

УДК 347.43(497.11) ; 347.124(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali\_PFBU\_22MK15A

**Др Милош ВУКОТИЋ\***

## **ОБРИСИ УСТАНОВЕ ПРЕБИЈАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ**

*У овом раду се анализирају и критикују правила о пребијању која су прихваћена у српским прописима и судској пракси. Аутор настоји да пружи целовит приказ те установе тако што ће одговорити на основна питања која се јављају у вези са пребијањем из перспективе српског права. У истраживању су узети у обзир водећи академски предлози који се тичу установе пребијања, те законски прописи, искуство и теоријска разматрања из правних система који су блиски српском праву и могу да му послуже као узор. Аутор закључује да су правила Закона о облигационим односима адекватна и јасна, али да се концепција пребијања која је постављена у тој кодификацији напушта у европској правној теорији и да зато треба размишљати о њеној темељној реформи. Као најслабију тачку српских правила о пребијању аутор истиче пребијање у парничном поступку које се издвојило у посебну врсту пребијања, чиме је нарушена идеја о јединственој материјалноправној установи пребијања.*

**Кључне речи:** *Пребијање. – Компензација. – Испуњење. – Обезбеђење потраживања. – Престанак потраживања.*

---

\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, [vukotic@ius.bg.ac.rs](mailto:vukotic@ius.bg.ac.rs).

## 1. УВОД

Установа пребијања или компензације игра значајну улогу у свим савременим правним системима као средство којим се олакшава плаћање дугова и обезбеђује наплата потраживања.<sup>1</sup> Пребијање је сурогат испуњења<sup>2</sup> којим се потраживања између два лица потиру. Уместо да свака страна врши фактичку исплату свог дуга и тражи фактичку наплату свог потраживања, када су потраживања узајамна, она се могу једноставно међусобно срачунати, изравнати, свести на салдо који се састоји у разлици у висини потраживања. У висини у којој се међусобна потраживања поклапају она престају, сматрају се исплаћеним, тако да се дугује само салдо оној страни чије је потраживање пре пребијања гласило на већи износ. То је сама суштина установе пребијања. Она је интуитивно разумљива јер одговара нашем схватању правичности и ефикасности у дуговинским односима. Зашто би неко плаћао свој дуг лицу од којег нешто потражује? Логично је да се прво сведу рачуни, па да се тек онда захтева исплата. Установа пребијања укореењена је, дакле, у идеји правичности, што се уобичајено изражава чувеном оценом римског правника Павла: „*Dolo facit qui petit quod redditurus est.*“<sup>3</sup>

Функција пребијања је амбивалентна и зависи од околности у којима се пребијање спроводи (Berger 1996, 70–76). Оно служи исплати дуга, када дужник не жели да изврши фактичку исплату, или наплати дуга, када поверилац не може да оствари своје потраживање на другачији начин. Тек ако ниједна страна нема посебан интерес за пребијање, може се казати да пребијање просто служи олакшавању плаћања. Амбивалентна природа пребијања потиче од чињенице да оно неизоставно обухвата и гаси два потраживања, тако да свака страна наплаћује своје потраживање и свака страна плаћа свој дуг. У пракси је пребијање најзначајније у ситуацији инсолвентности дужника јер омогућава повериоцу да наплати своје потраживање барем на тај начин што ће се ослободити свог дуга, тако да је његово потраживање обезбеђено до износа дуга који има према дужнику неспособном за плаћање.

<sup>1</sup> Сви европски правни системи познају установу пребијања као начин гашења узајамних обавеза, при чему се разлике односе на питање како се и под којим условима пребијање остварује (Zimmermann 2012, 1554–1556).

<sup>2</sup> Под тиме се не мисли на замену испуњења, која такође спада међу сурогате испуњења. За разлику од замене испуњења, пребијање остварује *ex tunc* дејство, тиче се два потраживања и каузално је (Berger 1996, 103–105).

<sup>3</sup> D. 44.4.8 пр; D. 50. 17.173.3.

Када се пребијање остварује на основу сагласности лица чија се потраживања пребијају, оно није ограничено строгим правилима. У сагласју с начелом слободе уговарања, уговорници су слободни да одреде услове под којима ће пребити своја потраживања; она не морају бити ни исте врсте ни доспела, а не морају бити чак ни узајамна већ се може одредити пребијање потраживања у тространом односу, уколико су, наравно, сва три лица сагласна, то јест обухваћена споразумом о пребијању. Насупрот томе, када се пребијање спроводи на захтев једне стране у дуговинском односу, законодавци постављају строге услове који се тичу узајамности, истородности и утуживости потраживања. Ово због тога што пребијање није испуњење већ сурогат испуњења, што значи да поверилац који је намирен пребијањем није у истој ситуацији као поверилац који је заиста примио оно што му се дугује. Пребијање је циљна исплата, исплата која повериоцу служи само за то да се ослободи свог дуга према лицу које изјављује пребијање (Радишић 2008, 352). Смисао услова који ограничавају једнострано пребијање јесте у томе да повериоца треба принудити на пребијање само када настане ситуација у којој би његово одбијање компензације било изразито неправично према дужнику, то јест када су потраживања узајамна, истоврсна и доспела. У таквој ситуацији, правни систем полази од претпоставке да поверилац нема оправданог разлога да пребијање одбије. Када се говори и пише о установи пребијања, та врста пребијања – законом уређено једнострано пребијање – налази се у првом плану као основни облик пребијања, иако је уговорно пребијање далеко значајније у пракси.

Због готово сасвим различитог правног режима, уговорно пребијање и законско (једнострано пребијање) уобичајено се посматрају одвојено, чак као две независне установе грађанског права. Док је законско пребијање уређено кодификованим нормама и разрађено у правној теорији, уговорно пребијање се углавном занемарује у правној књижевности јер се анализа тог облика пребијања не удаљава од опште констатације да за уговорно пребијање не важе услови прописани у закону и да се оно заснива на слободи уговарања (Berger 1996, 3–9).

Осим уговорног и једностраног пребијања, као посебну врсту, односно подврсту једностраног пребијања треба издвојити пребијање у стечајном поступку. Повериочево потраживање према дужнику обезбеђено је за износ повериочевог дуга према дужнику. Уколико су испуњени услови за пребијање, поверилац може да наплати своје потраживање тако што ће га истаћи у пребијање и ослободити се дуга према дужнику. То овлашћење повериоца представља један вид самопомоћи у извршењу или самоизвршења, нарочито када се пребијање остварује вансудски. Обезбеђујуће дејство пребијања, односно

могућност самоизвршења, највећи значај има у случају инсолвентности дужника. Поверилац који дугује свом инсолвентном дужнику не сноси ризик делимичног намирења јер своје потраживање може да наплати у виду ослобођења од своје обавезе (наравно, у мери у којој се висина потраживања поклапа). Та могућност стоји у очигледној супротности с начелом једнаког положаја поверилаца (*par conditio creditorum*), али је ипак прихваћена и чак повлашћена у стечајном праву већине земаља. Разлоге за то треба видети у традицији и једноставности таквог решења. Било би претерано строго инсистирати на томе да поверилац мора да испуни своју обавезу према инсолвентном дужнику у целини, знајући да ће добити само део онога што се њему дугује. Наклоност према повериоцу који жели да изврши пребијање ограничена је на повериоце који су потраживање или право на пребијање стекли пре стечаја њиховог дужника и посебним правилима о побијању правних радњи у стечају.

Осим та три облика пребијања, или три контекста у којима се пребијање спроводи, као посебно значајно питање треба поменути и правну природу пребијања, која може бити материјалноправна или процесноправна, а у неким правним системима и једно и друго, зависно од контекста у којем се пребијање истиче. Пребијање је најпре настало у оквирима процесног права, као поступак којим је судија сводио рачуне између странака и туженог осуђивао само на преостали износ међусобних потраживања. Временом је оно прерасло у установу материјалног права, као посебан начин престанка обавеза који се остварује изван правног поступка, а затим у поступку само утврђује. Међутим, у неким правним системима пребијање и даље постоји у оба облика и као материјалноправна и као процесноправна установа, зависно од околности у којима се пребијање захтева. Тако је у француском и енглеском праву, али и код нас. Према одавно устаљеној судској пракси, пребијање се у српском праву остварује и делује на два различита начина, зависно од тога да ли је истакнуто изван поступка (једнострана изјава пребијања, то јест правни посао пребијања) или у току поступка у виду приговора или противтужбе.

