

---

# СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

---

УДК: 347.73/.74 ; 336.717

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP\_23310A

**Марија СПАСИЋ\***

докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, студент  
истраживач Института за упоредно право у Београду, Србија

## НАЧЕЛО НЕЗАВИСНОСТИ И ПРЕВАРА У ПОСЛОВИМА ДОКУМЕНТАРНОГ АКРЕДИТИВА И САМОСТАЛНЕ БАНКАРСКЕ ГАРАНЦИЈЕ

### Сажетак

У раду се анализира начело независности и уједињавање преваре на обавезу исплате акредитивне, односно гарантине своје у пословима документарној акредитива и самосталне банкарске гаранције. Начело независности подразумева да учесници у правним односима заснивају своја права и обавезе само на чињеницама из односа у којима се налазе. Најважнији изузетак од начела независности је преварно исплатење захтева за најлакше. У раду су, најпре, разматрана правила МТК и УНЦИТРАЛ-а. Потребно је кренути од правила ове организације јер су оне донеле најважније аутономне изворе права за ове полове. Затим се анализирају правила америчкој и немачкој права са циљем уједињавања неопходној степену преваре у овим правним системима, будући да у српском праву ово питање није детаљно регулисано. Стога је неопходно разматрати и упоредна решења. У последњем делу разматра се превара са стипендијом српској права. У српском праву најзначајнији механизам

---

\* Електронска адреса аутора: [marijaspasic98@gmail.com](mailto:marijaspasic98@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8793-3043>

за заштити од преваре јесте изрицање судске привремене мере забране исплате акредитивне, односно јарантне своје.

**Кључне речи:** Документарни акредитив. – Самостална банкарска јаранција. – Начело независности. – Превара. – Судска привремена мера.

## I Увод

Документарни акредитив (енгл. *documentary letter of credit*) и самостална банкарска гаранција (апстрактна, на први позив, енгл. *demand guarantee*) широко су прихваћени послови у банкарској пракси, и највише се разликују по својој функцији.<sup>1</sup> Ради се о сложеним пословима у којима издавалац документарног акредитива, односно самосталне банкарске гаранције (даље: издавалац) у своје име, а за рачун налогодавца, преузима самосталну обавезу према кориснику акредитива, односно банкарске гаранције (даље: корисник), која се по правилу састоји у исплати одређене новчане своте када се за то стекну услови наведени у акредитивној, односно гарантној исправи. Иако налогодавац закључује са издаваоцем уговор о издавању акредитива или самосталне банкарске гаранције, посао акредитива, односно самосталне банкарске гаранције потпуно је независан од ових уговора и заснива се искључиво на изјави воље издаваоца упућене кориснику. Начело независности одваја правне односе у којима се налазе учесници у овим пословима и онемогућава истицање приговора који произлазе из других правних односа.

Ипак, независност ових послова од валутног односа и односа покрића нема апсолутни домашај. Изузетак начелу независности правних односа је преварно истицање захтева за наплату акредитивне, односно гарантне своте. Принцип *fraus omnia corrumpit* најбоље објашњава разлог увођења овог изузетка. Превара пробија начело независности, јер онај ко превари другог не може остварити никакве користи из таквог правног посла. Корисник који је свестан преваре не може имати право на акредитивну, односно гарантну своту. Иако издавалац има обавезу исплате према кориснику, превара треба да конституише право, али и обавезу издаваоца да одбије плаћање и да затражи упутства од свог налогодавца без каснијег позивања на његову одговорност.

1 Кључна разлика између документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције је у њиховој функцији. Документарни акредитив служи као начин плаћања новчане обавезе, док је самостална банкарска гаранција средство обезбеђења обавезе из валутног односа. Више о функцијама документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције вид. Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Београд, 2021, 523–524, 539–540.

Упркос начелу независности, судовима треба допустити да утврђују чињенице из других правних односа између учесника како би се спречила превара. У домаћем праву преварно истицање захтева за наплату у овим банкарским пословима није посебно регулисано, те стога треба анализирати међународна правила, упоредно право и праксу како би се утврдили прописани критеријуми за одступање од начела независности услед преваре.

## II Начело независности

Документарни акредитив и самостална банкарска гаранција сложени су банкарски послови с обзиром на то да у њима учествује најмање три лица (налогодавац, издавалац и корисник), а често четири или више када издавалац ангажује сарадника. Између ових учесника стварају се различити правни односи. Правна независност односа огледа се у томе да учесници у њима заснивају своја права и обавезе само на чињеницама из односа у којем се налазе, а не и на чињеницама из односа са другим учесницима, нити на чињеницама из односа других учесника.<sup>2</sup> На постојање и пуноважност посла документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције не утичу постојање и пуноважност валутног односа, нити уговора о отварању документарног акредитива, односно издавању самосталне банкарске гаранције.

У српском праву и документарни акредитив и самостална банкарска гаранција су једностранни правни послови, те за настанак обавезе издаваоца није релевантна воља корисника, већ је довољно да корисник прими једнострану изјаву воље издаваоца у писаној форми.<sup>3</sup> Издавалац акредитива се обавезује на исплату ако су испуњени услови предвиђени у акредитивној исправи, те је стога његова обавеза апстрактне природе.<sup>4</sup> Слично, издавањем самосталне банкарске гаранције гарант преузима обавезу према кориснику искључиво на основу садржине гарантног писма, те је и обавеза издаваоца самосталне гаранције апстрактна. У немачком праву, правна природа обавезе издаваоца на исплату акредитивне, односно гарантне своте објашњава се као апстрактно обећање дуга.<sup>5</sup> Овакво одређивање правне природе у српском праву није од великог практичног значаја будући да овај институт није посебно регулисан

2 *Ibid.*, 524.

3 Вид. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, друга књига, Београд, 1990, 1070.

4 *Ibid.*, 1069.

5 Вид. Jens Nielsen, Nicolai Nielsen, „The German Bank Guarantee: Lesson to be Drawn from China“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 5, Nr. 2/2014, 193.

у Закону о облигационим односима,<sup>6</sup> па нема посебних правила која би се у том случају могла применити. Међутим, без обзира на то што се однос између издаваоца и корисника у нашем праву квалификује као једностранни правни посао, а не уговор, на њега треба применити сва општа правила која се примењују на уговоре.<sup>7</sup> Законодавац је имао у виду да се општа правила која се односе на уговоре примењују и на друге правне послове, у које спадају и једностранни правни послови.

