

UDK 347.43(497.11) ; 347.124(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali\_PFBU\_22MK15A

**Dr Miloš VUKOTIĆ\***

## **OBRISI USTANOVE PREBIJANJA U SRPSKOM PRAVU**

*U ovom radu se analiziraju i kritikuju pravila o prebijanju koja su prihvaćena u srpskim propisima i sudskoj praksi. Autor nastoji da pruži celovit prikaz te ustanove tako što će odgovoriti na osnovna pitanja koja se javljaju u vezi sa prebijanjem iz perspektive srpskog prava. U istraživanju su uzeti u obzir vodeći akademski predlozi koji se tiču ustanove prebijanja, te zakonski propisi, iskustvo i teorijska razmatranja iz pravnih sistema koji su bliski srpskom pravu i mogu da mu posluže kao uzor. Autor zaključuje da su pravila Zakona o obligacionim odnosima adekvatna i jasna, ali da se koncepcija prebijanja koja je postavljena u toj kodifikaciji napušta u evropskoj pravnoj teoriji i da zato treba razmišljati o njenoj temeljnoj reformi. Kao najslabiju tačku srpskih pravila o prebijanju autor ističe prebijanje u parničnom postupku koje se izdvojilo u posebnu vrstu prebijanja, čime je narušena ideja o jedinstvenoj materijalnopravnoj ustanovi prebijanja.*

**Ključne reči:** *Prebijanje. – Kompenzacija. – Ispunjenje. – Obezbeđenje potraživanja. – Prestanak potraživanja.*

---

\* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, [vukotic@ius.bg.ac.rs](mailto:vukotic@ius.bg.ac.rs).

## 1. UVOD

Ustanova prebijanja ili kompenzacije igra značajnu ulogu u svim savremenim pravnim sistemima kao sredstvo kojim se olakšava plaćanje dugova i obezbeđuje naplata potraživanja.<sup>1</sup> Prebijanje je surogat ispunjenja<sup>2</sup> kojim se potraživanja između dva lica potiru. Umesto da svaka strana vrši faktičku isplatu svog duga i traži faktičku naplatu svog potraživanja, kada su potraživanja uzajamna, ona se mogu jednostavno međusobno sračunati, izravnati, svesti na saldo koji se sastoji u razlici u visini potraživanja. U visini u kojoj se međusobna potraživanja poklapaju ona prestaju, smatraju se isplaćenim, tako da se duguje samo saldo onoj strani čije je potraživanje pre prebijanja glasilo na veći iznos. To je sama suština ustanove prebijanja. Ona je intuitivno razumljiva jer odgovara našem shvatanju pravičnosti i efikasnosti u dugovinskim odnosima. Zašto bi neko plaćao svoj dug licu od kojeg nešto potražuje? Logično je da se prvo svedu računi, pa da se tek onda zahteva isplata. Ustanova prebijanja ukorenjena je, dakle, u ideji pravičnosti, što se uobičajeno izražava čuvenom ocnom rimskog pravnika Pavla: „*Dolo facit qui petit quod redditurus est.*“<sup>3</sup>

Funkcija prebijanja je ambivalentna i zavisi od okolnosti u kojima se prebijanje sprovodi (Berger 1996, 70–76). Ono služi isplati duga, kada dužnik ne želi da izvrši faktičku isplatu, ili naplati duga, kada poverilac ne može da ostvari svoje potraživanje na drugačiji način. Tek ako nijedna strana nema poseban interes za prebijanje, može se kazati da prebijanje prosto služi olakšavanju plaćanja. Ambivalentna priroda prebijanja potiče od činjenice da ono neizostavno obuhvata i gasi dva potraživanja, tako da svaka strana naplaćuje svoje potraživanje i svaka strana plaća svoj dug. U praksi je prebijanje najznačajnije u situaciji insolventnosti dužnika jer omogućava poveriocu da naplati svoje potraživanje barem na taj način što će se osloboditi svog duga, tako da je njegovo potraživanje obezbeđeno do iznosa duga koji ima prema dužniku nesposobnom za plaćanje.

Kada se prebijanje ostvaruje na osnovu saglasnosti lica čija se potraživanja prebijaju, ono nije ograničeno strogim pravilima. U saglasju s načelom slobode ugovaranja, ugovornici su slobodni da odrede uslove pod kojima će prebiti

---

<sup>1</sup> Svi evropski pravni sistemi poznaju ustanovu prebijanja kao način gašenja uzajamnih obaveza, pri čemu se razlike odnose na pitanje kako se i pod kojim uslovima prebijanje ostvaruje (Zimmermann 2012, 1554–1556).

<sup>2</sup> Pod time se ne misli na zamenu ispunjenja, koja takođe spada među surrogate ispunjenja. Za razliku od zamene ispunjenja, prebijanje ostvaruje *ex tunc* dejstvo, tiče se dva potraživanja i kauzalno je (Berger 1996, 103–105).

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

svoja potraživanja; ona ne moraju biti ni iste vrste ni dospela, a ne moraju biti čak ni uzajamna već se može odrediti prebijanje potraživanja u trostranom odnosu, ukoliko su, naravno, sva tri lica saglasna, to jest obuhvaćena sporazumom o prebijanju. Nasuprot tome, kada se prebijanje sprovodi na zahtev jedne strane u dugovinskom odnosu, zakonodavci postavljaju stroge uslove koji se tiču uzajamnosti, istorodnosti i utuživosti potraživanja. Ovo zbog toga što prebijanje nije ispunjenje već surogat ispunjenja, što znači da poverilac koji je namiren prebijanjem nije u istoj situaciji kao poverilac koji je zaista primio ono što mu se duguje. Prebijanje je ciljna isplata, isplata koja poveriocu služi samo za to da se oslobodi svog duga prema licu koje izjavljuje prebijanje (Radišić 2008, 352). Smisao uslova koji ograničavaju jednostrano prebijanje jeste u tome da poverioca treba prinuditi na prebijanje samo kada nastane situacija u kojoj bi njegovo odbijanje kompenzacije bilo izrazito nepravično prema dužniku, to jest kada su potraživanja uzajamna, istovrsna i dospela. U takvoj situaciji, pravni sistem polazi od pretpostavke da poverilac nema opravdanog razloga da prebijanje odbije. Kada se govori i piše o ustanovi prebijanja, ta vrsta prebijanja – zakonom uređeno jednostrano prebijanje – nalazi se u prvom planu kao osnovni oblik prebijanja, iako je ugovorno prebijanje daleko značajnije u praksi.

Zbog gotovo sasvim različitog pravnog režima, ugovorno prebijanje i zakonsko (jednostrano prebijanje) uobičajeno se posmatraju odvojeno, čak kao dve nezavisne ustanove građanskog prava. Dok je zakonsko prebijanje uređeno kodifikovanim normama i razrađeno u pravnoj teoriji, ugovorno prebijanje se uglavnom zanemaruje u pravnoj književnosti jer se analiza tog oblika prebijanja ne udaljava od opšte konstatacije da za ugovorno prebijanje ne važe uslovi propisani u zakonu i da se ono zasniva na slobodi ugovaranja (Berger 1996, 3–9).

Osim ugovornog i jednostranog prebijanja, kao posebnu vrstu, odnosno podvrstu jednostranog prebijanja treba izdvojiti prebijanje u stečajnom postupku. Poveriočevo potraživanje prema dužniku obezbeđeno je za iznos poveriočevog duga prema dužniku. Ukoliko su ispunjeni uslovi za prebijanje, poverilac može da naplati svoje potraživanje tako što će ga istaći u prebijanje i osloboditi se duga prema dužniku. To ovlašćenje poverioca predstavlja jedan vid samopomoći u izvršenju ili samoizvršenja, naročito kada se prebijanje ostvaruje vansudski. Obezbeđujuće dejstvo prebijanja, odnosno mogućnost samoizvršenja, najveći značaj ima u slučaju insolventnosti dužnika. Poverilac koji duguje svom insolventnom dužniku ne snosi rizik delimičnog namirenja jer svoje potraživanje može da naplati u vidu oslobođenja od svoje obaveze (naravno, u meri u kojoj se visina potraživanja poklapa). Ta mogućnost stoji u očiglednoj suprotnosti s načelom jednakog položaja poverilaca (*par conditio creditorum*), ali je ipak prihvaćena i čak povlašćena u stečajnom

pravu većine zemalja. Razloge za to treba videti u tradiciji i jednostavnosti takvog rešenja. Bilo bi preterano strogo insistirati na tome da poverilac mora da ispuni svoju obavezu prema insolventnom dužniku u celini, znajući da će dobiti samo deo onoga što se njemu duguje. Naklonost prema poveriocu koji želi da izvrši prebijanje ograničena je na poverioce koji su potraživanje ili pravo na prebijanje stekli pre stečaja njihovog dužnika i posebnim pravilima o pobijanju pravnih radnji u stečaju.

Osim ta tri oblika prebijanja, ili tri konteksta u kojima se prebijanje sprovodi, kao posebno značajno pitanje treba pomenuti i pravnu prirodu prebijanja, koja može biti materijalnopravna ili procesnopravna, a u nekim pravnim sistemima i jedno i drugo, zavisno od konteksta u kojem se prebijanje ističe. Prebijanje je najpre nastalo u okvirima procesnog prava, kao postupak kojim je sudija svodio račune između stranaka i tuženog osuđivao samo na preostali iznos međusobnih potraživanja. Vremenom je ono preraslo u ustanovu materijalnog prava, kao poseban način prestanka obaveza koji se ostvaruje izvan pravnog postupka, a zatim u postupku samo utvrđuje. Međutim, u nekim pravnim sistemima prebijanje i dalje postoji u oba oblika i kao materijalnopravna i kao procesnopravna ustanova, zavisno od okolnosti u kojima se prebijanje zahteva. Tako je u francuskom i engleskom pravu, ali i kod nas. Prema odavno ustaljenoj sudskoj praksi, prebijanje se u srpskom pravu ostvaruje i deluje na dva različita načina, zavisno od toga da li je istaknuto izvan postupka (jednostrana izjava prebijanja, to jest pravni posao prebijanja) ili u toku postupka u vidu prigovora ili protivtužbe.