Гашење узајамних обавеза у мери у којој се поклапају главно је дејство пребијања. Заједно с главним обавезама престају и споредна права која су их пратила. У великом броју правних система дејство пребијања наступа ретроактивно, од часа када су се стекли услови за пребијање. Та фикција је произишла из погрешног тумачења извора римског права који су говорили о пребијању које наступа по самом праву, желећи да кажу да се у одређеним поступцима пребијање подразумева и да се може утужити само салдо међусобних потраживања. Током рецепције

римског права ти извори су тумачени у смислу аутоматског престанка узајамних потраживања од часа када су се суочила као узајамна, истородна и утужива (Zimmermann 1999, 712–713). Савремени правни системи већином одбацују идеју о пребијању које се остварује аутоматски, самом чињеницом да су се два потраживања суочила, али и даље преовлађује решење којим се предвиђа *ex tunc* дејство. Правни системи који нису настали под непосредним утицајем римског права, као што су енглеско право и права скандинавских земаља, не познају ретроактивно дејство пребијања, већ се потраживања гасе од часа када је пребијање извршено, као да је реч о обичној исплати (Zimmermann 1999, 724). У академским пројектима који се баве унификавањем права једногласно се предлаже напуштање *ex tunc* дејства у корист једноставнијег правила које би све последице пребијања везивало за час када је пребијање извршено једностраном изјавом.<sup>4</sup>

Имајући у виду тај смисао пребијања, његове главне појавне облике и основне дилеме у вези за његовим правним режимом, треба да поставимо питање какав је однос српског права према пребијању. Који су обриси установе пребијања у српском праву? Да ли је оно уређено на јединствен начин или постоји више типова пребијања, зависно од контекста у којем се истиче? Да ли је то установа материјалног или процесног права? Каква су дејства пребијања? Циљ овог рада је да одговори на та питања, да исцрта обресе пребијања у српском праву и да постави основе за даље изучавање и усавршавање те важне установе облигационог права. Проблеми с којима се пребијање суочава на терену међународног приватног права, а нарочито у међународној трговачкој арбитражи, неће бити обухваћени овим радом јер нису нужно повезани са српским правним системом и, најпре, зато што захтевају посебну анализу са тежиштем у колизионом и процесном праву.

## 2. ПРЕБИЈАЊЕ НА ОСНОВУ ЈЕДНОСТРАНОГ ПРАВНОГ ПОСЛА

Законом о облигационим односима једнострано пребијање је уређено према примеру германских правних система, који је, у међувремену, постао доминантан у европским правима.<sup>5</sup> Пребијање

<sup>4</sup> PICC, Art. 8.5 (3); PECL, Art. 13:106; DCFR, Art. III. 6:107;

<sup>5</sup> Закон о облигационим односима углавном се заснива на правилима која је предложио Михаило Константиновић у својој Скици за законик о облигацијама и уговорима из 1969. године (Константиновић, 126–129).

не наступа по сили закона чим се стекну услови за пребијање већ је потребно да једна страна изјави другој страни да врши пребијање.<sup>6</sup> Пребијање, дакле, наступа на основу једностраног правног посла. Стицање услова за пребијање ствара преображајно право за сваку страну да изјавом пребијања доведе до престанка међусобних потраживања у мери у којој се поклапају.

Потраживања, међутим, не престају у часу када изјава о пребијању буде примљена, као што би било логично, већ се гасе ретроактивно, од часа када су се стекли услови за пребијање.<sup>7</sup> По томе се српско право, такође, не разликује од већине европских правних система који изјави о пребијању признају *ex tunc* ефекат. Проблем са тим решењем је у томе што се ствара правна неизвесност. Дужник који има право да изјави пребијање није подстакнут да то учини без одлагања и да тиме оконча неизвесну правну ситуацију. Осим тога, пребијање ретроактивно поништава последице доцње, као што је обавеза плаћања камате, што штети интересима стране у чију корист је текла камата с већом каматном стопом. Правни системи који су пошли од пребијања по сили закона, а затим га напустили у корист правила да пребијање ипак мора бити изјављено да би било делотворно, као што је био случај са француским правом, учинили су то управо зато да би се избегла неизвесност у вези са постојањем потраживања. Пребијање на основу изјаве уз ретроактивно дејство недовољно је одлучна мера против правне неизвесности. Уколико правни систем жели да обезбеди једноставна и јасна правила те извесност у правним односима, онда треба да оде још један корак даље и предвиди *ex nunc* дејство изјаве о пребијању. Пребијање не наступа пре изјаве о пребијању како се не би посумњало у постојање потраживања, али, ако се дозволи ретроактивно дејство изјаве о пребијању, онда она поништава доцњу дужника и последице доцње већ од часа када су се стекли услови за пребијање, што такође нарушава правну сигурност у једном облигационом односу (Bydlinski 1996, 288).

Иако је повратно дејство пребијања прихваћено у већини европских правних система и устаљено у правној пракси, дилеме о смислу и правичности тог решења постоје одавно. Још у време редиговања немачког Грађанског законика постојала је јака струја која се залагала за *ex nunc* дејство пребијања, сматрајући га једноставним и јасним

<sup>6</sup> Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 и *Службени гласник РС* 18/2020, чл. 337, ст. 1.

<sup>7</sup> 300, чл. 337, ст. 2.

решењем, али је превагнула супротна струја, која се залагала за традиционално решење и која је сматрала да би *ex nunc* дејство умањило значај пребијања (Bydlinski 1996, 283–284). Осим тога, постојало је схватање да дужник који може да изјави пребијање није дужан да то учини без одлагања већ да може чекати да буде тужен и да се свака страна може сматрати ослобођеном своје обавезе чим се стекну услови за пребијање („јер већ има у рукама оно што може да захтева од друге стране“), иако потраживања и даље постоје (Mugdan, 562). Данас се у прилог повратног дејства истичу разлози правичности и очекивања страна у облигационим односима. Главни аргумент гласи да се дужник више и не мора сматрати дужником након што се испуне услови за пребијање и да његово очекивање да се може ослободити обавезе позивањем на пребијање треба да буде заштићено (Bydlinski 1996, 281). озбиљнија анализа, међутим, показује да су ти аргументи неосновани. Пребијање које би наступало у часу давања изјаве и деловало само за будућност не стоји у супротности с општим циљевима установе пребијања. Бидлински је јасно и детаљно образложио да предност треба дати *ex nunc* дејству пребијања јер оно остварује циљеве обезбеђења потраживања и олакшавања исплате много боље него *tunc* дејство зато што не поништава последице доцње и не ускраћује право на камату (Bydlinski 1996, 285–287). Оно ствара исте оне последице које би имала и редовна исплата потраживања те ни у чему не ограничава права која се заснивају на дужничкој доцњи. Против *ex tunc* ефекта пребијања убедљиво је писао и Цимерман. Он наводи да је чиста спекулација да повратно дејство пребијања одговара представама учесника у правном промету, док је аргумент о поуздању дужника у могућност пребијања још слабији јер дужник уопште не мора знати за пребијање, а ако зна, треба га мотивисати да учини изјаву о пребијању што пре и да тако оконча правну неизвесност (Zimmermann 1999, 723). Из тога се види да ретроактивно дејство пребијања нема никакву подлогу осим традиције, мада је то, нарочито у праву, често веома стабилна подлога. Уколико би законодавац ипак желео да преуреди установу пребијања на рационалним основама, онда он сигурно не би могао да задржи правило о ретроактивном дејству изјаве о пребијању. Оно је једно од свега три правила којима српско право одступа од академских предлога најбољег режима за пребијање, док су друга два инсистирање на доспелости обеју потраживања и процесно пребијање у судском поступку.

Да би се потраживања могла пребити, треба да буду узајамна, истородна и доспела.<sup>8</sup> Законодавац је добро поступио што није поменуо услов ликвидности потраживања јер тај услов спада у питања процесног права. У француском праву тај услов је био предвиђен као посебан материјалноправни услов пребијања, што донекле одговара идеји о пребијању по сили закона, али чак и онда ствара огромне тешкоће и нелогичности. Ако се ликвидност процењује према часу пребијања, онда се касније могу јавити проблеми с доказивањем потраживања и неизвесност поводом тога да ли је пребијање уопште наступило и у ком износу, док процена ликвидности у часу покретања поступка ствара потпуно неодређен период неизвесности од часа претпостављеног пребијања до покретања поступка (Zimmermann 1999, 733). Право питање је, у ствари, да ли суд мора да одлучује о пребијању које је истакнуто приговором или противтужбом ако је потраживање које се истиче у пребијање неизвесно и ако би његово утврђивање претерано успорило доношење одлуке о потраживању које је предмет тужбеног захтева. Питање се, дакле, тиче процесне економије. Процесноправно решавање питања ликвидности прихваћено је још у Јустинијановом праву, а с ослонцем на њега и касније у пандектном праву и тако је стигло до савременог немачког права (Zimmermann 1999, 733–734). Суду је дато дискреционо овлашћење да раздвоји одлучивање о утуженом потраживању од одлучивања о потраживању које се истиче у пребијање, уколико потраживања нису правно повезана.<sup>9</sup> Исто важи и у српском праву, где је суд овлашћен да одлучи о спојеном или одвојеном решавању захтева из тужбе и противтужбе, имајући у виду потребу процесне економије (Јакшић 2021, 446).

Да услови ликвидности потраживања није место међу материјалноправним условима пребијања, може се лако видети на примеру Скице за законик о облигацијама и уговорима. Ту се, као један од материјалноправних услова пребијања помиње управо ликвидност, то јест да постоји извесност о постојању потраживања и њиховим износима (Константиновић 1996, 126). Међутим, тај захтев се већ неколико чланова даље процесно релативизује јер се суд овлашћује да одлучи о пребијању и ако једно потраживање није ликвидно, али се лако може утврдити (Константиновић 1996, 129). Реч је, очигледно, о питању процесне економије и управљања поступком. Имајући то у виду, добро је да је Закон о облигационим односима у том питању одступио од Константиновићеве Скице. Уопште је занимљиво да се Константиновић

<sup>8</sup> 300, чл. 336.