Када издавалац стекне обавезу према кориснику, код банкарске гаранције она је неопозива, за разлику од документарног акредитива који је према Закону о облигационим односима опозив, те је неопходно да у акредитивној исправи буде назначена његова неопозивост.<sup>8</sup> Издавалац има обавезу да исплати новчану своту ако корисник презентује документа наведена у акредитивној, односно гарантној исправи и не може се позивати на приговоре које може истаћи налогодавцу из односа покрића, нити приговоре које би налогодавац могао истаћи кориснику као свом саговорнику у валутном односу. Забрањени су и лични приговори налогодавца према кориснику. Једини дозвољени приговори су они који произлазе из акредитива или банкарске гаранције, или лични приговори издаваоца према кориснику.<sup>9</sup>

Услед начела независности, положај издаваоца је отежан с обзиром на то да нема механизма да се одбрани против захтева корисника за исплату акредитивне, односно гаранте своте, нарочито ако је корисник испунио све формалне услове за наплату (нпр. благовремено је поднео захтев и уредно презентовао документа), иако би налогодавац могао да истакне кориснику приговоре из валутног односа и одбије такво плаћање. Издавалац није дужан да проверава стварно стање јер искључиво послује на основу садржине презентованих докумената и њихове строге саобразности са условима наведеним у акредитивној, односно гарантној исправи.<sup>10</sup> У литератури је истакнуто да је „доктрина строге саобразности савезник начелу независности“.<sup>11</sup> Пословање документима омогућава издаваоцу да не испитује тачност њихове

6 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени гласник РС*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

7 ЗОО, чл. 25 ст. 3.

8 ЗОО, чл. 1077 ст. 2.

9 Упор. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 525, 548; Иван Тодоровић, „Одбијање плаћања по гаранцији на први позив“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2018, 701; Божидар Павићевић, *Банкарска гаранција у теорији и пракси*, Београд, 1990, 100.

10 Упор. Радован Д. Вукадиновић, „Доктрина строге саобразности код документарног акредитива и меке клаузуле“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2014, 377–378.

11 Michelle Kelly-Louw, „The Doctrine of Strict Compliance in the Context of Demand Guarantees“, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 49, Nr. 1/2016, 90–91.

садржине (нпр. да ли је заиста назначена роба утоварена на брод, или да ли је повреда обавезе наведена у захтеву за исплату гаранције заиста учињена) ако су они према спољном изгледу уредни.<sup>12</sup> Обавеза издаваоца је да провери да ли су сва документа уредно презентована и да ли су испуњени сви услови за исплату наведени у акредитивној, односно гарантној исправи. Након исплате, издавалац има право регреса за исплаћену новчану своту, као и право на накнаду осталих трошкова и накнаду за учињену услугу.<sup>13</sup> Будући да је валутни однос правно независан у односу на однос између налогодавца и издаваоца, налогодавац не може истицати приговоре из валутног односа како би одбио захтев за регрес издаваоца. Начело независности, међутим, штити издаваоца само у случају да је у свему поступио у складу са примљеним налогом. Супротно томе, у случају да акредитивна или гарантна исправа одступају од примљеног налога, издаваоцу се не може признати право на накнаду трошкова јер није ваљано извршио налог свог сауговорача.

Иако је начело независности главна предност документарног акредитива и самосталне гаранције и највећи разлог њиховог уговарања у валутном односу, ипак постоје одређена одступања зарад правне сигурности. Општеприхваћено одступање од овог начела јесте превара приликом истицања захтева за наплату.<sup>14</sup> Начело независности мора бити ублажено у ситуацијама када корисник на преваран начин истакне захтев за наплату, када би издавалац имао право, али и обавезу<sup>15</sup> да одбије исплату акредитивне, односно гарантне своте, иако би то морао да учини у складу са начелом независности.

### III Превара као изузетак од начела независности

Начело независности је темељ на којим се заснивају документарни акредитив и самостална банкарска гаранција, али оно не може бити

---

12 Упор. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 533.

13 За самосталну банкарску гаранцију закон је изричито прописао обавезу налогодавца да плати банци сваки износ који је она платила на основу гаранције издате са клаузулом без приговора. Вид. ЗОО, чл. 1087 ст. 2. Такво решење треба применити и за документарни акредитив јер банка нема интереса да исплату изврши за свој рачун. Она није дужник из валутног односа и исплату увек врши у своје име, али за рачун налогодавца. Стога, она има право регреса за новчану своту коју је исплатила када се налогодавац ослободио обавезе из валутног односа, чак и када то није уговорено. С друге стране, банка редовно уговара са налогодавцем у уговору о отварању документарног акредитива или издавању самосталне банкарске гаранције право на накнаду за учињену услугу и накнаду осталих трошкова.

14 Поред тога, у упоредном праву се могу уочити и други изузеци, попут незаконитости валутног односа. Вид. М. Kelly-Louw, 87.

15 Zaid Aladwan, „Legal basis for the fraud exception in letters of credit under English Law“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 30, Nr. 2/2023, 594.

апсолутно.<sup>16</sup> Најважнији изузетак од начела независности документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције је превара.<sup>17</sup> Преваром се издавалац доводи у заблуду стварањем или одржавањем погрешне представе о томе да су испуњени сви услови за исплату. Превара је изазвана, квалификована заблуда која настаје недопуштеном радњом корисника или трећег лица.<sup>18</sup> За примену правила о превари потребна је несавесност корисника. Корисник не мора нужно бити учинилац преваре, већ то може бити и треће лице, али корисник мора бити свестан њеног постојања. Послови документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције су нарочито изложени превари због своје апстрактности и чињенице да издавалац послује документима, а не робом. Разлог постојања овог изузетка правда се положајем корисника који стиче ново и апстрактно потраживање према издаваоцу, те издавалац не може истицати приговоре из валутног односа. Стога, превара представља противтежу повољнијем положају корисника, који мора бити изложен санкцији када, упркос свим погодностима које ужива, преваром жели да оствари материјалну корист. Судови су још давне 1765. године препознали превару као изузетак начела независности код документарног акредитива. Међутим, у упоредном праву није утврђен јединствени степен преваре који мора постојати да би се применило правило о превари, те су судови су различито приступали овом питању.<sup>19</sup>

## 1. Правила МТК и УНЦИТРАЛ-а

Међународна трговинска комора у Паризу (МТК) и Комисија УН за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) улажу значајне напоре у изналагању решења за проблеме узроковане преваром приликом истицања захтева за наплату акредитивне или гарантне своте.<sup>20</sup> Ове организације донеле су најважније аутономне изворе права у области документарних акредитива и самосталних банкарских гаранција, и то:

16 Michelle Kelly-Louw, „Beneficiary Fraud and Demand Guarantees“, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 25, Nr. 1/2022, 2.