Gašenje uzajamnih obaveza u meri u kojoj se poklapaju glavno je dejstvo prebijanja. Zajedno s glavnim obavezama prestaju i sporedna prava koja su ih pratila. U velikom broju pravnih sistema dejstvo prebijanja nastupa retroaktivno, od časa kada su se stekli uslovi za prebijanje. Ta fikcija je proizišla iz pogrešnog tumačenja izvora rimskog prava koji su govorili o prebijanju koje nastupa po samom pravu, želeći da kažu da se u određenim postupcima prebijanje podrazumeva i da se može utužiti samo saldo međusobnih potraživanja. Tokom recepcije rimskog prava ti izvori su tumačeni u smislu automatskog prestanka uzajamnih potraživanja od časa kada su se suočila kao uzajamna, istorodna i utuživa (Zimmermann 1999, 712–713). Savremeni pravni sistemi većinom odbacuju ideju o prebijanju koje se ostvaruje automatski, samom činjenicom da su se dva potraživanja suočila, ali i dalje preovlađuje rešenje kojim se predviđa *ex tunc* dejstvo. Pravni sistemi koji nisu nastali pod neposrednim uticajem rimskog prava, kao što su englesko pravo i prava skandinavskih zemalja, ne poznaju retroaktivno dejstvo prebijanja, već se potraživanja gase od časa kada je prebijanje izvršeno, kao da je reč o običnoj isplati (Zimmermann 1999, 724). U akademskim projektima koji se bave unifikovanjem prava jednoglasno

se predlaže napuštanje *ex tunc* dejstva u korist jednostavnijeg pravila koje bi sve posledice prebijanja vezivalo za čas kada je prebijanje izvršeno jednostranom izjavom.<sup>4</sup>

Imajući u vidu taj smisao prebijanja, njegove glavne pojavne oblike i osnovne dileme u vezi za njegovim pravnim režimom, treba da postavimo pitanje kakav je odnos srpskog prava prema prebijanju. Koji su obrisi ustanove prebijanja u srpskom pravu? Da li je ono uređeno na jedinstven način ili postoji više tipova prebijanja, zavisno od konteksta u kojem se ističe? Da li je to ustanova materijalnog ili procesnog prava? Kakva su dejstva prebijanja? Cilj ovog rada je da odgovori na ta pitanja, da iscrta obrise prebijanja u srpskom pravu i da postavi osnove za dalje izučavanje i usavršavanje te važne ustanove obligacionog prava. Problemi s kojima se prebijanje suočava na terenu međunarodnog privatnog prava, a naročito u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, neće biti obuhvaćeni ovim radom jer nisu nužno povezani sa srpskim pravnim sistemom i, najpre, zato što zahtevaju posebnu analizu sa težištem u kolizionom i procesnom pravu.

## 2. PREBIJANJE NA OSNOVU JEDNOSTRANOG PRAVNOG POSLA

Zakonom o obligacionim odnosima jednostrano prebijanje je uređeno prema primeru germanskih pravnih sistema, koji je, u međuvremenu, postao dominantan u evropskim pravima.<sup>5</sup> Prebijanje ne nastupa po sili zakona čim se steknu uslovi za prebijanje već je potrebno da jedna strana izjavi drugoj strani da vrši prebijanje.<sup>6</sup> Prebijanje, dakle, nastupa na osnovu jednostranog pravnog posla. Sticanje uslova za prebijanje stvara preobražajno pravo za svaku stranu da izjavom prebijanja dovede do prestanka međusobnih potraživanja u meri u kojoj se poklapaju.

Potraživanja, međutim, ne prestaju u času kada izjava o prebijanju bude primljena, kao što bi bilo logično, već se gase retroaktivno, od časa kada su se stekli uslovi za prebijanje.<sup>7</sup> Po tome se srpsko pravo, takođe, ne razlikuje

---

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

<sup>5</sup> Zakon o obligacionim odnosima uglavnom se zasniva na pravilima koja je predložio Mihailo Konstantinović u svojoj Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima iz 1969. godine (Konstantinović, 126–129).

<sup>6</sup> Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Službeni list SCG* 1/2003 i *Službeni glasnik RS* 18/2020, čl. 337, st. 1.

<sup>7</sup> ZOO, čl. 337, st. 2.

od većine evropskih pravnih sistema koji izjavi o prebijanju priznaju *ex tunc* efekat. Problem sa tim rešenjem je u tome što se stvara pravna neizvesnost. Dužnik koji ima pravo da izjavi prebijanje nije podstaknut da to učini bez odlaganja i da time okonča neizvesnu pravnu situaciju. Osim toga, prebijanje retroaktivno poništava posledice docnje, kao što je obaveza plaćanja kamate, što šteti interesima strane u čiju korist je tekla kamata s većom kamatnom stopom. Pravni sistemi koji su pošli od prebijanja po sili zakona, a zatim ga napustili u korist pravila da prebijanje ipak mora biti izjavljeno da bi bilo delotvorno, kao što je bio slučaj sa francuskim pravom, učinili su to upravo zato da bi se izbegla neizvesnost u vezi sa postojanjem potraživanja. Prebijanje na osnovu izjave uz retroaktivno dejstvo nedovoljno je odlučna mera protiv pravne neizvesnosti. Ukoliko pravni sistem želi da obezbedi jednostavna i jasna pravila te izvesnost u pravnim odnosima, onda treba da ode još jedan korak dalje i predvidi *ex nunc* dejstvo izjave o prebijanju. Prebijanje ne nastupa pre izjave o prebijanju kako se ne bi posumnjalo u postojanje potraživanja, ali, ako se dozvoli retroaktivno dejstvo izjave o prebijanju, onda ona poništava docnju dužnika i posledice docnje već od časa kada su se stekli uslovi za prebijanje, što takođe narušava pravnu sigurnost u jednom obligacionom odnosu (Bydlinski 1996, 288).

Iako je povratno dejstvo prebijanja prihvaćeno u većini evropskih pravnih sistema i ustaljeno u pravnoj praksi, dileme o smislu i pravičnosti tog rešenja postoje odavno. Još u vreme redigovanja nemačkog Građanskog zakonika postojala je jaka struja koja se zalagala za *ex nunc* dejstvo prebijanja, smatrajući ga jednostavnim i jasnim rešenjem, ali je prevagnula suprotna struja, koja se zalagala za tradicionalno rešenje i koja je smatrala da bi *ex nunc* dejstvo umanjilo značaj prebijanja (Bydlinski 1996, 283–284). Osim toga, postojalo je shvatanje da dužnik koji može da izjavi prebijanje nije dužan da to učini bez odlaganja već da može čekati da bude tužen i da se svaka strana može smatrati oslobođenom svoje obaveze čim se steknu uslovi za prebijanje („jer već ima u rukama ono što može da zahteva od druge strane“), iako potraživanja i dalje postoje (Mugdan, 562). Danas se u prilog povratnog dejstva ističu razlozi pravičnosti i očekivanja strana u obligacionim odnosima. Glavni argument glasi da se dužnik više i ne mora smatrati dužnikom nakon što se ispune uslovi za prebijanje i da njegovo očekivanje da se može osloboditi obaveze pozivanjem na prebijanje treba da bude zaštićeno (Bydlinski 1996, 281). Ozbiljnija analiza, međutim, pokazuje da su ti argumenti neosnovani. Prebijanje koje bi nastupalo u času davanja izjave i delovalo samo za budućnost ne stoji u suprotnosti s opštim ciljevima ustanove prebijanja. Bidlinski je jasno i detaljno obrazložio da prednost treba dati *ex nunc* dejstvu prebijanja jer ono ostvaruje ciljeve obezbeđenja potraživanja i olakšavanja isplate mnogo bolje nego *ex tunc* dejstvo zato što ne poništava posledice docnje i ne uskraćuje pravo na kamatu (Bydlinski 1996, 285–287). Ono stvara iste one posledice koje bi imala i redovna isplata

potraživanja te ni u čemu ne ograničava prava koja se zasnivaju na dužničkoj docnji. Protiv *ex tunc* efekta prebijanja ubedljivo je pisao i Cimerman. On navodi da je čista spekulacija da povratno dejstvo prebijanja odgovara predstavama učesnika u pravnom prometu, dok je argument o pouzdanju dužnika u mogućnost prebijanja još slabiji jer dužnik uopšte ne mora znati za prebijanje, a ako zna, treba ga motivisati da učini izjavu o prebijanju što pre i da tako okonča pravnu neizvesnost (Zimmermann 1999, 723). Iz toga se vidi da retroaktivno dejstvo prebijanja nema nikakvu podlogu osim tradicije, mada je to, naročito u pravu, često veoma stabilna podloga. Ukoliko bi zakonodavac ipak želeo da preuredi ustanovu prebijanja na racionalnim osnovama, onda on sigurno ne bi mogao da zadrži pravilo o retroaktivnom dejstvu izjave o prebijanju. Ono je jedno od svega tri pravila kojima srpsko pravo odstupa od akademskih predloga najboljeg režima za prebijanje, dok su druga dva insistiranje na dospelosti obeju potraživanja i procesno prebijanje u sudskom postupku.

Da bi se potraživanja mogla prebiti, treba da budu uzajamna, istorodna i dospela.<sup>8</sup> Zakonodavac je dobro postupio što nije pomenuo uslov likvidnosti potraživanja jer taj uslov spada u pitanja procesnog prava. U francuskom pravu taj uslov je bio predviđen kao poseban materijalnopравни uslov prebijanja, što donekle odgovara ideji o prebijanju po sili zakona, ali čak i onda stvara ogromne teškoće i nelogičnosti. Ako se likvidnost procenjuje prema času prebijanja, onda se kasnije mogu javiti problemi s dokazivanjem potraživanja i neizvesnost povodom toga da li je prebijanje uopšte nastupilo i u kom iznosu, dok procena likvidnosti u času pokretanja postupka stvara potpuno neodređen period neizvesnosti od časa pretpostavljenog prebijanja do pokretanja postupka (Zimmermann 1999, 733). Pravo pitanje je, u stvari, da li sud mora da odlučuje o prebijanju koje je istaknuto prigovorom ili protivtužbom ako je potraživanje koje se ističe u prebijanje neizvesno i ako bi njegovo utvrđivanje preterano usporilo donošenje odluke o potraživanju koje je predmet tužbenog zahteva. Pitanje se, dakle, tiče procesne ekonomije. Procesnopravno rešavanje pitanja likvidnosti prihvaćeno je još u Justinijanovom pravu, a s osloncem na njega i kasnije u pandektnom pravu i tako je stiglo do savremenog nemačkog prava (Zimmermann 1999, 733–734). Sudu je dato diskreciono ovlašćenje da razdvoji odlučivanje o utuženom potraživanju od odlučivanja o potraživanju koje se ističe u prebijanje, ukoliko potraživanja nisu pravno povezana.<sup>9</sup> Isto važi i u srpskom pravu, gde je sud ovlašćen da odluči o spojenom ili odvojenom rešavanju zahteva iz tužbe i protivtužbe, imajući u vidu potrebu procesne ekonomije (Jakšić 2021, 446).