<sup>9</sup> § 145 III ZPO.



одлучио да укључи захтев ликвидности, карактеристичан за француско право, јер је у осталом следио пример немачког права (предвиђајући пребијање на основу једностраног правног посла).

Узајамност је логичан услов пребијања које се не заснива на споразуму лица чија се потраживања гасе. Само када између два лица постоје узајамна потраживања, може се поћи од претпоставке да правичност не захтева њихову исплату већ допушта, па чак и фаворизује њихово међусобно рачунско и правно потирање. Пребијање на основу једностране изјаве није допуштено у тространом односу, на пример, у случају уговора у корист трећег, промитент не може да се ослободи дуга који има према бенефицијару истичући у пребијање потраживање које има према стипуланту. Гашење потраживања у таквом случају допуштено је једино на основу сагласности поверилаца. Треба нагласити да услов узајамности начелно спречава да лице које потражује или дугује као члан имовинске заједнице истакне пребијање својим личним дуговима односно потраживањима (Gernhuber 1994, 233–234). Један од санаследника не може да се ослободи личног дуга (који га терети независно од наслеђивања), истичући према повериоцу потраживање које припада заоставштини. Исто важи и за потраживања и дугове који спадају у заједничку имовину супружника и њихова лична потраживања и дугове. Наше право, међутим, предвиђа одступање од услова узајамности које важи за све случајеве солидарне одговорности, а дозвољава сваком солидарном дужнику да истакне у пребијање потраживање другог солидарног дужника према заједничком повериоцу, али само до износа за који тај други дужник одговара у унутрашњем односу између солидарних дужника. На тај начин, српско право, у ствари, антиципира регресни захтев и дозвољава да се унутрашња подела терета одговорности оствари непосредно путем пребијања.

Законом о облигационим односима предвиђена су три важна одступања од услова узајамности која штите јемца (дозвољено му је да истакне потраживање главног дужника ради пребијања с потраживањем за које је јемчио), солидарног дужника (дозвољено му је да пребије потраживање које садужник има према повериоцу, до износа за који тај садужник одговара у односу између дужника) и дужника уступљеног потраживања (дозвољено му је да истакне потраживање које има према уступиоцу ради пребијања с уступљеним потраживањем, уколико су услови за пребијање настали пре обавештења о уступању или касније,

али под условом да потраживање дужника доспева пре или истовремено са уступљеним потраживањем – што значи да би по редовном току ствари, да није било уступања, могао да се користи пребијањем).<sup>10</sup>

Истородност потраживања је услов који се универзално поставља пред једнострано пребијање.<sup>11</sup> Истородност потраживања постоји када оба потраживања гласе на новац или заменљиве ствари исте врсте и квалитета,<sup>12</sup> при чему је практично најважније пребијање новчаних потраживања.<sup>13</sup> Само ако једна страна дугује исту врсту предмета коју потражује од друге стране, може се рећи да је неправично инсистирати на испуњењу обавеза и да се оне могу једноставније угасити пребијањем. Иначе, истородност потраживања није неопходан услов пребијања јер се потраживања различитих предмета могу исказати једном истом јединицом вредности, најчешће у виду новчане вредности.<sup>14</sup> То се чак редовно дешава у стечајном поступку где се неновчана потраживања изражавају у новцу како би се омогућила сразмерна наплата поверилаца (Радовић 2017, 645–647). Ипак, српско стечајно право дозвољава пребијање у стечајном поступку само уколико су материјалноправни услови пребијања били испуњени пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, тако да претварање неновчаних потраживања у потраживања новчане противвредности

<sup>10</sup> 300, чл. 338, ст. 2; чл. 340, ст. 1 и 2; чл. 415, ст. 2.

<sup>11</sup> Треба поменути да англосаксонски правни системи полазе од начела да се само новчане обавезе могу угасити пребијањем. Формално посматрано, то је велика разлика у односу на правило које срећемо у континенталноевропским правним системима, али практична разлика није велика јер установом пребијања у сваком случају доминирају новчана потраживања.

<sup>12</sup> Истородност се односи само на предмет обавезе и његов квалитет, а не на друге околности које се тичу потраживања и утичу на његов квалитет у ширем смислу (као што је питање наплативости). Два потраживања ће бити истородна ако гласе на новац независно од тога да ли је једно од њих наплативо, а друго није. Другачије и прилично креативно резонување налазимо у пракси српских судова током важења Закона о стечајном поступку из 2004. године којим није било регулисано пребијање у стечајном поступку, па је седница одељења Вишег трговинског суда заузела став да је пребијање у стечајном поступку дозвољено тек кад се утврди у којој ће мери потраживање стечајног повериоца бити намирено у редовном току стечајног поступка јер се тек онда може говорити о потраживањима истог квалитета. Другим речима, према ставу суда, потраживање стечајног повериоца треба да буде наплативо, што сасвим обесмишљава обезбеђујућу функцију пребијања у стечају. Више о томе у одељку о пребијању у стечајном поступку, *infra*.

<sup>13</sup> Пребијање неновчаних потраживања среће се у тзв. *futures* уговорима о продаји робе (Gernhuber, 236).

<sup>14</sup> Мада то може значајно да отежа спровођење пребијања јер није увек лако проценити новчану вредност једне обавезе (Gernhuber 1994, 236).

током стечајног поступка не може да омогући пребијање (Радовић 2017, 672). Други правни системи дозвољавају пребијање и ако је услов истородности испуњен тек поводом отварања стечајног поступка, а смисао тог правила је у једнаком положају стечајних поверилаца који су уједно дужници стечајног дужника, независно од предмета њиховог потраживања (Gernhuber 1994, 236). Дозвољеност пребијања у стечајном поступку нарушава начело једнаког положаја стечајних поверилаца, те се тим правилом барем омогућава да сви стечајни повериоци који нешто дугују стечајном дужнику буду у истој позицији у погледу пребијања.

Истородност је спорна када се суоче новчана потраживања одређена у различитим валутама. Данас постоји тенденција да се и у том случају призна истородност јер се потраживања лако могу конвертовати у исту валуту (барем када је реч о конвертабилним валутама). Раније је доминирало схватање да се потраживања изражена у различитим валутама не могу пребијати, али је оно застарело јер су стране валуте конвертибилне и сматрају се новцем у пословној пракси (Gernhuber 1994, 238–239). Пребијање нарочито не треба да буде искључено уколико је потраживање изражено у одређеној валути само ради очувања вредности новца (Gernhuber 1994, 239). Ако се дозволи пребијање потраживања изражених у различитим валутама, конверзију треба спровести по курсу који је важио у часу давања изјаве о пребијању, а не у часу када су се први пут стекли услови за пребијање (Gernhuber 1994, 239). У српској теорији такође се заговара схватање да новчана потраживања изражена у различитим валутама треба сматрати истородним, при чему се истиче да Закон о облигационим односима поставља правило да се испуњење потраживања израженог у иностраној валути може захтевати у домаћем новцу (Радишић 2008, 353–354). То правило нема непосредан значај за питање пребијања потраживања у различитим валутама, али свакако указује на чињеницу да се потраживања у различитим валутама лако могу свести на исту валуту. Пребијање је могуће независно од валута у којима су потраживања изражена јер се потраживање у иностраној валути увек може изразити у домаћем новцу (Спасић 2003, 216).

Према слову Закона о облигационим односима, пребијање је условљено доспелости оба потраживања, иако то уопште не одговара нашој концепцији једностраног пребијања. Наиме, пребијање је самопомоћ у наплати потраживања које се истиче у пребијање, а истовремено и намирење другог потраживања. То друго потраживање, које се често назива главно или пасивно потраживање, по логици ствари, не мора да буде доспело већ је сасвим довољно да страна која изјављује пребијање има право да га испуни. Довољно је, дакле, да је потраживање стране

којој се изјављује пребијање постало исплативо, што се може десити пре него што постане доспело (Zimmermann 1999, 731). Примера ради, дужницима новчаних потраживања, која су најчешће предмет пребијања, законодавац гарантује право на плаћање пре рока.<sup>15</sup> Другачије решење, које захтева доспелост и утуживост оба потраживања, произлази из другачијих концепција пребијања, ако се оно схвата као пребијање по сили закона или као процесна радња суда (Zimmermann 1999, 731–732). У првом случају, не прави се никаква разлика између потраживања. Не говори се уопште о главном потраживању и противпотраживању или о пасивном и активном потраживању: сукобила су се два истородна и утужива потраживања и међусобно се угасила по сили самог права. У другом случају, ако се пребијање истиче у поступку, логично је да оба потраживања морају да буду доспела јер тужени не мора да истиче пребијање како би се заштитио од потраживања које још увек није доспело. Насупрот томе, у нашој концепцији пребијања које се остварује једностраном изјавом нема места захтеву да оба потраживања морају бити утужива – довољно је да је потраживање против којег се пребијање истиче постало исплативо. Уосталом, до овог решења се дошло чак и у оним правним системима који су пошли од чисте концепције *ipso iure* пребијања. Француски судови су створили *compensation facultative* с идејом да дужник има право да се одрекне заштите од плаћања недоспелог потраживања (Zimmermann 1999, 732). Нема разлога да се могућност пребијања одрекне лицу које има право да исплати одређени дуг ако је потраживање које истиче у пребијање постало утуживо. Као што не би могао да одбије редовну исплату потраживања, поверилац не може да одбије исплату путем компензације. Ипак, *de lege lata*, код нас важи захтев да оба потраживања морају бити доспела, а то у сваком случају одговара пребијању у судском поступку које се посматра као установа процесног права.<sup>16</sup> Обе те одлике нашег права треба довести у питање и заменити јединственом материјалноправном концепцијом пребијања на основу једностраног правног посла, која није условљена утуживошћу оба потраживања. Српско право би се таквом реформом усагласило са водећим савременим схватањима о пребијању.