17 *Ibid.*

18 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 301.

19 Alan Davidson, „Fraud and the UN Convention on Independent Guarantee and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010, 40. Судови користе термине на енглеском језику попут *proven, gross, material, established, clearly established, outright, obvious, egregious, clear, of such a character, strong and prima facie, sufficient, sufficiently grave, intentional, active, actual and serious*.

20 Michelle Kelly-Louw, „International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010, 74.

Једнообразна правила и обичаје за документарне акредитиве (ЈПДА),<sup>21</sup> Једнообразна правила за гаранције плативе на први позив (ЈПГ)<sup>22</sup> и Конвенцију УН о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима (Конвенција).<sup>23</sup> Примена ЈПДА и ЈПГ је опциона, и у акредитивној, односно гарантној исправи, мора бити изричито наведена, те стога правна природа ових правила није нормативног, већ уговорног карактера.<sup>24</sup>

*а) Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве*

Иако значајан извор права за документарне акредитиве, ЈПДА не садржи одредбе које спречавају корисника да преварним понашањем поднесе захтев за наплату према банци. Разлог томе је што су ова правила намењена стварању правног оквира за послове између издавалаца и корисника, и корисника и кореспондентних банака.<sup>25</sup> У литератури се истичу два објашњења оваквог става МТК. Прво јесте да састављачи нису били вољни да се упуштају у регулисање једног овако осетљивог проблема, а друго је уврежено схватање да ЈПДА нису диспозитивне одредбе већ представљају кодификовану банкарску праксу.<sup>26</sup>

И на садржај и на тумачење правила МТК утиче чињеница да она служе као правила добре банкарске праксе, а не законска правила.<sup>27</sup> Поједини аутори поздрављају овакав став МТК, истичући да је сваки покушај успостављања јединствених правила о превари непотребан и осуђен на пропаст, јер је у националним законодавствима регулатива преваре изузетно осетљиво питање и међусобно се разликује.<sup>28</sup> Како се

---

21 Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве из 1933. године, последња верзија из 2007. године (*Uniform customs and principles for Documentary Credits*; даље у фуснотама: ЈПДА).

22 Једнообразна правила за гаранције плативе на први позив из 1992. године, последња верзија из 2010. године (*Uniform rules for Demand Guarantees*; даље у фуснотама: ЈПГ).

23 Конвенција УН о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима из 1995. године (*United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*; даље у фуснотама: Конвенција).

24 ЈПДА, чл. 1; ЈПГ, чл. 1. О правној природи правила МТК о документарним акредитивима и самосталним банкарским гаранцијама, а посебно ЈПДА вид. Радован Вукадиновић, „Документарни акредитив према новој ревизији Једнообразних правила и обичаја из 1993. године“, *Право и приврега*, бр. 9–12/1993, 18–21.

25 М. Kelly-Louw (2010), 76–77.

26 *Ibid.*

27 Roy Goode, „Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce“, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 39, Nr. 3/1995, 727.

28 М. Kelly-Louw (2010), 78.

превара традиционално сматра питањем којим се бави меродавно право и судови који га примењују, састављачи ЈПДА, иако свесни овог проблема, намерно су га изоставили.<sup>29</sup> Ипак, други аутори критикују ово решење и наглашавају да је ово велики недостатак.<sup>30</sup> Тачно је да ЈПДА представљају банкарску праксу, али истина је да се она примењују на већину међународних документарних акредитива, и банке и корисници их третирају као *de facto* законска правила иако она то формално нису.<sup>31</sup> Стога, потребно је да састављачи ЈПДА обезбеде макар смернице за судове како да решавају практичне проблеме попут преваре корисника код документарног акредитива. Највећи проблем је што се национална правна правила разликују, а често су и нејасна.<sup>32</sup> Стога, неопходно је да се ЈПДА допуне сетом правила којима би се регулисао утицај преваре на исплату акредитивне своте. Тиме би се утврдили услови који морају бити испуњени да би суд могао да одбије захтев корисника против издаваоца и постигла би се уједначеност судске праксе.

*б) Једнообразна правила за гаранције плаћиве на први позив*

Једнообразна правила за гаранције плативе на први позив заузимају сличан став као ЈПДА у погледу утицаја преваре корисника на обавезу исплате гарантне своте. И ЈПГ решавање овог проблема остављају меродавном праву, судовима и судској пракси. Основна функција самосталне банкарске гаранције чини овај инструмент једнако подложен превари у циљу наплате гарантне своте. Корисник у највећем броју случајева не мора подносити додатна документа осим захтева за наплату, те је могућност издаваоца да одбије исплату у овом послу значајно умањена. Према ЈПГ, гаранција је по својој природи независна од валутног односа и захтева за издавање банкарске гаранције, и гарант ни на који начин није везан овим правним односима.<sup>33</sup> Такође, изричито је прихваћено и начело пословања документима.<sup>34</sup> Из тог разлога ЈПГ садрже правило које треба да има одвраћајућу сврху за кориснике који преваром траже исплату гаранте своте. Према том правилу, захтев по

29 Xiang Gao, „The Fraud Rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an International Perspective“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010, 62.

30 M. Kelly-Louw (2010), 79.

31 Xiang Gao, *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study*, The Hague, 2002, 56–57.

32 *Ibid.*

33 ЈПГ, чл. 5 тач. а).

34 ЈПГ, чл. 6. Гарант се бави (послује) документима, а не робом, услугама, односно испуњењем обавеза на које се документи односе.

основу банкарске гаранције ће у сваком случају бити праћен изјавом корисника која указује на који начин је налогодавац повредио своју обавезу из валутног односа која је обезбеђена банкарском гаранцијом.<sup>35</sup> Следствено, изјава корисника да је налогодавац повредио своју обавезу у валутном односу није довољна. Пратећа изјава може бити значајан доказ несавесности и преваре корисника у каснијој парници коју покрене налогодавац. Из изложеног се може закључити да пратећа изјава корисника треба да има превентивну функцију, тј. да спречи корисника да олако постави захтев за исплату, јер касније може бити суочен са наводима налогодавца о преварном поступању и то на основу пратеће изјаве као доказа.

в) *Конвенција о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима*<sup>36</sup>

Услед забране банкама да издају самосталне банкарске гаранције за друга лица, пракса САД створила је евентуални акредитив (енгл. *stand-by letter of credit*). Овај нови тип инструмента такође садржи апстрактну банкарску новчану обавезу.<sup>37</sup> Као и код самосталне банкарске гаранције, корисник је дужан да преда банци писмену изјаву да дужник о доспећу није испунио своју обавезу, чиме се стичу услови за наплату евентуалног акредитива.

