заступници првог становишта полазили су од тога да индосамент нелегитимисаног индосанта не преноси права из мјенице, па зато нити један од сљедећих индосатара не може бити легитимисан. „Ко пак као индосатар прими мјеницу на којој се очигледно налази индосамент који не може служити за легитимацију, тај си је сам крив“ (Врбанић, 1876: 323). Заступници другог становишта полазили су од начела самосталности и независности индосамената, и околности да је први индосант, који је мјеницу индосирао после прекида, преузео мјеничну обавезу с обзиром на своје сљеднике по мјеници (Врбанић, 1876: 323).

Аутор сматра да је исправније прво становиште и да нема мјеста позивању на начело самосталности и независности индосамената, јер код фалсификованог индосамента није *prima facie* видљиво да је индосамент неваљан, исто као ни код индосамента кога је дало пословно неспособно лице, па се овим начелима штити савјесно лице на које мјеница буде касније пренесена. У овој ситуацији, међутим, јасно је да у низу индосамената постоји индосамент лица које нема права по мјеници, па нема основа сматрати да су остали индосаменти, након прекинутог низа, пуноважни.

5. Скривени авалиста као индосант у судској пракси

У пракси је споран посљедњи случај скривеног авала, у коме се скривени авалиста јавља у положају индосанта. Наиме, приликом одобравања кредита корисници кредита издају бланко (трасиране или сопствене) мјенице и од њих се тражи да обезбиједе једног или више жираната.

Приликом издавања бланко мјенице, у мјеницу се уносе само потписи мјеничних дужника, док остали мјенични елементи (па и ознака ремитента) остају непопуњени, те их банка накнадно попуњава приликом реализације мјенице. У овом случају, први жирант мјеницу потписује као трасант и први индосант, након њега, мјеницу потписује други жирант, па трећи, и тако редом колико има жираната. Поред тога, мјеницу потписује и корисник кредита као акцептант, и мјеница се предаје банци. Банка приликом попуњавања мјенице умјесто да у мјеницу упише клаузулу „по наредби мојој сопственој“, и тиме створи привид трасиране мјенице по сопственој наредби, у којој је трасант истовремено и ремитент, а потом први индосант, редовно означи себе као ремитента.⁸ Према старијој судској пракси, бланко индосамент трасантов који се налази прије индосамента ремитента није од значаја при испитивању формалне легитимације и има се сматрати да не постоји (Врбанић, 1876: 323). Односно, како наводи Стражњици, „не смета низу индосамената буде ли на мјеници први бланко индосамент потписан по трасанту, а слједећи по ремитенту. Први индосамент опетује позив на исплату, то је дашто сувишно, може се брисати“ (Стражњици, 1929: 114). Ипак, да би се низ индосамената сматрао непрекинутим, потребно је да се након индосамента који је унио трасант налази индосамент ремитента, што у пракси најчешће није случај. Осим тога, није ријеткост да се жиранти потписују на полеђину мјенице као индосанти, а да се прије тога уопште нису појављивали као лица у мјеници.⁹ Проблем је, међутим, у томе што пренос мјенице индосаментом може да изврши само ремитент, јер он једини има права по мјеници и то је једно од основних правила мјеничног права. Уколико то није случај, прекинут је низ индосамената и то већ на самом почетку, тако да индосатари нису законити имаоци мјенице, а ремитент (најчешће банка) може тражити наплату мјенице

8 Примјер из праксе: Корисник кредита К. Р. издаје бланко мјеницу, а као сатрасант се потписује скривени јемац К. С; они вуку мјеницу на другог скривеног авалисту К. Р. који је акцептира, док се на полеђини мјенице потписује К. С. као „први жирант“, а након њега М.М. као „други жирант“. Дакле, К. Р. који је корисник кредита потписује се као трасант и акцептант (трасирана сопствена мјеница), а скривени јемац К. С. као сатрасант и још једном на полеђини мјенице, гдје би његов потпис требало да фигурира као као потпис првог индосанта. Након њега, потписује се М. М, који би требало да буде други индосант. Банка приликом реализације мјенице уписује недостајуће мјеничне елементе, означавајући себе као ремитента.

9 Примјер из праксе: Корисник кредита Т. Д. издаје бланко мјеницу, коју вуче на скривене јемце Т. Б. и Б. Д. као сатрасате, који је акцептирају; на полеђини мјенице потпис уноси трећи скривени јемац С.П., који би требало да фигурира потпис индосанта. Корисник кредита предаје бланко мјеницу банци, која приликом реализације уноси недостајуће мјеничне елементе и себе означава као ремитента.

само од мјеничних дужника који су преузели обавезу прије индосирања (од акцептанта, трасанта или авалисте за неког од њих).

У судској пракси се потпис на полеђини мјенице лица које није ремитент различито тумачи. Некада се сматра да је то авал, али чешће да је посриједи скривени авал у форми индосамента, при чему се не води рачуна о томе да је прекинут низ индосамената.