У српском праву се изричито прописује да застарелост потраживања није препрека за пребијање уколико су се услови за пребијање стекли пре него што је потраживање застарело.<sup>17</sup> На исти начин поступа

<sup>15</sup> 300, чл. 398.

<sup>16</sup> Наши судови правилно закључују да је пребијање које се врши судском одлуком условљено доспелошћу оба потраживања (Спасић 2003, 216–217).

<sup>17</sup> 300, чл. 339, ст. 1.

и немачки законодавац.<sup>18</sup> То правило се сматра логичном последицом ретроактивног дејства пребијања, иако је у систему пребијања на основу правног посла логичније да се услови за пребијање оцењују према часу давања изјаве (Zimmermann 1999, 721). Осим тога, нема разлога да се повлашћује одуговлачење у давању изјаве пребијања. Уколико потраживању прети застарелост, утолико је очигледније да поверилац тог потраживања треба да реагује и да учини изјаву о пребијању. Могућност пребијања са застарелим потраживањем коси се с циљевима установе застарелости да се избегну проблеми у доказивању одавно заснованог потраживања, да се очува правна сигурност и да се санкционише непажљиви поверилац који је одуговлачио с остварењем свог права (Bydlinski 1996, 296–297). Ти недостаци су мотивисали правнике да се заложе за супротно решење које не подрива установу застарелости. У аустријском праву, које не садржи одредбе о пребијању застарелим потраживањем, постоје покушаји да се већ *de lege lata* прихвати правило да пребијање није могуће након што потраживање застари (Bydlinski 1996, 280–281). Као и правило о ретроактивном дејству пребијања, правило о дозвољености пребијања застарелим потраживањем почива на идеји да страна која рачуна на пребијање није дужна да се о томе изјасни већ да има право да се поузда у могућност пребијања и да мора да истакне пребијање тек ако друга страна занемари могућност пребијања захтева за исплату дуга (Bydlinski 1996, 295). Иначе, у недостатку посебног правила, застарелост потраживања би искључила могућност пребијања јер пребијање представља самопомоћ у извршењу, која подразумева да је потраживање утуживо, то јест да се дужник може принудити на плаћање. Ретроактивно дејство пребијања не значи да се услови за пребијање имају оцењивати према часу када су први пут испуњени (јер потраживања нису тада престала по сили закона). Ти услови морају да буду испуњени у часу када се даје изјава о пребијању. То је била почетна позиција током припреме немачког Грађанског законика, па је чак истицано да би пребијање застарелим потраживањем угрозило циљеве установе застарелости и да је поверилац дужан да прекине застарелост, било тужбом, било изјавом о пребијању, али је ипак, као и у питању повратног дејства, превладало мишљење да пребијање треба да буде повлашћено (Bydlinski 1996, 294–295). Чини се да је на тај начин правна теорија желела да дође до квази *ipso iure* дејства пребијања једним заобилазним путем. Прихваћено је да потраживања не престају по самом закону већ да постоје све док једна страна не изјави пребијање,

<sup>18</sup> BGB, § 215.

али је обема странама уједно омогућено да се након стицања услова за пребијање понашају као да више не дугују и да зато не могу задоцнити са исплатом нити одговорати за камате или уговорене казне. Тек уколико би једна страна „занемарила“ могућност пребијања односно стицање услова за пребијање, па захтевала исплату свог потраживања, друга страна би морала да истакне пребијање и била би заштићена у свом поуздању да више није „заиста“ дужна да плати. Та идеја, као што је већ речено, уопште није једноставна као што се чини јер може да створи неизвесност у односу између странака када постоји сумња у испуњеност услова за пребијање или када једна страна уопште не зна за постојање међусобних потраживања. Као што Бидлински каже, поуздање повериоца који не зна за противпотраживање у последице дужникове доцње заслужује јачу заштиту него поуздање дужника у могућност пребијања (Bydlinski 1996, 289).

Када између два лица постоји више потраживања која испуњавају услове за пребијање, Законом о облигационим односима се одређује да се пребијање врши по правилима о урачунавању испуњења.<sup>19</sup> Правна теорија ту одредбу разуме као диспозитивну норму за случај да лице које изјављује пребијање није одредило потраживања која се међусобно потиру (Loza 1983, 1100–1101). Слично правило важи у немачком праву, где лице које изјављује пребијање одређује која ће се потраживања угасити, а законски ред урачунавања испуњења важи ако друга страна томе приговори (Schwarz 2003, 272–273). Наш закон, а ни наша правна теорија не говоре о праву друге стране на приговор. Пребијање подразумева гашење најмање два истородна узајамна потраживања тако да се не може рећи да само једна страна врши исплату – обе стране у истој мери врше исплату свог дуга, истовремено наплаћујући своје потраживање. Зато не треба дозволити лицу које изјављује пребијање да одреди која ће потраживања престати без сагласности друге стране. Можда је због тога Закон о облигационим односима упутио на правило о урачунавању испуњења на начин који веома подсећа на императивну норму. То би, као и ретроактивно дејство изјаве о пребијању, био уступак идеји о пребијању *ipso iure* – не прави се разлика између потраживања и њихових поверилаца те ниједан од њих не може да одреди која ће потраживања бити захваћена пребијањем. Наравно, решење немачког права треба прихватити због његове флексибилности, али се не може остати при констатацији да лице које изјављује пребијање може да одреди потраживања која ће бити предмет пребијања без сагласности друге стране јер она може имати јасан интерес да пребијањем престане

<sup>19</sup> 300, чл. 343.

једно одређено потраживање. То ће бити случај када лице које изјављује пребијање одреди да ће њиме престати потраживање друге стране које није застарело иако друга страна има и застарело потраживање које се може пребити – очигледан је интерес друге стране да пребијањем намири потраживање које не може да утужи (Looschelders 2018, 147).

Једнострано пребијање уређено Законом о облигационим односима несумњиво је установа српског материјалног права. Међутим, материјалноправна концепција пребијања није спроведена доследно јер се пребијање истакнуто у току поступка посматра као посебан случај пребијања, као процесна радња која има битно другачије ефекте од материјалноправног вансудског пребијања. Најважнија разлика лежи у томе што пребијање истакнуто приговором или захтевано противтужбом наступа тек у часу када суд донесе одлуку о пребијању и има само перспективно дејство.

### 3. ПРЕБИЈАЊЕ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

У српском праву пребијање се остварује неформалним и адресованим једностраним правним послом (изјава о пребијању). Пребијање је извршено када једна страна прими изјаву о пребијању друге стране, а дејство пребијања сеже у прошлост и сматра се оствареним још од часа када су се први пут стекли услови за пребијање. То је материјалноправна концепција пребијања као самосталног и вансудског начина престанка обавеза.<sup>20</sup> Према томе, свака судска одлука о пребијању требало би да буде утврђујућа по својој природи, независно од тога да ли је пребијање изјављено пре или у току поступка, и то због тога што пребијање наступа на основу једностране изјаве, а не на основу судске одлуке у којој је одлучено о пребијању. Када током парничног поступка тужени истиче пребијање, његова изјава је истовремено правни посао материјалног права (изјава о пребијању) и процесна радња. Тужени истовремено гаси потраживања путем пребијања и захтева да се њихов престанак утврди пред судом (Loza 1983, 1094). То схватање се заснива на идеји о двоструко функционалним радњама у поступку, која нарочито долази до изражаја када се у току поступка, парничном радњом, врше преображајна права, као што је право на пребијање (Јакшић 2021, 286). Пошто није могуће направити разлику између правног посла и процесне радње када су учињени једном изјавом, онда та изјава остварује обе

<sup>20</sup> Правила о пребијању налазе се у одељку Закона о облигационим односима који носи наслов „Остали начини престанка обавеза“.

функције и производи и материјалноправна и процесноправна дејства. Упркос једноставности и логичности таквог решења, српска јудикатура и даље заступа старије схватање да пребијање истакнуто током парничног поступка представља захтев да суд утврди испуњеност услова за пребијање и да својом одлуком угаси потраживања односно умањи веће потраживање.<sup>21</sup> У правној науци није спорно да „приговор изјављен у парници тешко може да се објасни без материјалноправне изјаве воље која је уперена на пребој потраживања“, али српски судови и старија доктрина и даље заступају становиште да је приговор пребијања чисто процесна радња те да пребијање настаје на основу конститутивне одлуке суда (Јакшић 2021, 437–438; Спасић 2003, 221). Таквом праксом српски су судови расцепили установу пребијања, која је замишљена као јединствена материјалноправна установа, на две установе, које су врло блиско повезане, али ипак подвргнуте различитим правилима. Једина предност таквог решења лежи у чињеници да се пребијањем на основу конститутивне судске одлуке избегава ретроактивно дејство пребијања, које је већ одавно препознато као застарело, нелогично, па чак и штетно по циљеве установе пребијања.

