

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Мр Михајло Б. Живковић

Право побијања дужникових правних радњи

Докторска дисертација

Београд 2016. година

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Mr Mihajlo B. Živković

**LAW ON CHALLENGING OF DEBTOR'S
LEGAL ACTIONS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2016

Кандидат: Мр Михајло Б. Живковић

Ментори: Др Мирко Васиљевић, редовни професор Правног факултета у Београду
 Др Марко Ђурђевић, ванредни професор Правног факултета у Београду

Чланови комисије: Др Владимир Чоловић, научни саветник Института за упоредно право и
 редовни професор Правног факултета Паневропског универзитета
 Апеирон у Бањој Луци

 Др Бранко Радуловић, ванредни професор Правног факултета у
 Београду

Датум одбране:

Посебну захвалност дугујем супрузи Наталији на безрезервној и искреној подршци, разумевању и стрпљењу. Уједно њој је и посвећен овај рад.

Аутор

НАСЛОВ: ПРАВО ПОБИЈАЊА ДУЖНИКОВИХ ПРАВНИХ РАДЊИ

Резиме

Право побијања дужникових правних радњи представља уређен систем заштите интереса поверилаца у случајевима када дужник отуђењем сопствене имовине наноси штету својим повериоцима која се огледа у немогућности или смањеној могућности намирења њихових потраживања. Модерна права побијање дужникових правних радњи уређују са основним циљем да оно обезбеди контролу поступака предузетих од стране презадуженог дужника у случајевима када се таквим поступцима наноси штета повериоцима. Три различита интереса различитих страна, дужника, повериоца и противника побијања генеришу потребу за јасним али и довољно флексибилним решењима у оквиру права побијања.

Сама правила о остваривању права побијања се разликују у односу на околност да ли је дужник у стечају или не, па зато говоримо о две врсте побијања, односно разликујемо право побијања изван стечаја од права побијања у стечају. Међутим, иако се ова два права разликују у многим особеностима, заједничка нит свакако постоји, што оправдава јединствен начелни приступ формулисању њихових правила.

Право побијања изван стечаја уређује овлашћење које поверилац има у случајевима када је дужник, отуђењем сопствене имовине, учинио себе неспособним за измирење обавеза. Из такве последице јавља се право на страни повериоца да овакав поступак учини без дејства у односу на њега чиме се, напослетку, омогућава намирење потраживања. Међутим, до остварења овог циља повериоцу на путу стоји обавеза доказивања одређених субјективних и објективних услова у погледу саме правне радње, дужника или противника побијања. Реч је о општим и посебним условима који зависе од врсте паулијанске тужбе коју је потребно искористити у одређеном случају, а сходно околностима. У нашем праву постоји шест врста паулијанских тужби а то су: доложна, кулпозна, доложно-кулпозна, кулпно-доложна,

породична и квазипаулијанска тужба. Успех повериоца у спору дефинише и само дејство права побијања изван стечаја. Побижена правна радња се оглашава без дејства у односу на побијача а противник побијања је дужан да трпи да се повериочево потраживање према дужнику намири из предмета побијене дужникове правне радње.

Стечајно право побијања омогућава коришћење овог права стечајном управнику и повериоцима. Овај дуалитет активно легитимисаних лица за побијање генерише бројна правила у примени овог института. Поједностављени општи услови упућују на важност посебних услова побијања који су субјективног и објективног карактера и које побијач мора доказати да би успео у спору. У нашем праву, постоје пет посебних начина побијања и то су: уобичајено и неуобичајено намирење, непосредно и намерно оштећење поверилаца и правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду. Последица успешног побијања се не рефлектује само на побијача већ на целокупну стечајну масу, односно на све повериоце у стечају. Колективни карактер стечајног поступка дефинише и колективни карактер побијања у стечају.

Право побијања дужникових правних радњи као значајна брана несавесном поступању дужника мора бити ваљано одмерено да не угрози правну сигурност а истовремено да омогући адекватну заштиту поверилаца. Зато његова правила морају бити јасна, прецизна и прилагођења степену несавесности самог дужника али и противника побијања.

Кључне речи: право побијања, побијање дужникових правних радњи, паулијанска тужба, ванстечајно побијање, стечајно побијање, оштећење поверилаца, *Actio pauliana*

Научна област: право

Ужа научна област: грађанскоправна

УДК: 347.736/.739

TITLE: THE RIGHT TO CHALLENGE DEBTOR'S LEGAL ACTIONS

Synopsis

The right to challenge debtor's legal actions is a well-organized system that protects the interests of creditors in those cases when the debtor damages his creditors by transferring his property, thus preventing the creditors from collecting the debt or making it less possible for them to collect it. The main purpose of the way the modern laws construe the challenging of debtor's legal actions is to ensure control of actions taken by the insolvent debtor when these actions damage the creditors. The three different interests of the parties included – the debtor, the creditor and the opponent of challenging, create a need for clear and yet flexible solutions within the right to challenge.

The rules on exercising the right to challenge are different based on whether the debtor is bankrupt or not. For this reason, we can differ between two types of challenges: the right to challenge in bankruptcy and the right to challenge out of bankruptcy. Even though these two rights are rather different, they are interrelated which justifies a unique approach to formulating their rules.

The right to challenge out of bankruptcy defines the power given to creditor in case the debtor has made himself unable to fulfill his obligations by transferring his property. Such an outcome gives the creditor the right to make this action inapplicable to him, thus enabling him to collect the debt. However, in order to exercise his rights, the creditor needs to prove certain subjective and objective conditions related to the legal act itself, the debtor or the opponent of challenging. This refers to the general and special conditions that depend on the type of *actio Pauliana* that needs to be applied to a certain case, in accordance with the circumstances. Our law differentiates between six types of *actio Pauliana*: *actio Pauliana dolosa*, *actio Pauliana culposa*, *actio Pauliana dolosa-culposa*, *actio Pauliana culposa-dolosa*, *actio Pauliana familiaria* and *actio quasi Pauliana*. The success of creditor's claim is also determined by the validity of the right to challenge out of bankruptcy. The challenged legal action is proclaimed invalid towards the challenger and the opponent of

challenging has to accept that the creditor collects the debt from the subject of the challenged debtor's legal action.

The right to challenge in bankruptcy can be exercised by the bankruptcy administrator and the creditors. This duality of persons who have the legitimate right to challenge calls for numerous rules for the use of this principle. The simplified general conditions indicate the importance of the special conditions of challenge, both subjective and objective, that require to be proven by the challenger to win a claim. There are five different ways to challenge in our law: the usual and unusual challenge, indirect and intentional damage to creditors and legal actions without any compensation or with certain compensation. The results of a successful challenge do not reflect solely on the challenger but also on the entire bankruptcy mass, i.e. all the creditors in bankruptcy. The nature of the bankruptcy procedure is also defined by the nature of the challenge in bankruptcy.

The right to challenge debtor's legal actions, as an important form of prevention of debtor's unconscientious actions, needs to be carefully examined so as to guarantee valid protection of creditors' rights without jeopardizing legal system. This is why its rules must be clear, precise and adapted to the degree of debtor's lack of conscience and the of challenging.

Key words: the right to challenge, challenging debtor's legal actions, action Pauliana, challenge out of bankruptcy, challenge in bankruptcy, damage to creditors

Scientific field: Law

Narrow scientific field: Civil Law

UDK: 347.736/.739

САДРЖАЈ

УВОД.....	2
ДЕО ПРВИ	6
ПРАВО ПОБИЈАЊА ДУЖНИКОВИХ ПРАВНИХ РАДЊИ	6
1.1. Развој института	6
1.1.1. Римско право.....	8
1.1.1.1. Interdictum fraudatorium	10
1.1.1.2. Restitutio in integrum ob fraudem	11
1.1.1.3. Тужба.....	12
1.1.1.3.1. Порекло имена.....	12
1.1.1.3.2. Услови за подношење.....	13
1.1.1.3.3. Активна и пасивна легитимација странака	15
1.1.1.3.4. Одлуке по тужби	16
1.1.1.4. Lex Aelia Sentia	17
1.1.2. Француско право	18
1.1.3. Право осталих латинских законодавстава	24
1.1.4. Аустријско и немачко право.....	26
1.1.5. Развој института у англосаксонском праву	28
1.2. Теоријско оправдање права на побијање	30
1.2.1. Теорија правичности	30
1.2.2. Деликтна теорија	31
1.2.3. Теорија опште залогe поверилаца на дужниковој имовини.....	34
1.2.4. Оцена теоријских погледа на право побијања.....	36
1.3. Поделе права побијања	37
1.3.1. Подела према начину предузимања радње која се побија.....	37
1.3.1.1. Побијање активних дужникових радњи.....	37
1.3.1.2. Побијање дужникових пропуштања.....	39
1.3.1.2.1. Побијање пропуштања обогаћења	40
1.3.1.2.2. Побијање пропуштања прихватања наслеђа	42
1.3.1.2.3. Побијање дужниковог ћутања на упућену понуду.....	43
1.3.2. Подела према карактеру дужника.....	43
1.3.2.1. Побијање ван стечаја	47
1.3.2.2. Стечајно право побијања	48

1.3.3.	Подела према врсти радње која се побија	49
1.3.3.1.	Побијање бестеретних располагања	49
1.3.3.2.	Побијање теретних располагања	50
ДЕО ДРУГИ		52
ПОБИЈАЊЕ ИЗВАН СТЕЧАЈА		52
2.1.	Опште одлике права побијања изван стечаја	52
2.1.1.	Правни инструменти којима се врши побијање	54
2.1.1.1.	Тужба	55
2.1.1.1.1.	Садржина тужбе	57
2.1.1.2.	Приговор	58
2.1.2.	Активна и пасивна легитимација странака	61
2.1.2.1.	Ко може вршити право побијања дужникових правних радњи?	61
2.1.2.1.1.	Поверилац са недоспелим потраживањем	63
2.1.2.1.2.	Време настанка потраживања	68
2.1.2.1.3.	Условно потраживање	72
2.1.2.1.4.	Новчано потраживање	74
2.1.2.1.5.	Намирено потраживање	79
2.1.2.1.6.	Застарело потраживање	80
2.1.2.1.7.	Универзални и сингуларни сукцесори повериоца	81
2.1.2.2.	Против кога се врши право побијања	82
2.1.2.2.1.	Опште правило	82
2.1.2.2.2.	Универзални сукцесор	90
2.1.2.2.3.	Сингуларни сукцесор	96
2.1.2.2.4.	Држање противника побијања	102
2.1.2.3.	Надлежност за поступање по захтеву за побијање	109
2.1.3.	Услови за побијање дужникових правних радњи	110
2.1.3.1.	Општи услови	111
2.1.3.1.1.	Постојање повериоца са доспелим потраживањем	112
2.1.3.1.2.	Дужникова правна радња	113
2.1.3.1.2.1.	Позитивне и негативне радње	118
2.1.3.1.2.2.	Одбијање и пропуштање обogaђења	125
2.1.3.1.2.3.	Сложене правне радње	127
2.1.3.1.3.	Оштећење поверилаца	133

2.1.3.1.4.	Инсолвентност дужника.....	138
2.1.3.1.4.1.	Разлика између инсолвентности и неликвидности.....	155
2.1.3.2.	Посебни услови	157
2.2.	Врсте паулијанских тужби (и приговора)	159
2.2.1.	Actio Pauliana dolosa	160
2.2.1.1.	Услови	161
2.2.1.2.	Терет доказивања и положај странака у поступку.....	172
2.2.1.3.	Рок у којем се може вршити побијање.....	174
2.2.2.	Actio Pauliana culposa	175
2.2.2.1.	Услови	177
2.2.2.2.	Терет доказивања и положај странака у поступку.....	180
2.2.2.3.	Рок у којем се може вршити побијање.....	181
2.2.3.	Мешовита Actio Pauliana dolosa	182
2.2.3.1.	Услови	183
2.2.3.2.	Терет доказивања и положај странака у поступку.....	184
2.2.3.3.	Рок у којем се може вршити побијање.....	184
2.2.4.	Мешовита Actio Pauliana culposa	184
2.2.4.1.	Услови	185
2.2.4.2.	Терет доказивања и положај странака у поступку.....	185
2.2.4.3.	Рок у којем се може вршити побијање.....	186
2.2.5.	Actio Pauliana familiaris	187
2.2.5.1.	Услови	188
2.2.5.2.	Familia suspecta	191
2.2.5.2.1.	Брачни друг	192
2.2.5.2.2.	Сродници по крви у правој линији.....	196
2.2.5.2.3.	Сродници по крви у побочној линији	197
2.2.5.2.4.	Тазбинско сродство	198
2.2.5.2.5.	Критика круга familia suspecta.....	200
2.2.5.3.	Терет доказивања и положај странака у поступку.....	203
2.2.5.4.	Рок у којем се може вршити побијање.....	207
2.2.6.	Actio Pauliana utilis	207
2.2.6.1.	Услови	209
2.2.6.1.1.	Бесплатна дужникова располагања.....	212

2.2.6.1.2.	Радње које су изједначене са бесплатним располагањем	215
2.2.6.2.	Терет доказивања и положај странака у поступку	220
2.2.6.3.	Рок у којем се може вршити побијање	221
2.3.	Искључење побијања	222
2.4.	Дејство побијања	232
2.4.1.	Непосредне последице побијања	232
2.4.2.	Посредне последице побијања	242
2.4.3.	Садржина пресуде за побијање	244
2.4.4.	Побијање и неважност уговора	250
2.4.4.1.	Побијање и ништавост уговора	250
2.4.4.2.	Побијање и рушљивост уговора	253
2.5.	Рок у којем се може вршити побијање дужникових правних радњи	255
ДЕО ТРЕЋИ		261
СТЕЧАЈНО ПРАВО ПОБИЈАЊА		261
3.1.	Опште одлике стечајног права побијања	261
3.1.1.	Настанак и развој	263
3.1.2.	Правни инструменти којима се врши побијање	265
3.1.2.1.	Тужба	266
3.1.2.2.	Противтужба	267
3.1.2.3.	Приговор	271
3.1.3.	Активна и пасивна легитимација странака	273
3.1.3.1.	Активно легитимисана страна	273
3.1.3.1.1.	Активна легитимација стечајног управника	274
3.1.3.1.2.	Активна легитимација поверилаца	284
3.1.3.1.2.1.	Стечајни поверилац	290
3.1.3.1.2.2.	Разлучни поверилац	290
3.1.3.1.2.3.	Излучни поверилац	293
3.1.3.1.2.4.	Заложни поверилац	295
3.1.3.1.2.5.	Време настанка потраживања	296
3.1.3.1.2.6.	Поверилац недоследног потраживања	298
3.1.3.1.2.7.	Поверилац неовчаног потраживања	298
3.1.3.1.2.8.	Поверилац оспореног потраживања	299
3.1.3.1.2.9.	Поверилац условног потраживања	303

3.1.3.1.2.10.	Начини сазнања за правну радњу стечајног дужника.....	304
3.1.3.2.	Пасивна страна у побојној парници	306
3.1.3.2.1.	Стечајни дужник	307
3.1.3.2.2.	Противник побијања.....	308
3.1.3.2.3.	Универзални правни следбеник	310
3.1.3.2.4.	Остали правни следбеници	314
3.1.3.2.4.1.	Обим одговорности универзалног и сингуларног сукцесора.	320
3.1.4.	Надлежност суда.....	321
3.2.	Услови побијања.....	322
3.2.1.	Општи услови	322
3.2.1.1.	Постојање стечајног поступка	323
3.2.1.2.	Правни послови и друге правне радње	327
3.2.1.3.	Последица у односу на повериоце.....	331
3.2.1.3.1.	Оштећење поверилаца.....	333
3.2.1.3.2.	Нарушавање равномерног намирења.....	339
3.2.1.3.2.1.	Погодовање поверилаца.....	340
3.2.1.4.	Посебни услови	341
3.3.	Врсте стечајних паулијанских тужби (и приговора).....	343
3.3.1.	Уобичајено намирење или обезбеђење	344
3.3.1.1.	Услови	346
3.3.1.2.	Терет доказивања	362
3.3.1.3.	Рок предузимања радње која је предмет побијања	370
3.3.2.	Неуобичајено намирење или обезбеђење.....	370
3.3.2.1.	Услови	371
3.3.2.2.	Терет доказивања	377
3.3.2.3.	Рок предузимања радње која је предмет побијања	378
3.3.3.	Непосредно оштећење поверилаца.....	380
3.3.3.1.	Услови	381
3.3.3.2.	Терет доказивања	388
3.3.3.3.	Рок предузимања радње која је предмет побијања	389
3.3.4.	Намерно оштећење поверилаца	390
3.3.4.1.	Услови	391
3.3.4.2.	Терет доказивања	398

3.3.4.3.	Рок у којем радња мора бити предузета.....	404
3.3.5.	Послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду	407
3.3.5.1.	Услови	422
3.3.5.2.	Терет доказивања	423
3.3.5.3.	Рок предузимања радње која је предмет побијања	425
3.4.	Немогућност побијања.....	428
3.5.	Тајно друштво	443
3.6.	Зајам којим се надомешта капитал	445
3.7.	Третман повезаних лица	447
3.8.	Дејства побијања	458
3.8.1.	Правна радња остаје без дејства према стечајној маси.....	459
3.8.2.	Реституција.....	468
3.8.3.	Накнада штете.....	473
3.8.4.	Положај противника побијања и накнада користи	477
3.8.5.	Права противника побијања	484
3.8.5.1.	Оживљавање потраживања противника побијања	484
3.8.5.2.	Повраћај датог и уложеног.....	490
3.8.5.3.	Право на пребијање потраживања.....	493
3.8.6.	Принудно остварење дејства побијања	498
3.9.	Рокови у стечајном праву побијања	501
ДЕО ЧЕТВРТИ		509
СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ВАНСТЕЧАЈНОГ И СТЕЧАЈНОГ ПРАВА ПОБИЈАЊА		509
4.1.	Сличности.....	509
4.2.	Разлике.....	510
ЗАКЉУЧАК		514
БИБЛИОГРАФИЈА		520

„Вјечна је борба између вјеровника и дужника, између оног, који има нешто да прими, и оног, који има нешто да даде. Осјећај праведности, иманентан мање – више у претежном дијелу људи, не спријечава дужника у настојању да својој обавези измакне, као што исти осјећај, појачан још с нагоном самоодржања и обogaћења, потиче вјеровника да што успјешније поради на остваривању своје тражбине. Међу средствима, које је употребљавао дужник у тој борби, налази се и оно склапања правних дијела с трећим лицима с имовинским учинком штетним по тражбину вјеровника. Дијело је било огрнуто у законску форму, што више одговарало је и материјалним законским прописима-па што му се онда могло? Могло се њему или, заправо, његову штетноме учинку успјешно супротставити једино опет закон. Као што се отров отровом сузбија тако се и правним дијелима основаним на закону могла наћи протумјера само у закону. Па то и одговара сврси права, законског права. Када оно види да се његов скрајни циљ изиграва, мора да створи нов пропис, који ће то изигравање спријечити. У таквим промјенама и развоју права састоји и његово усавршавање.“¹

¹ Иво Политео, Закон о побијању правних дјела изван стечаја од 22.I.1931., Текст закона с предговором и примјетбама, стр. 3, Тисак „Типографија“ Д.Д., Загреб, 1931. година.