Тако је у предмету бр. Рев-х 873/14-2, тужилац своје потраживање заснивао на сопственој трасираној мјеници коју је издало привредно друштво А. д.о.о. и коју је на лицу мјенице, испод ознаке „трасат“, потписао М. Ш. (тужени) као директор, уз стављање печата друштва, док се на полеђини мјенице потписао без назнаке у ком својству то чини. Тужилац К. д.о.о. је означен као ремитент. Врховни суд Републике Хрватске је одлучивао о томе да ли је тужени, који је потписао мјеницу на полеђини без назнаке у којем својству је то учинио, дужан исплатити мјеничну своту имаоцу мјенице, те да ли је он скривени јемац. У образложењу пресуде, Врховни суд наводи да тужени у ревизији заправо признаје да је већ приликом издавања мјенице ставио свој потпис на обје стране мјенице али у разним својствима: на лицу мјенице у својству директора издаваоца мјенице, а на полеђини у своје лично име. На основу тога, Врховни суд потврђује правно схватање нижестепених судова да је тужени скривени јемац, односно да његова мјенична обавеза произлази из мјеничног јемства за главног дужника (издаваоца сопствене трасиране мјенице), те да је самим тим у обавези исплатити тужиоцу оно што се обавезао исплатити му издавалац мјенице.

У предмету Гж-554/16-2, Жупанијски суд у Вараждину је одлучивао у сличној ствари. Наиме, у предметном случају утврђено је да мјеница издата као средство обезбјеђења уговора о лизингу, те да је корисник лизинга издао трасирану сопствену мјеницу по наредби даваоца лизинга (тужиоца у предметном случају). Тужени се потписао на лицу мјенице као директор друштва које је издало мјеницу (на мјесту за трасанта и акцептанта), уз стављање печата друштва, али се поред тога његов потпис налази и на полеђини мјенице гдје се потписао „наводећи своје особне податке и приватну адресу без да је уз те податке ставио печат друштва“, на основу чега првостепени суд закључује да је тужени „преузео и обавезу јемства мјеничне тражбине у корист трговачког друштва Ј. д.о.о. као авалист“. Насупрот томе, другостепени суд закључује да се ради скривеном авалу, односно да је тужени жирант, са образложењем да се, у правилу, први јемац на мјеници потписује као трасант, а на полеђини као први индосант, док се корисник кредита потписује у својству трасата – акцептанта, из разлога

што индосант самостално одговара за исплату мјенице и није овлашћен стављати приговоре из основног посла темељем кога је мјеница издата.

На исти начин резонује и Виши суд у Подгорици у предмету Гж 619/17, у коме је банка тужилац, док су корисник кредита и јемци сатужени. Као средство обезбјеђења кредита издата је бланко мјеница у корист тужиоца (банке), и то, по ставу првостепеног суда, трасирана сопствена мјеница, коју су друго и трећетужена потписале као мјенични јемци (авалисти). Насупрот томе, према ставу другостепеног суда, у конкретном случају се радило о бланко сопственој мјеници, у којој је тужилац означен као ремитент, а по којој се друготужена потписом на лицу мјенице на мјесту за трасанта наводно обавезала у том својству, па као издавалац сопствене мјенице одговара исто као акцептант трасиране мјенице. Када је у питању потпис трећетужене, суд образлаже сљедеће: „Потпис трећетужене на полеђини мјенице, без изјаве да преузима обавезу као јемац, није авал, већ бланко индосамент, па је трећетужена потписана као индосант. Заправо, и друго и трећетужена су тзв. скривени авалисти, односно жиранти који јемче за обавезе из мјенице самостално и непосредно“.

Као и у претходна два примјера, образложење не би било спорно да тужилац није означен као ремитент, а тужени као први индосант, чиме је дошло до прекида низа индосамената, па се лица која су потписана на полеђини мјенице не могу сматрати жирантима, односно скривеним авалистима у положају индосаната.

6. Закључак

Приликом одобравања кредита, банке редовно захтијевају од корисника кредита бланко мјеницу као средство обезбјеђења уредног враћања кредита, с тим да се не задовољавају тиме да корисник кредита изда сопствену бланко мјеницу, него се додатно осигуравају захтијевајући од њега да обезбиједи јемце. Некада јемци мјеницу потписују у форми авала (мјеничног јемства), али често се потписују као тзв. скривени авалисти, формално преузимајући положај трасанта/издаваоца, акцептанта или индосанта. У пракси се најчешће користи конструкција скривеног авала у којој се скривени авалиста јавља у улози индосанта, и управо је овај случај скривеног авала изазвао доста проблема и недоумица, очигледно усљед неразумијевања самог института скривеног авала. Отуда је аутор у раду указао на то шта је скривени авал, која је разлика између скривеног и „редовног“ авала, који су облици скривеног авала, која је разлика у положају скривеног авалисте у појединим облицима скривеног авала, као и на правила индосирања у мјеничном праву. Аутор је нарочито указао на