Конвенција садржи правила применљива у случају преваре или злоупотребе приликом подношења захтева за исплату. Праћена је Образложењем информативног карактера који садржи одељак о истицању захтева за плаћање преваром или злоупотребом.<sup>38</sup> Главна сврха Конвенције је да утврди једнообразност на међународном нивоу у погледу начина на који гарант, односно издавалац, али и суд реагују на наводе о превари или злоупотреби у захтевима за плаћање по самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима. Ово питање је изузетно

35 ЈПГ, чл. 15.

36 Република Србија није потписница Конвенције. Пред домаћим судовима, када је меродавно српско право, потребно је да примена буде изричито наведена у гарантној исправи, односно у исправи евентуалног акредитива (чл. 1 ст. 2). За информације о државама уговорницама вид.: [https://treaties.un.org/Pages/UNTSOnline.aspx?id=2&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/UNTSOnline.aspx?id=2&clang=_en), 4. 5. 2023.

37 Вид.: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018, 413; Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 537.

38 Образложење секретаријата УНЦИТРАЛ-а уз Конвенцију УН о самосталним гаранцијама и евентуалним акредитивима (*Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*; даље у фусногама: Образложење), доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guarantees.pdf>, 4. 5. 2023, одељак V тач. с.

проблематично у пракси јер се наводи о превари јављају када дође до спора између налогодавца и корисника у погледу извршења обавезе у валутном односу. Потешкоће настају услед чињенице да гаранти, односно издаваоци и судови на различити начин третирају такве наводе (посебно се разликују европска и америчка судска пракса), што доводи до различитих исхода приликом одлучивања о привременим мерама за одбијање плаћања.<sup>39</sup>

Када корисник истакне захтев за наплату, он тиме потврђује да не поступа несавесно.<sup>40</sup> Гарант, односно издавалац има право да одбије плаћање, а налогодавац има право на изрицање судске привремене мере у складу са чл. 20 Конвенције због преваре, у случају да је очигледно и јасно 1) да се ради о документима који нису оригинални или да су фалсификовани; или 2) да плаћање није доспело на основу навода у захтеву и пратећих докумената; или 3) да судећи према типу и сврси посла захтев није основан.<sup>41</sup> По први пут Конвенција садржи различите ситуације у којима захтев није основан, али тражи јаке доказе о њиховом постојању.<sup>42</sup> Листа није затворена, али је врло значајна за судове јер дефинише тип понашања који доводи до преварног истицања захтева.<sup>43</sup> Ситуације које наводи Конвенција представљају изузетак од обавезе плаћања, тачније оне стварају овлашћење гаранта, односно издаваоца да одбије плаћање, али не успостављају такву обавезу. Како се наводи у Образложењу, разлог томе јесте равнотежа између различитих интереса који постоје у послу. Давањем дискреционог овлашћења гаранту, односно издаваоцу, који поступа у доброј вери, Конвенција узима у обзир њихов интерес да очувају поузданост у ове послове, у којима су њихове обавезе самосталне од валутног односа.<sup>44</sup>

Члан 19 Конвенције указује на суштинске елементе преваре. Питање које суд треба да размотри је шта се сматра преваром, и каква она

39 Образложење, одељак V тач. с пара. 45.

40 Конвенција, чл. 15 ст. 3.

41 Конвенција, 19 ст. 1 тач. (а), (б) и (с).

42 М. Kelly-Louw (2010), 107. У чл. 20 ст. 1 Конвенције наводи се да суд може да изрекне привремену меру на основу одмах доступних јаких доказа.

43 Конвенција, чл. 19 ст. 2. Ситуације су следеће: а) случај, односно ризик који је обезбеђен банкарском гаранцијом се без сумње није остварио; б) суд или арбитража су обавезу налогодавца из валутног односа прогласили неважећом, осим ако посао указује на то да такав случај потпада под ризик покривен гаранцијом; в) обавеза из валутног односа је несумњиво уредно испуњена; г) испуњење обавезе у валутном односу је очигледно спречено намерним понашањем корисника; д) у случају захтева код контрагаранције, корисник контрагаранције је поступао несавесно када је платио као гарант/издавалац у послу поводом кога је контрагаранција издата.

44 Образложење, одељак V тач. с пара. 48.

мора да буде да би се применила правила о превари.<sup>45</sup> Конвенција захтева очигледну и јасну превару, и јаке, одмах доступне доказе за њено постојање. Пошто Конвенција предвиђа само отворену листу радњи које доводе до преваре, судови имају овлашћења да утврђују да ли и друге радње у конкретном случају могу да се подведу под члан 19, што отвара врата различитом поступању у судској пракси. Ипак, судови се морају придржавати постављеног степена очигледне и јасне преваре и јаких, одмах доступних доказа.

Конвенција одступа од начела независности у два правца. С једне стране, даје овлашћења суду да задире у валутни однос, и утврђује да ли је потраживање доспело, односно да ли је судећи према типу и сврси посла захтев основан. С друге стране, захтевајући да корисник не поступа несавесно, Конвенција тражи да захтев за плаћање буде оправдан са становишта валутног односа.<sup>46</sup> Оваква одступања нису у складу са ЈПГ, према којима је за плаћање довољан захтев корисника у писменој форми, праћен изјавом у чему се састоји повреда обавезе налогодавца. Иако Конвенција изричито прихвата начело независности, када се ради о утврђивању основаности захтева за плаћање, независност валутног односа и односа поводом издавања гаранције или евентуалног акредитива стављена је у други план.

Постоје две ситуације у којима се пред судом може истаћи постојање преваре. Прва је када налогодавац истакне предлог за издавање привремене мере како би спречио гаранта, односно издаваоца да испуни захтев за плаћање корисника, или у случају блокаде претходно исплаћених средстава, у ком случају мора суду да укаже да се *prima facie* ради о превари, као и да непогодност коју налогодавац трпи иде у прилог изрицању привремене мере. Друга ситуација, којом се Конвенција иначе не бави, јесте приговор преваре који истиче налогодавац у регресном поступку који води гарант који је исплатио по захтеву корисника.<sup>47</sup> Конвенција даје право налогодавцу да захтева привремене судске мере ако постоји велика вероватноћа да је учињена нека од радњи које Конвенција наводи у члану 19, на основу одмах расположивих, јаких доказа. Суд тада може изрећи привремену меру која дејствује тако да корисник не прими било какво плаћање, укључујући и наредбу гаранту, односно издаваоцу да задрже плаћање. Друга могућност односи се на привремену меру блокирања средстава која су кориснику претходно исплаћена.<sup>48</sup> Суд у сваком случају мора да узме у обзир да ли је у

---

45 X. Gao (2010), 69.

46 M. Kelly-Louw (2010), 109.

47 A. Davidson, 43.

48 Конвенција, чл. 20 ст. 1 тач. (а) и (b).