---

<sup>8</sup> ZOO, čl. 336.

<sup>9</sup> § 145 III ZPO.

Da uslovu likvidnosti potraživanja nije mesto među materijalnopравnim uslovima prebijanja, može se lako videti na primeru Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Tu se, kao jedan od materijalnopравnih uslova prebijanja pominje upravo likvidnost, to jest da postoji izvesnost o postojanju potraživanja i njihovim iznosima (Konstantinović 1996, 126). Međutim, taj zahtev se već nekoliko članova dalje procesno relativizuje jer se sud ovlašćuje da odluči o prebijanju i ako jedno potraživanje nije likvidno, ali se lako može utvrditi (Konstantinović 1996, 129). Reč je, očigledno, o pitanju procesne ekonomije i upravljanja postupkom. Imajući to u vidu, dobro je da je Zakon o obligacionim odnosima u tom pitanju odstupio od Konstantinovićeve Skice. Uopšte je zanimljivo da se Konstantinović odlučio da uključi zahtev likvidnosti, karakterističan za francusko pravo, jer je u ostalom sledio primer nemačkog prava (predviđajući prebijanje na osnovu jednostranog pravnog posla).

Uzajamnost je logičan uslov prebijanja koje se ne zasniva na sporazumu lica čija se potraživanja gase. Samo kada između dva lica postoje uzajamna potraživanja, može se poći od pretpostavke da pravičnost ne zahteva njihovu isplatu već dopušta, pa čak i favorizuje njihovo međusobno računsko i pravno potiranje. Prebijanje na osnovu jednostrane izjave nije dopušteno u trostranom odnosu, na primer, u slučaju ugovora u korist trećeg, promitent ne može da se oslobodi duga koji ima prema beneficijaru ističući u prebijanje potraživanje koje ima prema stipulantu. Gašenje potraživanja u takvom slučaju dopušteno je jedino na osnovu saglasnosti poverilaca. Treba naglasiti da uslov uzajamnosti načelno sprečava da lice koje potražuje ili duguje kao član imovinske zajednice istakne prebijanje svojim ličnim dugovima odnosno potraživanjima (Gernhuber 1994, 233–234). Jedan od sanaslednika ne može da se oslobodi ličnog duga (koji ga tereti nezavisno od nasleđivanja), ističući prema poveriocu potraživanje koje pripada zaostavštini. Isto važi i za potraživanja i dugove koji spadaju u zajedničku imovinu supružnika i njihova lična potraživanja i dugove. Naše pravo, međutim, predviđa odstupanje od uslova uzajamnosti koje važi za sve slučajeve solidarne odgovornosti, a dozvoljava svakom solidarnom dužniku da istakne u prebijanje potraživanje drugog solidarnog dužnika prema zajedničkom poveriocu, ali samo do iznosa za koji taj drugi dužnik odgovara u unutrašnjem odnosu između solidarnih dužnika. Na taj način, srpsko pravo, u stvari, anticipira regresni zahtev i dozvoljava da se unutrašnja podela tereta odgovornosti ostvari neposredno putem prebijanja.

Zakonom o obligacionim odnosima predviđena su tri važna odstupanja od uslova uzajamnosti koja štite jemca (dozvoljeno mu je da istakne potraživanje glavnog dužnika radi prebijanja s potraživanjem za koje je jemčio), solidarnog dužnika (dozvoljeno mu je da prebije potraživanje koje



sadužnik ima prema poveriocu, do iznosa za koji taj sadužnik odgovara u odnosu između dužnika) i dužnika ustupljenog potraživanja (dozvoljeno mu je da istakne potraživanje koje ima prema ustupiocu radi prebijanja s ustupljenim potraživanjem, ukoliko su uslovi za prebijanje nastali pre obaveštenja o ustupanju ili kasnije, ali pod uslovom da potraživanje dužnika dospeva pre ili istovremeno sa ustupljenim potraživanjem – što znači da bi po redovnom toku stvari, da nije bilo ustupanja, mogao da se koristi prebijanjem).<sup>10</sup>

Istorodnost potraživanja je uslov koji se univerzalno postavlja pred jednostrano prebijanje.<sup>11</sup> Istorodnost potraživanja postoji kada oba potraživanja glase na novac ili zamenjive stvari iste vrste i kvaliteta,<sup>12</sup> pri čemu je praktično najvažnije prebijanje novčanih potraživanja.<sup>13</sup> Samo ako jedna strana duguje istu vrstu predmeta koju potražuje od druge strane, može se reći da je nepravilno insistirati na ispunjenju obaveza i da se one mogu jednostavnije ugasiti prebijanjem. Inače, istorodnost potraživanja nije neophodan uslov prebijanja jer se potraživanja različitih predmeta mogu iskazati jednom istom jedinicom vrednosti, najčešće u vidu novčane vrednosti.<sup>14</sup> To se čak redovno dešava u stečajnom postupku gde se nenovčana potraživanja izražavaju u novcu kako bi se omogućila srazmerna naplata poverilaca (Radović 2017, 645–647). Ipak, srpsko stečajno pravo dozvoljava prebijanje u stečajnom

<sup>10</sup> ZOO, čl. 338, st. 2; čl. 340, st. 1 i 2; čl. 415, st. 2.

<sup>11</sup> Treba pomenuti da anglosaksonski pravni sistemi polaze od načela da se samo novčane obaveze mogu ugasiti prebijanjem. Formalno posmatrano, to je velika razlika u odnosu na pravilo koje srećemo u kontinentalnoevropskim pravnim sistemima, ali praktična razlika nije velika jer ustanovom prebijanja u svakom slučaju dominiraju novčana potraživanja.

<sup>12</sup> Istorodnost se odnosi samo na predmet obaveze i njegov kvalitet, a ne na druge okolnosti koje se tiču potraživanja i utiču na njegov kvalitet u širem smislu (kao što je pitanje naplativosti). Dva potraživanja će biti istorodna ako glase na novac nezavisno od toga da li je jedno od njih naplativo, a drugo nije. Drugačije i prilično kreativno rezonovanje nalazimo u praksi srpskih sudova tokom važenja Zakona o stečajnom postupku iz 2004. godine kojim nije bilo regulisano prebijanje u stečajnom postupku, pa je sednica odeljenja Višeg trgovinskog suda zauzela stav da je prebijanje u stečajnom postupku dozvoljeno tek kad se utvrdi u kojoj će meri potraživanje stečajnog poverioca biti namireno u redovnom toku stečajnog postupka jer se tek onda može govoriti o potraživanjima istog kvaliteta. Drugim rečima, prema stavu suda, potraživanje stečajnog poverioca treba da bude naplativo, što sasvim obesmišljava obezbeđujuću funkciju prebijanja u stečaju. Više o tome u odeljku o prebijanju u stečajnom postupku, *infra*.

<sup>13</sup> Prebijanje nenovčanih potraživanja sreće se u tzv. *futures* ugovorima o prodaji robe (Gernhuber, 236).

<sup>14</sup> Mada to može značajno da oteža sprovođenje prebijanja jer nije uvek lako proceniti novčanu vrednost jedne obaveze (Gernhuber 1994, 236).

postupku samo ukoliko su materijalnopравни uslovi prebijanja bili ispunjeni pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, tako da pretvaranje nenovčanih potraživanja u potraživanja novčane protivvrednosti tokom stečajnog postupka ne može da omogući prebijanje (Radović 2017, 672). Drugi pravni sistemi dozvoljavaju prebijanje i ako je uslov istorodnosti ispunjen tek povodom otvaranja stečajnog postupka, a smisao tog pravila je u jednakom položaju stečajnih poverilaca koji su ujedno dužnici stečajnog dužnika, nezavisno od predmeta njihovog potraživanja (Gernhuber 1994, 236). Dozvoljenost prebijanja u stečajnom postupku narušava načelo jednakog položaja stečajnih poverilaca, te se tim pravilom barem omogućava da svi stečajni poverioci koji nešto duguju stečajnom dužniku budu u istoj poziciji u pogledu prebijanja.

Istorodnost je sporna kada se suoče novčana potraživanja određena u različitim valutama. Danas postoji tendencija da se i u tom slučaju prizna istorodnost jer se potraživanja lako mogu konvertovati u istu valutu (barem kada je reč o konvertabilnim valutama). Ranije je dominiralo shvatanje da se potraživanja izražena u različitim valutama ne mogu prebijati, ali je ono zastarelo jer su strane valute konvertibilne i smatraju se novcem u poslovnoj praksi (Gernhuber 1994, 238–239). Prebijanje naročito ne treba da bude isključeno ukoliko je potraživanje izraženo u određenoj valuti samo radi očuvanja vrednosti novca (Gernhuber 1994, 239). Ako se dozvoli prebijanje potraživanja izraženih u različitim valutama, konverziju treba sprovesti po kursu koji je važio u času davanja izjave o prebijanju, a ne u času kada su se prvi put stekli uslovi za prebijanje (Gernhuber 1994, 239). U srpskoj teoriji takođe se zagovara shvatanje da novčana potraživanja izražena u različitim valutama treba smatrati istorodnim, pri čemu se ističe da Zakon o obligacionim odnosima postavlja pravilo da se ispunjenje potraživanja izraženog u stranoj valuti može zahtevati u domaćem novcu (Radišić 2008, 353–354). To pravilo nema neposredan značaj za pitanje prebijanja potraživanja u različitim valutama, ali svakako ukazuje na činjenicu da se potraživanja u različitim valutama lako mogu svesti na istu valutu. Prebijanje je moguće nezavisno od valuta u kojima su potraživanja izražena jer se potraživanje u stranoj valuti uvek može izraziti u domaćem novcu (Spasić 2003, 216).