то да скривени авал нема неку посебну форму, већ за њега важе правила која важе за ону мјеничну изјаву коју скривени авалист даје (у чијој се улози потписује на мјеници). Наведено значи да се скривени авал мора просуђивати у односу на правила која важе за поједину мјеничну радњу, како у погледу форме, тако и у погледу одговорности скривеног авалисте која је увијек онаква каква је одговорност лица на чијој се позицији скривени авалист налази – позицији трасанта/издаваоца, акцептанта или индосанта. Наведено је веома важно имати на уму, будућу да се у пракси неријетко могу срести тумачења да је скривени авалиста лице чији се потпис налази на полеђини мјенице, а које претходно није било законити ималац мјенице (није било ремитент или индосатар) или чак није уопште било страна у мјеници, већ се први пут појављује управо у улози индосанта. Дакле, занемарује се да скривени авал у форми индосамента мора да испуњава све услове у погледу форме који се захтијевају за индосамент, те да пренос мјенице индосаментом може да изврши само ремитент, јер једини он има права по мјеници. Уколико то није случај, прекинут је низ индосамената (на самом почетку) па ремитент (најчешће банка) може тражити наплату мјенице само од мјеничних дужника који су преузели обавезу прије индосирања (од акцептанта, трасанта или авалисте за неког од њих).

Литература/References

- Bartoš, M, Antonijević, Z, Jovanović, Z. (1974) *Menično i čekovno pravo*. Beograd: Privredni pregled
- Bukjaš, I. (1963), *Primjena mjenice i čeka u privredno-kreditnom poslovanju*, Zagreb: Progres
- Бајаловић Марковић, Д. Бланко меница у светлу меничних начела. *Правна ријеч*. 51(2017). 283-308.
- Васиљевић, М. (2014). *Трговинско право*. Београд: Удружење правника у привреди.
- Vrbanić, F. (1886), *Mjendbeni zakon – Tumač zakonskomu članku XXVIII.:1876 Zajedničkoga hrvatsko-ugarskoga sabora uz obzir na njemački mjenbeni red i mjenbeno pravo ostalih europskih država*. Zagreb: Naklada Akademijske knjižare Lav. Hartmana
- Gospavić, O. (1993), *Osnovi meničnog prava*. Beograd.
- Deželić, B. Deželić, S. (1923), *Mjenično pravo*. Zagreb: St. Kugli, Knjižara kraljevskog sveučilišta i jugoslavenske akademije.

Jankovec, I. (1981) Privredno pravo. Beograd: Službeni list SFRJ – OOUR „Knjiga“.

Јанковец, И. Менично покриће, Право и привреда. 7-8(1995). 14-31.

Ивица Јанковец, Значај апстрактног карактера менично-правног посла када се меница користи као средство обезбеђења потраживања“, Правни живот, бр. 5–6/1993

Milićević, S. (1975), Menica i ček, drugo izdanje. Beograd: Savremena administracija

Pavlović T, (1928), Osnovni meničnog prava i komentar Meničnog zakona sa odnosnim zakonima i uredbama, Novi sad: Urania.

Stražnický, M. (1929), Tumač zakona o mjenici od 29. novembra 1928, Zagreb: Tipografije d.d.

Туцаковић, М. (1896), Менично право. Београд: Београдска трговачка омладина.

Carić, S., Hribvšek, F. (1990), Spoljnotrgovinska plaćanja. Beograd: Naučna knjiga.

Irena Radić,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Banja Luka

HIDDEN GUARANTEE (GIRO)

Summary

Bearing in mind the great legal significance of the bill of exchange and its widespread use in domestic and international finance, the author determined to analyze the issue that has proven to be very controversial in practice. That is a so called hidden guarantee, when a person, factually a guarantor of a bill, doesn't place its signature on the bill as a guarantor, but formally takes the role of the drawer, the drawee/acceptor or the endorser. It seems that the last case of a hidden guarantee (a hidden guarantor as an endorser) is causing most of the issues for the banks, which requires girieren bills when granting loans, as well for the courts when deciding on this matter.

Namely, it is disputable how to judge a situation when the first signature on the back of the bill is not a signature of a payee, but of a drawer or a person not otherwise a party to a bill. The courts attributed different meanings to this signature. On the one hand, there were courts that found this to be a guarantee, an endorsement or a so called hidden guarantee. On the other hand, there were courts that considered that the series of endorsements were interrupted by this signature and consequently that all of the subsequent endorsements were invalid. Therefore, in this paper the author will analyze provisions regarding a so called hidden guarantee in domestic law and the position of a hidden guarantor in each of the three cases of a hidden guarantee. Further, the author will present court's jurisprudence in countries of the region and shed a light on contradictory judgments in regard to this matter.

Key words: bill of exchange, endorsement, guarantee, hidden guarantee, giro.