УВОД

Савесност сваког дужника приликом испуњавања преузетих обавеза је један правни идеал, међутим, историја је показала да је тај правни идеал немогуће достићи. Увек ће бити дужника који неће испунити оно на шта су обавезани, некада је реч о објективним околностима, у појединим случајевима је дужник погрешно проценио своје могућности а у неким ситуацијама реч је о крајње несавесном, чак и преварном дужниковом понашању. Зато је за повериоце таквих дужника од значаја да имају контролни механизам заштите својих права тако што ће, између осталог, у одређеним ситуацијама бити у могућности да побијају правне радње свог дужника, уколико су оне учињене на њихову штету. Свако потраживање у себи крије извесну дозу несигурности, а реч је о инхерентој, урођеној несигурности. И даље у ушима поверилаца одзвањају тешке али истините речи Валтазара Богишића. "Док год дуг намирен није, међу тобом и стварју која ти је на дугу, налази се дужник, његова воља, хоће ли или неће извршити што је дужан. Ти, истина, можеш дужника судом гонити да дуг намири, али ту треба парничења; треба ако се дужник нећка, или удара с које било стране на дуг или његову законитост, да суд и његове разлоге упореди с твојим разлозима и доказима, те да парницу ријеш. Па, и кад се парница сврши повољном за тебе пресудом, још је могуће да недостигнеш оно што желиш, јер се и тада још не зна хоће ли ти ствар, о којој је у пресуди ријеч, збиља до рука доћи, или ће то каква запрјека осујетити (на пр. дужник међутим умре, предигне у далеке земље ит.д.).² Поред свих ових несигурности могуће је да дужник предузима и одређене радње или пропушта одређене користи и на тај начин наноси штету својим повериоцима, па се кредиторима мора признати могућност да таква располагања дужника побију, како би учинили могућим намирење сопственог потраживања из отуђене имовине дужника.

² Чл. 871. Општег имовинског законика за Црну Гору

Обзиром да је основни принцип облигационог права да сваки дужник одговара целокупном својом имовином за преузете обавезе према повериоцима, неопходно је заштитити интересе поверилаца тиме што ће им бити омогућено да изврше контролу и, уколико су испуњени законски услови, у законом прецизно и јасно дефинисаном поступку, побити дужникова располагања и намирити потраживање које имају према њему.

Када се говори о праву на побијање дужникових правних радњи немогуће је неучити његов тројни карактер, односно три посебна интереса која би требало заштитити. Овај троугао интереса се огледа најпре у аутономији воље и могућности да свако располаже својом имовином по сопственом нахођењу, затим у заштити трећих лица која стичу извесна права у правним пословима са дужником али и интерес заштите повериоца тог истог дужника који трпе штету због одређених дужникових располагања. Само право мора водити рачуна о заштити сва три наведена интереса, а управо једно компромисно решење, односно добро одмерена размера у заштити ових интереса, дефинише ваљано право побијања дужникових правних радњи. Зато се право побијања мора кретати искључиво у оквиру постављеног троугла, водећи посебно рачуна да се ни једном углу исувише не приближи. Одмерена правила, као и њихова примена, би у идеалном сценарију увек требала да се остварују на централном унутрашњем делу, односно у тежишту троугла, јер у том случају можемо рећи да ниједном од три наведена интереса право побијања није исувише изашло у сусрет, нити се од другог превише удаљило, односно да је његово дејство веома добро одмерено.

Основни постулати права побијања дужникових правних радњи су постављени још у римском праву и то преторским правом којим је било омогућено да се у интересу поверилаца побију одређени правни послови дужника како би се омогућило намирење њихових доспелих потраживања. Право побијања дужникових правних радњи се најчешће означава појмом *actio pauliana*, односно паулијанска тужба а иако је реч о институту римског права, према владајућем мишљењу, сам назив паулијанска тужба не потиче из римског права, већ из средњовековног

гласаторског права. Међутим, побијање се не врши само тужбом него и приговором кога поједини, уважени аутори, називају паулијанским приговором.

Када је реч о називу института, не може се не приметити да законски термин побијање дужникових правних радњи нија баш прецизан обзиром да је реч о побијању учинака дужникових правних радњи а имајући у виду да последица побијања неће произвести неважност предузете радње дужникове.³ Шта више, када се говори о учинцима одређене дужникове правне радње требало би имати у виду да и у том погледу последица побијања ће наступити само у оној мери у којој је то потребно ради заштите поверилачких интереса. Ипак у наставку рада аутор ће користити законски термин побијање дужникових правних радњи са знаком да се то у сваком случају односи на побијање учинка тих радњи у мери којој је потребно да би се потраживање повериоца, односно поверилаца намирило.

Рад је подељен на четири дела.

У првом делу аутор ће испитати општа питања права побијања, развој института од римског права, преко реципираног римског и средњовековног права до великих кодификација и позитивног законодавства. Нарочита пажња у овом делу је посвећена развоју института у српском праву. Такође, у овом делу рада су изложене поделе у праву побијања као и сви покушаји теоријског уобличења овог института.

Други део рада је посвећен праву побијања изван стечаја. Аутор је испитао бројне дилеме ванстечајног побијања као и који услови који морају бити испуњени за побијање одређене дужникове правне радње. Разматрана су и питања који повериоци имају овлашћење да побијају дужникове правне радње, против којих лица овај захтев може бити уперен као и које дужникове радње могу бити предмет побијања. Затим је уследила анализа поступка побијања, положаја тужиоца у парници на којем је *onus probandi* и положаја противника побијања. Обрађене су у

³ Слично З. Слакопер, В. Скоруп, О застари и преклузији код паулијанске тужбе, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Вол.33, број 1, 2012. године, стр. 313-335.

овом делу и све врсте ванстечајних паулијанских тужби. Излагање у овом делу рада је окончано разматрањем утицаја законског рока на остваривање права побијања.

У трећем делу рада анализирано је целокупно стечајно право побијања. Најпре, пажња је посвећена развоју института као и прегледу позитивног домаћег и упоредног стечајног законодавства којим је регулисано право на побијање правних радњи стечајног дужника. Након тога, нарочити акценат је стављен на анализу свих општих и посебних услова стечајног побијања као и преглед стечајних паулијанских тужби. Најзад, испитане су и последице стечајног побијања као и права која у том случају настају на страни противника побијања.

У четвртом делу дата је компаративна анализа стечајног и ванстечајног права побијања и упоређени услови који морају бити испуњени за обе врсте побијања, положај странака а нарочито правне последице. Ово је учињено кроз анализу сличности и разлика између ове две врсте побијања.

Напоследку, аутор је у закључку изложио најважнија правила права побијања и покушао да да одговоре на нека од значајних питања како у материји ванстечајног тако и у материји стечајног права побијања. Такође, изложена су најбитнија сазнања до којих је аутор у току истраживања дошао.

ДЕО ПРВИ

ПРАВО ПОБИЈАЊА ДУЖНИКОВИХ ПРАВНИХ РАДЊИ

1.1. Развој института

Институт побијања дужникових правних радњи није стар онолико колико је стара могућност да дужник својим располагањима оштети повериоце. Наиме, од настанка дужничко-поверилачких односа, постојала је могућност да дужник не измири обавезу према повериоцу. Паралелно са тим, дешавало се и да дужник предузима одређене радње, које су производиле одређене правне последице, па и у односу на имовину самог дужника, чиме је долазило до оштећења поверилаца и то тиме што су услед таквих радњи изгубили могућност намирења сопственог потраживања које имају према дужнику. Разуме се, несавесних дужника је било одувек, који су различитим махинацијама, располагањима и другим радњама на сваки могући начин покушавали да имовину коју поседују учине недоступном повериоцима ради намирења њихових потраживања. Реч је ипак о једном људском понашању, које у недостатку адекватне санкције, из категорије девијантног постаје уобичајено. Управо из ових разлога само право побијања дужникових правних радњи је имало за циљ да, дефинисањем прецизних правила, постави брану таквим девијантним понашањима дужника којим се оштећују повериоци.

Од самог настанка института па до данас у праву побијања централни објекат заштите су повериоци, међутим, не може се не приметити снажна интенција законодаваца, који прописују правила у оквиру права побијања, да заштите и шири друштвени интерес. Тај шири друштвени интерес се огледа у томе што није циљ права побијања само заштита конкретног повериоца и његовог потраживања према

конкретном дужнику већ и спречавању непожељног понашања дужника. Имајући ово у виду, можемо разликовати право побијања дужникових правних радњи у ужем смислу и право побијања правних радњи у ширем смислу. Право побијања у ужем смислу претпоставља конкретно, индивидуално право које има поверилац, у случају када је дужник нанео штету својим повериоцима умањењем сопствене имовине. У ширем смислу, пак, право побијања дужникових правних радњи представља део облигационог права, односно скуп правила којим се омогућава санкционисање оштећења поверилаца од стране дужника. Правила могу бити груписана у оквиру одређеног дела закона којим се уређују облигациони односи, у оквиру грађанског законика у делу који се односи на облигационо право, понекад и у облику посебног закона који садржи правила која се искључиво односе на овај институт. Поједини закони или законици садрже бројне одредбе о праву побијања дужникових правних радњи а у неким земљама је правило дефинисано само једним законским параграфом. Међутим, како год била предвиђена правила у оквиру права побијања, улога суда приликом примене овог института је свакако веома значајна. Ниједно правило не може предвидети све могуће модалитете односно начине којима дужник може оштетити своје повериоце, јер живот је у својим појавним облицима свакако много богатији и сложенији него што један законодавац, ма колико искуства и правничког знања имао, може предвидети. Управо зато, право побијања не може и не треба да предвиди сваку конкретну ситуацију у којој може доћи до његове примене на један или други начин, али мора дефинисати основу као и најважније постулате по којима ће судија, примењујући правило на фактичку ситуацију имати могућност да одлучи о конкретном случају.

Сам назив побијање је релативно новијег датума. Оно је у наше право дошло из германског права, као превод немачке речи *anfechten* а први пут је употребљено 1929. године у тексту Стечајног закона.⁴ Недуго затим, термин побијање добија своју потврду и ново озакоњење кроз Закон о побијању правних дела изван стечаја од 22.1.1931. године. Од тада па до данашњег дана назив побијање заузима доминанто

⁴ Божић С. Марковић, Право побијања изван стечаја, стр. 7, Геца Кон, Београд 1935. година.

место, како у правој теорији тако и у законским текстовима, као појам који означава, у специфичном смислу, оспоравање предузетих правних радњи дужника. Једини изузетак у односу на појам побијање, који је направљен у теоријском погледу, је учињен од стране професора Константиновића коју употребљава појам опозивање а то чини у оквиру Скице за законик о облигацијама и уговорима из 1969. године. Међутим, већ доношењем Закона о облигационим односима, појам побијање добија своју нову потврду а овакво стање се задржало до данашњег дана без назнака да ће се ишта у том погледу и мењати у ближој па чак и даљој будућности.

1.1.1. Римско право

Као и у погледу осталих важнијих института облигационог права, и побијање дужникових правних радњи своје порекло води из римског права. Међутим, само римско право дуго није познавало овакву могућност санкционисања несавесних дужника. За то није било ни потребе. У случајевима када је дужник својим предузетим поступцима умањивао своју имовину а тиме је истовремено оштећивао своје повериоце, санкција која је следила није никога остављала равнодушним. Реч је о тзв. персоналној егзекуцији над дужником, која не погађа његову имовину већ директно њега односно његово тело. Управо зато, Закон XII таблица не познаје овакав деликт, обзиром да је *manus iniectio* ефикасно спречавао овакву врсту превара.⁵ Персонална егзекуција се примењивала у више појавних облика, најчешће као продаја у дужничко ропство изван Рима (*trans Tiberim*) а у случају оштећења више поверилаца санкција је била драстична, смртна казна сечењем на делове (*partis secundo*).⁶ Ко није могао да плати новцем, плаћао је својом кожом.⁷ У сваком случају, ниједан дужник није желео да ризикује сопствени живот у оваквим случајевима, па је заиста проналазио сваки могући начин да намири потраживања својих поверилаца,

⁵ Жика Бујуклић, *Forum romanum* стр.353, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета у Београду, Београд 2009. година.

⁶ *Ibid.*; Обрад Станојевић, Римско право, стр. 402, Службени лист СЦГ, Београд 2003. година.

⁷ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 7.

уздржавајући се од сваког акта који би могао да буде протумачен као оштећење поверилаца. У том смислу, за заштиту поверилаца није ни било потребе предвиђати додатно, грађанско-правно средство заштите у случају испољавања несавесности дужника. Постојећа заштита у кривично-правном смислу кроз персоналну егзекуцију је у више него задовољавајућој мери остваривала своју сврху, смањујући број случајева на минимум. Међутим, развој римске државе доводи до тзв. хуманизације права, што последично оставља примену персоналне егзекуције у грађанско-правним стварима на нивоу изузетка а примат добија реална егзекуција. Тако се наводи да већ у позније доба Републике, дужник који не одговори својим обавезама није се више имао бојати да ће бити убијен или продат ван земље као роб, најгоре што је могао очекивати било је да допадне тамнице за дугове и да му се имање прода ради подмирења поверилаца.⁸ Први корак у овом правцу замене персоналне егзекуције реалном у случају оштећења поверилаца је био доношење 326. п.н.е. *Lex Poetelia Papiria* којим је укинута дужничко ропство а крајем другог века п.н.е. формуларни поступак уводи, уместо *manus iniectio*, тужбу *actio iudicati* и стечајни поступак којим се омоћава извршење на дужниковој имовини.⁹ Међутим, иако је сам стечајни поступак онемогућавао дужнику даље располагање имовином, дужници, знајући за ову околност, су користили период пре стечаја у којем су оштећивали своје повериоце различитим располагањем имовином. Наиме, неки дужници су почели, видећи да ће доћи до стечаја, спасавати делове своје имовине поклањајући их или продајући их фиктивно пријатељима, односно омогућавали да се поједини повериоци наплате у потпуности.¹⁰ Сам стечајни поступак који се спроводио над дужником, односно његовом имовином, по својој прилици није познавао сопствене механизме по којима би се могло оспорити неко располагање које је дужник учинио пре поступка стечаја. Управо зато претор предвиђа одређене инструменте чијом употребом је тако нешто могуће а у циљу заштите поверилаца, односно њихових интереса. То су *Interdictum fraudatorium*, *Restitutio in integrum ob fraudem* и *Actio*

⁸ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 16.

⁹ Жика Бујуклић, наведено дело, стр. 353.

¹⁰ Драгомир Стојчевић, Римско облигационо право, стр. 123, Завод за издавање уџбеника Народне Републике Србије, Београд, 1960. година.

Pauliana. Према мишљењу појединих аутора, оваквим поступањем је претор у римској држави и формулисао посебан деликт-fraus creditorum. Напоследку, у Риму се доноси Lex Aelia Sentia које посредно представља још један вид заштите поверилаца од оштећења од стране дужника. Чини се да развој самог права побијања у оквирима римског права није био последица неке специфичне еволуције овог института већ омогућавање средстава уз помоћ којих се оштећење поверилаца од стране дужника могло спречити, управо зато се чини да су сва наведена средства заправо одговор на праксу која се предузимала у римској држави од стране дужника, па су и санкције адекватно пратиле то фактичко стање.

1.1.1.1. Interdictum fraudatorium

Као прво средство којим се могло спречити понашање дужника fraudandi causa, омогућен је од стране претора, фраздаторни интрдикт који је имао за циљ да у време када је већ реална егзекуција надвладала над персоналном, остваривање заштите поверилаца односно спречавање њиховог оштећење од стране дужника. По једном схватању, да би било места примени овог средства потребно је било да се стекну следећа четири услова: отуђење добра од стране дужника, да је то учињено in fraudandi causa, да је прибавилац malae fidei и да је подигнут најдаље за годину дана од дана отуђења.¹¹ Дакле, по овом мишљењу, није било ограничења у погледу погодованог лица против кога је интердикт могао бити уперен, он се подједнако односио на повериоца који је привилегован од стране дужника у намирењу свог потраживања као и на треће лице које је остварило корист из дужниковог располагања. Такође, по овом схватању, овај интердикт је имао искључиво колективни карактер, установљен је у циљу заштите свих поверилаца инсолвентног дужника чија

¹¹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 18; Adolf Berger, Encyclopedic dictionary of Roman law, стр. 511, reprint, The lawbook exchange, Ltd. Clark, New Jersey, 2004. године; Обрад Станојевић, наведено дело, стр.402.

је имовина била *missio in bona*,¹² а могао се употребити само у случају отуђења телесних ствари. Друго мишљење, пак, заступа став по којем је уз помоћ *interdictum fraudatorium* претор на захтев неког повериоца или *curator bonorum* наређивао повериоцу да врати оно што је, знајући за инсолвентност дужника, примио од њега на штету осталих поверилаца, а уколико он не поступио по интердикту, дозвољена ће бити *actio in factum*, којом је осуђиван да плати казну у висини примљене вредности и плодова.¹³ Као што се може видети, по овом схватању, домашај овог средства заштите поверилаца је било значајно ограничено јер се могло употребити само против погоднованог повериоца. Такође, у теорији свакако преовладава став да се овај интердикт могао употребити само у случају отуђења телесних ствари.