Prema slovu Zakona o obligacionim odnosima, prebijanje je uslovljeno dospelošću oba potraživanja, iako to uopšte ne odgovara našoj koncepciji jednostranog prebijanja. Naime, prebijanje je samopomoć u naplati potraživanja koje se ističe u prebijanje, a istovremeno i namirenje drugog potraživanja. To drugo potraživanje, koje se često naziva glavno ili pasivno potraživanje, po logici stvari, ne mora da bude dospelo već je sasvim dovoljno da strana koja izjavljuje prebijanje ima pravo da ga ispuni. Dovoljno je, dakle, da je potraživanje strane kojoj se izjavljuje prebijanje postalo isplativo, što se

može desiti pre nego što postane dospelo (Zimmermann 1999, 731). Primera radi, dužnicima novčanih potraživanja, koja su najčešće predmet prebijanja, zakonodavac garantuje pravo na plaćanje pre roka.<sup>15</sup> Drugačije rešenje, koje zahteva dospelost i utuživost oba potraživanja, proizlazi iz drugačijih koncepcija prebijanja, ako se ono shvata kao prebijanje po sili zakona ili kao procesna radnja suda (Zimmermann 1999, 731–732). U prvom slučaju, ne pravi se nikakva razlika između potraživanja. Ne govori se uopšte o glavnom potraživanju i protivpotraživanju ili o pasivnom i aktivnom potraživanju: sukobila su se dva istorodna i utuživa potraživanja i međusobno se ugasila po sili samog prava. U drugom slučaju, ako se prebijanje ističe u postupku, logično je da oba potraživanja moraju da budu dospela jer tuženi ne mora da ističe prebijanje kako bi se zaštitio od potraživanja koje još uvek nije dospelo. Nasuprot tome, u našoj koncepciji prebijanja koje se ostvaruje jednostranom izjavom nema mesta zahtevu da oba potraživanja moraju biti utuživa – dovoljno je da je potraživanje protiv kojeg se prebijanje ističe postalo isplativo. Uostalom, do ovog rešenja se došlo čak i u onim pravnim sistemima koji su pošli od čiste koncepcije *ipso iure* prebijanja. Francuski sudovi su stvorili *compensation facultative* s idejom da dužnik ima pravo da se odrekne zaštite od plaćanja nedospelog potraživanja (Zimmermann 1999, 732). Nema razloga da se mogućnost prebijanja odrekne licu koje ima pravo da isplati određeni dug ako je potraživanje koje ističe u prebijanje postalo utuživo. Kao što ne bi mogao da odbije redovnu isplatu potraživanja, poverilac ne može da odbije isplatu putem kompenzacije. Ipak, *de lege lata*, kod nas važi zahtev da oba potraživanja moraju biti dospela, a to u svakom slučaju odgovara prebijanju u sudskom postupku koje se posmatra kao ustanova procesnog prava.<sup>16</sup> Obe te odlike našeg prava treba dovesti u pitanje i zameniti jedinstvenom materijalnopравnom koncepcijom prebijanja na osnovu jednostranog pravnog posla, koja nije uslovljena utuživošću oba potraživanja. Srpsko pravo bi se takvom reformom usaglasilo sa vodećim savremenim shvatanjima o prebijanju.

U srpskom pravu se izričito propisuje da zastarelost potraživanja nije prepreka za prebijanje ukoliko su se uslovi za prebijanje stekli pre nego što je potraživanje zastarelo.<sup>17</sup> Na isti način postupaju i nemački zakonodavac.<sup>18</sup> To pravilo se smatra logičnom posledicom retroaktivnog dejstva prebijanja, iako je u sistemu prebijanja na osnovu pravnog posla logičnije da se uslovi

<sup>15</sup> ZOO, čl. 398.

<sup>16</sup> Naši sudovi pravilno zaključuju da je prebijanje koje se vrši sudskom odlukom uslovljeno dospelošću oba potraživanja (Spasić 2003, 216–217).

<sup>17</sup> ZOO, čl. 339, st. 1.

<sup>18</sup> BGB, § 215.

za prebijanje ocenjuju prema času davanja izjave (Zimmermann 1999, 721). Osim toga, nema razloga da se povlašćuje odugovlačenje u davanju izjave prebijanja. Ukoliko potraživanju prethodi zastarelost, utoliko je očiglednije da poverilac tog potraživanja treba da reaguje i da učini izjavu o prebijanju. Mogućnost prebijanja sa zastarelim potraživanjem kosi se s ciljevima ustanove zastarelosti da se izbegnu problemi u dokazivanju odavno zasnovanog potraživanja, da se očuva pravna sigurnost i da se sankcioniše nepažljivi poverilac koji je odugovlačio s ostvarenjem svog prava (Bydlinski 1996, 296–297). Ti nedostaci su motivisali pravnike da se založe za suprotno rešenje koje ne podriva ustanovu zastarelosti. U austrijskom pravu, koje ne sadrži odredbe o prebijanju zastarelim potraživanjem, postoje pokušaji da se već *de lege lata* prihvati pravilo da prebijanje nije moguće nakon što potraživanje zastari (Bydlinski 1996, 280–281). Kao i pravilo o retroaktivnom dejstvu prebijanja, pravilo o dozvoljenosti prebijanja zastarelim potraživanjem počiva na ideji da strana koja računa na prebijanje nije dužna da se o tome izjasni već da ima pravo da se pouzda u mogućnost prebijanja i da mora da istakne prebijanje tek ako druga strana zanemari mogućnost prebijanja zahteva za isplatu duga (Bydlinski 1996, 295). Inače, u nedostatku posebnog pravila, zastarelost potraživanja bi isključila mogućnost prebijanja jer prebijanje predstavlja samopomoć u izvršenju, koja podrazumeva da je potraživanje utuživo, to jest da se dužnik može prinuditi na plaćanje. Retroaktivno dejstvo prebijanja ne znači da se uslovi za prebijanje imaju ocenjivati prema času kada su prvi put ispunjeni (jer potraživanja nisu tada prestala po sili zakona). Ti uslovi moraju da budu ispunjeni u času kada se daje izjava o prebijanju. To je bila početna pozicija tokom pripreme nemačkog Građanskog zakonika, pa je čak isticano da bi prebijanje zastarelim potraživanjem ugrozilo ciljeve ustanove zastarelosti i da je poverilac dužan da prekine zastarelost, bilo tužbom, bilo izjavom o prebijanju, ali je ipak, kao i u pitanju povratnog dejstva, prevladalo mišljenje da prebijanje treba da bude povlašćeno (Bydlinski 1996, 294–295). Čini se da je na taj način pravna teorija želela da dođe do kvazi *ipso iure* dejstva prebijanja jednim zaobilaznim putem. Prihvaćeno je da potraživanja ne prestaju po samom zakonu već da postoje sve dok jedna strana ne izjavi prebijanje, ali je obema stranama ujedno omogućeno da se nakon sticanja uslova za prebijanje ponašaju kao da više ne duguju i da zato ne mogu zadocniti sa isplatom niti odgovarati za kamate ili ugovorene kazne. Tek ukoliko bi jedna strana „zanemarila“ mogućnost prebijanja odnosno sticanje uslova za prebijanje, pa zahtevala isplatu svog potraživanja, druga strana bi morala da istakne prebijanje i bila bi zaštićena u svom pouzdanju da više nije „zaišta“ dužna da plati. Ta ideja, kao što je već rečeno, uopšte nije jednostavna kao što se čini jer može da stvori neizvesnost u odnosu između stranaka kada postoji sumnja u ispunjenost uslova za prebijanje ili kada jedna strana uopšte ne zna za postojanje međusobnih potraživanja. Kao što Bidlinski kaže,

pouzdanje poverioca koji ne zna za protivpotraživanje u posledice dužnikove docnije zaslužuje jaču zaštitu nego pouzdanje dužnika u mogućnost prebijanja (Bydlinski 1996, 289).

Kada između dva lica postoji više potraživanja koja ispunjavaju uslove za prebijanje, Zakonom o obligacionim odnosima se određuje da se prebijanje vrši po pravilima o uračunavanju ispunjenja.<sup>19</sup> Pravna teorija tu odredbu razume kao dispozitivnu normu za slučaj da lice koje izjavljuje prebijanje nije odredilo potraživanja koja se međusobno potiru (Loza 1983, 1100–1101). Slično pravilo važi u nemačkom pravu, gde lice koje izjavljuje prebijanje određuje koja će se potraživanja ugasiti, a zakonski red uračunavanja ispunjenja važi ako druga strana tome prigovori (Schwarz 2003, 272–273). Naš zakon, a ni naša pravna teorija ne govore o pravu druge strane na prigovor. Prebijanje podrazumeva gašenje najmanje dva istorodna uzajamna potraživanja tako da se ne može reći da samo jedna strana vrši isplatu – obe strane u istoj meri vrše isplatu svog duga, istovremeno naplaćujući svoje potraživanje. Zato ne treba dozvoliti licu koje izjavljuje prebijanje da odredi koja će potraživanja prestati bez saglasnosti druge strane. Možda je zbog toga Zakon o obligacionim odnosima uputio na pravilo o uračunavanju ispunjenja na način koji veoma podseća na imperativnu normu. To bi, kao i retroaktivno dejstvo izjave o prebijanju, bio ustupak ideji o prebijanju *ipso iure* – ne pravi se razlika između potraživanja i njihovih poverilaca te nijedan od njih ne može da odredi koja će potraživanja biti zahvaćena prebijanjem. Naravno, rešenje nemačkog prava treba prihvatiti zbog njegove fleksibilnosti, ali se ne može ostati pri konstataciji da lice koje izjavljuje prebijanje može da odredi potraživanja koja će biti predmet prebijanja bez saglasnosti druge strane jer ona može imati jasan interes da prebijanjem prestane jedno određeno potraživanje. To će biti slučaj kada lice koje izjavljuje prebijanje odredi da će njime prestati potraživanje druge strane koje nije zastarelo iako druga strana ima i zastarelo potraživanje koje se može prebiti – očigledan je interes druge strane da prebijanjem namiri potraživanje koje ne može da utuži (Looschelders 2018, 147).

Jednostrano prebijanje uređeno Zakonom o obligacionim odnosima nesumnjivo je ustanova srpskog materijalnog prava. Međutim, materijalno-pravna koncepcija prebijanja nije sprovedena dosledno jer se prebijanje istaknuto u toku postupka posmatra kao poseban slučaj prebijanja, kao procesna radnja koja ima bitno drugačije efekte od materijalnopravnog vansudskog prebijanja. Najvažnija razlika leži u tome što prebijanje istaknuto prigovorom ili zahtevano protivtužbom nastupa tek u času kada sud donese odluku o prebijanju i ima samo perspektivno dejstvo.

<sup>19</sup> ZOO, čl. 343.