Између вансудске изјаве о пребијању и приговора пребијања у парници постоје важне разлике, које утичу на правна дејства изјаве чак и када се она схвати као двоструко функционална парнична радња. Преображајна права врше се неопозивим изјавама воље, како би се обезбедила правна сигурност. Изјава о пребијању, која спада у такве правне послове, такође није опозива. Једном делотворно изјављено пребијање не може се опозвати тако да се угашена потраживања врате у живот. Насупрот томе, приговор пребијања као процесна радња може да се повуче, чиме се суду одузима овлашћење да одлучује о постојању потраживања које је приговором било истакнуто у пребијање (Coester-Waltjen 1990, 27). У том случају, до пребијања неће доћи јер се узима као да пребијање никада није ни изјављено.<sup>22</sup> Осим тога, практично веома значајно, приговор пребијања прекида застарелост потраживања које је истакнуто у пребијање, независно од тога да ли је приговор основан,

<sup>21</sup> Изгледа да је то правило самоникло у нашој судској пракси (иако постоје правни системи који познају то правило) јер је стара аустријска доктрина, која је утицала на нашу предратну правну науку, захтевала да се пребијање истакне пред судом и утврди судском одлуком, али је та одлука ипак имала ретроактивно дејство. У том смислу Лазар Марковић тумачи правила нацрта југословенског Грађанског законика, који никада није озакоњен, а који се заснивао на аустријском Општем грађанском закону (Марковић 1997, 396–397).

<sup>22</sup> Пребијање изјављено у парничном поступку остаје у сенци тог поступка, тако да се правила материјалног права прилагођавају правилима поступка.



док неуспешна вансудска изјава о пребијању (када нису испуњени услови за пребијање) остаје без правних дејстава (Coester-Waltjen 1990, 27). То је логична последица општег правила да се застарелост прекида повериочевог радњом пред судом или другим надлежним органом, а не вансудском изјавом.<sup>23</sup>

Када се у једној изјави обједињују преображајни правни посао и процесна радња, лице које даје изјаву жели да оствари обе правне чињенице (тзв. учење о двострукој правној чињеници – *Doppeltatbestand*), па је пуноважност материјалноправне изјаве о пребијању условљена допуштеношћу приговора пребијања као процесне радње (Coester-Waltjen 1990, 29). Једноставније речено, уколико суд одбаци приговор пребијања као недопуштен, сматраће се да није учињена ни материјалноправна изјава о пребијању.

Правни послови којима се врше преображајна права начелно не могу да буду условљени јер је њихов циљ да коначно реше неизвесну правну ситуацију. У парници се, међутим, приговор пребијања по правилу истиче као евентуални приговор, за случај да суд нађе да је потраживање тужиоца основано (Спасић 2003, 222). Тужени, наравно, настоји да одбије тужбени захтев свим расположивим средствима, а тек као последње средство жртвује своје потраживање према тужиоцу путем приговора компензације. Када би тужени истакао приговор пребијања не оспоравајући основаност тужбеног захтева, то би значило да он тужбени захтев прихвата као основан (Grunsky, Jacoby 2018, 133). Због тог сукоба између правила материјалног и процесног права у теорији се водио спор поводом правилног објашњења за евентуални приговор пребијања. Превладало је становиште да изјава о пребијању садржана у евентуалном приговору пребијања није условљена већ безусловна и да се односи на случај да суд нађе да је тужиочево потраживање основано (Coester-Waltjen 1990, 28). То решење одговара логици и практичним потребама јер у случају евентуалног пребијања у парници неизвесност не постоји због тога да ли тужени жели да изјави пребијање већ најпре због тога да ли је потраживање тужиоца основано.

У теорији постоји неслагање у вези са питањем литиспенденције приговора пребијања, али је данас доминантно схватање да истицањем тог приговора не почиње да тече парница већ да предмет спора остаје ограничен на утужено потраживање (Јакшић 2021, 441). То значи да тужени, који је истакао приговор пребијања, може да утужи потраживање које је истакао приговором у самосталној парници. Приговор пребијања

<sup>23</sup> 300, чл. 388.

не доводи до литиспенденције зато што је реч о једном одбрамбеном средству, а не о самосталном захтеву, иако је у немачком праву посебно предвиђено, као и код нас, да је одлука о пребијању обухваћена правноснажношћу пресуде (Coester-Waltjen 1990, 29–30). Чак и када би приговор пребијања доводио до литиспенденције, то не би могло да спречи ситуацију да поверилац подноси тужбу за наплату потраживања, а затим у другом поступку истиче то исто потраживање у виду приговора пребијања. Ово због тога што се приговором пребијања тражи више него тужбом за наплату потраживања јер се тражи не само да суд утврди постојање потраживања које је истакнуто у пребијање већ и престанак тужиоачевог потраживања (Coester-Waltjen 1990, 30). Изостајање литиспенденције важно је и због тога што у случају евентуалног пребијања поверилац потраживања које је истакнуто у пребијање може безразложно изгубити значајно време ако суд одлучи да потраживање по којем је тужен није основано и уопште не отвори питање постојања потраживања које је истакнуто у пребијање (Coester-Waltjen 1990, 30). У овом случају, ако се прихвати литиспенденција приговора пребијања, тужени би морао да сачека окончање спора пре него што би могао да утужи своје потраживање у самосталном поступку – чак и ако постоје добри изгледи да одбије тужбени захтев који је подигнут против њега по неком другом основу. Ипак, у српској јудикатури постоји мишљење да приговор пребијања ствара литиспенденцију и да тужени не може да утужи потраживање које је истакао у приговору у посебном поступку (Спасић 2003, 224).

У парничном поступку важи начело да својство правноснажности може да стекне само одлука о тужбеном захтеву. Зато законодавац мора посебно да нагласи да одлука о постојању потраживања које је истакнуто приговором пребијања такође постаје правноснажна.<sup>24</sup> Правноснажност, међутим, обухвата потраживање истакнуто у пребијање (противпотраживање) само уколико је одлучено да оно постоји односно не постоји. Правноснажност судске одлуке неће се односити на потраживање истакнуто у пребијање ако о његовом постојању није одлучено већ је суд из других разлога признао или одбио тужбени захтев. На пример, уколико суд нађе да нису испуњени материјалноправни услови пребијања (иако противпотраживање постоји) или да главно потраживање не постоји, па се уопште не отвори питање постојања противпотраживања (Coester-Waltjen 1990, 30). Та правила штите тужиоца чији је захтев одбијен или умањен приговором пребијања од

<sup>24</sup> Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС* 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 359, ст. 3.

опасности да буде тужен у посебном поступку на основу потраживања које је било истакнуто у пребијање. Уколико суд донесе позитивну одлуку о пребијању, потраживање које је тужени искористио да се одбрани од тужбеног захтева престаје да постоји у износу у којем је угашено потраживање тужиоца. Тужени би у одвојеној парници могао само да захтева исплату вишка потраживања уколико је његово потраживање било веће од потраживања на којем се заснивао тужбени захтев.

Пребијање потраживања може да се истакне пред судом у виду приговора или противтужбе (компензациона противтужба). Између та два средства постоје две важне разлике. Прво, надлежност суда за одлучивање о противтужби оцењује се строже од његове надлежности да одлучи о приговору пребијања. Да би суд могао да одлучи о противтужби, за обе тужбе (тужба и противтужба) треба да важи иста врста поступка и да је суд који одлучује о тужби стварно надлежан и за противтужбу, док за месну надлежност важи атракција надлежности (Јакшић 2021, 444–445). Када је у питању приговор пребијања, довољно је да потраживање истакнуто у пребијање спада у материју грађанског права, а не захтева се ни стварна ни месна надлежност суда (Јакшић 2021, 438–439). Парнични суд не може да одлучује о пребијању ако је у пребијање истакнуто потраживање које спада у домен јавног права (Coester-Waltjen 1990, 29). Друго, противтужбом се може остварити потраживање туженог у пуном износу, а не само до износа тужиоачевог потраживања (будући да је противтужба самостална тужба) (Јакшић 2021, 445).

Да би суд могао да одлучи о приговору пребијања, треба да има директну међународну надлежност за потраживање које се истиче у пребијање. Према становишту теорије, суд може да одлучи о пребијању конексних потраживања (која се заснивају на истом животном догађају) и ако не би био директно међународно надлежан за једно од њих (Јакшић 2007, 330). Питање надлежности за одлучивање о противтужби којом се истиче пребијање може да буде спорно и у арбитражном поступку, али се оно решава тумачењем споразума о арбитражи и релевантних институционих правила арбитражног поступка (Познић 1985, 421–425). Исто важи и за надлежност арбитраже да одлучи о приговору пребијања, мада постоје покушаји да се та надлежност прошири и на приговоре у којима се истичу потраживања која нису обухваћена арбитражним споразумом, чак и ако су обухваћена другим арбитражним споразумом или пророгационом клаузулом (Павић 2005, 151–152). Таква атракција надлежности, која је предвиђена у утицајним

Швајцарским правилима међународне арбитраже,<sup>25</sup> не одговара начелима арбитражног решавања спорова и не може да гарантује процесну економију ако противник пребијања инсистира на поштовању арбитражног споразума односно пророгационе клаузуле којом је потраживање које се истиче у пребијање стављено у надлежност друге арбитраже односно суда (Павић 2005, 155–159).