1.1.1.2. Restitutio in integrum ob fraudem

Нешто шири по домашају, *Restitutio in integrum ob fraudem* је друго средство које је претор установио у корист оштећених поверилаца.¹⁴ Њиме се могло ставити ван снаге располагање инсолвентног дужника којим се оштећују повериоци. Међутим, побијати су се могла само активна дужникова делања, односно располагања које је он чинио у тренутку када је био инсолвентан, а такво располагање је производило штетне последице у односу на повериоце, који би остали ускраћени намирања. Поједини аутори сматрају да се заправо радило о поништењу располагања које је инсолвентни дужник чинио у намери да оштети своје повериоце, *praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset*.¹⁵ Последица која би наступала је заправо повраћај у пређашње стање, које је постојало пре него што је отуђење од стране презадуженог дужника учињено.

¹² Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.18.

¹³ Драгомир Стојчевић, наведено дело, стр.123; Обрад Станојевић, наведено дело, стр.402.

¹⁴ Према мишљењу Божидара Марковића, ово правно средство установљено од стране претора не претходи *actio pauliana*, већ оно долази као трећа етапа у развоју права побијања у римском праву, Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.25.

¹⁵ Обрад Станојевић, наведено дело, стр. 402; Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 25.

1.1.1.3. Тужба

Комплетну заштиту, ону која је могла да одговори на захтеве оног времена, римско право је остварило увођењем паулијанске тужбе, која је била и најшира по домаћају а у себи је садржавала и друга бројна правила у корист поверилаца. Ова тужба је такође имала и сопствени развој у оквиру римског права, проширивано је њено дејство и поље примене, тако да се у Јустинијановом праву појављује као једино средство и може се употребити у свим случајевима *alienatio in fraudem creditorum*.¹⁶

1.1.1.3.1. Порекло имена

Порекло имена паулијанске тужбе је можда и најспорније питање историје римског облигационог права. Несумњиво је, међутим, да је сама тужба остваривала своје дејство у оквиру римске државе, али да ли је већ у том тренутку имала постојећи назив, не може се са сигурношћу тврдити. У теорији се истичу два става у погледу порекла имена ове тужбе.

По првом мишљењу, реч је о тужби која је добила назив по претору који ју је и увео у правни живот. У погледу тог претора, поједини аутори не желе да претпостављају ко је то био нити када је живео¹⁷, док други претпостављају да је реч о претору по имену Паулус, на основу којег је и тужба добила име.¹⁸

Друго становиште, пак, полази од тога да нема јасних показатеља нити доказа да је претор по имену Паулус постојао и зато произлази закључак да је сам појам *Actio Pauliana* настао по Паулусу или Павлу, анонимном глосатору. Аутор који се

¹⁶ Драгомир Стојчевић, наведено дело, стр. 124.

¹⁷ Обрад Станојевић, наведено дело, стр. 402..

¹⁸ Драгомир Стојчевић, наведено дело, стр. 124

највише бавио овим питањем је париски професор Paul Collinet. Према његовом мишљењу, за назив тужбе је заслужан непознати преписивач флорентинског рукописа (Florentine) којим је у делу Дигеста који говори о *actio per quam quae in fraudem creditorum alienatae sunt revocantur*, и то између речи *actio* и *per quam*, уметнуо реч *Pauliana*.¹⁹ Подржавајући овај став поједини аутори међу којима је и Jacques Ghestin одбацује сваку могућност да је претор по имену Паулус уопште и постојао.²⁰ Овај став је остао као владајући када је реч о пореклу назива ове тужбе. Тако, Божидар Марковић истиче да име *Pauliana* није античко и да се оно не налази у званичном тексту Дигеста, него да је створено од стране непознатог глосатора по имену правника Паулуса, и да је у остале, доцније, изворе прешло из те првобитне глосе.²¹ Међутим, иако се чинило да је тиме термилошки спор заувек окончан и даље постоје аутори који истичу супротан став.²²

1.1.1.3.2. Услови за подношење

Када је реч о условима који су претходно морали бити испуњени да би *actio Pauliana* била поднета, аутори који су се бавили овим питањем се разликују у мишљењима. Тако, по једном ставу, потребно је да буду испуњена само три услова и

¹⁹ Paul Collinet, *L'origine byzantine du nom de la Paulienne*, *Revue historique de droit français et étranger*, стр. 187 и даље 1919. година, репринт, Schmidt periodicals gmbh, Germany, 1985, година, доступно на <http://gallica.bnf.fr/>, овај аутор је поред аргумената који се тичу околности да се сам назив *Pauliana* не појављује ниуједном другом сачуваном документу из римског и постримског доба истакао и аргумент да су све тужбе у римском праву добијале назив према имену свог творца, односно према *nomen gentilicium*, а да *gens Paulia* у риму никада није постојао.

²⁰ Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, *Traite de droit civil, Les effets du contrat*, стр. 503 L.G.D.J, Paris, 1994. година.

²¹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 20.

²² Видети Стојан Јокић, *Побијање дужникових правних радњи*, Правни информатор 5/2014, Interemex, Београд 2014. године. Наиме, овај аутор тврди да је „већ у римском праву настаје правни институт побијања правних радњи дужника. Написао га је римски претор Паулус, као побојну тужбу. Реч *actio* потиче од латинске речи *actio* што преведено значи тужба –парница, која је по творцу Паулусу названа Паулиана – Паулианска тужба.“; Christian Larroumet, *Les obligations, le contrat*, стр.907, Economica, Париз, 2007. година.

то: *eventus damni, consilium fraudis i conscientia fraudis*.²³ По другом ставу, услова има четири и то су: *alienatio, eventus damni, consilium fraudis i conscientia fraudis*.²⁴ По трећем ставу, услова такође има четири а то су: *deminutio partimonii, eventus damni, consilium fraudis i conscientia fraudis*.²⁵

У сваком случају, најпре је морао постојати акт дужника који је представљао осиромашење дужника (*deminutio partimonii*) које је настало услед фrawdолозног отуђења имовине (*alienatio*). Што се тиче самог отуђења, под тиме се подразумевају како она настала дужниковим активним поступањем тако и дужникова пропуштања.²⁶ Међутим, према постојећим изворима, пропуштања дужникова да увећа своју имовину нису могла бити предмет побијања на основу *actio Pauliana*. Само располагање дужниково, је због формалности римског права, најчешће било увијено у одређену правну форму али су се могла побијати сва она располагања дужникова која нису учињена ни у каквој правној форми-*nam late ista verba patent*.²⁷ Најчешће облик умањења дужникове имовине је био онај који је настајао на основу активног понашања дужниковог, тиме што је он део своје имовине отуђио у корист трећег лица. На основу овог отуђења наступа штета за повериоце (*eventus damni*), а потребно је било да су повериоци оштећени делом које се побија-*si eventum fraus habuit*.²⁸

Такође, услов који је морао бити испуњен је и онај субјективне природе, *consilium fraudis*, свест дужника оштећењу поверилаца, односно свест о сопственој инсолвентности. Чини се да је овако постављен услов захтевао и да је дужник био свестан да је инсолвентан али и да располагањем које предузима наноси штету својим повериоцима. Реч је о несавесности на страни дужника, који и поред наведених знања предузима одређено располагање имовином. Овај услов не треба, ипак, схватити као злу намеру дужника да оштети своје повериоце, довољна је у

²³ Обрад Станојевић, наведено дело, стр. 402.

²⁴ Жика Бујуклић, наведено дело, стр.353-354.

²⁵ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 22.

²⁶ Жика Бујуклић, наведено дело, стр.353-354; Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 22.

²⁷ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 22.

²⁸ *Ibid.*

тренутку отуђења сама свест код дужника да актом доводи себе у стање презадужености или да уопште погоршава свој имовински положај.²⁹

Напоследку, на страни трећег лица је морала постојати свест о инсолвентности дужника као и да повериоци неће моћи да намире своја потраживања, *conscientia fraudis*. Сама трећа лица су нека врста саучесника у остварењу овог деликта па су, логично, и сносили део одговорности за своје поступке.³⁰ Међутим, овај услов се не захтева у случају располагања које дужник чини без накнаде, тада се претпоставља да постоји свест трећег лица о инсолвентности дужника и његовој намери оштећења поверилаца. У том случају, чак и када је савесно, треће лице ће на основу дејства *actio Pauliana*, морати да врати све што је од дужника добило. Ипак, начелно је било потребно да и треће лице учествује у *fraus creditorum*, он је *consciens, particeps, fraudis* друге стране.³¹

1.1.1.3.3. Активна и пасивна легитимација странака

Када је реч о самом поступку по паулијанској тужби, иако то није био поступак какав је данас рецимо парнични поступак, ипак се може утврдити ко су могле бити валидно легитимисане стране. Најпре, на страни тужиоца се могао наћи и *curator bonorum* и повериоци појединачно. Отуда произлази дуални карактер ове тужбе у латинско доба, наиме, она је истовремено имала и колективни и индивидуални карактер. Њен колективни карактер се остваривао у оквиру специфичног стечајног поступка који се спроводио над инсолвентним дужником, када је тужбу подизао *curator bonorum*. Међутим, активно су легитимисани и

²⁹ Ibid., стр. 23.

³⁰ Жика Бујуклић, наведено дело, стр. 354.

³¹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 23.

повериоци али само они чије су тражбине постојале у време предузимања дужниковог акта који је предмет побијања.³²

Са друге стране *actio Pauliana* је могла бити уперена најпре против дужника. Међутим, уочено је благовремено да заштита у том случају не може бити остварена на адекватан начин. Ради остваривања неопходне заштите поверилаца, римско право је морало да жртвује нешто већу вредност, треће лице које остварује корист из дужниковог акта. Дужник је ионако презадужен, евентуално је тужба дејство остваривала превентивно, односно стављањем дужника у затвор, да би се спречило даље расипање имовине.³³ Зато се временом проширује њено дејство па је она могла бити поднета против трећих лица, чиме је заправо конципиран концепт који постоји и у данашњим законодавствима широм Европе. Такође, тужба је била и активно и пасивно наследива, што значи да су и наследници оштећеног могли користити ову тужбу, а то су могли учинити и против наследника инсолвентног дужника.³⁴ Тужба се могла подићи у року од годину дана и по владајућем мишљењу није повлачила инфамију.

1.1.1.3.4. Одлуке по тужби

Разуме се, могло се најпре десити да тужба не буде усвојена. У том случају, као и у данашњем праву, поступак се окончава а тужени има право на надокнаду трошкова од тужиоца.

³² Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 24.

³³ Обрад Станојевић, наведено дело, стр. 403.

³⁴ Жика Бујуклић, наведено дело, стр.354; Обрад Станојевић наводи да је *fraus creditorum* деликт који, више него остали, има имовински карактер, па је дозвољено да наследници оштећеног покрену *actio Pauliana*, као што је дозвољено тужити и наследнике инсолвентног дужника, наведено дело, стр. 403. и 404.

Међутим, уколико *actio Pauliana* успе, тужени је дужан да врати примљену ствар или њену противвредност. Поред реституције као основне санкције за туженог, он је у обавези и да накнади претрпљену штету.³⁵ У случају побијања бесплатног располагања, *conscientia fraudis* ће бити од значаја приликом процене степена одговорности туженог, тако онај тужени који успе да у поступку докаже савесност неће избећи одговорност, али ће његова одговорност приликом реституције бити умањена, обзиром да ће бити у обавези само да врати ствар којом се обогатио на рачун дужника, односно поверилаца. Несавесни прибавилац ће бити у обавези да врати и плодове.³⁶

1.1.1.4. Lex Aelia Sentia

Механизам заштите поверилаца није био оствариван само преторским деликтом *fraus creditorium*, односно његовим санкционисањем од стране претора кроз конкретна правна средства која се стављају на располагање оштећеним повериоцима. То је учињено и једним законом, додуше, на посредан начин и у ограниченом обиму. То је *lex Aelia Sentia* који је садржавао за право побијања значајне одредбе о забрани ослобођења робова *in fraudem creditorum*. Важно је приметити да је код ослобођења робова реч о располагању без накнаде па у том случају се није захтевало постојање субјективног услова-*conscientia fraudis* на другој страни. Та друга страна, уосталом, и јесте ослобођени роб, а обзиром да он није био субјект права, његов психолошки однос према ослобођењу учињеном од стране дужника свакако не би имао никакав значај. Роб је био део имовине дужника, па се његовим ослобађањем заиста умањивала дужникова имовина што је *lex Aelia Sentia* успео да спречи, иако то није

³⁵ Жика Бујуклић, наведено дело, стр. 354.

³⁶ Драгомир Стојчевић, наведено дело, стр. 124.

био главни разлог доношења овог закона.³⁷ Међутим, ова установа се није могла даље у римском праву развијати обзиром да је њена еволуција онемогућена укидањем ропства.³⁸

1.1.2. Француско право

У Француској се право ванстечајног побијања налази у трећем подглављу Француског грађанског законика који говори о дејству облигација и то у шестој секцији под називом дејство уговора на трећа лица.

Француско право је, можда и најверније од свих, реципирало римску концепцију права побијања, разуме се, модернизујући је и прилагођавајући је савременим схватањима. Када је реч о праву побијања ван стечаја, устаљено мишљење је да се у француском праву оно остварује кроз три главна средства која стоје на располагању оштећеном повериоцу. То су Action oblique, Action subrogatorie и најважнија од свих, Action Paulienne.

Action oblique или посредна тужба је правно средство у рукама поверилаца предвиђена чланом 1166. Француског грађанског законика на основу које повериоци могу вршити, у име дужника, сва његова права, уз изузетак права која су везана искључиво за личност дужника. Настала на идеји опште залогне поверилаца над имовином дужника, посредна тужба има за циљ спречавање смањења дужникове имовине и то на основу пропуштања која дужник врши у погледу својих права. Овако постављена тужба има дефинисан веома јасан циљ, да онемогући несавесном дужнику да, пропуштајући, услед неактивности или нехата, да врши одређена права која има, умањи или лиши повериоце могућности намирења потраживања. Члан

³⁷ Видети више у W.W.Buckland, Roman law of slavery, стр. 539-546, the lawbook exchange LTD, Union, New Jersey, 2000. година.

³⁸ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 25.

1166. у себи садржи формулацију „droits et actions“ а што према мишљењу Божидара Марковића, представља плеоназам, па речи „права и тужбе“ треба узети за синониме и разумети да се ради само о тужбама.³⁹

Друго средство које постоји као могућност за повериоца да се заштити од дужникових несавесних располагања је тужба за утврђивање симулације, у француском праву позната као *action subrogatorie* или *action en declaration de simulation*. Њена примена ће бити могућа у оним случајевима када нема места примени паулијанске тужбе, обзиром да дужник није заиста одређеном радњом умањио сопствену имовину, већ је само симулирао акт сиромашења. У том случају повериоци могу тражити да се огласи нестварност посла који им се противставља тиме што ће утврдити непостојање фингираног преноса или отуђења.⁴⁰ Циљ тужбе је да спречи дејство симулованог правног посла који је дужник предузео.

Као што је већ напоменуто најважније правно средство које повериоци у француском праву могу користити је паулијанска тужба, *Action Paulienne*. Реч је о преузетој паулијанској тужби из римском права која је у Дигеста била формулисана као тужба *quae in fraudem creditorum*. Она је предвиђена чланом 1167. Француског грађанског законика и дефинише да повериоци могу, у своје име, побијати акте дужника које је он предузео са намером оштећења њихових права.⁴¹ Заиста једном одредбом је одређена судбина читавог института, а француски законодавац је то свесно и са јасном намером учинио на овакав начин. Наиме, у основи оваква концепција значи абдикацију законодавца у корист судова, која је отворила судовима широко поље рада, а одлуке судова у више од 200 година живота саме одредбе члана 1167. су заправо и креирале позитивно француско право побијања.⁴² Сам институт се у француском праву састоји из два услова, објективног-оштећења поверилаца и субјективног-намере оштећења. Сам појам оштећења поверилаца се схвата веома уско, најпре, потребно је да је потраживање повериоца доспело и извршно а да се не

³⁹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 37.

⁴⁰ *Ibid.*, стр.42.

⁴¹ Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

⁴² Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 26.

може намирити услед дужникове инсолвентности. Међутим, у погледу извршности потраживања, у француском праву постоје и присталице тезе да потраживање не мора бити извршно, односно не мора постојати извршни наслов у вези са потраживањем да би поверилац тог потраживања могао да врши побијање правних радњи свога дужника.⁴³ Затим, потребно је да је сама инсолвентност на страни дужника наступила као последица акта који је предмет побијања, јер према схватању француског права, нема оштећења поверилаца уколико је дужник био солвентан и након предузимања располагања које је предмет побијања. Напослетку, захтева се да је потраживање повериоца који врши побијање настало пре предузимања акта од стране дужника који је предмет побијања. У односу на последњи услов, реч је о разради теорије опште залогe поверилаца над дужником имовином. У том смислу, уколико повериоци имају општу залогу над дужниковом имовином, они је могу имати тек након што њихово потраживање према дужнику настане, па располагања која је дужник до тог момента предузео не умањују залогу тих поверилаца. Изузетно, дозвољено ће бити побијање од стране повериоца чије је потраживање настало након предузетог акта од стране дужника, у случају када се може доказати да је дужник такав акт предузео у циљу оштећења својих будућих поверилаца. Разуме се, овај случај ће бити изузетак обзиром да је реч о веома комплексном доказивању релативно тешке чињенице.

Субјективни услов се у француском праву огледа у намери оштећења поверилаца на страни дужника. Дужник предузима одређени правни акт у намери да оштети своје повериоце, код њега постоји готово неизмењена концепција римског права о *consilium fraudis*. Дакле, право побијања претпоставља несавесност на страни дужника. Ипак, у старијој француској теорији о појму и садржини намере оштећења постоје два гледишта. Према првом схватању, намера оштећења обухвата само *dolus*, односно директну намеру да се другом нанесе зло, док је према другом схватању *consilium fraudis* заправо само такво стање свести дужника да актом који предузима

⁴³ Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette, Les obligations, стр. 1159, Dalloz, Paris 2009. година.

проузрокује или отежава намирење својих поверилаца.⁴⁴ Судови у Француској, који су заправо креатори правила у оквиру права побијања, су се на веома опрезан начин поставили према овом проблему. Наиме, не заузимајући позицију која би се приклонила једном од два наведена гледишта, француско правосуђе је изградило сопствено гледиште у погледу намере оштећења које члан 1167. ФГЗ предвиђа као услов у материји побијања. Идеја коју су француски судови изградили и временом додатно надограђивали полази од опште претпоставке да знање о сопственој инсолвентности је нешто што се подразумева код сваког дужника, јер се не може узети да једно нормално лице не познаје своје имовно стање.⁴⁵ Зато се и сам појам намере ублажава тиме што је за побијање довољно да постоји свест да се наноси штета повериоцима⁴⁶ као и да је само знање за штету довољно за коришћење паулијанске тужбе.⁴⁷ У таквом поимању ствари, заиста се у самом поступку терет доказивања савесности дужника приликом предузимања оспореног акта пребацује на другу страну, што значајно олакшава положај побијача и проширује саму могућност побијања.