### 3. PREBIJANJE U PARNIČNOM POSTUPKU

U srpskom pravu prebijanje se ostvaruje neformalnim i adresovanim jednostranim pravnim poslom (izjava o prebijanju). Prebijanje je izvršeno kada jedna strana primi izjavu o prebijanju druge strane, a dejstvo prebijanja seže u prošlost i smatra se ostvarenim još od časa kada su se prvi put stekli uslovi za prebijanje. To je materijalnopravna koncepcija prebijanja kao samostalnog i vansudskog načina prestanka obaveza.<sup>20</sup> Prema tome, svaka sudska odluka o prebijanju trebalo bi da bude utvrđujuća po svojoj prirodi, nezavisno od toga da li je prebijanje izjavljeno pre ili u toku postupka, i to zbog toga što prebijanje nastupa na osnovu jednostrane izjave, a ne na osnovu sudske odluke u kojoj je odlučeno o prebijanju. Kada tokom parničnog postupka tuženi ističe prebijanje, njegova izjava je istovremeno pravni posao materijalnog prava (izjava o prebijanju) i procesna radnja. Tuženi istovremeno gasi potraživanja putem prebijanja i zahteva da se njihov prestanak utvrdi pred sudom (Loza 1983, 1094). To shvatanje se zasniva na ideji o dvostruko funkcionalnim radnjama u postupku, koja naročito dolazi do izražaja kada se u toku postupka, parničnom radnjom, vrše preobražajna prava, kao što je pravo na prebijanje (Jakšić 2021, 286). Pošto nije moguće napraviti razliku između pravnog posla i procesne radnje kada su učinjeni jednom izjavom, onda ta izjava ostvaruje obe funkcije i proizvodi i materijalnopravna i procesnopravna dejstva. Uprkos jednostavnosti i logičnosti takvog rešenja, srpska judikatura i dalje zastupa starije shvatanje da prebijanje istaknuto tokom parničnog postupka predstavlja zahtev da sud utvrdi ispunjenost uslova za prebijanje *i da svojom odlukom ugasi potraživanja odnosno umanjí veće potraživanje*.<sup>21</sup> U pravnoj nauci nije sporno da „prigovor izjavljen u parnici teško može da se objasni bez materijalnopravne izjave volje koja je uperena na preboj potraživanja“, ali srpski sudovi i starija doktrina i dalje zastupaju stanovište da je prigovor prebijanja čisto procesna radnja te da prebijanje nastaje na osnovu konstitutivne odluke suda (Jakšić 2021, 437–438; Spasić 2003, 221). Takvom praksom srpski su sudovi rascepili ustanovu prebijanja, koja je zamišljena kao jedinstvena materijalnopravna ustanova, na dve ustanove, koje su vrlo blisko povezane, ali ipak podvrgnute

<sup>20</sup> Pravila o prebijanju nalaze se u odeljku Zakona o obligacionim odnosima koji nosi naslov „Ostali načini prestanka obaveza“.

<sup>21</sup> Izgleda da je to pravilo samoniklo u našoj sudskoj praksi (iako postoje pravni sistemi koji poznaju to pravilo) jer je stara austrijska doktrina, koja je uticala na našu predratnu pravnu nauku, zahtevala da se prebijanje istakne pred sudom i utvrdi sudskom odlukom, ali je ta odluka ipak imala retroaktivno dejstvo. U tom smislu Lazar Marković tumači pravila nacrtá jugoslovenskog Građanskog zakonika, koji nikada nije ozakonjen, a koji se zasnivao na austrijskom Opštem građanskom zakoniku (Marković 1997, 396–397).

različitim pravilima. Jedina prednost takvog rešenja leži u činjenici da se prebijanjem na osnovu konstitutivne sudske odluke izbegava retroaktivno dejstvo prebijanja, koje je već odavno prepoznato kao zastarelo, nelogično, pa čak i štetno po ciljeve ustanove prebijanja.

Između vansudske izjave o prebijanju i prigovora prebijanja u parnici postoje važne razlike, koje utiču na pravna dejstva izjave čak i kada se ona shvati kao dvostruko funkcionalna parnična radnja. Preobražajna prava vrše se neopozivim izjavama volje, kako bi se obezbedila pravna sigurnost. Izjava o prebijanju, koja spada u takve pravne poslove, takođe nije opoziva. Jednom delotvorno izjavljeno prebijanje ne može se opozvati tako da se ugašena potraživanja vrate u život. Nasuprot tome, prigovor prebijanja kao procesna radnja može da se povuče, čime se sudu oduzima ovlašćenje da odlučuje o postojanju potraživanja koje je prigovorom bilo istaknuto u prebijanje (Coester-Waltjen 1990, 27). U tom slučaju, do prebijanja neće doći jer se uzima kao da prebijanje nikada nije ni izjavljeno.<sup>22</sup> Osim toga, praktično veoma značajno, prigovor prebijanja prekida zastarelost potraživanja koje je istaknuto u prebijanje, nezavisno od toga da li je prigovor osnovan, dok neuspešna vansudska izjava o prebijanju (kada nisu ispunjeni uslovi za prebijanje) ostaje bez pravnih dejstava (Coester-Waltjen 1990, 27). To je logična posledica opšteg pravila da se zastarelost prekida poveriočevog radnjom pred sudom ili drugim nadležnim organom, a ne vansudskom izjavom.<sup>23</sup>

Kada se u jednoj izjavi objedinjuju preobražajni pravni posao i procesna radnja, lice koje daje izjavu želi da ostvari obe pravne činjenice (tzv. učenje o dvostrukoj pravnoj činjenici – *Doppeltatbestand*), pa je punovažnost materijalnopravne izjave o prebijanju uslovljena dopuštenošću prigovora prebijanja kao procesne radnje (Coester-Waltjen 1990, 29). Jednostavnije rečeno, ukoliko sud odbaci prigovor prebijanja kao nedopušten, smatraće se da nije učinjena ni materijalnopravna izjava o prebijanju.

Pravni poslovi kojima se vrše preobražajna prava načelno ne mogu da budu uslovljeni jer je njihov cilj da konačno reše neizvesnu pravnu situaciju. U parnici se, međutim, prigovor prebijanja po pravilu ističe kao eventualni prigovor, za slučaj da sud nađe da je potraživanje tužioca osnovano (Spasić 2003, 222). Tuženi, naravno, nastoji da odbije tužbeni zahtev svim raspoloživim sredstvima, a tek kao poslednje sredstvo žrtvuje svoje potraživanje prema tužiocu putem prigovora kompenzacije. Kada bi tuženi

---

<sup>22</sup> Prebijanje izjavljeno u parničnom postupku ostaje u senci tog postupka, tako da se pravila materijalnog prava prilagođavaju pravilima postupka.

<sup>23</sup> ZOO, čl. 388.

istakao prigovor prebijanja ne osporavajući osnovanost tužbenog zahteva, to bi značilo da on tužbeni zahtev prihvata kao osnovan (Grunsky, Jacoby 2018, 133). Zbog tog sukoba između pravila materijalnog i procesnog prava u teoriji se vodio spor povodom pravilnog objašnjenja za eventualni prigovor prebijanja. Prevladalo je stanovište da izjava o prebijanju sadržana u eventualnom prigovoru prebijanja nije uslovljena već bezuslovna i da se odnosi na slučaj da sud nađe da je tužiočevo potraživanje osnovano (Coester-Waltjen 1990, 28). To rešenje odgovara logici i praktičnim potrebama jer u slučaju eventualnog prebijanja u parnici neizvesnost ne postoji zbog toga da li tuženi želi da izjavi prebijanje već najpre zbog toga da li je potraživanje tužioca osnovano.

U teoriji postoji neslaganje u vezi sa pitanjem litispendencije prigovora prebijanja, ali je danas dominantno shvatanje da isticanjem tog prigovora ne počinje da teče parnica već da predmet spora ostaje ograničen na utuženo potraživanje (Jakšić 2021, 441). To znači da tuženi, koji je istakao prigovor prebijanja, može da utuži potraživanje koje je istakao prigovorom u samostalnoj parnici. Prigovor prebijanja ne dovodi do litispendencije zato što je reč o jednom odbrambenom sredstvu, a ne o samostalnom zahtevu, iako je u nemačkom pravu posebno predviđeno, kao i kod nas, da je odluka o prebijanju obuhvaćena pravnosnažnošću presude (Coester-Waltjen 1990, 29–30). Čak i kada bi prigovor prebijanja dovodio do litispendencije, to ne bi moglo da spreči situaciju da poverilac podnosi tužbu za naplatu potraživanja, a zatim u drugom postupku ističe to isto potraživanje u vidu prigovora prebijanja. Ovo zbog toga što se prigovorom prebijanja traži više nego tužbom za naplatu potraživanja jer se traži ne samo da sud utvrdi postojanje potraživanja koje je istaknuto u prebijanje već i prestanak tužiočevog potraživanja (Coester-Waltjen 1990, 30). Izostajanje litispendencije važno je i zbog toga što u slučaju eventualnog prebijanja poverilac potraživanja koje je istaknuto u prebijanje može bezrazložno izgubiti značajno vreme ako sud odluči da potraživanje po kojem je tužen nije osnovano i uopšte ne otvori pitanje postojanja potraživanja koje je istaknuto u prebijanje (Coester-Waltjen 1990, 30). U ovom slučaju, ako se prihvati litispendencija prigovora prebijanja, tuženi bi morao da sačeka okončanje spora pre nego što bi mogao da utuži svoje potraživanje u samostalnom postupku – čak i ako postoje dobri izgledi da odbije tužbeni zahtev koji je podignut protiv njega po nekom drugom osnovu. Ipak, u srpskoj judikaturi postoji mišljenje da prigovor prebijanja stvara litispendenciju i da tuženi ne može da utuži potraživanje koje je istakao u prigovoru u posebnom postupku (Spasić 2003, 224).

U parničnom postupku važi načelo da svojstvo pravnosnažnosti može da stekne samo odluka o tužbenom zahtevu. Zato zakonodavac mora posebno da naglasi da odluka o postojanju potraživanja koje je istaknuto prigovorom



prebijanja takođe postaje pravnosnažna.<sup>24</sup> Pravnosnažnost, međutim, obuhvata potraživanje istaknuto u prebijanje (protivpotraživanje) samo ukoliko je odlučeno da ono postoji odnosno ne postoji. Pravnosnažnost sudske odluke neće se odnositi na potraživanje istaknuto u prebijanje ako o njegovom postojanju nije odlučeno već je sud iz drugih razloga priznao ili odbio tužbeni zahtev. Na primer, ukoliko sud nađe da nisu ispunjeni materijalnopravni uslovi prebijanja (iako protivpotraživanje postoji) ili da glavno potraživanje ne postoji, pa se uopšte ne otvori pitanje postojanja protivpotraživanja (Coester-Waltjen 1990, 30). Ta pravila štite tužioca čiji je zahtev odbijen ili umanjen prigovorom prebijanja od opasnosti da bude tužen u posebnom postupku na osnovu potraživanja koje je bilo istaknuto u prebijanje. Ukoliko sud donese pozitivnu odluku o prebijanju, potraživanje koje je tuženi iskoristio da se odbrani od tužbenog zahteva prestaje da postoji u iznosu u kojem je ugašeno potraživanje tužioca. Tuženi bi u odvojenoj parnici mogao samo da zahteva isplatu viška potraživanja ukoliko je njegovo potraživanje bilo veće od potraživanja na kojem se zasnivao tužbeni zahtev.