#### 4. ЗАБРАНЕ ПРЕБИЈАЊА

Да пребијање није сасвим исто као исплата потраживања, може се видети не само у томе што су законом прописани посебни услови под којима је једнострано пребијање допуштено већ и по многим ситуацијама у којима закон забрањује пребијање, што значи да посебну вредност придаје стварној исплати дуга. Законом о облигационим односима предвиђено је да пребијањем не може престати незаплењиво потраживање, потраживање предаје ствари која је дата на послугу, чување или која је бесправно одузета, потраживање настало намерним проузроковањем штете, потраживање накнаде штете услед смрти или оштећења здравља и потраживање које се заснива на законској обавези издржавања.<sup>26</sup> Осим тога, потраживање се не може угасити пребијањем ако су се услови за пребијање стекли тек након што је то потраживање заплењено.<sup>27</sup> Те одредбе су углавном сагласне забранама пребијања у другим европским правним системима. Упоредноправно постоји сагласност о две групе случајева у којима је пребијање начелно искључено – када је пребијање искључено вољом странака, на основу уговора, и када потраживање има алиментациони карактер, то јест када служи задовољењу основних животних потреба (Zimmermann 1999, 735–736). Закон о облигационим односима не говори о могућности да се пребијање искључи путем уговора, али та могућност у сваком случају произлази из начела слободе уговарања и начела о диспозитивности одредаба тог закона. Уговором предвиђено искључење могућности пребијања ограничено је начелом савесности и поштења, тако да се на њега не може позвати страна која је намерно или преваром проузроковала штету другој страни, а не може се истицати ни у погледу потраживања која су правно и фактички веома блиско повезана (Heller 2007, 462–463). Алиментациона потраживања

<sup>25</sup> Swiss Rules of International Arbitration (2021), Art. 23 (5).

<sup>26</sup> 300, чл. 341.

<sup>27</sup> 300, чл. 342.

заштићена су правилом да је пребијање искључено код незаплењивих потраживања (на пример, минимум зараде) и потраживања на основу законске обавезе издржавања. Остале забране почивају на другачијим идејама.

Потраживања настала бесправним одузимањем ствари или намерним проузроковањем штете искључена су из пребијања због веома дуге традиције континенталноевропског права која сеже све до Јустинијанове кодификације (Zimmermann 1999, 736–737).<sup>28</sup> Иза тог правила лежи идеја о спречавању самовоље и приватног насиља – поверилац који не може да наплати своје потраживање не сме да буде у могућности да намерно проузрокује штету свом дужнику знајући да неће морати да плати накнаду јер ће моћи да изјави пребијање. Упитно је у којој мери та идеја заиста одговара стварности. Цимерман указује на то да нема значајне опасности од злонамерног наносења штете дужницима јер није вероватно да повериоци имају интерес да киње и оштећују своје дужнике, а осим тога, тиме би се излагали санкцијама кривичног права (Zimmermann 1999, 737). Будући да то правило ствара посебне проблеме у случају намерне повреде уговора или сучељавања два потраживања која су настала намерним проузроковањем штете, Цимерман предлаже да се оно напусти и да се забрана пребијања ограничи на алиментациона потраживања (Zimmermann 1999, 737). Можда би прихватање тог предлога у српском праву било преурањено, имајући у виду склоност нашег народа ка инату и насиљу, али се ипак чини да ни код нас није вероватно да ће поверилац који не може да наплати своје потраживање потражити утеху у злурадом сметању дужнику. Приликом примене тог правила треба водити рачуна о томе да је његов циљ заштита лица коме је намерно проузрокована штета, тако да то лице може да се одрекне заштите и да истакне у пребијање своје потраживање накнаде штете (Heller 2007, 459). Забрана пребијања односи се само на штетника који је дужан исплатити накнаду намерно проузроковане штете чак и ако оштећеник има дуг према њему. Другачије тумачење би водило ограничавању права оштећеника из разлога што му је намерно проузрокована штета, што би било сасвим бесмислено.

У сваком случају, остаје да се објасни због чега српски законодавац искључује пребијање у случају штете настале смрћу или оштећењем здравља. Уколико је реч о накнади материјалне штете (повећани трошкови живота), онда је смисао јасан јер је и то алиментационо

---

<sup>28</sup> Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. C. 4, 31, 14, 2.

потраживање. Међутим, ако је реч о новчаној накнади неимовинске штете, питање је да ли пребијање треба да буде искључено. Српско право полази од једног веома уског схватања циља новчане накнаде неимовинске штете – према којем се накнада остварује тек када оштећеник себи прибави нешто што му поправља расположење – који треба напустити у корист једног практичнијег схватања да се неимовинска штета надокнађује самим признавањем права на новчану накнаду (Вукотић 2020, 168–177), што отвара пут да се то потраживање изложи могућности пребијања. Остављајући по страни та питања, може се закључити да српско право познаје уобичајене разлоге за искључивање могућности пребијања те да прати традицију европског континенталног права.

Осим забрана које налазимо у Закону о облигационим односима, а које се могу назвати општим забранама пребијања, постоје и посебне забране које се тичу пребијања у стечајном поступку, о чему ће посебно бити речи. У неким правним системима постоје и забране пребијања у погледу обавезе уплате улога у основни капитал привредног друштва, чиме се гарантује очување основног капитала (Zimmermann 1999, 738). Пребијање не сме да омогући члану друштва капитала да умањи уобичајени пословни ризик свог улога (Heller 2007, 468–469). Пребијање није начелно искључено у случају да друштво капитала жели да пребије своје потраживање потраживањем свог члана, али се и у том случају постављају посебни, строжи услови за пребијање (Heller 2007, 470–473). Српско законодавство нема изричитих одредаба о том питању нити је оно обрађено у правној књижевности, те остаје као занимљива тема за посебну детаљну анализу, за коју нема места у оквирима ове скице о пребијању у српском праву.

## 5. ПРЕБИЈАЊЕ С УСТУПЉЕНИМ ПОТРАЖИВАЊЕМ

Могућност пребијања је посебно заштићена у случају уступања потраживања. Дужник уступљеног потраживања може да се ослободи те своје обавезе истичући у пребијање према новом повериоцу (цесionario) потраживање које има према старом повериоцу (цеденту). То правило, које очигледно одступа од услова узajамности потраживања која се пребијају, почива на принципу да дужник не сме да буде у лошијој правној последици услед уступања потраживања, а тај принцип је врло важан јер оправдава слободан промет потраживања без сагласности дужника. Законом о облигационим односима дужнику је дозвољено да новом повериоцу истакне у пребијање потраживање које има према старом повериоцу уколико су услови за пребијање били

испуњени у часу када је обавештен о уступању.<sup>29</sup> Осим тога, дужнику је дозвољено да истакне у пребијање и потраживање према старом повериоцу које није доспело у часу када је обавештен о уступању, али које доспева најкасније у исто време кад и уступљено потраживање.<sup>30</sup> Из тих правила се јасно види да је дужник заштићен у свом поуздању у могућност пребијања. Он може да изјави пребијање новом повериоцу ако је већ стекао то право према старом повериоцу, односно ако би, по редовном току ствари (да није било уступања), стекао то право према старом повериоцу. Исто правило налазимо у немачком праву<sup>31</sup> и оно такође почива на идеји да треба заштитити поверење у стечену или оправдано очекивану могућност пребијања, при чему се то поверење оцењује објективно, независно од чињенице да ли је дужник заиста рачунао с пребијањем (Schwarz 2003, 262–265). Када нема околности које оправдавају поверење у могућност пребијања, дужник неће моћи да користи потраживање које има према цеденту како би исплатио уступљено потраживање (на пример, када је потраживање према цеденту стекао тек пошто је обавештен о уступању). Законодавац на тај начин постиже правичну равнотежу између интереса дужника и интереса цесионара (Schwarz 2003, 267–269).

Овде треба поменути донекле спорно питање да ли је дужник уступљеног потраживања заштићен у свом поуздању у могућност пребијања у случају да је потраживање уступљено унапред, пре него што је настало. Немачки Савезни суд сматра да у том случају нема основа за поверење у могућност пребијања и да дужник не може да угаси потраживање које је унапред уступљено својим потраживањем према уступиоцу, чак и ако је оно прво настало, то јест ако је настало пре уступања (Coester-Waltjen 2004, 394). У таквом случају пребијање не би требало дозволити ни по прописима српског права јер не постоји разлог због којег је дужник уступљеног потраживања иначе заштићен.

## 6. ПРЕБИЈАЊЕ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Једна од основних и практично најзначајнијих функција пребијања јесте обезбеђење наплате потраживања. Право на пребијање није средство обезбеђења у истом смислу као заложно право или јемство јер оно не обезбеђује ефективну исплату дуга већ намирење на другачији

<sup>29</sup> 300, чл. 340, ст. 1.

<sup>30</sup> 300, чл. 340, ст. 2.

<sup>31</sup> BGB, § 406.