У односу на треће лице, бенефицијара дужниковог располагања, француско право поставља правило да је побијање начелно могуће само у случају када је треће лице знало за намеру оштећења на страни дужника. Несавесност прибавиоца као услов за успех тужбе Code civil истина не поставља, али и поред тога, као освештано начело и римског и старог француског права, његову неопходност ни у једном тренутку није оспорила ни доктрина ни јуриспруденција.⁴⁸ Међутим, иако члан 1167. ФГЗ не прави разлику у побијању теретних и добротних правних аката дужника, ову разлику јасно подвлачи како правна теорија тако и судови приликом пресуђивања у праву побијања. Тако се подразумева да конструкција римског права *eventus damnum-consilium fraudis-conscientia fraudis* мора бити испуњена само у

⁴⁴ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 30.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Одлука Cour de cassation од 13.03.1973. године, наведено према Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 609.

⁴⁷ Одлука Cour de cassation од 12.12.2006. године, наведено према Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 609.

⁴⁸ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 31.

случају побијања теретних аката које је дужник предузео. Са друге стране, за побијање бестеретних аката дужникових, довољно је доказати да постоји оштећење поверилаца и да је постојала намера дужника да наступи таква последица а неће бити од значаја да ли је у поступку доказано знање за такву дужникову намеру на страни прибавиоца. Од два интереса у сукобу и савремено право признаје првенство повериоцима који *certat de damno vitando* према поклонопримцу који само *certat de lucro captando*.⁴⁹ У односу на постављење оквира бесплатних аката дужника, у француском праву се полази од претпоставке да се ово питање увек процењује из угла прибавиоца, односно да ли је он из акта дужниковог извукао одређену корист. Зато ће у ову категорију бити уврштени и они формално теретни акти из којих је треће лице материјално прибавило неку корист.⁵⁰

У старијој француској теорији је вођена стручна дискусија око саме природе *Action Paulienne*.⁵¹ Према једном схватању, правна природа ове тужбе почива у њеном стварно-правном дејству. Насупрот овог мишљења, долази став да је реч о личној тужби за накнаду штете против прибавиоца. Разуме се, значајно дејство произлази из оба наведена схватања у односу на сваког доцнијег прибавиоца, тако по првом понуђеном мишљењу, не би се ценила савесност доцнијег прибавиоца, већ би сама тужба дејствовала и према њему, у случају да тужилац успе у поступку. На основу другог става, упитна је одговорност доцнијих прибавилаца и оцена њихове савесности. Међутим судови у Француској су и у овом погледу остали верни свом уходаном начину правног закључивања, не приклањајући се ниједној понуђеној опцији, они креирају оригиналну природу тужбе као и њено дејство. Наиме, уз разумевање да је паулијанска тужба негде на пола пута између чисто стварних и чисто личних тужби, француско правосуђе израђује специфично њено дејство, које је и данас прихваћено у већини правних система у Европи. Наиме, према овом оригиналном схватању, дејство пресуде се остварује крајње индивидуално и то у два посебна правца. Прво, побијање делује само у односу на тужиоца а не и у односу на

⁴⁹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 32.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Наведено према Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 34.

друге повериоце и друго, дејство побијања ће бити само у мери која је неопходна за намирење тужиочевог потраживања.⁵² Као мету побијања француско право лоцира не дужника већ управо прибавиоца, а у случају располагања од стране прибавиоца, онда доцнијег прибавиоца под условом да постоји његова несавесност или када је у питању расплагање без накнаде.

Тако, према мишљењу Jean Carbonnier у случају побијања морају бити испуњени општи и посебни услови које овај аутор назива остали услови који се односе на само паулијанско побијање. Општи услови би били они који се односе на акт дужников-представља располагање имовинским правима (али не и личним правима), на повериоца- потраживање поверилаца не сме бити под условом и роком и најзад, на дужника-он мора бити инсолвентан.⁵³ Специјалних услова по мишљењу овог аутора има два:

1. штета за повериоца (*eventus damni*), у смислу да само располагање дужниково које је предмет побијања производи или погоршава инсолвентност дужникову, при чему примена побијања неће бити омогућена у случају исплате дуга од стране дужника или новог његовог обавезивања а односи се на бестеретна располагања или располагања имовином за умањену вредност или симуловану цену;
2. намера дужника за оштећењем поверилаца (*consilium fraudis*) у односу на коју се прави дистинкција између побијања теретних и бестеретних располагања. Код ових првих потребно је да постоји *consciis fraudis* на страни трећег лица док се друга могу побијати и без субјективних услова испуњених на страни трећег лица.⁵⁴

Иако члан 1167. Француског грађанског законика то не помиње, и у француском праву, односно пракси судова у материји побијања, се прави значајна

⁵² Упоредити, Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 609 и 610.

⁵³ Jean Carbonnier, *Droit civil*, Tome II, стр.601 Presses universitaires de France 1983.

⁵⁴ *Ibid.*

разлика између побијања теретног и бестеретног дужниковог акта.⁵⁵ Тако је у једном случају Cour de cassation направио такву разлику. Том приликом је закључено да приликом побијања треба имати у виду бестеретне послове код којих стање свести треће стране није од значаја док ће код теретних послова то бити пресудно, односно код којих у случају побијања мора постојати саучесништво, односно несавесност треће стране у чију корист је посао и предузет од стране дужника.⁵⁶

Такође, правило из Француског грађанског законика не предвиђа последицу коју побијање производи. У том смислу, јединствен став у теорији је да је дејство успешне паулијанске тужбе *inopposable* а не *nullite* иако постоје одлуке Касационог суда у којима се као дејство означава поништење дужниковог акта који је био предмет побијања.⁵⁷

1.1.3. Право осталих латинских законодавстава

Снажан утицај француског права, односно Француског грађанског законика на права земаља која, као и Француска, почивају на снажној вези са римским правом и његовим институтима, није се могао избећи ни у материји побијања. Додуше, у овим правима материја побијања најчешће је уређена, као што је то учињено у Француској, једном одредбом, али понекад и читавим низом правила.

Законско уређење право побијања у Шпанији добија кроз одредбе грађанског законика од 24.7.1889. године. Наиме, у оквиру дела законика који говори о побијању у члану 1291. ст. 3. је предвиђена одредба да се могу поништити, односно опозвати

⁵⁵ Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, наведено дело, стр. 532, према мишљењу ових аутора за побијање бестеретних послова довољно је само знање на страни дужника да се производи штета за повериоце док код теретних мора постојати намера оштећења; видети још Muriel Fbre – Magnan, *Droit des obligations*. 1- Contrat, стр. 512, Paris 2007. година.

⁵⁶ Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, наведено дело, стр. 93 и 94.

⁵⁷ Malaurie Philippe, Laurent Aynes, *Les obligations*, стр.644, Defrenois, Paris, 2009.година.

уговори којим се оштећују повериоци уколико се повериоци не могу наплатити на други начин. Правило је још увек на снази а слично као и у Француској, побијање свој прави живот добија кроз судске одлуке, обзиром да суд има прилично широки простор да утврди на које све животне ситуације је могуће применити наведено правило.

У Португалу, право побијања је најпре било уређено у Código Civil из 1868. године. Међутим, 1. јуна 1967. године Португал добија нови грађански законик који је још увек на снази. Овим закоником право побијања је уређено кроз одредбе чланова од 610. до 618. Иницијалну идеју француског права да једном општом одредбом законик дефинише целокупно право побијања, као што је то био случај у закону из 1868. године, заменило је схватања по којем је ипак неопходно, у погледу права побијања, мало шире законско уређење овог института. Новим Закоником се уређује на посебан начин побијање теретних и бестеретних уговора, предвиђа се такође сам ефекат побијања и одговорност сукцесора противника побијања.

Италијанским грађанским закоником из 1865. године је право побијања било уређено само једним правилом које је било формулисано у члану 1235. на веома сличан начин као и члан 1167. ФГЗ. Овим правилом су одшкринута врата у корист поверилаца који на основу њега могу побијати послове својих дужника којима се оштећују поверилачки интереси. Модерно италијанско право побијања своје уређење налази у члановима 2901-2904 Италијанског грађанског законика из 1942. године. Овим одредбама је предвиђено да повериоци могу побијати теретна и бестеретна располагања дужника а средство којим то чине је тужба названа *azione revocatoria ordinaria*.

У Швајцарској се 11. априла 1889. године доноси *Loi sur la poursuite pour dettes et faillites* којим се уређује материја права побијања. У овом закону је садржана материја како побијања ван стечаја, тако и стечајног побијања. Закон је још увек на снази а сама правила о побијању се налазе у члановима 285-295.

1.1.4. Аустријско и немачко право

Када је реч о аустријском и немачком праву побијања, ми говоримо заправо о германском моделу конципирања могућности опозивања дужникових аката почињених на штету поверилаца. Веома чврсто историјско наслеђе, како у Аустрији тако и у Немачкој су у великој мери обојили и данашње право побијања у овим земљама. У њему има трагова средњевековног статутарног права немачких градова, општег немачког права римске концепције са италијанским премисама, наслеђа из француског и из пруског права. Ипак, и поред оволико утицаја, немачко право побијања је формулисало уникатне а опет ефикасне механизме побијања дужникових аката којима се оштећују повериоци. Приликом формулација правила, германска права углавном користе појам *Gläubigeranfechtung* који у основи значи, оспоравање или побијање. Такође, у Аустријском праву се подвлачи термин *Einzelanfechtung* који означава индивидуално побијање изван стечаја да би се разликовао од појма *Konkursanfechtung* који означава колективно побијање у стечају.⁵⁸ Међутим, термилошки спор око побијања је почетком 20. века био веома интензиван. Наиме, коришћени су разни термини да се дефинише институт који данас лагодно називамо побијање дужникових правних радњи. То су били релативна неважност (*relative Ungültigkeit*), недејство (*Unwirksamkeit*), побојност (*Anfechtbarkeit*), релативна ништавост (*relative Nullität*) и релативно недејство (*relative Unwirksamkeit*).⁵⁹ Термилошки спор је разрешен од стране законодавца који је овај институт ипак назвао *anfechtung* чији је најприближнији и највернији превод побијање. У Немачкој су 5.10.1994. године донети тзв. „закони близанци“ и то *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (AnfG)* којим је реформисано ванстечајно право побијања до тада уређено *Gesetzgebung zur*

⁵⁸ Paria Pretelli, cross-border credit protection against fraudulent transfers of assets, *actio pauliana in the conflict of laws*, стр 593, *Yearbook of Private International Law*, Volume 13 (2011), стр. 593.

⁵⁹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 47.

Konkursordnung (KO) од 10.2.1877. године и Anfechtungsgesetz од 21.7.1879. године, као и Insolvenzordnung (InsO) којим је регулисана материја стечајног побијања, и напослетку, нешто доцније, Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO) којим је извршена хармонизација немачког права са правом ЕУ односно EC Regulation on Insolvency Proceedings (No 1346/2000).

Са друге стране, у Аустрији, еволуција права побијања је започета веома стидљиво, кроз две одредбе Општег аустријског грађанског законика од 1.6.1811. године. Реч је о једној одредби која директно говори о побијању а то је §953. док друга, у §1286. само посредно говори о могућности, односно немогућности опозивања уговора о ренти. Могућност побијања је ограничена искључиво на поклоне обзиром да §953. гласи: „Под истим овим ограничењем (§952) могу се натраг тражити и они поклони, којима су оштећени повериоци, чије су тражбине већ постојале у време даривања. Повериоци чије су тражбине постале после даривања, имају ово право само онда, ако се може доказати да је обдареник био у лукративном споразуму.“ Управо ова одредба која раздваја могућност побијања поклоне од стране поверилаца у зависности од тренутка када настаје њихова тражбина, што значајно говори о једном оригиналном размишљању у праву побијања у Европи. Реч је о ограничењу које је и у француском праву побијања, које почива на теорији опште залогне поверилаца, има своју примену, па може чудити податак, што аустријско право, у којем је снажан утицај деликтне теорије, садржи исто ограничење. Међутим, овакав след не би требало да чуди уколико се има у виду да су ФГЗ и АГЗ донети у веома кратком периоду од укупно 7 година, што претпоставља ипак снажан утицај једног права на друго. Аустријско право побијања је нешто више од пола века било скучено у две наведене одредбе АГЗ, када сазрева и препознаје се потреба да се право побијања уреди посебним законом. Први покушај да се тако нешто учини је био кроз нацрт Стечајног закона од 25.12.1868. године и то кроз §34-39, које ипак нису ушле у дефинитиван законски текст, а 1875. године је под утицајем трговачке и

индустријске корпорације био други покушај озакоњења права побијања, који је такође остао неуспешан, односно само на нацрту.⁶⁰

Ипак, снажна опредељеност аустријске правне теорије, која врши константан притисак на законодавца, је резултирала успехом 25.3.1884. године кроз *Anfechtungsgesetz*, посебан закон о побијању правних дела изван стечаја. Од доношења овог закона престала је да важи одредба §953. АГЗ, чиме је остварена идеја која и данас у аустријском праву делује, да право побијања буде уређено посебним законом изван законика којим се уређују облигациони односи у начелу. У том смислу, у модерном праву Аустрије је и даље на снази *Anfechtungsordnung* од 10.12.1914. године који је извршио снажан утицај на наше предратно право побијања па ће о његовим решењима више речи бити у доцнијем делу рада.

1.1.5. Развој института у англосаксонском праву

Развој института у англо-саксонском праву је започет одавно, а прве изворе налазимо већ у 14. веку. Наиме, у Енглеској, за време краља Едварда III било предвиђено правило које је дефинисало будућу установу, односно право побијања под називом *fraudulent conveyance*.⁶¹ Недуго затим, за време краљице Елизабете, 1570. године ступа на снагу *The Fraudulent Conveyances Act*, који је знатно познатији под својим другим именом *the Statute of 13 Elizabeth*. Реч је о акту који је донет са једним основним циљем, да спречи да несавесни дужници, различитим располагањима наносе штету својим повериоцима. Дакле, заштитно добро које би овај акт требало да

⁶⁰ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 53.

⁶¹ Правило је било предвиђено на следећи начин: „*fraudulent assurances of lands or goods to deceive creditors shall be without effect if it be found that such Gifts be so made by Collusion, that the said Creditors shall have execution of the said Tenements and Chattels, as if no such Gift had been made*“, наведено према Frederick Wait, *A Treatise on Fraudulent Conveyances and Creditors' Bills*, стр.33, Beard books, Washington, репринт 2000. година.

штити је поверилац који се понаша bona fide.⁶² Главна мета побијања према овом акту је намерно оштећење поверилаца од стране дужника⁶³, што је и разумљиво а може се видети како у римском праву тако и првим законским уређењима права побијања у европским земљама. Како је реч о најтежем облику оштећења поверилаца, намерном оштећењу, the Statute of 13 Elizabeth је садржао одредбу по којој ће свако располагање које дужник учини бити без дејства (null and void) у односу на повериоце. У САД, the Statute of 13 Elizabeth је прихваћен и то у таквој мери да су судије у одлукама које се на њему базирају, често назначавале како је овај институт база читавог правног система.⁶⁴

Ради унификације права побијања у САД, најпре се 1918. године доноси Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA). Њега је сачинио професор William Draper Lewis а овај акт је усвојило само 26 земаља у оквиру САД.⁶⁵ У односу на свог претходника овај закон проширује појам побијања и на друга дужникова располагања у којима намера оштећења није од пресудног значаја. Овај закон по први пут дефинише појмове као што су поверилац, потраживање, инсолвентност и fair consideration. Међутим, 1984. године се на нивоу федерације доноси Uniform Fraudulent Transfer Act или скраћено UFTA. Овај правни акт је донет од стране National Conference of Commissioners on Uniform state laws а заменио је до тада важећи Uniform Conveyance Transfer Act. Реч је о тзв. модел закону који свака држава у оквиру САД може искористити за доношење свог закона који ће регулисати материју права побијања. Од стране истог тела, 2014. године се доносе измене UFTA када и сам закон мења назив у Uniform Voidable Transactions Act.

⁶² Frederick Wait, наведено дело, стр. 35.

⁶³ Peter A. Alces, Luther M. Dorr, A Critical Analysis of the New Uniform Fraudulent Transfer Act, стр. 529, University of Illinois law preview, 1985. година

⁶⁴ Frederick Wait, наведено дело, стр. 35.

⁶⁵ Peter A. Alces, Luther M. Dorr, наведено дело, стр.533

1.2. Теоријско оправдање права на побијање

Као и свака друга наука, и правна наука је одувек показивала тежњу за дефинисањем теоријске подлоге права побијања. Имајући овај задатак пред собом, јуриспруденција је дошла до оређених резултата када је теоријско оправдање права побијања у питању. Међутим, аутори који су покушали да право побијања сведу под неку теорију, нису у томе успели обзиром да се показало да право побијања не може бити ваљано схваћено уз помоћ само једног теоријског мишљења. Управо зато и не постоје јасно дефинисане теорије у праву побијања, реч је само о начелним идејама водиљама које оправдавају основ и последице побијања дужникових правних радњи.

1.2.1. Теорија правичности

Теорија правичности подразумева посматрање права побијања уопште а посебно санкцију коју носи са собом, на један, ипак идеолошки начин. Основна порука ове концепције је да се побијање мора схватити са једног моралног па можда и филозофског становишта. Реч је о томе да побијаном правном радњом дужник наноси штету својим повериоцима а да је то једно неморално, неприхватљиво и неправично решење и да се управо због тога побијањем одузима таква последица дужникове радње. Паулијанска тужба је и настала као потреба појачања моралних правила која морају владати између повериоца и дужника.⁶⁶ Само оштећење поверилаца се квалификује као повреда начела правичности које је једно од основних начела облигационог права, па побијање дужникове радње која је узрок оштећења долази као разумљива консеквенца. Узрок у оваквим случајевима захтева последицу, која се огледа у одузимању правног дејства предузетој дужниковој радњи.

⁶⁶ Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, наведено дело, стр. 504.