Prebijanje potraživanja može da se istakne pred sudom u vidu prigovora ili protivtužbe (kompenzaciona protivtužba). Između ta dva sredstva postoje dve važne razlike. Prvo, nadležnost suda za odlučivanje o protivtužbi ocenjuje se strože od njegove nadležnosti da odluči o prigovoru prebijanja. Da bi sud mogao da odluči o protivtužbi, za obe tužbe (tužba i protivtužba) treba da važi ista vrsta postupka i da je sud koji odlučuje o tužbi stvarno nadležan i za protivtužbu, dok za mesnu nadležnost važi atrakcija nadležnosti (Jakšić 2021, 444–445). Kada je u pitanju prigovor prebijanja, dovoljno je da potraživanje istaknuto u prebijanje spada u materiju građanskog prava, a ne zahteva se ni stvarna ni mesna nadležnost suda (Jakšić 2021, 438–439). Parnični sud ne može da odlučuje o prebijanju ako je u prebijanje istaknuto potraživanje koje spada u domen javnog prava (Coester-Waltjen 1990, 29). Drugo, protivtužbom se može ostvariti potraživanje tuženog u punom iznosu, a ne samo do iznosa tužiočevog potraživanja (budući da je protivtužba samostalna tužba) (Jakšić 2021, 445).

Da bi sud mogao da odluči o prigovoru prebijanja, treba da ima direktnu međunarodnu nadležnost za potraživanje koje se ističe u prebijanje. Prema stanovištu teorije, sud može da odluči o prebijanju koneksnih potraživanja (koja se zasnivaju na istom životnom događaju) i ako ne bi bio direktno međunarodno nadležan za jedno od njih (Jakšić 2007, 330). Pitanje nadležnosti za odlučivanje o protivtužbi kojom se ističe prebijanje može da bude sporno i u arbitražnom postupku, ali se ono rešava tumačenjem

---

<sup>24</sup> Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 i 18/2020, čl. 359, st. 3.

sporazuma o arbitraži i relevantnih institucionalnih pravila arbitražnog postupka (Poznić 1985, 421–425). Isto važi i za nadležnost arbitraže da odluči o prigovoru prebijanja, mada postoje pokušaji da se ta nadležnost proširi i na prigovore u kojima se ističu potraživanja koja nisu obuhvaćena arbitražnim sporazumom, čak i ako su obuhvaćena drugim arbitražnim sporazumom ili prorogacionom klauzulom (Pavić 2005, 151–152). Takva atrakcija nadležnosti, koja je predviđena u uticajnim Švajcarskim pravilima međunarodne arbitraže,<sup>25</sup> ne odgovara načelima arbitražnog rešavanja sporova i ne može da garantuje procesnu ekonomiju ako protivnik prebijanja insistira na poštovanju arbitražnog sporazuma odnosno prorogacione klauzule kojom je potraživanje koje se ističe u prebijanje stavljeno u nadležnost druge arbitraže odnosno suda (Pavić 2005, 155–159).

#### 4. ZABRANE PREBIJANJA

Da prebijanje nije sasvim isto kao isplata potraživanja, može se videti ne samo u tome što su zakonom propisani posebni uslovi pod kojima je jednostrano prebijanje dopušteno već i po mnogim situacijama u kojima zakon zabranjuje prebijanje, što znači da posebnu vrednost pridaje stvarnoj isplati duga. Zakonom o obligacionim odnosima predviđeno je da prebijanjem ne može prestati nezaplenjivo potraživanje, potraživanje predaje stvari koja je data na poslugu, čuvanje ili koja je bespravno oduzeta, potraživanje nastalo namernim prouzrokoivanjem štete, potraživanje naknade štete usled smrti ili oštećenja zdravlja i potraživanje koje se zasniva na zakonskoj obavezi izdržavanja.<sup>26</sup> Osim toga, potraživanje se ne može ugastiti prebijanjem ako su se uslovi za prebijanje stekli tek nakon što je to potraživanje zaplenjeno.<sup>27</sup> Te odredbe su uglavnom saglasne zabranama prebijanja u drugim evropskim pravnim sistemima. Uporednopravno postoji saglasnost o dve grupe slučajeva u kojima je prebijanje načelno isključeno – kada je prebijanje isključeno voljom stranaka, na osnovu ugovora, i kada potraživanje ima alimentacioni karakter, to jest kada služi zadovoljenju osnovnih životnih potreba (Zimmermann 1999, 735–736). Zakon o obligacionim odnosima ne govori o mogućnosti da se prebijanje isključi putem ugovora, ali ta mogućnost u svakom slučaju proizlazi iz načela slobode ugovaranja i načela o dispozitivnosti odredaba tog zakona. Ugovorom predviđeno isključenje mogućnosti prebijanja ograničeno je načelom savesnosti i poštenja, tako da se na njega na može pozvati strana

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

<sup>26</sup> ZOO, čl. 341.

<sup>27</sup> ZOO, čl. 342.

koja je namerno ili prevarom prouzrokovala štetu drugoj strani, a ne može se isticati ni u pogledu potraživanja koja su pravno i faktički veoma blisko povezana (Heller 2007, 462–463). Alimentaciona potraživanja zaštićena su pravilom da je prebijanje isključeno kod nezaplenjivih potraživanja (na primer, minimum zarade) i potraživanja na osnovu zakonske obaveze izdržavanja. Ostale zabrane počivaju na drugačijim idejama.

Potraživanja nastala bespravnim oduzimanjem stvari ili namernim prouzrokovanjem štete isključena su iz prebijanja zbog veoma duge tradicije kontinentalnoevropskog prava koja seže sve do Justinijanove kodifikacije (Zimmermann 1999, 736–737).<sup>28</sup> Iza tog pravila leži ideja o sprečavanju samovolje i privatnog nasilja – poverilac koji ne može da naplati svoje potraživanje ne sme da bude u mogućnosti da namerno prouzrokuje štetu svom dužniku znajući da neće morati da plati naknadu jer će moći da izjavi prebijanje. Upitno je u kojoj meri ta ideja zaista odgovara stvarnosti. Cimerman ukazuje na to da nema značajne opasnosti od zlonamernog nanošenja štete dužnicima jer nije verovatno da poverioci imaju interes da kinje i oštećuju svoje dužnike, a osim toga, time bi se izlagali sankcijama krivičnog prava (Zimmermann 1999, 737). Budući da to pravilo stvara posebne probleme u slučaju namerne povrede ugovora ili sučeljavanja dva potraživanja koja su nastala namernim prouzrokovanjem štete, Cimerman predlaže da se ono napusti i da se zabrana prebijanja ograniči na alimentaciona potraživanja (Zimmermann 1999, 737). Možda bi prihvatanje tog predloga u srpskom pravu bilo preuranjeno, imajući u vidu sklonost našeg naroda ka inatu i nasilju, ali se ipak čini da ni kod nas nije verovatno da će poverilac koji ne može da naplati svoje potraživanje potražiti utehu u zloradom smetanju dužniku. Prilikom primene tog pravila treba voditi računa o tome da je njegov cilj zaštita lica kome je namerno prouzrokovana šteta, tako da to lice može da se odrekne zaštite i da istakne u prebijanje svoje potraživanje naknade štete (Heller 2007, 459). Zabrana prebijanja odnosi se samo na štetnika koji je dužan isplatiti naknadu namerno prouzrokovane štete čak i ako oštećenik ima dug prema njemu. Drugačije tumačenje bi vodilo ograničavanju prava oštećenika iz razloga što mu je namerno prouzrokovana šteta, što bi bilo sasvim besmisleno.

U svakom slučaju, ostaje da se objasni zbog čega srpski zakonodavac isključuje prebijanje u slučaju štete nastale smrću ili oštećenjem zdravlja. Ukoliko je reč o naknadi materijalne štete (povećani troškovi života), onda je smisao jasan jer je i to alimentaciono potraživanje. Međutim, ako je reč o novčanoj naknadi neimovinske štete, pitanje je da li prebijanje treba da

---

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

bude isključeno. Srpsko pravo polazi od jednog veoma uskog shvatanja cilja novčane naknade neimovinske štete – prema kojem se naknada ostvaruje tek kada oštećenik sebi pribavi nešto što mu popravlja raspoloženje – koji treba napustiti u korist jednog praktičnijeg shvatanja da se neimovinska šteta nadoknađuje samim priznavanjem prava na novčanu naknadu (Vukotić 2020, 168–177), što otvara put da se to potraživanje izloži mogućnosti prebijanja. Ostavljajući po strani ta pitanja, može se zaključiti da srpsko pravo poznaje uobičajene razloge za isključivanje mogućnosti prebijanja te da prati tradiciju evropskog kontinentalnog prava.

Osim zabrana koje nalazimo u Zakonu o obligacionim odnosima, a koje se mogu nazvati opštim zabranama prebijanja, postoje i posebne zabrane koje se tiču prebijanja u stečajnom postupku, o čemu će posebno biti reči. U nekim pravnim sistemima postoje i zabrane prebijanja u pogledu obaveze uplate uloga u osnovni kapital privrednog društva, čime se garantuje očuvanje osnovnog kapitala (Zimmermann 1999, 738). Prebijanje ne sme da omogući članu društva kapitala da umanja uobičajeni poslovni rizik svog uloga (Heller 2007, 468–469). Prebijanje nije načelno isključeno u slučaju da društvo kapitala želi da prebije svoje potraživanje potraživanjem svog člana, ali se i u tom slučaju postavljaju posebni, stroži uslovi za prebijanje (Heller 2007, 470–473). Srpsko zakonodavstvo nema izričitih odredaba o tom pitanju niti je ono obrađeno u pravnoj književnosti, te ostaje kao zanimljiva tema za posebnu detaljnu analizu, za koju nema mesta u okvirima ove skice o prebijanju u srpskom pravu.