начин, ослобађањем повериоца од његове обавезе према дужнику. То је за повериоца ипак несразмерно боље него да своје потраживање уопште или делимично не може да наплати. Уколико су испуњени услови за пребијање, поверилац потраживања је обезбеђен за износ свог дуга према дужнику. Када дужник падне у стечај, ово дејство пребијања долази у први план. Право на пребијање одлучује о економској вредности стечајног потраживања (Pluta 2009, 1). У стечајном праву важи начело једнаког положаја стечајних поверилаца (*par conditio creditorum*) и сразмерног намирења њихових потраживања. Могућност пребијања нарушава то начело јер стечајне повериоце који су уједно дужници стечајног дужника ставља у повлашћени положај (могу да намире своје потраживање до износа свог дуга, независно од квоте намирења у стечајном поступку) и угрожава интересе осталих стечајних поверилаца (стечајни дужник неће моћи да наплати цео износ свог потраживања па ће стечајна маса бити мање вредности). То је посебно проблематично зато што право на пребијање, за разлику од других обезбеђујућих права, није лако видљиво трећим лицима и зато што поверилац који може да изјави пребијање има у својим рукама могућност да лако и самостално наплати своје потраживање, те није очигледно да заслужује додатну заштиту (Zimmermann 2012, 1557). Зато је потребно да се могућност пребијања у стечају оправда значајним разлозима. У теорији се најчешће истиче правичност односно идеја да би било неправично захтевати од стечајног повериоца да исплати свој дуг знајући да ће своје потраживање остварити само делимично (Радовић 2017, 665). Такво резонување има смисла само у односу између стечајног повериоца и стечајног дужника, али се не може одржати ако се узму у обзир интереси свих стечајних поверилаца. Осим правичности, у прилог могућности пребијања у стечају истичу се и разлози очувања стечених права и ретроактивно дејство пребијања (Радовић 2017, 665), који се могу свести на заштиту поуздања у могућност пребијања. Као што смо видели, идеја о заштити поуздања у могућност пребијања долази до изражаја у великом броју правила о пребијању (ретроактивно дејство изјаве, пребијање застарелим потраживањем, пребијање уступљеног потраживања), па се може рећи да је то једна од основних идеја која обликује установу пребијања. Дозвољеност пребијања у стечајном поступку почива и на традицији европског права и практичним потребама. У неким правним системима, а тако је било и код нас све до 2004. године, пребијање у стечају не само да је дозвољено него је и привилеговано блажим условима. Европски правни системи, па чак и наднационални прописи и модел-правила, сагласни су у томе да пребијање у стечају треба да буде дозвољено, при чему се за одлучујући момент за одлучивање о дозвољености пребијања узима час отварања



стечајног поступка (Pluta 2009, 2). Колико је то опредељење логички оправдано и доследно, може се довести у питање. Разлози који се истичу у прилогу пребијања у стечају нису убедљиви, поверење повериоца у могућност пребијања не делује нарочито вредна заштите, а посебно ако се прихвати савремена тенденција да се пребијању припише само *ex nunc* дејство (Pluta 2009, 155–158). Зато се може рећи да је могућност пребијања у стечајном поступку најпре данак традицији и последица правне инерције.

Код нас је дуго било прихваћено правило да се потраживање које подлеже пребијању уопште не пријављује у стечајном поступку и да пребијање наступа по сили закона, тако да се у стечају остварује само салдо међусобних потраживања (Радовић 2017, 667). Тиме је пребијање у стечају било издвојено у посебну врсту пребијања која се битно разликује од пребијања између солвентних странака. Између 2004. године, када је усвојен Закон о стечајном поступку, и Закона о стечају из 2009. године, питање пребијања у стечају није било изричито регулисано па се у теорији и пракси јавила дилема о дозвољености и условима под којима се пребијање остварује у стечајном поступку. Виши трговински суд је решио ту дилему полазећи од погрешног тумачења правила Закона о облигационим односима о условима за пребијање. Суд је пошао од тога да потраживања морају да буду истог квалитета да би могла да се пребију, а под квалитетом није разумео само квалитет предмета обавезе него квалитет потраживања у ширем смислу, укључујући и питање његове наплативости, што је код потраживања стечајног повериоца очигледно неизвесно (Радовић 2017, 668). Суд је даље закључио да потраживање стечајног повериоца постаје наплативо тек када буде донето решење о главној деоби и када постане извесно у ком износу ће стечајно потраживање моћи да буде намирено (Радовић 2017, 668). Тиме је суд не само погрешно протумаčio одредбе Закона о облигационим односима него је и потпуно обесмислио пребијање у стечајном поступку јер су последице предложеног решења готово сасвим исте као и када поверилац не би имао право на пребијање (Радовић 2017, 668–669). При томе је врло занимљиво то што суд није поставио питање наплативости потраживања стечајног дужника. Ако би се логика Вишег трговинског суда доследно спровела, требало би утврдити у ком износу је потраживање стечајног дужника наплативо, а не само поћи од претпоставке да јесте због тога што над дужником није отворен стечајни поступак.

Та пракса је окончана Законом о стечају из 2009. године којим је пребијање уређено на нови начин. Уместо традиционалног либералног односа према пребијању и рестриктивне идеје Вишег трговинског суда,

Закон о стечају је покушао да пронађе средње решење тако што би дозволио пребијање, ослањајући се на општа правила из Закона о облигационим односима, али га је ограничио временски (право на пребијање мора да настане пре подношења предлога за покретање стечајног поступка) и процесно (потраживање се мора пријавити по правилима стечајног поступка) (Радовић 2017, 669–670).<sup>32</sup> Тиме је српски законодавац одлучно одступио од фаворизовања пребијања у стечају и заштити, додуше на веома арбитражан начин, начело једнаког положаја стечајних поверилаца. Пребијање је такође искључено у случају несавесности повериоца, уколико је потраживање према стечајном дужнику стекао шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка знајући да је дужник инсолвентан или ако су услови за пребијање стечени правни послом који се може побијати у стечају.<sup>33</sup> Поверилац инсолвентног дужника не сме имати могућност да своје потраживање, за које се претпоставља да неће бити наплаћено у целини, уступи дужнику инсолвентног дужника и тако му омогући да пребијањем намири цело потраживање јер би то угрожавало интересе других стечајних поверилаца (Радовић 2017, 675–676). И овде важи идеја да треба заштитити поверење у могућност пребијања, а не покушај да се омогући пребијање када је већ постало извесно да потраживање неће бити наплаћено у целини. Пребијање, наравно, није искључено ако потраживање стечајног повериоца настане током сумњивог периода, али на основу правних чињеница које су већ постојале, на пример, ако стечајни поверилац стекне потраживање одлуком стечајног управника о испуњењу неизвршеног уговора или побијањем правне радње у стечају (Радовић 2017, 676–677).<sup>34</sup>

Закон о стечају напушта традиционално правило о *ipso iure* пребијању потраживања која до часа отварања стечајног поступка испуне услове за пребијање те захтева да се стечајном суду достави пријава целокупног потраживања које се жели истаћи у пребијање, као и изјава о пребијању.<sup>35</sup> Тиме се пребијање у стечају, на неки начин, приближава концепцији Закона о облигационом односу о пребијању на основу једностраног правног посла (Радовић 2017, 678), али се ипак одржава као посебна правна установа или као посебна врста пребијања јер стечајни поверилац не може да оствари пребијање вансудски, као што

<sup>32</sup> Закон о стечају, *Службени гласник РС* 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 82.

<sup>33</sup> Закон о стечају, чл. 83.

<sup>34</sup> Закон о стечају, чл. 83, ст. 2.

<sup>35</sup> Закон о стечају, чл. 82, ст. 2.

је предвиђено правилима Закона о облигационим односима, већ мора да учествује у стечајном поступку, да пријави своје потраживање и да стечајном суду достави изјаву о пребијању. Ако то не учини, стечајни поверилац коначно губи право на пребијање и не може га никако остварити.

Правила Закона о стечају сврставају српско право међу правне системе у којима се пребијање у стечају регулише на основу општих правила о пребијању која важе за солвентна лица (очување права на пребијање) уз значајна ограничења која служе заштити стечајне масе и интереса стечајних поверилаца (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Искључење пребијања за потраживања која су стечена према стечајном дужнику у току одређеног сумњивог периода (*look-back period*) такође је уобичајено у упоредном праву (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Може се закључити да пребијање у стечају није у целини другачија установа од пребијања између солвентних лица, али јесте посебна врста или посебан случај пребијања који је оптерећен додатним материјалноправним и процесноправним условима.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Установа пребијања уређена је у српском праву одредбама које не заостају за решењима која су прихваћена у другим европским и светским правним системима. По јединственој материјалноправној концепцији пребијања, српско право следи традицију континенталноевропског права, док се по начину на који се пребијање остварује сврстава у германски правни круг. Правила Закона о облигационим односима у великој мери наликују правилима немачког Грађанског законика, најпре по томе што се пребијање остварује једностраним адресованим правним послом са ретроактивним дејством. Такво решење је прихваћено и у другим системима који припадају или су блиски германској правној породици, као што су аустријски, швајцарски и холандски. То је очигледна предност српског права јер је други систем пребијања (пребијање по сили закона), који је био предвиђен у Наполеоновом законнику, показао бројне мањкавости у практичној примени, па је коначно морао да буде напуштен.<sup>36</sup> Српско право одступа од водећих академских предлога оптималног уређења установе пребијања (Zimmermann 1999, 739) само у три важна аспекта:

<sup>36</sup> Од новела из 2016. године, француско право прихвата пребијање на основу једностраног правног посла с ретроактивним дејством (Hubert 2018, 204).