Обриси оваквог теоријског приступа се виде још и код процене степена одговорности противника побијања, обзиром да право побијања прилагођава санкцију савесности односно несавесности друге стране, противника побијања, у чију корист је предузета радња дужникова. Такође, приликом прописивања различитих врста побијања увек се води рачуна да степен свести противника побијања мора бити прилагођен степену свести дужника као и садржини саме предузете радње, јер се сматра да је неправично да противник побијања одговара по неком објективном критеријуму. Међутим, и ово правило има изузетке, тако, на пример, за побијање бесплатних дужникових располагања се не захтева никакав субјективан однос противника побијања према дужниковој предузетој радњи, већ он одговара објективно. Ипак, на неки начин је и ово разрада теорије правичности, обзиром да противник побијања у том случају није дао дужнику никакву накнаду, противвредност или противкорист, па обзиром да не трпи никакву штету услед побијања се сматра да је правична санкција у овом случају базирана на објективним околностима.

У сваком случају, као и код других института облигационог права, начело правичности у значајној мери диктира саму садржину права побијања, обзиром да право побијања ипак има као основни циљ заштиту поверилаца од несавесног понашања и аката дужника. Спречавањем оштећења поверилаца успоставља се правична равнотежа у односима између поверилаца и дужника а паралелно се остварује шири друштвени интерес, спречавање једног девијантног понашања дужника.

1.2.2. Деликтна теорија

Обзиром да је у праву побијања реч о једном несавесном понашању дужника, оно би се наизглед заиста могло поистоветити са деликтом који дужник чини. Деликт

би у овом случају било само оштећење поверилаца без обзира којом дужниковом радњом се та последица остварује. Овакво схватање добија на значају нарочито уколико се погледа последица побијања, обзиром да она у себи садржи ипак значајну санкцију у односу на саму правну радњу дужника која се побија. Такође, у случају побијања није реч само о деликту који чини дужник, већ и треће лице у чију корист је дужник предузео радњу која се побија. Деликт од стране трећег лица, противника побијања ће се у одређеним случајевима побијања састојати у саучествовању у правној радњи стечајног дужника, рецимо у случају намерног оштећења поверилаца, док ће у другим случајевима бити у пасивном држању у односу на поступање дужника којим се оштећују његови повериоци. Зато и сама последица побијања не погађа само дужника већ и противника побијања, заправо овог другог чак и у већој мери него самог дужника, обзиром да ће се обавеза реституције најчешће на њега односити. Сам деликт који је починио дужник а у којем је, у мањој или већој мери, учествовао и противник побијања у потпуности оправдава могућност, односно право побијања које стоји на располагању оштећеним дужниковим повериоцима.

Ова теорија је највише заступана у немачком праву у којем је истицано да је стицање теретним путем кривица која може бити схваћена као свесна, доложна повреда туђег права, као деликт дакле, или као нехат, кулпозно владање, недостатак пажње према интересима трећих лица, као квази деликт.⁶⁷ Ова теорија има присталице и међу француским ауторима. Тако рецимо, Philippe Malinvaud приликом објашњења паулијанске тужбе и потребе спречавања преварног понашања од стране дужника упућује на то да је дужниково проузроковање инсолвентности (*d'organiser son insolvabilite*) уколико је усмерено на избегавање измирења обавеза према повериоцима кажњиво и по кривичном праву и то по *code pénal* (чланови од 314. до 317).⁶⁸

⁶⁷ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.49.

⁶⁸ Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 607.

У односу на бесплатна располагања, деликт се посредно заснива на неоснованом обогаћењу прибавиоца.⁶⁹ Обзиром да је овакав теоријски приступ поникао из немачког права које је за право побијања имало као узор римско право, односно римску паулијанску тужбу, која је ипак искључиво долозног карактера, у другим случајевима побијања, деликтна теорија не може рационално образложити основ и смисао. Зато, велике проблеме овом теоријском гледишту прави и побијање оних дужникових радњи у којима се не захтевају субјективне претпоставке на страни противника побијања, а у одређеним случајевима и на страни дужника. По римском праву одговорност трећег лица је почивала на његовом учешћу у превари, прибавилац је одговарао само као *practiceps fraudis*, а чак и тамо где је изузетно, код бесплатног стицања одговарао као *particeps ignorans*, тражило се да бар дужник буде злонамеран.⁷⁰ У модерном праву побијања, само побијање је могуће, у одређеним случајевима, и без непосредне одговорности трећег лица, чак и када треће лице није ни *particeps ignorans*, већ на основу чисто објективних околности односно критеријума. Поред овога, оправдање побијања деликтом дужника учињеном према повериоцима би се могло учинити само у случајевима радњи које су предузете након што је потраживање повериоца настало, док са друге стране право на побијање имају повериоци чија су потраживања настала након предузете радње од стране дужника, па се поставља оправдано питање како је дужник могао починити деликт и према њима.

Такође, велика мана оваквог теоријског приступа лежи у томе што правна радња дужникова која је предмет побијања у суштини и не представља никакав деликт у формално-правном смислу речи. Заправо, говоримо о правно перфектној радњи дужника која задовољава све услове које право поставља пред њу. У случају да правна радња није правно перфектна или ако јој недостаје неки елемент да би била правно перфектна, таква радња начелно не може бити предмет побијања. У таквим случајевима облигационо право је предвидело другачију санкцију, утврђење ништавости или поништење. Такве правне радње дужникове ће заправо изгубити

⁶⁹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.49.

⁷⁰ *Ibid*, стр. 50.

дејство у потпуности, за разлику од радњи које се побијају, које губе дејство само у односу на повериоца и само у оној мери која је довољна за намирење његовог потраживања.

1.2.3. Теорија опште залогe поверилаца на дужниковој имовини

У облигационом праву је познато начело да дужник одговара целокупном својом имовином за обавезе према повериоцима. Међутим, постоји гледиште, нарочито заступљено у француском праву, да та обавеза дужника није само проста одговорност за дугове, већ повериоци дужникови имају општу залогу на имовини његовој. Разуме се, овде се залогa не сматра као неко формално право које повериоци имају у односу на дужника, нити се однос између поверилаца и дужника може окарактерисати као однос заложног повериоца и заложног дужника, просто се жели појачати начело о одговорности за обавезе дужникове. Са оваквим разумевањем, право на побијање представља логичну последицу у случају када дужник општу залогу смањује, односно располаже сопственом имовином и на тај начин директно утиче на могућност намирења потраживања поверилаца.

Теорија опште залогe поверилаца на дужниковој имовини је нарочито заступљена и развијана у одлукама Cour de cassation у области побијања. Тако се рецимо у једној новијој одлуци Француског Касационог суда наводи управо као разлог за побијање то што је дужник отуђио део своје имовине и тако смањио поверилачку општу залогу. Тако, суд наводи следеће: „afin de restaurer son droit de gage general sur l’object de cette alienation”.⁷¹

⁷¹ Одлука Cour de cassation од 9.4.2014. године, извор: <https://www.courdecassation.fr>

Смањење опште залогe у случају побијања се изједначава са оштећењем поверилаца.⁷² Заправо и јесте тако, јер ако се боље погледа, заиста у случају када дужник отуђи неку своју ствар или на други начин располаже са својим правом који су чинили општу залогу дужникову, а такав поступак његов проузрокује штету за повериоце, чини се да нема сметњи да се у таквом поимању ствари оштећење поверилаца изједначи са смањењем опште залогe над дужниковом имовином. Оправдање права побијања смањењем опште залогe над дужниковој имовини нема слабих тачака у случају побијања теретних послова дужникових а за разлику од претходна два теоријска објашњења, ни у случају побијања бестеретних располагања. Ово је из разлога што ова теорија као разлог за побијање види само отуђење, односно умањење имовине, не улазећи у мотиве и начин на који је таква последица постигнута. Довољно је, дакле, да умањење постоји и да су на тај начин оштећени повериоци, а то логично произлази из самог умањења опште залогe коју повериоци имају над дужниковом имовином.

Међутим, и ова концепција садржи извесне недостатке. Најпре, проблем настаје у случајевима када побијање врши поверилац чије је потраживање настало након учињеног располагања од стране дужника. У таквом случају се заиста право на побијање не може бранити ставом да је расплагањем дошло до умањења залогe коју је поверилац који врши побијање имао над дужниковом имовином, а обзиром да његово потраживање није ни настало у моменту располагања па самим тим није ни могао да рачуна на залогу на отуђеној имовини. Општа залогa може постојати само на оној имовини на коју поверилац рачуна у моменту настанка његовог потраживања, све што дужник у том тренутку не поседује, укључујући и оно што је у претходном периоду отуђио, неће бити од значаја за овог повериоца. Уколико се има у виду да је и повериоцу са доцнијим потраживањем, у односу на тренутак правне радње која се побија, признато право на побијање, заиста се изузетно тешко може такво побијање правдати разлогом опште залогe коју поверилац има над дужниковом имовином. Међутим, у француском праву се такво питање ни не поставља обзиром да постоји

⁷² Слично Christian Lagoumet, наведено дело, стр.907.

консенсус између јуриспруденције и праксе, да такав поверилац ни не може вршити побијање.

У француском праву као опште прихваћена теорија смањења опште залогe коју повериоци имају над дужниковој имовини као разлога који оправдава побијање, она ипак не може одговорити потребама савременог модела побијања које дозвољава да чак и поверилац чије је потраживање настало након предузимања радње која се побија од стране дужника. Ипак, овакав теоријски приступ је значајно утицао на конципирање основних заједничких одредби облигационог права широм Европе, па приликом оцене сваког конкретног случаја у којем је дилема да ли има места побијању или не, може се узети у обзир и околност да ли је дужникова радња проузроковала смањење опште залогe поверилаца, односно истовремено и њихово оштећење.

1.2.4. Оцена теоријских погледа на право побијања

Теоријско уобличавање права побијања је свакако потребно имајући у виду општу тенденцију правне науке да сваки институт оправда специфичним разлозима и пронађе разлог постојања и примене. Међутим, у погледу права побијања, овакво теоријско уобличавање у већ познате институте и појмове је заиста унапред осуђено на пропаст. Специфичан карактер права побијања, а нарочито веома посебно дејство односно последице које побијање носи са собом, чине овај задатак још тежим. Иначе саткано од различитих елемената које су познате правној науци кроз друге институте, чини право побијања неподобним за разумевање кроз само једну наведену теоријску призму. Управо та особина, да је састављено од различитих института говори о томе да је реч о једном *sui generis* праву у оквиру дела облигационог права о дејству облигација на трећа лица. Управо из овог разлога, аутор овог рада ће говорити о праву побијања дужникових правних радњи уз разумевање његовог оквира у општем облигационом праву.

1.3. Поделе права побијања

Право побијања у себи садржи неколико значајних подела које доприносе разумевању института као и софистицирана правила којим се дефинишу обавезе и права, поверилаца, дужника и противника побијања. У том смислу, на овом месту ћемо говорити о подели према начину предузимања радње која се побија, подели према карактеру дужника, као и подели према врсти радње која се побија.

1.3.1. Подела према начину предузимања радње која се побија

Најпре ћемо анализирати поделу у оквиру права побијања из угла начина на који се радња, која је предмет побијања, предузима од стране дужника. У том смислу, уочава се да дужник правну радњу која је предмет побијања може предузети активним и пасивним поступцима, па тако као основну поделу можемо дефинисати две врсте побијања и то побијање дужникових активних радњи и побијање дужникових пропуштања.

1.3.1.1. Побијање активних дужникових радњи

Најчешће ће до оштећења поверилаца доћи активним понашањем дужника. Дужник предузима правну радњу својим делањем а као последица наступа оштећење поверилаца. Разуме се, у том смислу, велики број правних радњи се може предузети

активним делањем дужниковим, а у том случају говоримо о побијању активних правних радњи дужника. Премет побијања могу бити једнострани и двострани акти, они којима настају, престају или преносе се права, индивидуални или колективни односно акти који смањују активу или повећавају пасиву.⁷³ Као најважније активне правне радње које долазе под радар права побијања истичу се свакако правни послови које дужник предузима са трећим лицима. Овде ће доћи у обзир све врсте уговора, како оних једностраних тако и двостраних, теретних и добротних, комутативних и алеаторних, оних са споразумно одређеном садржином и по приступу, као и формалних и неформалних. Сама садржина уговора, његов назив као и права и обавезе које производи за уговорне стране, неће бити од великог значаја у праву побијања, сви се они могу побијати уколико су испуњени општи и посебни услови побијања. Предмет побијања може бити и успостављање заложног права, на пример путем уговора о хипотеци или уговора о залози покретних ствари или потраживања дужникових.

Такође, и дужникови једнострани правни послови могу бити предмет побијања. Као класични једнострани послови препознати од стране права побијања истичу се дереликција, давање једностране хипотеке кроз форму заложне изјаве и јавно обећање награде. У сваком случају, и у случају једностраних правних послова као и у случају уговора, предмет побијања је дужникова правна радња којом се остварује последица оштећења поверилаца. У пракси се управо и дешава да дужник, увидећи да не може измирити своје обавезе према повериоцима, закључује уговоре или предузима друге правне послове којима располаже својом имовином, у корист, по правилу, блиских лица. Оваква интенција дужникова је препозната и санкционисана од стране права побијања.

Међутим, предмет побијања не може бити располагање које је дужник учинио тиме што је уновчио део своје имовине или тачно одређену ствар, непокретност неку на пример, уколико је за то од стране трећег лица, купца, примио адекватну

⁷³ Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, наведено дело, стр. 93 и 94.

противвредност. У том случају нема места побијању зато што је вредност продате имовине-цена у поседу дужника па нема оштећења поверилаца.⁷⁴ Разуме се наведено правило ће важити једину у случају исплате цене која одговара тржишним условима за такву врсту располагања.

Поред наведеног, као активне радње дужникове које могу бити предмет побијања могу се уврстити и оне фактичке радње дужникове којим долази до стицања користи трећег лица а којим се финално оштећују повериоци. Битно је само да фактичка дужникова радња производи негативну последицу по дужникову имовину. Најчешћа два начина оштећења поверилаца, намерно оштећење и оштећење поклањањем имовине блиским сродницима, се побијају као активне правне радње дужникове.

1.3.1.2. Побијање дужникових пропуштања

Оштећење поверилаца се, поред активних, може остварити и пасивним држањем дужника, односно његовим пропуштањем. Право побијања препознаје ову могућност и зато, начелно, утврђује правило по којем предмет побијања могу бити и дужникова пропуштања којим настаје правна последица оштећења поверилаца. Дужникова пропуштања ће се најчешће огледати у процесно-правном смислу, када дужник не поднесе тужбу за наплату потраживања па потраживање застари услед протеча рока, када не пријави потраживање у стечају, не уложи жалбу или приговор када је то основано или се генерално пасивно држи услед чега губи неко право или треће лице остварује право које нема према њему. Међутим, поједина располагања је могуће остварити активном као и пасивном дужниковом радњом. На пример, дужник може уговором о поклону поклонити своју кућу супружнику чиме ће доћи до смањења његове имовине и услед којег ће повериоци остати ускраћени могућности

⁷⁴ Alain Benabent, Droit civil, les obligations, стр. 512, Montchrestien, 1997. година.

намирења из њене вредности. Међутим, начелно до ове последице може доћи и путем судског поступка, у којем ће, услед пасивног држања дужниковог као туженог, односно извршног повериоца у доцнијем извршном поступку, повериоци опет остати без могућности намирења. Управо због овога, пропуштања дужникова ће готово увек бити побијана као бесплатна располагања. Такође, поједина пропуштања заслужују посебно разматрање и образложење. Закон о побијању правних дела изван стечаја је предвиђао децидну одредбу по којој се као правна дела сматрају и пропуштања услед којих дужник изгуби какво право, или којима се против њега имовинско-правни захтеви заснивају, одржавају или обезбеђују⁷⁵ а слично правило садржи и наше позитивно право.⁷⁶ У том смислу, разликујемо неколико подврста пропуштања које могу бити предмет побијања а то су: пропуштање обogaћења, пропуштање прихватања наслеђа, као и ћутање дужника на упућену понуду.

1.3.1.2.1. Побијање пропуштања обogaћења

Повериоци, у моменту настанка њиховог потраживања према дужнику, не рачунају само на његову постојећу имовину већ и на њено увећање. Зато се неискоришћавања указаних шанси за увећање имовине на страни дужника увек посматрају „сумњичаво“ са становишта права побијања па се процењује да ли је реч о радњи дужниковој којом су оштећени повериоци. Свако пропуштање обogaћења од стране дужника начелно може доћи „под лупу“ права побијања. Међутим, није довољна само фактичка радња, управо нерадња пропуштања, него то пропуштање, да би се могло побијати, треба да буде и свесно.⁷⁷ Међутим, свест овде не обухвата и намеру дужникову да услед пропуштања обogaћења нанесе штету својим повериоцима, довољно је да последица пропуштања није настала као последица

⁷⁵ §7. Закона о побијању правних дела изван стечаја.

⁷⁶ Члан 280. ст. 3. Закона о облигационим односима.

⁷⁷ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.66.

случаја или услед несвесног држања дужниковог. Реч је, у овом случају, о указаној могућности дужнику да се обогати коју је он својим пропуштањем трајно пропустио. Пропуштање овде мора бити неповратно, обзиром да, уколико још увек постоји могућност да дужник оствари обогаћење, такво пропуштање неће ни моћи да буде предмет побијања. Ово је потпуно разумљиво а имајући у виду да сама конструкција речи пропуштање претпоставља трајну радњу односно да је последица већ наступила а не да тек може наступити.

Повериоци основано очекују да ће дужник искористити шансе које ће му се указати да оствари повећање своје имовине, па радње које су довеле до тога да одређена ствар или право није ушло у имовину дужникову могу бити предмет побијања. О овоме је Закон о побијању правних дела изван стечаја садржавао и изречну одредбу у §13. у којем је било предвиђено да „све оно, што услед правног дела на које се односи побијање, није ушло у имовину дужникову или што је из ње било отуђено или напуштено, може веровник за себе захтевати уколико је то потребно за његово намирење; ако то није учинљиво даће се накнада.” Најчешћи случајеви одбијања обогаћења ће бити случајеви одбијања поклоне или легата када до самог пропуштања долази у ширем смислу речи док се непосредни ефекат необогаћења остварује активном радњом дужника. Међутим, могуће су и друге радње којима ће бити проузрокована штета повериоцима, а да представљају радње којима дужник одбија да се обогати, као што су: када дужник осујети наступање услова у своју корист, када се одрекне да прими зарађени доходак или заслужену награду или накнаду или када дужник одбије да прими цену за учињени посао или испоручено добро. Заправо, сваки случај одрицања од већ стеченог права од стране дужника начелно може представљати одбијање обогаћења које се може побијати.⁷⁸ Међутим, дужник се не може натерати да се у интересу намирења поверилаца прими службе ако је без посла, обзиром да се то сматра повредом права на слободу.⁷⁹

⁷⁸ Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 608.