## 5. PREBIJANJE S USTUPLJENIM POTRAŽIVANJEM

Mogućnost prebijanja je posebno zaštićena u slučaju ustupanja potraživanja. Dužnik ustupljenog potraživanja može da se oslobodi te svoje obaveze ističući u prebijanje prema novom poveriocu (cesionaru) potraživanje koje ima prema starom poveriocu (cedentu). To pravilo, koje očigledno odstupa od uslova uzajamnosti potraživanja koja se prebijaju, počiva na principu da dužnik ne sme da bude u lošijoj pravnoj posledici usled ustupanja potraživanja, a taj princip je vrlo važan jer opravdava slobodan promet potraživanja bez saglasnosti dužnika. Zakonom o obligacionim odnosima dužniku je dozvoljeno da novom poveriocu istakne u prebijanje potraživanje koje ima prema starom poveriocu ukoliko su uslovi za prebijanje bili ispunjeni u času kada je obavešten o ustupanju.<sup>29</sup> Osim toga, dužniku je dozvoljeno da istakne u prebijanje i potraživanje prema

<sup>29</sup> ZOO, čl. 340, st. 1.

starom poveriocu koje nije dospelo u času kada je obavešten o ustupanju, ali koje dospeva najkasnije u isto vreme kad i ustupljeno potraživanje.<sup>30</sup> Iz tih pravila se jasno vidi da je dužnik zaštićen u svom pouzdanju u mogućnost prebijanja. On može da izjavi prebijanje novom poveriocu ako je već stekao to pravo prema starom poveriocu, odnosno ako bi, po redovnom toku stvari (da nije bilo ustupanja), stekao to pravo prema starom poveriocu. Isto pravilo nalazimo u nemačkom pravu<sup>31</sup> i ono takođe počiva na ideji da treba zaštititi poverenje u stečenu ili opravdano očekivanu mogućnost prebijanja, pri čemu se to poverenje ocenjuje objektivno, nezavisno od činjenice da li je dužnik zaista računao s prebijanjem (Schwarz 2003, 262–265). Kada nema okolnosti koje opravdavaju poverenje u mogućnost prebijanja, dužnik neće moći da koristi potraživanje koje ima prema cedentu kako bi isplatio ustupljeno potraživanje (na primer, kada je potraživanje prema cedentu stekao tek pošto je obavešten o ustupanju). Zakonodavac na taj način postiže pravičnu ravnotežu između interesa dužnika i interesa cesionara (Schwarz 2003, 267–269).

Ovde treba pomenuti donekle sporno pitanje da li je dužnik ustupljenog potraživanja zaštićen u svom pouzdanju u mogućnost prebijanja u slučaju da je potraživanje ustupljeno unapred, pre nego što je nastalo. Nemački Savezni sud smatra da u tom slučaju nema osnova za poverenje u mogućnost prebijanja i da dužnik ne može da ugasi potraživanje koje je unapred ustupljeno svojim potraživanjem prema ustupiocu, čak i ako je ono prvo nastalo, to jest ako je nastalo pre ustupanja (Coester-Waltjen 2004, 394). U takvom slučaju prebijanje ne bi trebalo dozvoliti ni po propisima srpskog prava jer ne postoji razlog zbog kojeg je dužnik ustupljenog potraživanja inače zaštićen.

## 6. PREBIJANJE U STEČAJNOM POSTUPKU

Jedna od osnovnih i praktično najznačajnijih funkcija prebijanja jeste obezbeđenje naplate potraživanja. Pravo na prebijanje nije sredstvo obezbeđenja u istom smislu kao založno pravo ili jemstvo jer ono ne obezbeđuje efektivnu isplatu duga već namirenje na drugačiji način, oslobađanjem poverioca od njegove obaveze prema dužniku. To je za poverioca ipak nesrazmerno bolje nego da svoje potraživanje uopšte ili delimično ne može da naplati. Ukoliko su ispunjeni uslovi za prebijanje, poverilac potraživanja je obezbeđen za iznos svog duga prema dužniku. Kada dužnik padne u stečaj, ovo dejstvo prebijanja dolazi u prvi plan. Pravo

---

<sup>30</sup> ZOO, čl. 340, st. 2.

<sup>31</sup> BGB, § 406.

na prebijanje odlučuje o ekonomskoj vrednosti stečajnog potraživanja (Pluta 2009, 1). U stečajnom pravu važi načelo jednakog položaja stečajnih poverilaca (*par conditio creditorum*) i srazmernog namirenja njihovih potraživanja. Mogućnost prebijanja narušava to načelo jer stečajne poverioce koji su ujedno dužnici stečajnog dužnika stavlja u povlašćeni položaj (mogu da namire svoje potraživanje do iznosa svog duga, nezavisno od kvote namirenja u stečajnom postupku) i ugrožava interese ostalih stečajnih poverilaca (stečajni dužnik neće moći da naplati ceo iznos svog potraživanja pa će stečajna masa biti manje vrednosti). To je posebno problematično zato što pravo na prebijanje, za razliku od drugih obezbeđujućih prava, nije lako vidljivo trećim licima i zato što poverilac koji može da izjavi prebijanje ima u svojim rukama mogućnost da lako i samostalno naplati svoje potraživanje, te nije očigledno da zaslužuje dodatnu zaštitu (Zimmermann 2012, 1557). Zato je potrebno da se mogućnost prebijanja u stečaju opravda značajnim razlozima. U teoriji se najčešće ističe pravičnost odnosno ideja da bi bilo nepravično zahtevati od stečajnog poverioca da isplati svoj dug znajući da će svoje potraživanje ostvariti samo delimično (Radović 2017, 665). Takvo rezonovanje ima smisla samo u odnosu između stečajnog poverioca i stečajnog dužnika, ali se ne može održati ako se uzmu u obzir interesi svih stečajnih poverilaca. Osim pravičnosti, u prilog mogućnosti prebijanja u stečaju ističu se i razlozi očuvanja stečenih prava i retroaktivno dejstvo prebijanja (Radović 2017, 665), koji se mogu svesti na zaštitu pouzdanja u mogućnost prebijanja. Kao što smo videli, ideja o zaštiti pouzdanja u mogućnost prebijanja dolazi do izražaja u velikom broju pravila o prebijanju (retroaktivno dejstvo izjave, prebijanje zastarelim potraživanjem, prebijanje ustupljenog potraživanja), pa se može reći da je to jedna od osnovnih ideja koja oblikuje ustanovu prebijanja. Dozvoljenost prebijanja u stečajnom postupku počiva i na tradiciji evropskog prava i praktičnim potrebama. U nekim pravnim sistemima, a tako je bilo i kod nas sve do 2004. godine, prebijanje u stečaju ne samo da je dozvoljeno nego je i privilegovano blažim uslovima. Evropski pravni sistemi, pa čak i nadnacionalni propisi i model-pravila, saglasni su u tome da prebijanje u stečaju treba da bude dozvoljeno, pri čemu se za odlučujući momenat za odlučivanje o dozvoljenosti prebijanja uzima čas otvaranja stečajnog postupka (Pluta 2009, 2). Koliko je to opredeljenje logički opravdano i dosledno, može se dovesti u pitanje. Razlozi koji se ističu u prilog prebijanja u stečaju nisu ubedljivi, poverenje poverioca u mogućnost prebijanja ne deluje naročito vredna zaštite, a posebno ako se prihvati savremena tendencija da se prebijanju pripíše samo *ex nunc* dejstvo (Pluta 2009, 155–158). Zato se može reći da je mogućnost prebijanja u stečajnom postupku najpre danak tradiciji i posledica pravne inercije.

Kod nas je dugo bilo prihvaćeno pravilo da se potraživanje koje podleže prebijanju uopšte ne prijavljuje u stečajnom postupku i da prebijanje nastupa po sili zakona, tako da se u stečaju ostvaruje samo saldo međusobnih potraživanja (Radović 2017, 667). Time je prebijanje u stečaju bilo izdvojeno u posebnu vrstu prebijanja koja se bitno razlikuje od prebijanja između solventnih stranaka. Između 2004. godine, kada je usvojen Zakon o stečajnom postupku, i Zakona o stečaju iz 2009. godine, pitanje prebijanja u stečaju nije bilo izričito regulisano pa se u teoriji i praksi javila dilema o dozvoljenosti i uslovima pod kojima se prebijanje ostvaruje u stečajnom postupku. Viši trgovinski sud je rešio tu dilemu polazeći od pogrešnog tumačenja pravila Zakona o obligacionim odnosima o uslovima za prebijanje. Sud je pošao od toga da potraživanja moraju da budu istog kvaliteta da bi mogla da se prebiju, a pod kvalitetom nije razumeo samo kvalitet predmeta obaveze nego kvalitet potraživanja u širem smislu, uključujući i pitanje njegove naplativosti, što je kod potraživanja stečajnog poverioca očigledno neizvesno (Radović 2017, 668). Sud je dalje zaključio da potraživanje stečajnog poverioca postaje naplativo tek kada bude doneto rešenje o glavnoj deobi i kada postane izvesno u kom iznosu će stečajno potraživanje moći da bude namireno (Radović 2017, 668). Time je sud ne samo pogrešno protumačio odredbe Zakona o obligacionim odnosima nego je i potpuno obesmislio prebijanje u stečajnom postupku jer su posledice predloženog rešenja gotovo sasvim iste kao i kada poverilac ne bi imao pravo na prebijanje (Radović 2017, 668–669). Pri tome je vrlo zanimljivo to što sud nije postavio pitanje naplativosti potraživanja stečajnog dužnika. Ako bi se logika Višeg trgovinskog suda dosledno sprovela, trebalo bi utvrditi u kom iznosu je potraživanje stečajnog dužnika naplativo, a ne samo poći od pretpostavke da jeste zbog toga što nad dužnikom nije otvoren stečajni postupak.

Ta praksa je okončana Zakonom o stečaju iz 2009. godine kojim je prebijanje uređeno na novi način. Umesto tradicionalnog liberalnog odnosa prema prebijanju i restriktivne ideje Višeg trgovinskog suda, Zakon o stečaju je pokušao da pronađe srednje rešenje tako što bi dozvolio prebijanje, oslanjajući se na opšta pravila iz Zakona o obligacionim odnosima, ali ga je ograničio vremenski (pravo na prebijanje mora da nastane pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka) i procesno (potraživanje se mora prijaviti po pravilima stečajnog postupka) (Radović 2017, 669–670).<sup>32</sup> Time je srpski zakonodavac odlučno odstupio od favorizovanja prebijanja u stečaju i zaštitio, doduše na veoma arbitraran način, načelo jednakog položaja stečajnih poverilaca. Prebijanje je takođe isključeno u slučaju nesavesnosti

<sup>32</sup> Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS* 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018, čl. 82.

poverioca, ukoliko je potraživanje prema stečajnom dužniku stekao šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka znajući da je dužnik insolventan ili ako su uslovi za prebijanje stečeni pravni poslom koji se može pobijati u stečaju.<sup>33</sup> Poverilac insolventnog dužnika ne sme imati mogućnost da svoje potraživanje, za koje se pretpostavlja da neće biti naplaćeno u celini, ustupi dužniku insolventnog dužnika i tako mu omogući da prebijanjem namiri celo potraživanje jer bi to ugrožavalo interese drugih stečajnih poverilaca (Radović 2017, 675–676). I ovde važi ideja da treba zaštititi poverenje u mogućnost prebijanja, a ne pokušaj da se omogući prebijanje kada je već postalo izvesno da potraživanje neće biti naplaćeno u celini. Prebijanje, naravno, nije isključeno ako potraživanje stečajnog poverioca nastane tokom sumnjivog perioda, ali na osnovu pravnih činjenica koje su već postojale, na primer, ako stečajni poverilac stekne potraživanje odlukom stečajnog upravnika o ispunjenju neizvršenog ugovora ili pobijanjem pravne radnje u stečaju (Radović 2017, 676–677).<sup>34</sup>

Zakon o stečaju napušta tradicionalno pravilo o *ipso iure* prebijanju potraživanja koja do časa otvaranja stečajnog postupka ispune uslove za prebijanje te zahteva da se stečajnom sudu dostavi prijava celokupnog potraživanja koje se želi istaći u prebijanje, kao i izjava o prebijanju.<sup>35</sup> Time se prebijanje u stečaju, na neki način, približava koncepciji Zakona o obligacionom odnosu o prebijanju na osnovu jednostranog pravnog posla (Radović 2017, 678), ali se ipak održava kao posebna pravna ustanova ili kao posebna vrsta prebijanja jer stečajni poverilac ne može da ostvari prebijanje vansudski, kao što je predviđeno pravilima Zakona o obligacionim odnosima, već mora da učestvuje u stečajnom postupku, da prijavi svoje potraživanje i da stečajnom sudu dostavi izjavu o prebijanju. Ako to ne učini, stečajni poverilac konačno gubi pravo na prebijanje i ne može ga nikako ostvariti.