одсутству оваквих привремених мера вероватно да ће налогодавац претрпети озбиљну штету. Насупрот томе, као услов изрицања привремене мере, суд може да затражи од налогодавца да положи обезбеђење које суд сматра погодним.

## 2. Једнообразни трговачки законик САД<sup>49</sup> и америчка судска пракса

У америчком праву правило о превари развило се кроз судску праксу. У предмету *Old Colony Trust Co v Lawyers' Title Trust and Co*<sup>50</sup> суд је истакао да „ако издавалац документарног акредитива зна да документ, иако формално уредан, заправо је лажан или незаконит, издавалац не може бити приморан да прихвати такав документ као саобразан условима акредитива.“<sup>51</sup> Ова пресуда представља значајан искорак ка примени правила о превари, јер се оваква одлука суда заснива на постојању лажних докумената за које је суд утврдио да нису саобразни, иако су по спољном изгледу уредни. Међутим, изузетак у овом случају није направљен у односу на начело независности, већ у односу на начело саобразности докумената са акредитивном исправом.<sup>52</sup>

Значајан утицај на развој правила о превари има предмет *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation*.<sup>53</sup> Овај случај се сматра прекретницом у америчком праву и коришћен је приликом кодификације ЈТЗ, верзије из 1962. године, као и основ за наредне предмете у којима је постојала превара код документарних акредитива, како унутар, тако и изван САД.<sup>54</sup> Суд најпре потврђује начело независности и његов значај, али након тога наводи да је неопходно да се ово начело пренебрегне у случају преваре. „У конкретном случају мора се претпоставити да је продавац намерно повредио своју обавезу да испоручи робу коју је купац наручио. У ситуацији када је продавчева превара била позната банци пре него што су захтев и документа презентована на наплату, начело независности банчине обавезе исплате не може бити примењено тако да заштити несавесног продавца.“<sup>55</sup>

49 Једнообразни трговачки законик САД из 1952. године, последња ревизија из 1995. године (*Uniform Commercial Code*; даље у фуснотама: ЈТЗ).

50 *Old Colony Trust Co v Lawyers' Title Trust and Co* (1924) 297 F. пара. 152.

51 *Ibid.*, пара. 158.

52 Hamed Alavi, *Exceptions to the Principle of Independence in Documentary Letters of Credit*, Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy, Faculty of Law, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2018, 68.

53 *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941).

54 H. Alavi, 69–70.

55 *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941), пара. 633.

Правило о превари које данас важи у америчком праву садржано је у Једнообразном трговачком закону и последњи пут измењено је 1995. године.<sup>56</sup> Поред документарних акредитива примењује се и на евентуалне акредитиве.<sup>57</sup> Правило се примењује у следећим ситуацијама: 1) када је потребан документ фалсификован; 2) када постоји битна превара на основу потребног документа; или 3) када би хонорисање докумената омогућило битну превару од стране корисника према издаваоцу или налогодавцу. Из наведеног произлази да ЈТЗ изричито прописује да превара мора бити битна да би се применило правило о превари.<sup>58</sup> Разликовање фалсификованих докумената од постојања битне преваре није увек сасвим јасно, иако се у литератури истиче да ипак постоји одређена разлика.<sup>59</sup> Званични коментар ЈТЗ појашњава да превара која произлази из документа мора бити битна за стицаоца тог документа или мора бити значајна за учеснике у валутном односу.<sup>60</sup> Неки судови, додуше, тумаче битну превару као повреду обавезе пажљивог и марљивог поступања, односно поступања у доброј вери.<sup>61</sup> С друге стране, ЈТЗ дозвољава утврђивање битне преваре корисника према налогодавцу, чиме изричито одступа од начела независности валутног односа у односу на посао акредитива.

ЈТЗ одређује три основна елемента преваре успостављена у предмету *Sztejn*, и то: 1) плаћање може бити обустављено ако је у посао документарног акредитива укључена превара; 2) плаћање може бити обустављено само ако је утврђено постојање преваре; 3) плаћање треба да се изврши ако је захтев постављен од стране савесног лица, нпр. лице које је у доброј вери примило и држи документа.<sup>62</sup> Поред савесног

---

56 ЈТЗ, чл. 5, одељак 5–109 („Превара и фалсификовање“).

57 Richard E. Flint, „Fraud, Letters of Credit, and the Uniform Commercial Code: It is Time to Untether the Independence Principle“, *Baylor Law Review*, Vol. 71, Nr. 2/2019, 378.

58 M. Kelly-Louw (2022), 12. Степен преваре је битна превара. Иако помиње битну превару, ЈТЗ не дефинише овај појам, те остаје на судској пракси да му да одговарајуће значење у конкретном случају. За појам битне преваре вид. предмет *Sztejn v Henry Schroder Banking Corporation* 31 NYS 2d 631 (1941).

59 *Ibid.*, 14. Ова ауторка као пример даје разлику коју је направио Бајрн (*Byrne*): „Фалсификован документ је онај који није аутентичан. То може бити, на пример, сертификат о контроли који је потписао корисник представљајући се као контролор. Фалсификовање документа доводи до преваре. Међутим, преварни документ је онај који садржи преварне информације. Документ може, независно од тога бити аутентичан.“

60 Вид. Xiang Gao, Ross P. Buckley, „A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, Nr. 3/2003, 317.

61 *Ibid.*, 322.

62 X. Gao (2010), 59.

лица које има право на хонорисање докумената, ЈТЗ иде корак даље и предвиђа још три категорије лица на које се не примењује правило о превари.<sup>63</sup>

Ако је утврђено фалсификовање докумената или битна превара, предвиђене су две могућности. Прва јесте овлашћење издаваоца да поступајући у доброј вери, хонорише или одбије хонорисање докумената, док је друга судска забрана.<sup>64</sup> Суд има овлашћење да привремено или трајно забрани издаваоцу хонорисање докумената, или може изрећи неку другу одговарајућу меру против издаваоца или других лица.