1) изјава о пребијању делује ретроактивно, а не само за будућност (што је уосталом проблем и у већини других правних система); 2) пребијање се условљава доспелашћу оба потраживања, што није логично у систему једностраног пребијања на основу правног посла (довољно је да лице које жели да се ослободи обавезе има право да ту обавезу испуни, а није неопходно да она буде доспела); 3) пребијање у парничном поступку, према владајућем схватању у судској пракси, подлеже посебним правилима, чиме се подрива идеја о пребијању као јединственој установи материјалног права. Наше право није, дакле, далеко од оптималног уређења установе пребијања.

За пребијање у стечају, које је врло различито уређено у разним правним системима, српско право прихвата владајућу концепцију да отварање стечајног поступка не гаси право на пребијање које се заснива на општим правилима, али се пребијање може остварити само под додатним и значајно рестриктивнијим условима. У томе је српско право одступило од традиције немачког и аустријског права коју је раније следило (Радовић 2017, 670). Имајући у виду озбиљну критику која је упућена ретроактивном дејству изјаве о пребијању и уопште идеји о потреби заштите поуздања у могућност пребијања, можда је то корак у правом смеру. У сваком случају, ограничавање могућности пребијања погодује начелу једнаког положаја стечајних поверилаца, које представља основ стечајног права.

Закон о облигационим односима, 44 године након усвајања, и даље пружа чврсту основу српском грађанском праву, а одредбе које се тичу пребијања сигурно спадају међу његове најуспелије делове. У њима су постављена јасна и практична правила чија је корисност већ била доказана у другим правним системима. Први корак ка том законодавном успеху учинио је Михаило Константиновић када је, упркос свом француском правничком образовању, донео исправну одлуку да прихвати савремено решење, чији је најпознатији пример садржан у немачком Грађанском законнику. Правила о пребијању која је он предложио у Скици за законик о облигацијама и уговорима прихваћена су у великој мери у Закону о облигационим односима, а она која нису прихваћена, одбијена су из оправданих разлога (као што је захтев ликвидности потраживања и одредба о судској компензацији неликвидних потраживања). Тако су редактори Закона о облигационим односима прихватили и унапредили концепцију пребијања која је била предложена у Константиновићевој Скици.

Следећи корак напред могла би да буде темељна реформа правила о пребијању која би настала када би се прихватило правило да изјава о пребијању остварује дејство само за будућност, што би утицало на

пребијање застарелим потраживањем, на пребијање уступљеним потраживањем и на правила стечајног поступка. Такво правило би погодно било правној сигурности, било би једноставно и логично, а убојито дејство пребијања било би умањено. У правној теорији одавно је примећено да *ex nunc* дејство боље одговара циљевима пребијања и да је правичније у односу између чија се потраживања гасе. Повратно дејство изјаве о пребијању одолева академским нападима захваљујући својој традицији и инерцији законодавства и правне праксе. Оно је прихваћено у највећем броју европских правних система. То ипак није разлог, нарочито ако се тенденција развоја права окрене у корист *ex nunc* дејства, да српско право остане при постојећем решењу.

Српски правници би оправдано могли да одступе од захтева да пребијањем могу да престану само доспела потраживања јер је у систему пребијања на основу једностраног правног посла довољно да потраживање стране која изјављује пребијање буде принудно извршено, док је за потраживање друге стране довољно да буде плативо. Томе се, међутим, испречује јасна законска одредба која изричито поставља услов да оба потраживања морају бити доспела. Она би могла да се заобиђе, као што је то учињено у француском праву, идејом да дужник може да се одрекне заштите коју му право пружа и да одлучи да исплати свој дуг пре његове доспелости.

На крају се може рећи да је пребијање у парничном поступку најслабија тачка српског права и питање које ће се јављати и стварати дилеме све док коначно у правној теорији и судској пракси не превлада једна јасна и доследна концепција. Није пожељно да дејства пребијања у једном правном систему буду драстично различита зависно од тога да ли је пребијање остварено вансудском изјавом или је први пут истакнуто у приговору пред судом јер је у оба случаја реч о суштински истој установи с истим циљевима. Српска правничка јавност треба да прихвати материјалноправну концепцију пребијања и да напусти праксу која је судској одлуци о пребијању признавала конститутивно *ex nunc* дејство. Тиме би српско право остало при концепцији пребијања као јединствене установе материјалног права, што би погодно било правној сигурности и одговарало логици система који је постављен у Закону о облигационим односима.

## ЛИТЕРАТУРА

- [1] Berger, Klaus Peter. 1996. *Der Aufrechnungsvertrag*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- [2] Bydlinski, Peter. 1996. Die Aufrechnung mit verjährten Forderungen: Wirklich kein Änderungsbedarf?. *Archiv für die Civilistische Praxis* 196: 276–304.
- [3] Coester-Waltjen, Dagmar. 1990. Die Aufrechnung im Prozeß. *Jura* Heft 1: 27–31.
- [4] Coester-Waltjen, Dagmar. 2004. Aufrechnung bei Abtretung. *JURA* Heft 6: 391–395.
- [5] Gernhuber, Joachim. 1994. *Die Erfüllung und ihre Surrogate*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- [6] Grunsky, Wolfgang, Florian Jacoby. 2018. *Zivilprozessrecht*. München: Vahlen.
- [7] Heller, Arne. 2007. Der Ausschluss der Aufrechnung. *Archiv für die Civilistische Praxis* 207: 456–490.
- [8] Hubert, Olivier. 2018. France. 203–215. *Set-off Law and Practice*, eds. William Johnston, Thomas Werlen, Frederick Link. Oxford: Oxford University Press.
- [9] Johnston, William, Thomas Werlen, Frederick Link. 2018. Introduction. 1–7. *Set-off Law and Practice*, ed. Johnston, William, Thomas Werlen, Frederick Link. Oxford: Oxford University Press.
- [10] Looschelders, Dirk. 2018. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. München: Vahlen.
- [11] Loza, Bogdan. 1983. Prebijanje (kompenzacija). 1090–1101. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.
- [12] Pluta, Maximilian. 2009. *Insolvenzaufrechnung und der Grundsatz der par conditio creditorum*. Bielefeld: Gieseking.
- [13] Schwarz, Günter Christian. 2003. Zum Schuldnerschutz bei der Aufrechnung. *Archiv für die civilistische Praxis* 203: 241–281.
- [14] Zimmermann, Reinahrd. 2012. Set-off. 1554–1558. *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, eds. Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Rainhard Zimmermann. Volume II. Oxford: Oxford University Press.

- [15] Zimmermann, Reinhard. 1999. Die Aufrechnung: Eine rechtsvergleichende Skizze zum Europäischen Vertragsrecht. 707–739. *Festschrift für Dieter Medicus: zum 70. Geburtstag*. Köln – Berlin – Bonn – München: Carl Heymanns Verlag.
- [16] Вукотић, Милош. 2020. *Наследивост права на накнаду неимовинске штете*. Докторска дисертација. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Јакшић, Александар. 2007. *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник.
- [18] Јакшић, Александар. 2021. *Грађанско процесно право*. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [19] Константиновић, Михаило. 1996. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [20] Марковић, Лазар. 1997. *Облигационо право*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [21] Павић, Владимир. 2/2005. Противтужба и компензациони приговор у арбитражном спору. *Анали Правног факултета у Београду* 53: 145–160.
- [22] Познић, Боривоје. 3–4/1985. Противтужба у арбитражном спору. *Анали Правног факултета у Београду* 33: 421–425.
- [23] Радишић, Јаков. 2008. *Облигационо право*. Београд: Номос.
- [24] Радовић, Вук. 2017. *Стечајно право*. Књига прва. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [25] Спасић, Слободан. 2003. Компензација (пребијање) потраживања из уговора у привреди у пракси трговинских судова. 213–239. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3. Београд: Службени гласник.

## Miloš VUKOTIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

### AN OUTLINE OF THE RULES ON SET-OFF IN SERBIAN LAW

#### Summary

This article contains a critical review of rules on set-off in Serbian legislation and court practice. The author provides a comprehensive overview of this institution by answering the main issues which arise in connection to set-off from the perspective of Serbian law. The research takes into account leading academic proposals for regulating set-off, as well as legislation, experience and academic discussions from legal systems which are closely related to Serbian law and may serve as a model. The author concludes that the Serbian Obligations Act provides adequate and clear rules, but that the accepted concept of set-off is being abandoned in European legal theory, which should be a reason to contemplate its fundamental reform. As the weakest point of Serbian rules on set-off, the author underlines set-off in judicial proceedings which has developed into a special type of set-off and undermined the idea of a unified substantive law of set-off.

**Key words:** *Set-off. – Compensation of claims. – Performance. – Security right. – Termination of obligations.*

Article history:

Received: 14. 10. 2022.

Accepted: 30. 11. 2022.