⁷⁹ Упоредити, Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, Савремена администрација, Београд 1983. године, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 979.

1.3.1.2.2. Побијање пропуштања прихватања наслеђа

Право побијања, као посебан вид пропуштања, традиционално, препознаје пропуштање прихватања наслеђа. Реч је о пасивној радњи дужниковој којом он, у суштини, одбија прихватање наслеђа услед чега настаје штета за повериоца обзиром да се неће моћи намирити из наслеђене имовине. Међутим, важно је приметити да је ово правило применљиво само у оним правним системима у којима постоји *hereditas iacens* и у којима је потребно да дужник као наследник да позитивну наследичку изјаву којом ће се прихватити наслеђа. Обзиром да је у аустријском праву почетком 20. века било спорно да ли постоји лежећа оставина, а да је наше материјално право побијања, путем Закона о побијању правних дела изван стечаја ипак као узор имало аустријско право, путем рецепције је правило заживело и код нас, мада је одувек имало ограничено дејство. Тако, Божидар Марковић наводи да ово правило за територију бивше Краљевине Србије нема значаја, пошто по србијанском Грађанском законнику (§394.) наслеђе у тренутку смрти оставиоца *ipso facto* прелази на наследника, те пошто нема лежећег наследства не може бити речи ни о пропуштању прихвата наслеђа. Идентично дејство је, чини се, овог правила и у нашем позитивном праву.⁸⁰

Међутим, на овом месту би ваљало разликовати само одрицање од наслеђа које ће се побијати као активна дужникова радња а не као његово пропуштање. У том случају, побијање ће се остваривати по правилима која важе за побијање бесплатних дужникових располагања. Према мишљењу француских аутора Philippe Delebecque и Frederic-Jerome Pansier разлог због којег је могуће побијање одбијања наследства је тај што оно омогућава другом наследнику да се обогати.⁸¹

⁸⁰ Видети члан 212. Закона о наслеђивању.

⁸¹ Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, Droit des obligation, Contrat et quas- contrat, стр. 92, Paris 2010. година.

1.3.1.2.3. Побијање дужниковог ћутања на упућену понуду

На упућену понуду од стране понуђача, понуђени може реаговати на три могућа начина. Најпре, понуду може прихватити изречно или путем конклюдентне радње чиме долази до закључења уговора, уколико је реч о консенсуалном уговору. Затим, понуду може одбити изречном изјавом воље, чиме наступа последица да уговор није закључен. Напослетку, понуђени се може уопште ни не изјаснити на упућену понуду када такође не долази до закључења уговора обзиром да је правило да ћутање значи одбијање, а облигационо право предвиђа да ће се у одређеним случајевима, под тачно дефинисаним условима, и само ћутање сматрати као прихватање понуде.⁸² У улози понуђеног се може, и често се налази и сам дужник па је потребно размотрити на који начин се остварује правна радња дужника у наведеним случајевима, а која може бити предмет побијања, уколико је дошло до оштећења поверилаца услед тога. У прва два случаја, код прихватања или одбијања понуде, ми говоримо о побијању активне правне радње дужникове. Међутим, у случају ћутања дужника као понуђеног, реч је о пасивној његовој радњи и то таквој која може бити предмет побијања. Побијање ћутања дужника као понуђеног на упућену понуду заправо представља подврсту побијања пропуштања обогаћења, за коју ће довољно бити да су испуњени услови које право побијања у овом случају захтева.

1.3.2. Подела према карактеру дужника

Посебна подела у оквиру права побијања се мора направити у односу на самог дужника, односно у односу на његов правни статус. Уколико се побијање врши у

⁸² Видети члан 42. ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима.

оквиру стечајног поступка који се спроводи над дужником, онда говоримо о стечајном праву побијања. Разуме се, уколико нема стечајног поступка над дужником а врши се побијање, такво побијање се означава као побијање ван стечаја.

Уобичајено је још ову поделу дефинисати као поделу на материјално и процесно право побијања, код које би материјално право побијања било оно ван стечаја дужника а процесно у оквиру дужниковог стечајног поступка. Иако је централни појам ове поделе статус у којем се дужник налази, потребно је рећи да ова подела са собом носи бројне и значајне разлике између ове две врсте побијања. Сам појам стечаја као поступка колективног намирења поверилаца сам по себи утиче и генерише разлике између ове две врсте побијања. О овоме ће бити више речи у доцнијем делу рада али свакако се може као генерална разлика истаћи сврха и последица побијања, ванстечајно побијање има за циљ да се одређена правна радња дужника стави ван снаге у односу на повериоца који врши побијање, тужиоца, ради остварења његовог намирења, док стечајно побијање има за циљ намирење поверилаца што последично вуче за собом да се правна радња дужника која је предмет побијања, у случају да је оно успешно, ставља ван снаге у односу на стечајну масу а имовина која се враћа у стечајну масу служи за намирење свих поверилаца. Такође, не може се не приметити да побијање у стечају, поред поверилаца, може вршити и стечајни управник, један од органа стечајног поступка.

Имајући у виду сам развој права побијања дужникових правних радњи, и у науци утврђених чињеница и околности, право побијања у стечају и то управо оно које врши специјализовани орган стечајног поступка, стечајни управник, *curator bonorum*, на својеврстан начин и претходи развоју ванстечајног побијања које врши поверилац.

Иако је реч о различитим правилима побијања у стечају и ван њега, свакако да постоје одређене заједничке тачке и особине које карактеришу обе врсте побијања. Најпре, у односу на предмет побијања, реч је и у једном и у другом случају о правној радњи која је предузета од стране дужника. Затим, сама систематика права побијања

у стечају и изван стечаја је конципирана, у суштини, од истих врста побијања. Поред овога, у оба случаја се последица побијања остварује, не од дужника већ од трећег лица, противника побијања. Напослетку, побијање се изван стечаја и у стечају остварује уз помоћ истих правних инструмената са једне стране, а такође и у идентичном, парничном поступку, са друге стране.

Када је реч о ове две врсте побијања, може се извући закључак да једно искључује друго, наиме, није могућа ситуација да паралелно теку два поступка за побијање правних радњи истог дужника. Ова неминовност настаје из једне од веома значајних последица отварања стечајног поступка над дужником, обзиром да у тренутку наступања правних последица стечајног поступка⁸³ сви судски поступци у односу на стечајног дужника и његову имовину се прекидају.⁸⁴ Такође, од момента отварања стечајног поступка над дужником, побијање његових правних радњи ће бити могуће само по правилима стечајног права побијања.⁸⁵ Овај принцип би се применио и на парнични поступак који је неки од дужникових поверилаца водио против дужника као противника побијања, а у циљу побијања неке правне радње трећег лица која је предузета у корист стечајног дужника, обзиром да би исти био прекинут у моменту наступања правних последица стечаја. Додуше, наше позитивно стечајно право омогућава наставак поступка по предлогу повериоца које би теоријски могло бити искоришћено и у овом случају.⁸⁶

⁸³ Уобичајено је да правне последице стечаја наступају даном истицања решења о отварању стечаја на огласну таблу суда, такво правило је предвиђено и у нашем праву.

⁸⁴ Овакво правило је предвиђено и нашим позитивним стечајним правом у члану 88. Закона о стечају.

⁸⁵ О овом питању је Врховни суд Србије заузео недвосмислен став. „Поставило се питање да ли се на институт побијања дужникове правне радње, када је дужник у стечају, примењују одредбе Закона о облигационим односима или одредбе Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Врховни суд је, одлучујући о ревизији тужиоца нашао да се на правне односе странака примењује Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији као лек специалис, да је његова примена условљена чињеницом што је над првотуженим отворен поступак стечаја, тако да се на свако располагање имовином првотуженог примењује режим који дефинише Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.“ (Решење Врховног суда Србије, Прев. 299/02 од 29. јануара 2003. године; Извор: <http://www.vk.sud.rs>)

⁸⁶ Чланом 90. Закона о стечају је предвиђено на који начин тужилац може наставити прекинути поступак.

Ипак, уколико је пре стечаја дужника вођен парнични поступак за побијање неке његове правне радње, након отварања стечаја наступа специфична правна ситуација. Дужник постаје стечајни дужник, па сви повериоци који имају потраживање према њему морају исто пријавити у стечајну масу, укључујући и повериоца који је раније започео поступак за побијање неке правне радње стечајног дужника. Али започети поступак за побијање није обухватио дужника, сада стечајног дужника као туженог, обзиром да је, према решењу нашег права побијања ван стечаја, у поступку побијања обавеза побијача да као туженог означи само треће лице-противника побијања. У том смислу правне последице стечајног поступка неће наступити у односу на тај парнични поступак, обзиром да стечајни дужник није његов учесник. Међутим, последица која је захтевана тужбом за побијање, која предвиђа индивидуално намирење потраживања повериоца од дужника из вредности отуђене имовине дужникове, више неће бити могућа, обзиром да због стечаја, последица побијања може бити једино уперена у корист стечајне масе.

Са друге стране, наше позитивно стечајно право побијања захтева да као тужени, поред противника побијања, буде означен и стечајни дужник, па ће тужилац морати да означи и стечајног дужника као друготуженог у поступку који је већ у току, што може произвести одређене процесно-правне проблеме за тужиоца имајући у виду да ће у случају оваквог преиначења тужбе бити неопходно да се са тим сложио и постојећи тужени као и новотужени.⁸⁷ Чини се да, из практичних разлога, наставак већ започетог поступка за побијање одређене дужникове радње, у случају када овај доспе у стечај, неће бити могућ, већ ће једина могућност у том случају на страни повериоца бити да започне нови поступак стечајног побијања у којем ће као тужене означити противника побијања и стечајног дужника.

⁸⁷ Видети чланове 199. и 200. Закона о парничном поступку.

1.3.2.1. Побијање ван стечаја

Модерно право побијања ван стечаја у упоредном праву налази своје место или у оквиру закона којим се дефинишу облигациони односи, као што је то учињено на пример, у нашем праву или у праву бивших југословенских република, у оквиру грађанског законика као што је то учињено у Француској, Италији, Португалији, Румунији, Мађарској Грчкој или Шпанији, или у посебном закону који обрађује само право побијања као што је то учињено у Немачкој и Аустрији. Право побијања се најчешће налази у оквиру дела закона или законика који говори о дејству облигација на трећа лица мада има и другачијих примера. Тако на пример, право побијања је у Литванском грађанском законнику уређено у оквиру поглавља 4 који говори о заштити интереса поверилаца у којем су поред паулијанске тужбе обрађени још и директна тужба и право задржавања.⁸⁸ О француском моделу побијања је већ било речи а сам институт се налази у оквиру дела Француског грађанског законика који говори о дејству уговора у односу на трећа лица. Правило је да облигација делује између њених учесника. Нарочито је тако у случају када је извор те облигације уговорног карактера. Начело *res inter alios acta* које дефинише да права и обавезе из уговорних облигација немају дејства на трећа лица па се самим тим трећа лица не могу на било који начин мешати у права и обавезе страна уговорница. Међутим, правило трпи одређене изузетке. Тако, у случају ванстечајног права побијања управо дејствује један такав изузетак. Борис Визнер објашњава овај изузетак речима да „овакво изнимно могуће мијешање у *res inter alios acta* оправдава се због могућности злонамјерног или немарног смањења дужникове имовине ради онемогућавања испуњења вјеровникових потраживања.“⁸⁹

⁸⁸ Члан 6.66. Литванског грађанског законика а слично је учињено и у Румунском грађанском законнику.

⁸⁹ Борис Визнер, Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, Информатор, Загреб, 1978. стр. 1113.

Дејство ванстечајног права побијања је могуће све до оног тренутка док над самим дужником не буде отворен стечајни поступак. Од тог тренутка, побијање дужникових правних радњи ће моћи бити вршено једино кроз стечајно право побијања.

1.3.2.2. Стечајно право побијања

Поље дејства стечајног права побијања, као што и сам назив каже, ограничено је на стечај дужника. Уколико је испуњен овај главни услов о којем ћемо доцније говорити много више, стечајно побијање је могуће. Специфичан карактер права стечајног побијања условљен је посебним процесним положајем у којем се налази стечајни дужник, са једне стране, као и некарактеристичном последицом која нема индивидуални већ колективни карактер, са друге стране, утиче на то да је за проучавање његових правила потребно шире знање из стечајне материје. Наше позитивно право стечајно побијање ограничава на правна лица⁹⁰ имајући у виду да стечај физичких лица није законски уређен, иако су постојале назнаке да ће се ситуација у том погледу ускоро променити.⁹¹

Начелно, у ситуацији када је над дужником отворен стечајни поступак, евентуално побијање ће бити могуће само кроз правила о стечајном праву побијања,

⁹⁰ Чланом 14. став 1. Закона о стечају је предвиђено да се стечајни поступак не спроводи према Републици Србији; аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе; фондовима или организацијама обавезног пензијског, инвалидског, социјалног и здравственог осигурања; правним лицима чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, а која се искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из републичког буџета односно буџета аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе; Народној банци Србије; Централном регистру, депоу и клирингу хартија од вредности; јавним агенцијама.

⁹¹ Назнаке да ће се у кратком периоду законски уредити стечај физичких лица су постојале приликом последњих измена Закона о стечају 2014. године али се до данашњих дана нису реализовале, чак се чини да ова тема више није ни у фокусу стечајних реформи.

док ће од тог момента бити онемогућено побијање сходно правилима о ванстечајном побијању.⁹² О томе сведочи још једна одлука суда.⁹³

1.3.3. Подела према врсти радње која се побија

Ова подела говори о томе да су праву побијања доступне све врсте правних радњи предузетих од стране дужника а којим се оштећују повериоци. У суштини, све правне радње које дужник предузима могу бити сврстане у бестеретна и теретна располагања дужникова.

1.3.3.1. Побијање бестеретних располагања

Одавно препозната интенција задужених дужника да бестеретним располагањима нанесу штету својим повериоцима чини једну од најважнијих тачака права побијања које то жели да спречи. Није прихватљиво да презадужени дужник, који нема довољно средстава да измири обавезе према својим повериоцима, чини поклоне или на други начин без накнаде отуђује своју имовину. У оваквим случајевима, не само да повериоци више не могу да се намире из отуђене имовине дужникове, већ ни сам дужник није добио никакву накнаду за учињено располагање па се побијање чини као разумна мера заштите поверилаца. Готово увек се иза сваког

⁹² Драгиша Слијепчевић, Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, стр. 17, Правни информатор 4/2010, Intermex, Београд, 2010. година

⁹³ „Првостепени суд је одбацио тужбу тужиоца, јер је нашао да је тужба неуредна, односно да побијање изјаве законског заступника С.Д. - тужиоца о повлачењу приговора против платног налога Пл. бр. 118/05 представља процесну радњу о чијем дејству и ваљаности се могло одлучивати само у поступку пред Општинским судом, те да ту правну радњу по одредби чл. 280. Закона о облигационим односима, могу побијати само тужиочеви повериоци чије је потраживање осујећено а не и сам тужилац као стечајни дужник. Међутим, овакав став првостепеног суда се не може прихватити.“ (решења Вишег трговинског суда, Пж. 9509/07 од 17.03.2008. године; Извор: правна база Intermex)

бесплатног располагања дужниковог, уколико такво располагање може представљати предмет побијања крије намера оштећења па се исто сматра преварним, обзиром да је најчешће усмерено на блиска или повезана лица а како би се одређени део имовине учинио недоступним повериоцима дужниковим. Зато правило које је садржано у Дигеста *fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque consideratur* у 16. веку *Iacobi Cuiacii* објашњава да поклони из било којег разлога (*inter vivos* или *mortis causa*) су једино могући од стране дужника уколико су сви повериоци претходно намирени (*deducto aere alieno*) и зато као последица настаје то да су овакви акти подложни побијању без доказивања било какве намере дужникове да оштети повериоце за разлику од теретних располагања, код којих ће поред оштећења поверилаца бити потребно доказати и *dolus* на страни дужника.⁹⁴

Право побијања је нарочито сумњичаво према бесплатним располагањима дужниковим па управо зато, по правилу, предвиђа дуже рокове у којима се побијање може остварити. Такође, предвиђају се и поједностављени услови за побијање у случају бестеретних располагања, најчешће је довољно само испуњење општих услова побијања уз доказивање да је реч о бестеретном располагању дужниковом.

1.3.3.2. Побијање теретних располагања

Обзиром да би дужник, да би сакрио намеру оштећења поверилаца или из неког другог разлога, свако располагање могао да предузме уз накнаду, право побијања се не зауставља само на бесплатним дужниковим располагањима, већ иде и корак даље, омогућавајући побијање теретних располагања. Теретна располагања у смислу права побијања треба разумети у свом природном значењу које имају у општој теорији облигационог права. Дакле, говоримо о свим оним правним радњама

⁹⁴ *Iacobi Cuiacii, Opera posthumorum, Opus Paralipomenon, стр.624, Officina Paltheniana (Frankfurt), 1598. година, доступно на <http://books.google.rs>.*

дужниковим, које је он предузео уз накнаду плаћену од друге стране или дату на други начин. Обзиром да мора постојати друга страна која накнаду плаћа, овде говоримо о могућности побијања двостраних послова које је дужник закључио. Тако предмет побијања може бити закључење уговора о продаји, закупу, или какав други уговор по којем дужник приходује накнаду из њега.

Обзиром да дужник ипак остварује накнаду из предузете правне радње, право побијања значајно ублажава могућност побијања, остављајући правило али предвиђајући јасне услове под којима оно може бити коришћено. Такође, рокови у којима се побијање теретних располагања дужника може остварити, по правилу, су значајно краћи од оних у којима се може остварити побијање дужникових бестеретних располагања. Што указује да ће побијање теретног располагања бити ипак нека врста изузетка.