Pravila Zakona o stečaju svrstavaju srpsko pravo među pravne sisteme u kojima se prebijanje u stečaju reguliše na osnovu opštih pravila o prebijanju koja važe za solventna lica (očuvanje prava na prebijanje) uz značajna ograničenja koja služe zaštiti stečajne mase i interesa stečajnih poverilaca (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Isključenje prebijanja za potraživanja koja su stečena prema stečajnom dužniku u toku određenog sumnjivog perioda (*look-back period*) takođe je uobičajeno u uporednom pravu (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Može se zaključiti da prebijanje u stečaju nije u

<sup>33</sup> Zakon o stečaju, čl. 83.

<sup>34</sup> Zakon o stečaju, čl. 83, st. 2.

<sup>35</sup> Zakon o stečaju, čl. 82, st. 2.



celini drugačija ustanova od prebijanja između solventnih lica, ali jeste posebna vrsta ili poseban slučaj prebijanja koji je opterećen dodatnim materijalno-pravnim i procesno-pravnim uslovima.

## 7. ZAKLJUČAK

Ustanova prebijanja uređena je u srpskom pravu odredbama koje ne zaostaju za rešenjima koja su prihvaćena u drugim evropskim i svetskim pravnim sistemima. Po jedinstvenoj materijalno-pravnoj koncepciji prebijanja, srpsko pravo sledi tradiciju kontinentalnoevropskog prava, dok se po načinu na koji se prebijanje ostvaruje svrstava u germanski pravni krug. Pravila Zakona o obligacionim odnosima u velikoj meri nalikuju pravilima nemačkog Građanskog zakonika, najpre po tome što se prebijanje ostvaruje jednostranim adresovanim pravnim poslom sa retroaktivnim dejstvom. Takvo rešenje je prihvaćeno i u drugim sistemima koji pripadaju ili su bliski germanskoj pravnoj porodici, kao što su austrijski, švajcarski i holandski. To je očigledna prednost srpskog prava jer je drugi sistem prebijanja (prebijanje po sili zakona), koji je bio predviđen u Napoleonovom zakoniku, pokazao brojne manjkavosti u praktičnoj primeni, pa je konačno morao da bude napušten.<sup>36</sup> Srpsko pravo odstupa od vodećih akademskih predloga optimalnog uređenja ustanove prebijanja (Zimmermann 1999, 739) samo u tri važna aspekta: 1) izjava o prebijanju deluje retroaktivno, a ne samo za budućnost (što je uostalom problem i u većini drugih pravnih sistema); 2) prebijanje se uslovljava dospelošću oba potraživanja, što nije logično u sistemu jednostranog prebijanja na osnovu pravnog posla (dovoljno je da lice koje želi da se oslobodi obaveze ima pravo da tu obavezu ispuni, a nije neophodno da ona bude dospela); 3) prebijanje u parničnom postupku, prema vladajućem shvatanju u sudskoj praksi, podleže posebnim pravilima, čime se podriva ideja o prebijanju kao jedinstvenoj ustanovi materijalnog prava. Naše pravo nije, dakle, daleko od optimalnog uređenja ustanove prebijanja.

Za prebijanje u stečajju, koje je vrlo različito uređeno u raznim pravnim sistemima, srpsko pravo prihvata vladajuću koncepciju da otvaranje stečajnog postupka ne gasi pravo na prebijanje koje se zasniva na opštim pravilima, ali se prebijanje može ostvariti samo pod dodatnim i značajno restriktivnijim uslovima. U tome je srpsko pravo odstupilo od tradicije nemačkog i austrijskog prava koju je ranije sledilo (Radović 2017, 670). Imajući u vidu

---

<sup>36</sup> Od novela iz 2016. godine, francusko pravo prihvata prebijanje na osnovu jednostranog pravnog posla s retroaktivnim dejstvom (Hubert 2018, 204).

ozbiljnu kritiku koja je upućena retroaktivnom dejstvu izjave o prebijanju i uopšte ideji o potrebi zaštite pouzdanja u mogućnost prebijanja, možda je to korak u pravom smeru. U svakom slučaju, ograničavanje mogućnosti prebijanja pogoduje načelu jednakog položaja stečajnih poverilaca, koje predstavlja osnov stečajnog prava.

Zakon o obligacionim odnosima, 44 godine nakon usvajanja, i dalje pruža čvrstu osnovu srpskom građanskom pravu, a odredbe koje se tiču prebijanja sigurno spadaju među njegove najuspelije delove. U njima su postavljena jasna i praktična pravila čija je korisnost već bila dokazana u drugim pravnim sistemima. Prvi korak ka tom zakonodavnom uspehu učinio je Mihailo Konstantinović kada je, uprkos svom francuskom pravničkom obrazovanju, doneo ispravnu odluku da prihvati savremeno rešenje, čiji je najpoznatiji primer sadržan u nemačkom Građanskom zakoniku. Pravila o prebijanju koja je on predložio u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima prihvaćena su u velikoj meri u Zakonu o obligacionim odnosima, a ona koja nisu prihvaćena, odbijena su iz opravdanih razloga (kao što je zahtev likvidnosti potraživanja i odredba o sudskoj kompenzaciji nelikvidnih potraživanja). Tako su redaktori Zakona o obligacionim odnosima prihvatili i unapredili koncepciju prebijanja koja je bila predložena u Konstantinovićevoj Skici.

Sledeći korak napred mogla bi da bude temeljna reforma pravila o prebijanju koja bi nastala kada bi se prihvatilo pravilo da izjava o prebijanju ostvaruje dejstvo samo za budućnost, što bi uticalo na prebijanje zastarelim potraživanjem, na prebijanje ustupljenim potraživanjem i na pravila stečajnog postupka. Takvo pravilo bi pogodovalo pravnoj sigurnosti, bilo bi jednostavno i logično, a ubojito dejstvo prebijanja bilo bi umanjeno. U pravnoj teoriji odavno je primećeno da *ex nunc* dejstvo bolje odgovara ciljevima prebijanja i da je pravičnije u odnosu između čija se potraživanja gase. Povratno dejstvo izjave o prebijanju odoleva akademskim napadima zahvaljujući svojoj tradiciji i inerciji zakonodavstva i pravne prakse. Ono je prihvaćeno u najvećem broju evropskih pravnih sistema. To ipak nije razlog, naročito ako se tendencija razvoja prava okrene u korist *ex nunc* dejstva, da srpsko pravo ostane pri postojećem rešenju.

Srpski pravnici bi opravdano mogli da odstupe od zahteva da prebijanjem mogu da prestanu samo dospela potraživanja jer je u sistemu prebijanja na osnovu jednostranog pravnog posla dovoljno da potraživanje strane koja izjavljuje prebijanje bude prinudno izvršivo, dok je za potraživanje druge strane dovoljno da bude plativo. Tome se, međutim, isprečuje jasna zakonska odredba koja izričito postavlja uslov da oba potraživanja moraju biti dospela. Ona bi mogla da se zaobiđe, kao što je to učinjeno u francuskom pravu, idejom da dužnik može da se odrekne zaštite koju mu pravo pruža i da odluči da isplati svoj dug pre njegove dospelosti.

Na kraju se može reći da je prebijanje u parničnom postupku najslabija tačka srpskog prava i pitanje koje će se javljati i stvarati dileme sve dok konačno u pravnoj teoriji i sudskoj praksi ne prevlada jedna jasna i dosledna koncepcija. Nije poželjno da dejstva prebijanja u jednom pravnom sistemu budu drastično različita zavisno od toga da li je prebijanje ostvareno vansudskom izjavom ili je prvi put istaknuto u prigovoru pred sudom jer je u oba slučaja reč o suštinski istoj ustanovi s istim ciljevima. Srpska pravnička javnost treba da prihvati materijalnopravnu koncepciju prebijanja i da napusti praksu koja je sudskoj odluci o prebijanju priznavala konstitutivno *ex nunc* dejstvo. Time bi srpsko pravo ostalo pri koncepciji prebijanja kao jedinstvene ustanove materijalnog prava, što bi pogodovalo pravnoj sigurnosti i odgovaralo logici sistema koji je postavljen u Zakonu o obligacionim odnosima.

## LITERATURA

- [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: Giesecking.
- [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] Vukotić, Miloš. 2020. *Nasledivost prava na naknadu neimovinske štete*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [17] Jakšić, Aleksandar. 2007. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik.
- [18] Jakšić, Aleksandar. 2021. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- [19] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.
- [20] Marković, Lazar. 1997. *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.
- [21] Pavić, Vladimir. 2/2005. Protivtužba i kompenzacioni prigovor u arbitražnom sporu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 53: 145–160.
- [22] Poznić, Borivoje. 3–4/1985. Protivtužba u arbitražnom sporu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 33: 421–425.
- [23] Radišić, Jakov. 2008. *Obligaciono pravo*. Beograd: Nomos.
- [24] Radović, Vuk. 2017. *Stečajno pravo*. Knjiga prva. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.

- [25] Spasić, Slobodan. 2003. Kompenzacija (prebijanje) potraživanja iz ugovora u privredi u praksi trgovinskih sudova. 213–239. *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 3. Beograd: Službeni glasnik.

## 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.