Узимајући у обзир да ЈТЗ не предвиђа изричито ко може бити учинилац битне преваре, поставља се питање да ли превара мора бити учињена од стране корисника, или и преваре других лица могу довести до примене правила о превари. С једне стране, ЈТЗ помиње битну превару корисника према издаваоцу или налогодавцу, што може довести до закључка да једино битна превара корисника може довести до изрицања судске привремене мере. С друге стране, има аутора који сматрају супротно. Гао (*Gao*) тврди да је корисник једини могући учинилац преваре само у трећем случају који помиње ЈТЗ (када би хонорисање докумената омогућило битну превару од стране корисника према издаваоцу или налогодавцу).<sup>65</sup> У осталим случајевима правило о превари се примењује независно од тога ко је учинилац (нпр. осигуравач, превозилац, инжењер, архитекта и сл.). Стога, очигледно је да битна превара у потребним документима у америчком праву може бити учињена и од стране других лица, а не само од стране корисника. Осим тога, ЈТЗ ни у једном делу не предвиђа да за примену правила о превари мора бити доказана намера учиниоца, већ се усредсређује на озбиљност последица преваре.

### 3. Немачко право

У немачком праву документарни акредитив и самостална банкарска гаранција правно се квалификују као обећање испуњења дуга из немачког Грађанског законика.<sup>66</sup> Првобитна верзија НГЗ садржи термин апстрактно како би се направила разлика од акцесорног обећања дуга какво је јемство.<sup>67</sup> Стога, немачко право прихвата независност доку-

63 Вид. ЈТЗ, одељак 105–9 (а)(1).

64 ЈТЗ, одељак 105–9 (а)(2), одељак 105–9(б).

65 X. Gao (2002), 116–117; M. Kelly-Louw (2022), 16.

66 J. Nielsen, N. Nielsen, 176, 192. Немачки Грађански законик из 1900. године, са последњим изменама из 2022. године (*Bürgerliches Gesetzbuch* – НГЗ), § 780.

67 *Ibid.*

ментарног акредитива и самосталне банкарске гаранције у односу на валутни однос у коме лежи основ ових послова.

Суштина послова документарног акредитива и самосталне банкарске гаранције налаже да се сви међусобни спорови између налогодавца и корисника реше између ових лица пред судом. Међутим, ово се не може применити ако је у супротности са основним принципима једног правног система,<sup>68</sup> а нарочито за превару која је данас у већини правних система препозната и забрањена. У немачком праву као изузетак од начела независности наводи се злоупотреба права, која се заснива на повреди добре вере приликом испуњења обавезе.<sup>69</sup> Иако је приговор злоупотребе права присутан у упоредном праву, национална законодавства се разликују у потреби доказивања субјективног елемента злоупотребе, намере корисника да преварно наплати акредитивну, односно гаранту своту.<sup>70</sup> Савезни врховни суд Немачке (нем. *Bundesgerichtshof* – BGH) утврдио је критеријуме по којима банка мора одбити плаћање кориснику у случајевима када корисник формалноправно посматрано има то право, али је такво плаћање са материјалног становишта неоправдано. „Ако је очигледно, неспорно, или се јасно може доказати да се гарантни случај није догодио, упркос томе што су се стекли формални услови за наплату, захтев за плаћање не може бити испуњен услед приговора злоупотребе права. Међутим, овај приговор је ограничен само на случајеве када је злоупотреба формалног положаја корисника свима очигледна. Сви спорови чињеничне или правне природе, када решење није очигледно само по себи, морају се решити након плаћања у евентуалном поступку за повраћај датог.“<sup>71</sup> Терет доказивања злоупотребе корисника је на издаваоцу, односно на налогодавцу. У погледу доказивања намере злоупотребе права, из § 242 НГЗ не произлази да иста мора бити доказана, већ је довољно да је захтев објективно неоснован. Строго правно посматрано налогодавац не мора доказати намеру корисника. Међутим, судска пракса, а и већина немачких правника, признају постојање злоупотребе само ако је корисник очигледно арбитражно, преварно или малициозно поднео захтев за наплату.<sup>72</sup> Критеријуми које

---

68 J. Nielsen, N. Nielsen, 204.

69 НГЗ, § 242. Дужник има обавезу да приликом испуњења поступа у доброј вери, у складу са обичајима. За злоупотребу у швајцарском праву вид. Hans Giger, „Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law“, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, Nr. 1/1987, 38–47.

70 J. Nielsen, N. Nielsen, 204.

71 BGH IX ZR 113/87, 21. 4. 1988.

72 Ernst von Caemmerer, „Bankgarantien im Außenhandeln“, *Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstages* (Hrsg. Bernhard Aubin, Ernst von Caemmerer), Heidelberg, 1964, 303. Наведено према: J. Nielsen, N. Nielsen, 207.

постављају немачки судови потврђују начело независности и смањују изгледе издаваоца и налогодавца за истицањем приговора злоупотребе права. Овакав приступ судова значајно сужава могућност издаваоца да одбије плаћање. Становиште да издавалац мора да испуни своју обавезу исплате само зато што корисник није био свестан да његов захтев представља очигледну злоупотребу је претерано строго.<sup>73</sup> Овакве одлуке судова не узимају у обзир да је корисник који захтева плаћање и презентује документа одговоран за тачност таквих докумената. С друге стране, становиште да су само објективни елементи злоупотребе неопходни је мањинско међу немачким правницима. Неки правници заузимају став да ни у ком случају не треба дозволити кориснику да доказује да нема његове кривице иако су му биле познате чињенице на основу којих је дошло до злоупотребе.<sup>74</sup> Ипак, строги већински став судова се може ублажити. Објективно становиште уз пребацивање терета доказивања савесности на корисника чини се могућим решењем овог проблема.<sup>75</sup>

#### 4. Српско право

Закон о облигационим односима не садржи посебна правила која би се применила у случају преваре. ЗОО потврђује начело независности акредитива у односу на посао поводом кога је отворен.<sup>76</sup> Ово начело важи и код самосталне гаранције коју законодавац назива гаранцијом „без приговора“.<sup>77</sup> Приликом истицања захтева за наплату корисник се мора придржавати начела савесности и поштења, а ЗОО је, као и немачки законодавац, изричито забранио злоупотребу права.<sup>78</sup> Преварно

73 Најбољи пример оваквог становишта је предмет у енглеској судској пракси *United City Merchants (Investments) v. Royal Bank of Canada*, UK House of Lords (1983) 1 A.C. 168. Суд је наложио банци да плати, иако је корисник презентовао коносман чији је датум издавања фалсификован. Суд је сматрао да банка има обавезу да плати јер корисник није знао да је коносман антидатиран.

74 J. Nielsen, N. Nielsen, 209.

75 За судске привремене мере које немачки судови могу изрећи у случају злоупотребе банкарске гаранције вид. Werner Blau, Joachim Jedzig, „Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts“, *The International Lawyer*, Vol. 23, Nr. 3/1989, 725–735.

76 ЗОО, чл. 1074.