ДЕО ДРУГИ

ПОБИЈАЊЕ ИЗВАН СТЕЧАЈА

2.1. Опште одлике права побијања изван стечаја

Најважнија одлика права побијања изван стечаја је управо та да се оно односи на побијање које се врши ван стечајног поступка дужника. Дакле, оно се може односити како на дужнике физичка лица тако и на дужнике који су правна лица. Ово разликовање је важно, о чему је већ било речи, обзиром да у одређеним правним системима, којима припада и наша земља, стечај ће бити могућ само за правна лица док над физичким лицима није могуће спровести стечај. Међутим, важно је приметити да право побијања изван стечаја обухвата и она побијања која се односе на правне радње које је дужник правно лице предузео, а које се спроводи пре стечаја.

Друга важна одлика права побијања изван стечаја је да се само побијање остварује уз помоћ уобичајених правних инструмената који се и иначе користе за заштиту субјективних грађанских права. У том смислу, побијање се може вршити тужбом или приговором а поступак у којем се о захтеву одлучује, последично је парнични поступак.

Трећа одлика права побијања се односи на субјекте који у њему учествују, односно на активно и пасивно легитимисана лица. На почетку рада постављени троугао у којем углови осликавају повериоца, дужника и треће лице у чију корист је правна радња предузета, о чему право побијања, предвиђајући и дефинишући правила поступања, увек мора водити рачуна, своје остварење добија управо кроз процесно постављене улоге у поступку побијања. Поверилац као активно легитимисано лице, са једне стране, и противник побијања али често и дужник, као

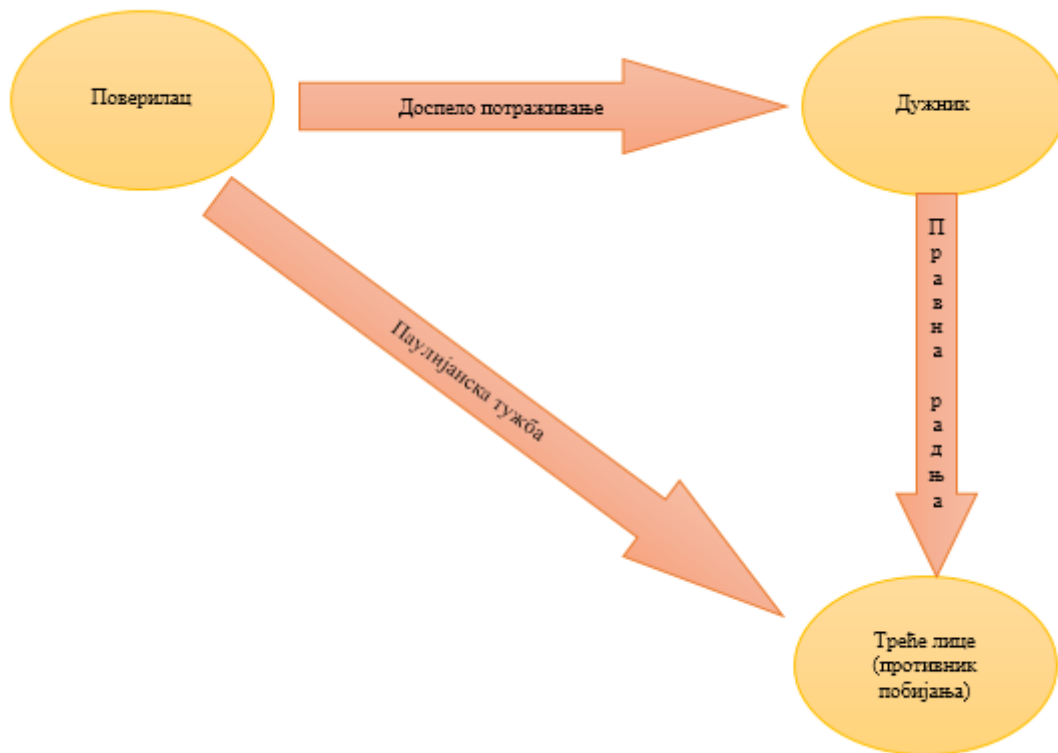
пасивно легитимисано лице, са друге стране, као и њихови супростављени интереси, уз јасно постављена правила, гарантују правичан исход у сваком појединачном поступку побијања.

Напоследку, четврта значајна одлика ванстечајног побијања јесте то што оно није једнообразно, односно не остварује се само по једном основу, већ постоји неколико различитих основа, односно начина побијања. Зато говоримо да постоји више врста ванстечајних паулијанских тужби у зависности од околности самог случаја а нарочито од садржине предузете радње и степена савесности односно несавесности самих актера. У том смислу разликујемо долозну, кулпозну, породичну и квазипаулијанску тужбу, са неколико подврста, готово у свакој од њих.

Овакав широк спектар паулијанских тужби у материјалном праву побијања говори о специфичној потреби самог побијања да се, у жељи остваривања свог примарног циља а то је заштита поверилаца, прилагођава различитим конкретним околностима, односно да буде на располагању повериоцима у различитим животним ситуацијама. Незадржива потреба заштите поверилаца је и довела до еволуције самог права побијања, тако да модерно право ванстечајног побијања и даље тражи нове прилике за своје дејство.

Сама структура побијања у свом основном облику би изгледала овако⁹⁵:

⁹⁵ Слично Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, наведено дело, стр. 92



2.1.1. Правни инструменти којима се врши побијање

Када је постављена подлога на којој право побијања делује, а то се односи на случајеве када је дужник, који није у стечају, предузео одређену правну радњу којом је оштетио своје повериоце, важно је испитати на који начин се само побијање остварује од стране поверилаца. Обзиром да је право ванстечајног побијања део грађанског права и то облигационог права, а да се остваривање субјективних грађанских права остварује у парничном поступку, ни побијање у томе неће бити изузетак. Имајући ово у виду, да је јасно одређено у ком поступку се побијање остварује, ова околност упућује и на избор правних инструмената које поверилац може користити у заштити свог права. Тако, побијање се може вршити уобичајеним правним средствима у оквиру парничног поступка, тужбом или приговором. Томе

треба придодати још и противтужбу, која такође може бити искоришћена од стране повериоца за побијање одређене дужникове правне радње у појединим случајевима.

2.1.1.1. Тужба

Основни инструмент којим се врши право побијања дужникових правних радњи у модерном облигационом праву је тужба, а реч је о тужби која за свој узор има *actio pauliana*. Неретко се и данас, за тужбу којом се иницира поступак побијања дужникових правних радњи, користи термин паулијанска тужба или само паулијана. И у овом раду ће аутор користити термин паулијанска тужба као термин који осликава модерну тужбу којом се врши право побијања дужникових правних радњи. Важеће правило члана 283. Закона о облигационим односима говори о тужби као примарном инструменту којим се врши побијање. Ово је сасвим логично и очекивано имајући у виду да се тужбом започиње парнични поступак⁹⁶ а да је реч о поступку који се започиње између два лица која до тада, по правилу нису била ни у каквој правној вези.

Правило о започињању поступка побијања дужникових правних радњи тужбом старо је готово колико и само право побијања. Уколико се изузме период у којем се побијање остваривало уз помоћ интердиктума (*interdictum fraudatorium*) и *restitution in integrum ob fraudem*, и римско право је лоцирало тужбу као правно средство којим се остварује побијање. Развој права побијања изван стечаја, од статутарних правила средњовековних градова, великих кодификација па све до модерног права, није утицао на промену једног од основних његових начела да се побијање остварује, пре свега тужбом за побијање.

⁹⁶ Видети члан 191. Закона о парничном поступку.

Анализа упоредних решења потврђују ово правило. Иако не постоји изречна правна норма о томе, међу француским ауторима нема спора да се право побијања остварује тужбом. Уосталом, сви француски цивилисти у материји побијања сам институт разматрају кроз појам *action paulienne*, тужбу за побијање дужникових правних радњи. У аустријском и немачком праву, право побијања се такође остварује тужбом.⁹⁷ У италијанском, холандском, пољском и мађарском праву иако нема изречне одредбе о томе, право побијања повериоци остварују тужбом.

Када је реч о нашем праву, Српски грађански законик, Новелама од 5.5.1864. године уводи могућност побијања, не предвиђајући изречно средство којим ће се такво побијање остаривати. У том смислу, а пратећи систематику самог СГЗ који доиста ни не користи појам тужбе, не може се рећи да се само право побијања није остваривало управо овим правним средством. Управо тако је чињено у пракси. У Општем имовинском законнику за Црну Гору, на посредан начин и Валтазар Богишић предвиђа правило по којем се побијање остварује тужбом.⁹⁸ Овакав тренд подржава и Закон о побијању правних дела изван стечаја⁹⁹, Скица за законик о облигацијама и уговорима¹⁰⁰ као и важећи Закон о облигационим односима.¹⁰¹

У одређеним процесним ситуацијама се може догодити да је противник побијања у позицији тужиоца а да је поверилац у позицији туженог. У таквим случајевима, иако ће, несумњиво, они бити веома ретки у пракси, нема препрека да поверилац побијање остварује противтужбом, као дозвољеним процесним средством. У погледу саме противтужбе којом се остварује побијање, међутим, важе сва правила која вреде и за случај када се побијање остварује тужбом.

⁹⁷ §12. Немачког *AnfG* и §12. Аустријског Закона о побијању правних послова.

⁹⁸ Наиме, у самом члану 916. ОИЗ који говори о побијању нема речи о правном инструменту којим се оно остварује од стране повериоца, али обзиром да став 3. наведеног члана упућује на рок у којем се право побијања може остварити на члан 509. јасно је да је реч о тужби. Додуше, ради прецизности, потребно је напоменути да ОИЗ у наведеном члану користи технички појам жалбе суду али је то термин који се и на другим местима помиње када се жели означити тужба као основно правно средство за заштиту права.

⁹⁹ §12. Закона о побијању правних дела изван стечаја.

¹⁰⁰ Члан 230. Скице за законик о облигацијама и уговорима.

¹⁰¹ Члан 283. ст. 1. Закона о облигационим односима.

Обзиром да ће се право побијања у највећем броју случајева остваривати тужбом, у наставку рада ће бити расправљана управо та процесна ситуација, у којој је поверилац тужилац, иако ће се сва разматрања односити и на случајеве када се право побијања врши приговором или противтужбом у којима ће поверилац бити у положају туженог.

2.1.1.1.1. Садржина тужбе

Сама тужба мора имати одређену садржину. Позитивно право не садржи одредбу која говори о томе шта је обавезна садржина тужбе за побијање дужникове правне радње. Међутим, потпуно је јасно да тужба за побијање дужникових правних радњи у себи мора садржати два засебна тужбена захтева. Наиме, а обзиром да је реч о правно перфектној правној радњи дужника која производи правна дејства, поверилац у процесној улози тужиоца ће морати као први захтев да истакне захтев за утврђење да одређена правна радња у односу на њега неће производити правна дејства. Заправо, уколико суд усвоји тужбени захтев, први став петитума судске одлуке је да се одређена правна радња дужникова оглашава без дејства у односу на тужиоца.

Међутим, иако је правна радња оглашена без дејства у односу на тужиоца, сам тужилац не остварује никакав бенефит из тога нити може намирити своје потраживање. Зато уз први, тужилац мора истаћи и други тужбени захтев, и то кондемпнаторни, у којем ће навести, на који начин и у којој мери тужени мора нешто да учини или трпи ради намирења повериочевог потраживања. Иако у теорији грађанског процесног права постоје схватања по којем кондемпнаторни тужбени захтев увек у себи садржи и утврђујући захтев, у материји ванстечајног побијања чини се неопходним да тужба буде снабдевена са ова два посебна захтева, првим, утврђујућим, којим се утврђује да је побијена правна радња без дејства према

тужиоцу и другим, обавезујућим, којим се обавезује тужени на одређено чињење односно нечињење којим ће се омогућити намирење повериочевог потраживања према дужнику, што је и крајњи циљ побијања.

2.1.1.2. Приговор

Право побијања дужникових правних радњи, осим тужбом, повериоци могу остварити и приговором у парничном поступку. Поједини аутори овај приговор, по угледу на паулијанску тужбу, називају паулијанским приговором.¹⁰² Поставља се питање на који начин поверилац може побијати правне радње дужника. У теорији су дата два примера када се поверилац може служити приговором као средством за побијање дужникових правних радњи у материји ванстечајног побијања. Први случај је када се побијана радња састоји у некој обавези коју дужник има према трећем лицу, противнику побијања, па овај тражи од дужника испуњење те обавезе а поверилац побија то тражење.¹⁰³ На пример, дужник је закључио са противником побијања уговор о поклону којем целокупно имање њему поклања, а поклонопримац судским путем захтева од дужника испуњење обавезе. У таквом случају поверилац може приговором у поступку који противник побијања води против дужника побијати основ дужникове обавезе, сам уговор о поклону, односно његово закључење од стране дужника. Други случај када се поверилац може служити приговором као средством побијања је случај када се у дужниковој имовини налази неки предмет на којем је противник побијања стекао извесно старије и јаче право, па тражи да се тај предмет изузме од извршења, а поверилац истиче приговор да је противник то право стекао од дужника правном радњом која подлеже побијању.¹⁰⁴ У погледу оба

¹⁰² Љубиша Милошевић, Облигационо право, стр. 208, Научна књига, Београд, 1970. година, Петар Кларић и Мартин Вердиш, Грађанско право, стр.175, Народне новине дд, Загреб 2008. година.

¹⁰³ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 993;

¹⁰⁴ Ibid.

наведена случаја која се наводе у нашој теорији, није баш извесно да ли се такво право побијања може практично и остварити приговором. Притом, потребно је посебно размотрити на који начин се може остварити право побијања приговором да ли кроз умешање или као приговор трећег лица. Имајући у виду да је у свим наведеним примерима поверилац треће лице у односу на парнични или извршни поступак који се води између противника побијања на активној и дужника на пасивној страни, чини се да управо сваки од ова два поступка генеришу средство кроз које се може остварити приговор побијања. Уколико се између противника побијања и дужника води парнични поступак, онда би поверилац право побијања могао једино остварити као умешач на страни туженог а уколико је по среди извршни поступак између противника побијања и дужника онда би поверилац побијање могао остварити једино кроз приговор трећег лица обзиром да није странка у поступку. Чини се да су обе наведене конструкције плод теоријског покушаја укалупљивања једног института облигационог права у процесна правила. Аутор овог рада није убеђен да ће поверилац уопште и моћи да право побијања оствари путем умешања у парници или приговора трећег лица у извршном поступку. Наведно произлази из самог положаја умешача односно трећег лица у овим поступцима, њиховим овлашћењима и правним последицама које наступају услед њихове успешне интервенције у споровима који се воде између трећих лица. Најпре, умешач је лице које због тога што има правни интерес да у парници која тече међу другим лицима једна од странака успе, може да се придружи овој странци.¹⁰⁵ Тако би поверилац као умешач заиста могао да се умеша у парницу која се води између тужиоца као потенцијалног противника побијања и дужника и то на страни туженог. Такође, уколико суд дозволи учешће повериоца као умешача, поверилац би био овлашћен да предузима све оне радње које може предузимати и дужник као тужени, укључујући и улагање различитих приговора које би тужени могао да уложи. Међутим, приговор побијања не би могао да уложи нити на такав начин да конципира захтев за побијање против тужиоца јер је то право које не припада дужнику већ искључиво његовим повериоцима. Са друге стране, приговор трећег

¹⁰⁵ Члан 215. ст. 1. Закона о парничном поступку.

лица у извршном поступку може уложити лице које тврди да у погледу предмета извршења има право које спречава извршење, и њим тражити да се извршење на том предмету прогласи недопуштеним¹⁰⁶ Подробнијом анализом се може закључити да поверилац не би могао да право побијања оствари кроз овај приговор, обзиром да он нема у погледу предмета извршења право које спречава извршења, он такво своје право мора доказати у посебном поступку. Чини се да би у оба неведена случаја поверилац морао да право побијања оствари у посебном парничном поступку, паулијанском тужбом а евентуално истаћи постојање парнице као претходно правно питање које се мора разрешити пре него што се настави поступак између противника побијања и дужника. По свему судећи, приговор побијања у нашем праву је недовољно обрађена материја у теорији побијања дужникових правних радњи и без значајне практичне примене. Аутори који су се посебно бавили правом побијања нису утврдили његову улогу и домен примене у пракси, док они аутори који су право побијања обрађивали у оквиру опште теорије облигација још мање пажње поклањају овом инструменту којим се може остварити право побијања дужникових правних радњи. Додатно замагљивање поља примене приговора побијања је наступило услед околности да се у доступној судској пракси не може пронаћи ниједан случај у којем је, ради побијања, неки поверилац користио ово средство да би остварио своје право.

Напоследку, аутор овог рада ће, ризикујући да његов покушај буде окарактерисан као претенциозан, покушати да постави конструкцију у којој је могуће да поверилац уложи паулијански приговор. Најпре, аутору се чини да је *conditio sine qua non* да поверилац буде пасивно легитимисан у парници да би могао да користи паулијански приговор. Дакле, тужба коју подноси противник побијања мора бити уперена против повериоца. Такав случај је могућ уколико се нека ствар дужникова налази код повериоца по неком основу, рецимо по праву ретенције или по основу ручне залогe, а тужилац захтева предају ствари по одређеном правном основу, рецимо, по основу неког уговора који је закључио са дужником. У таквој ситуацији након тужбе противника побијања за предају ствари поверилац може уложити

¹⁰⁶ Члан 50. ст. 1. Закона о извршењу и обезбеђењу.

приговор побијања дужникове правне радње-закљученог правног посла између противника побијања и дужника, што ће, по свему судећи, бити претходно правно питање за разрешење основног спора међу странама.

2.1.2. Активна и пасивна легитимација странака

Да би побијање било успешно, једна од важних претпоставки које морају бити испуњене је да су јасно утврђене процесне улоге у тој парници, односно да су као тужилац и тужени означена управо она лица којима право побијања признаје процесну активну и пасивну легитимацију. У овоме делу аутор ће анализирати процесни положај и тужиоца и туженог са посебним освртом на утврђење који поверилац у сваком поједином случају може бити тужилац у парници за побијање, а које треће лице може бити тужени.

2.1.2.1. Ко може вршити право побијања дужникових правних радњи?