77 ЗОО, чл. 1087 ст. 1. Ако банкарска гаранција садржи клаузулу „без приговора“, „на први позив“, или сличне речи које имају исто значење, банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. Више о овом ставу у странијој литератури вид. H. Giger, 400.

78 ЗОО, чл. 12 и 13.

истицање захтева је често, нарочито код самосталних банкарских гаранција, где је довољан писмени захтев корисника, најчешће уз пратећу писану изјаву, па је неопходно успоставити ефикасне инструменте заштите налогодавца, који сноси ризик неосноване наплате.<sup>79</sup>

Најефикаснији инструмент заштите, предвиђен у упоредном праву, које прихвата и српско право јесу судске привремене мере. Оне су предвиђене у досада свим анализираним правилима која уређују злоупотребу, односно превару корисника приликом истицања захтева.<sup>80</sup> У српском праву привремене мере се дефинишу као мере обезбеђења које суд може одредити пре, у току, или после судског или управног поступка, па док извршење не буде спроведено под условом да извршни поверилац учини вероватним постојање потраживања као и да постоји опасност по потраживање.<sup>81</sup> Слично, Конвенција предвиђа да суд у сваком случају мора узети у обзир вероватноћу да ће налогодавац претрпети озбиљну штету у одсуству привремене мере. И у америчком праву суд мора да узме у обзир да ли ће налогодавац претрпети ненадокнадиву штету без привремене мере.<sup>82</sup> Међутим, ЗИО предвиђа да извршни поверилац није дужан да докаже опасност по потраживање ако учини вероватним да извршни дужник може због привремене мере претрпети само незнатну штету или да потраживање треба да се испуни у иностранству.<sup>83</sup>

За разлику од Конвенције која захтева очигледну и јасну превару и јаке, одмах доступне доказе за њено постојање, америчког права

79 Упор. Paula Poretti, Lidija Šimunović, Elizabeta Kovač, „Dopustivost privremenih mjera kod bankarskih garancija na prvi poziv u hrvatskom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2022, 614.

80 У литератури постоје различита схватања преваре. У енглеској се користе појмови превара (енгл. *fraud*), злоупотреба (енгл. *abuse*), и лоша вера (енгл. *bad faith*). Није сасвим јасно да ли се ради о синонимима, али постоји становиште да ако корисник нема право на наплату износа, то представља и злоупотребу и превару. *Ibid.*, 623. Упор. Roeland Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, The Hague, 2004, 1. И. Тодоровић, 703. Наравно, корисник мора бити несавестан. Вукмир наводи да се појам *fraud* користи када постоји очигледна превара, док *abuse* представља ситуацију када корисник очигледно нема право на плаћање. Вид. Branko Vukmir, „Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na prvi poziv“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, posebno izdanje, 2006, 266 fn. 24.

81 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 10/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023, чл. 447 ст. 1 и 449 ст. 1 и 2. За хрватско право вид. P. Poretti, L. Šimunović, E. Kovač, 614. Домаћи судови заузимају став да се привремена мера може изрећи ако извршном повериоцу прети ненадокнадива штета. Вид. пресуду Привредног апелационог суда Пж 142/2017 од 19. 1. 2017.

82 P. Poretti, L. Šimunović, E. Kovač, 619 fn. 49.

83 ЗИО, чл. 449 ст. 5.

које захтева битну превару, и немачке праксе која тражи очигледну, неспорну злоупотребу, која се јасно може доказати, у српском праву није једноставно утврдити неопходни степен преваре за примену привремених мера. ЗОО се не изјашњава о овом питању, остављајући његово решење судској пракси. ЗИО захтева да извршни поверилац учини вероватним своје потраживање. На први поглед изгледа да налогодавац треба да учини вероватним превару. Међутим, код самосталне гаранције превара мора бити очигледна.<sup>84</sup> Превара је изузетак од начела независности и, узимајући у обзир сврху самосталне гаранције, треба је уско тумачити. Ово одступање треба изузетно примењивати будући да самостална гаранција служи кориснику да брзо и лако наплати гарантни износ у складу са гарантном исправом.<sup>85</sup> Посматрајући са становишта банке, треба јој признати право да одбије плаћање без штетних последица само ако је толико очигледно постојање преваре, да се то уопште не може доводити у питање. Од банке се не може очекивати да замени улогу суда. Задржавање плаћања на основу постојања индиција о превари, осим што би довело до евентуалног одштетног захтева корисника, значајно би пољуљало поверење клијената банке, јер би такав посао постао непоуздан. Када једном одбије плаћање уз постојање сумње о превари, банка се излаже ризику да јој се клијенти више не обрате ради закључења овог посла. Исти критеријуми се морају применити и у случају поступања пред судом поводом издавања привремених мера. Стога, чини се да је исправно прихватити да превара мора бити јасна, очигледна и да постоје јаки, неспорни докази о њеном постојању. Свако друго становиште одузело би смисао апстрактности овом послу. Недовољно је да налогодавац учини вероватним превару, јер се тиме отварају врата злоупотреби привремене мере. Супротно тумачење свело би самосталну гаранцију на каузални посао. „У одговору на питање о томе да ли свака превара разара апстрактност (у послу самосталне банкарске гаранције, прим. аут.), чини се да најбољи став даје судска пракса која се не задовољава *prima facie* доказом, већ захтева „јасан“ доказ преваре, злоупотребе права или неоснованог позивања на плаћање.“<sup>86</sup> С друге стране, има мишљења да код документарног акредитива „за изрицање привремене мере клијент не мора доказима да увери суд у превару, већ је довољно да му је учини вероватном.“<sup>87</sup> О

84 В. Vukmir, 267; И. Тодоровић, 703.

85 Код самосталне гаранције услов је најчешће писмена изјава корисника са описом у чему се састоји повреда обавезе. Правило прво плати, па се суди задржава свој смисао само ако се доследно примењује. Оно треба да онемогући налогодавца да спречи плаћање увек када у валутном односу постоји спор.

86 М. Васиљевић, 423.

87 Вид. Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 533.

овоме се може расправљати. Како је то предвиђено у америчком праву, не треба одвајати ове послове. Услови за изрицање привремене мере требало би да буду исти и за документарни акредитив и за самосталну гаранцију. Разлог томе налази се у гарантној сврси коју корисник налази у документарном акредитиву. Иако то није његова примарна функција, за корисника је од изузетног значаја јер може да се поузда да ће на тај начин намирити своје потраживање из валутног односа. Наведене критеријуме треба применити када је корисник учинилац преваре или је свестан преваре трећег лица, а ипак захтева наплату. Анализирана правила упоредног права указују на то да није значајно порекло преваре, тј. да она може да произлази из односа корисника и издаваоца, али и валутног односа.<sup>88</sup>

#### IV Закључак

Анализа упоредних и међународних правила показује да је начело независности општеприхваћено код документарног акредитива и самосталне гаранције. Такође, главни изузетак начела независности је преваром истицање захтева за наплату акредитивне, односно гарантне своте. Правила Конвенције, америчког и немачког права су сагласна да превара не мора потицати од корисника, али он у сваком случају мора бити несавестан. Узима се у обзир превара како у валутном односу, тако и односу између издаваоца и корисника. Осим тога, сагласност постоји и у механизмима заштите налогодавца, тј. изрицању судских привремених мера. С друге стране, степен преваре је сличан, при чему Конвенција прописује да превара мора бити очигледна и јасна и да постоје јаки, одмах доступни докази, док америчко право захтева битну превару. Немачко право се ослања на приговор очигледне злоупотребе права. У српском праву треба прихватити становиште очигледне преваре уз јасне доказе о њеном постојању у оба анализирана посла. Недовољно је да налогодавац учини вероватним превару јер је то супротно сврси ових послова. Апстрактност односа издаваоца и корисника најважнији је разлог њиховог закључивања, па када постоји спор у валутном односу, једини разлог за пробијање начела независности мора бити јасна и очигледна превара. Начело савесности и поштења, забране проузроковања штете другоме и забране злоупотребе права налажу да начело независности не може бити изнад преваре. Међутим, како је оно темељ ових послова, привремену меру треба изрећи само када за то постоје јасни и неспорни докази.

---

88 Упор. В. Vukmir, 267.

**Коришћена литература**

- Alavi Hamed, *Exceptions to the Principle of Independence in Documentary Letters of Credit*, Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy, Faculty of Law, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2018.
- Aladwan Zaid, „Legal basis for the fraud exception in letters of credit under English Law“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 30, Nr. 2/2023.
- Bertrams Roeland, *Bank Guarantees in International Trade*, The Hague, 2004.
- Blau Werner, Jedzig Joachim, „Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts“, *The International Lawyer*, Vol. 23, Nr. 3/1989.
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, 16. издање, Београд, 2018. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, 16. izdanje, Beograd, 2018)
- Von Caemmerer Ernst, „Bankgarantien im Außenhandeln“, *Festschrift für Otto Riese aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstages* (Hrsg. Bernhard Aubin, Ernst von Caemmerer), Heidelberg, 1964.
- Вукадиновић Радован Д., „Доктрина строге саобразности код документарног акредитива и меке клаузуле“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2014. (Vukadinović Radovan D., „Doktrina stroge saobraznosti kod dokumentarnog akreditiva i meke klauzule“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2014)
- Вукадиновић Радован, „Документарни акредитив према новој ревизији Једнообразних правила и обичаја из 1993. године“, *Право и привреда*, бр. 9–12/1993. (Vukadinović Radovan, „Dokumentarni akreditiv prema novoj reviziji Jednoobraznih pravila i običaja iz 1993. godine“, *Pravo i privreda*, br. 9–12/1993)
- Vukmir Branko, „Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na prvi poziv“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, posebno izdanje, 2006.
- Gao Xiang, Buckley Ross P., „A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required under the Fraud Rule in Letter of Credit Law“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, Nr. 2/2003.
- Gao Xiang, *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study*, The Hague, 2002.
- Gao Xiang, „The Fraud Rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an International Perspective“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010.
- Giger Hans, „Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law“, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 38, Nr. 1/1987.

- Goode Roy, „Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce“, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 39, Nr. 3, 1995.
- Davidson Alan, „Fraud and the UN Convention on Independent Guarantee and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010.
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2021)
- Kelly-Louw Michelle, „Beneficiary Fraud and Demand Guarantees“, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 25, Nr. 1/2022.
- Kelly-Louw Michelle, „International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credit“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, Nr. 1/2010.
- Kelly-Louw Michelle, „The Doctrine of Strict Compliance in the Context of Demand Guarantees“, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 49, Nr. 1/2016.
- Nielsen Jens, Nielsen Nicolai, „The German Bank Guarantee: Lesson to Be Drawn from China“, *George Mason Journal of International Commercial Law*, Vol. 5, Nr. 2/2014.
- Павићевић Божидар, *Банкарска гаранција у теорији и пракси*, Београд, 1990. (Pavićević Božidar, *Bankarska garancija u teoriji i praksi*, Beograd, 1990)
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1980. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980)
- Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, друга књига, Београд, 1990. (Perović Slobodan, Stojanović Dragoljub (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, druga knjiga, Beograd, 1990)
- Poretti Paula, Šimunović Lidija, Kovač Elizabeta, „Dopustivost privremenih mjera kod bankarskih garancija na prvi poziv u hrvatskom pravu i sudskoj praksi“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2022.
- Тодоровић Иван, „Одбијање плаћања по гаранцији на први позив“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Todorović Ivan, „Odbijanje plaćanja po garanciji na prvi poziv“, *Pravo i privreda*, 4–6/2018)
- Flint Richard E., „Fraud, letters of credit, and the uniform Commercial code: it is time to untether the independence principle“, *Baylor Law Review*, Vol. 71, Nr. 2/2019.

**Marija SPASIĆ, LL.M**

**PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Student**

**Researcher at the Institute of Comparative Law in Belgrade, Serbia**

## **INDEPENDENCE PRINCIPLE AND FRAUD IN DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT AND INDEPENDENT BANK GUARANTEE**

### **Summary**

*This paper analyzes the independence principle and the impact of fraud on the obligation to pay letter of credit or guarantee amount in documentary letter of credit and independent bank guarantee. The independence principle implies that participants in legal relations base their rights and obligations only on facts of the relations in which they find themselves in. The most important exception to independence principle is fraudulent claim for collection. First of all, rules of the ICC and UNCITRAL were discussed. It is necessary to start from rules of these organizations because they adopted the most important autonomous sources of law for these transactions. Then, rules of American and German law are analyzed with the aim of determining the necessary standard of fraud in these legal systems, since this issue is not regulated in detail in Serbian law. Therefore, it is necessary to consider comparative solutions. In the last part, fraud is discussed from Serbian law point of view. In Serbian law, the most important mechanism for protection against fraud are court interim measures which prohibit payment of the letter of credit, i.e. the guarantee amount.*

**Key words:** *Documentary Letter of Credit. – Independent Bank Guarantee. – Principle of Independence. – Fraud. – Judicial Interim Measure.*

Датум пријема рада: 20. 6. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 8. 2023.