Као тужилац у поступку побијања се јавља поверилац дужников. Управо је поверилац тај који је оштећен одређеном дужниковом радњом и кроз институт побијања покушава да то оштећење санира тако што ће побити дужникову радњу и омогућити намирење сопственог потраживања. Реч је о активној страни у парничном поступку која има несумњив и правни и економски интерес да побије дужникову радњу, наиме, тужилац се овим средством служи не да би узнемиравао треће лице, а посредно и самог дужника, већ да би задовољио сопствени интерес за намирењем потраживања које има према дужнику. Као тремин који означава тужиоца се обично означава поверилац или поверилац који врши побијање мада има и другачијих

решења.¹⁰⁷ Међутим, категорија поверилац је прилично широка и у њу могу бити убројана разна лица која имају потраживање према дужнику. Стога је потребно посебно размотрити које право признаје могућност побијања, односно који поверилац дужников може бити тужилац у парници за побијање ипак иако је јасно правило потребно је испитати домен његове примене.

Обзиром да је актуелно, најбоље је започети ову анализу од важећег решења Закона о облигационим односима. У члану 280. ст. 1. је предвиђено да сваки поверилац чије је потраживање доспело за наплату и без обзира када је настало, може побијати правну радњу свог дужника која је предузета на штету поверилаца. Идентичну одредбу садрже сва права бивших југословенских република¹⁰⁸. Дакле, дефиниција поверилаца је дата кроз један правни стандард па је неопходно испитати на које се конкретно повериоце ова одредба односи. Јасно је да постојећа одредба Закона о облигационим односима на активној страни парнице види повериоца са доспелим потраживањем према дужнику и то повериоца чије је потраживање према дужнику настало пре или после правне радње која се побија.

Обзиром да је услов за побијање да поверилац има доспело потраживање према дужнику, за успех у спору побијач ће морати да докаже и само постојање потраживања али и његову доспелост. Разуме се, најбољи доказ за то ће бити пресуда којом је дужник обавезан да намири потраживање повериоца или решење о извршењу којим се доказује да је чак поверилац и започео поступак намирења свог потраживања од дужника. Међутим, поверилац не мора имати никакав активан поступак против дужника да би могао побијати неку његову предузету правну радњу. Ипак, и у том случају ће имати обавезу да потраживање и његову доспелост докаже у поступку побијања а у том циљу се може служити различитим доказним средствима. Уосталом реч је о претходном питању које и суд који одлучује о побијању, у

¹⁰⁷ Видети Љубиша Милошевић наведено дело, стр.208,

¹⁰⁸ Видети члан 255. ст. 1 Облигацијског законика републике Словеније из 2001. године, члан 66. ст. 1. Закона о обвезним односима републике Хрватске из 2005. године, члан 280. ст. 1. Закона о облигационим односима ФБиХ, члан 280. ст. 1. Закона о облигационим односима Републике Српске, члан 287. ст. 1. Закона о облигационим односима Црне Горе из 2008. године, члан 269. Закона о облигационите односи републике Македоније из 2001. године.

одређеним случајевима и под одређеним околностима, може разрешити.¹⁰⁹ Међутим, није увек тако, тако је у једном случају суд заузео став да се претходно правно питање не може разрешити без учешћа дужника у спору, а дужник није пасивно легитимисан за наведени спор за побијање.¹¹⁰

2.1.2.1.1. Поверилац са недоспелим потраживањем

Као прво питање које се намеће, да ли поверилац који има недоспело потраживање према дужнику може остваривати право на побијање дужникових

¹⁰⁹ „Што више, вјеровник може поднијети тужбу ради побијања правних радњи дужника и у случају да није покренуо парницу ради остваривања свог новчаног потраживања, а у том случају суд може, сукладно одредби из чл. 12. ст. 1. ЗПП, сам расправити и оцијенити питање остојања и доспјелости вјеровниковог потраживања као прејудицијелно питање, а може и сукладно одредби из чл. 213. ст. 1. точ. 1. ЗПП одлучити да сам не рјешава то питање, те одредити прекид поступка до правомоћног завршетка поступка у којем ће о истом питању бити одлучено као о главној ствари. Према томе, судови су у овој парници могли одредити прекид поступка до правомоћног завршетка парнице у којој је већ донијета неправомоћна пресуда којом је одлучено о постојању потраживања тужитеља, или пак сами расправити и утврдити постоји ли то потраживање и је ли оно доспјело.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев. 1330/96 од 30. децембра 1996. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

¹¹⁰ „Према свему наведеном, основно што поверилац мора да докаже да би успео у побојној парници, јесте какво доспело потраживање има према свом дужнику. У побојној парници која се по правилу из члана 283 став 2 ЗОО води против трећег лица – противника побијања, постојање, обим и доспелост свог потраживања према свом дужнику, поверилац по правилу доказује правноснажном пресудом којом је утврђено његово потраживање према његовом дужнику, исходовањем у спору који је водио против свог дужника. Уколико таква пресуда не постоји, јер поверилац није водио спор против дужника, или се такав спор води, али није окончан, сходно члану 12 ЗПП, у побојној парници се може расправљати о постојању и доспелости потраживања повериоца према његовом дужнику као о претходном питању, уколико то дозвољава природа потраживања, или се поступак у побојној парници може прекинути до окончања парнице за утврђење потраживања уколико поверилац исту води против дужника, или се ти поступци могу спојити ради заједничког расправљања и одлучивања о утврђењу постојања потраживања и о побијању правне радње ради намирења тог потраживања. У овом конкретном случају, тужиоци немају правноснажну пресуду о утврђењу било каквог свог потраживања према свом дужнику ДОО "С. Д.", нити су ради тога водили, нити воде, спор против свог дужника, овде непарничара, а природа њиховог потраживања према њему које желе да намире побијањем спорног уговора о замени непарничара и туженог, је таква да се о њему не може расправљати као о претходном питању, дакле без учешћа дужника ДОО "С. Д." као странке у поступку. Ово стога што се тражи намирење потраживања које представља правну последицу раскида уговора о замени тужилаца са непарничаром, због неиспуњења његових уговорних обавеза према тужоцима, о чему се у конкретном случају не може расправљати без учешћа уговорне странке ДОО "С. Д."“ (Пресуда Апелационог суда у Новом Саду број Гж. 1353/12 од 25.03.2013. године, извор: <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa>)

правних радњи? Одговор на ово питање, у нашем праву је негативан, поверилац са недоспелим потраживањем не може вршити побијање дужникових правних радњи. Одговор неће променити ни околност да је дужник доиста предузео неку радњу којом се оштећују повериоци. Разлог за овакав став лежи у околности да би дозвољавање права на побијање повериоцу са недоспелим потраживањем према дужнику могло угрозити сигурност правног промета као и довести до безразложног узнемиравања дужника и трећих лица од стране поверилаца. Доспелост потраживања повериоца који се налази на активној страни парничног поступка чини есенцијални услов побијања, без утврђеног доспелог потраживања тужиоца према дужнику се не може донети пресуда за побијање. Наше предратно право је такође одбацило могућност да поверилац са недоспелим потраживањем врши побијање.¹¹¹

Могућност побијања дужникових правних радњи од стране повериоца са недоспелим потраживањем није чак озбиљно ни разматрана у теорији. Како наводи Божидар С. Марковић у свом бриљантном делу,¹¹² у старијој аустријској теорији је разматрано ово питање и то кроз могућност да се на месту тужиоца у спору за побијање нађе поверилац који има извршан наслов али за будућа недоспела потраживања као што је реч на пример код потраживања по основу пресуде за издржавање. Код овог случаја је потпуно јасно да је тужилац исходовао исправу-судску пресуду која несумњиво доказује његово својство повериоца дужника али је његово потраживање недоспело, односно таквом повериоцу потраживање доспева кроз оброке, најчешће на месечном нивоу. У том смислу, уколико дужник не измири неки од доспелих месечних obroka, поверилац ће имати испуњен формални услов у погледу доспелости потраживања али само за део потраживања који је доспео. У погледу недоспелих рата поверилац неће моћи да користи ово право чак и ако би постојала нека радња дужника која би могла бити предмет побијања. Међутим, управо је Божидар Марковић заступао становиште по којем нема места ограничењу ове врсте. Наиме, овај је аутор сматрао да је, у погледу издржавања, потребно

¹¹¹ §8 Закона о побијању правних дела изван стечаја је у погледу потраживања захтевало и захтев више, потраживање је морало бити извршно.

¹¹² Видети Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.130 .

интересу трећих лица претпоставити корисника издржавања и дозволити побијање чак и за недоспеле оброке, под условом да је потраживање утврђено извршним насловом.¹¹³ Ипак, чини се да ово питање не би требало посматрати само из угла конкретног примера издржавања које је утврђено судском одлуком. Трбало би проширити питање и на друге могуће пример у пракси. Тако, могуће је да је дужник са повериоцем закључио уговор о продаји непокретности којим се поверилац као продавац обавезао да ће предати непокретност дужнику у посед одмах након закључења уговора а дужник се као купац обавезао да ће у одређеном року платити цену. Међутим, након што је добио непокретност у посед, дужник може предузети одређене правне радње којима ће умањити сопствену имовину на штету свог повериоца, чак и отуђити купљену непокретност након уписа у катастар непокретности. Поставља се питање, да ли поверилац може успешно водити поступак побијања дужникове правне радње и поред тога што има само недоспело потраживање према дужнику? Ово питање је важно и из практичног аспекта, наиме, уколико, на пример, поверилац има доспело потраживање према дужнику по основу појединих obroka а недоспело у односу на остатак дуга, није спорно да такав поверилац може водити поступак за побијање дужникове правне радње али најповољнија последица коју може извући је да се радња огласи без дејства према њему у оној мери колико је потребно да би се наплатило његово доспело потраживање. Дакле, и сама последица се мора односити само на доспели део потраживања, што у појединим случајевима може резултат парничног поступка учинити бесмисленим обзиром да намирењем само доспелог дела потраживања неће напослетку ни утицати на дужника да поново не учини радњу која може бити предмет побијања а поверилац ће морати да сачека доспелост неког од преосталих obroka па тек онда започети поступак побијања. У таквим случајевима се може десити да се догоди управо због немогућности да повериоци туже за побијање дужникове правне радње пре доспелости потраживања, да протекну рокови у којима се побијање може тражити. Чини се да би решење по којем би као тужилац у парници за побијање могао да наступи само поверилац доспелог потраживања, било

¹¹³ Ibid, стр.131.

неправично у односу на повериоца са недоспелим потраживањем. Иако је у нашем праву ова теоријска расправа разрешена важећим правилом Закона о облигационим односима¹¹⁴, заправо реч је о услову који је постављен као *conditio sine qua non* чини се да би се ипак могла бранити идеја да се на активној страни парнице нађе и поверилац са недоспелим потраживањем. Као главни аргумент у прилог оваквог става лежи у чињеници да је и поверилац недоспелог потраживања ипак поверилац који очекује намирење и заиста овакав поверилац исто може изгубити могућност намирења уколико дужник отуђује вредну или највреднију своју имовину. У том смислу, иако нема доспело потраживање према дужнику, а самим тим нема ни могућност за остваривање тог потраживања у судском парничном или извршном поступку, ипак је и за таквог повериоца значајно да може извршити контролу дужниковог понашања у случају када дужник отуђује своју имовину. Заиста, могла би се замислити ситуација у којој дужник, знајући да још увек нема доспело дуговање према повериоцу, односно да је имун на побијање у односу на тог повериоца, намерно отуђује своју имовину како се поверилац по доспећу не би могао наплатити. Међутим, ова опасност за повериоца је заиста доста ублажена околношћу да се тешко може замислити ситуација у којој ће поверилац бити опасан велом недоспелости потраживања у тако дугом временском периоду да се може догодити да рокови за побијање неке дужникове радње истекну. Када је реч о потраживањима која доспевају у оброцима, као што је рецимо уговор о кредиту са месечним ануитетима, поред правила да ће поверилац, приликом доспећа сваког ануитета који дужник није измирио стећи услов доспелости потраживања који је неопходан за побијање дужникових правних радњи, поверилац се може користити и правом на раскид уговора и проглашењем свих дужникових обавеза доспелим. На тај начин, и овај поверилац, разуме се у случајевима када је раскид због неиспуњења оправдан,

¹¹⁴ Видети члан 280. ст. 1. Закона о облигационим односима које доспелост потраживања повериочевог дефинише као услов да би се вршило побијање а идентично правило садрже и права бивших југословенских република, видети члан 255. ст. 1. ОЗ Словеније, члан 66. ст. 1. ЗОО Хрватске, члан 280. ст. 1. ЗОО ФБиХ, члан 280. ст. 1. ЗОО Републике Српске, члан 287. ст. 1. ЗОО Црне Горе, члан 269. ЗОО Македоније; наше предратно право је такође одбацило могућност да поверилац са недоспелим потраживањем врши побијање, видети §8. Закона о побијању правних дела изван стечаја који захтева не само доспелост већ и извршност повериочевог потраживања.

несумњиво стиче услов да покрене парнични поступак за побијање дужникових правних радњи.

Поверилац недospelог потраживања, као што се може видети, мора сачекати доспелост потраживања да би имао могућност да побија такву дужникову правну радњу, чак иако би било речи о радњи коју дужник предузима у намери оштећења овог повериоца. У сваком случају, омогућавање повериоцу недospelог потраживања да побија дужникове правне радње, не само што би довело до узнемиравања трећих лица, у многим случајевима и безразложног узнемиравања, него би и утицало на промену саме концепције права побијања, односно основних постулата овог правног института. Као општи услов права побијања, као што ћемо доцније детаљније видети, поставља се оштећење поверилаца, односно инсолвентност дужника, а када је реч о недospelом потраживању, заиста се пре доспелости самог потраживања не може рећи да ли постоји такво оштећење. Наиме, иако је дужник пре доспећа потраживања предузимао одређене правне радње које, по својим особинама, представљају радње које би могле бити предмет побијања, и даље се не зна, све до момента доспећа потраживања, да ли ће дужник имати имовине из које тај поверилац може намирити своје потраживање а ако је тако онда није испуњен основни услов оштећења поверилаца односно инсолвентност дужника, па у том случају нема места побијању. Могуће је да ће, чак иако је остао без имовине пре доспећа повериоачевог потраживања, дужник у међувремену услед одређених послова ипак увећати своју имовину. Напослетку, можда и као најснажнији аргумент у прилог тези да поверилац недospelог потраживања не може побијати правну радњу свог дужника представља и околност да се све до тренутка доспећа потраживања не зна да ли ће дужник своју обавезу испунити или не. Из свих наведених разлога модерно право побијања дужникових правних радњи, као један од општих услова побијања, поставља и услов да тужилац може бити само поверилац са доспелим потраживањем према дужнику.

Међутим, од доспелости треба разликовати извршност потраживања. У том смислу право побијања не захтева да поверилац мора испунити овај услов да би био овлашћен на побијање, односно поверилац не мора имати извршну исправу како би

добрио могућност да побија дужникове правне радње које су учињене на његову штету довољно је да је његово потраживање доспело, што се може доказати на различите начине, а не само достављањем одређене извршне исправе која ову околност свакако доказује. Тако је резоновао и Француски Cour de cassation који је у једном случају утврдио да потраживање повериоца не мора бити извршно¹¹⁵ док је у другом случају нашао да потраживање чак не мора бити ни утврђено.¹¹⁶ Међутим, и у француском праву потраживање мора бити извесно.

2.1.2.1.2. Време настанка потраживања

Као логично теоријско питање намеће се и следећа дилема, да ли време настанка потраживања, у односу на правну радњу дужника која се побија, има значај приликом оцене да ли такав поверилац може користити институт побијања дужникових правних радњи? Без сумње, поверилац чије је потраживање настало пре дужникове правне радње која је предмет побијања, може користити ово право, шта више, од настанка института права побијања, као централно место и основни интерес који је потребно заштитити је управо поверилац са таквим потраживањем. Међутим, постоје и повериоци чије потраживање настаје након одређене правне радње њиховог дужника која би била предмет побијања.

У погледу права на побијање ових поверилаца, последично, намећу се два могућа решења, прво, по којем овакав поверилац нема право да побија дужникове правне радње предузете пре настанка потраживања и друго, по којем би овакав поверилац имао то право. Такође, могуће је и решење које комбинује оба наведена становишта.¹¹⁷ У римском праву је преовладао став да на страни дужника не може

¹¹⁵ Одлука Cour de cassation од 25. фебруара 1981. године, наведено према Philippe Malinvoid, стр. 607.

¹¹⁶ Одлука Cour de cassation од 19. новембра 2002. године, наведено према Philippe Malinvoid, стр. 607.

¹¹⁷ У америчком Uniform voidable transactions act дефинисано је у делу 4 и 5 које правне радње дужника може побијати који поверилац у складу са временом настанка потраживања у односу на

бити речи о *consilium fraudis* према лицима која у том тренутку немају никакав интерес ангажован у дужниковој имовини.¹¹⁸ Такође, прво становиште као правило важи у француском праву као и у другим правним системима које су за узор у праву побијања имали француско право, као што су Шпанија или Белгија.¹¹⁹ Правило је уобличено од стране француског *Cour de cassation* који у бројним одлукама истиче изречан став по којем предмет побијања могу бити дужникова располагања која су учињена након настанка потраживања повериоца који побијање врши, а изузетак у погледу овог правила се може признати само у случају када је дужник располагање предузео у намери оштећења својих будућих поверилаца.¹²⁰ Међутим, овај принцип је од стране *Cour de cassation*, донекле ублажен одређеним одлукама, тако поверилац може доказати „*un principe de creance*” чак и када потраживање није одређено¹²¹, нити доспело. Ипак, иако постоје одлуке у којима се релативизује овај принцип у француском праву, и даље се веома често, у теорији и пракси, истиче да је основни принцип паулијанске тужбе управо да потраживање мора постојати у моменту предузимања акта којим се оштећују повериоци и који је предмет побијања. Тако у једној новијој одлуци *Cour de cassation* истиче: „*Mais attend, d’abord, qu’il suffit, pour l’exercice de l’action paulienne, que le creancier justifie d’une creance certaine en son*

време предузимања радње. У том смислу је предвиђено, као правило, да повериоци, без обзира када је њихово потраживање настало могу побијати правне радње својих дужника, док постоје два изузетка која предвиђају случајеве када је неопходно да је потраживање настало пре предузимања правне радње која је предмет побијања а то су: 1. A transfer made or obligation incurred by a debtor is voidable as to a creditor whose claim arose before the transfer was made or the obligation was incurred if the debtor made the transfer or incurred the obligation without receiving a reasonably equivalent value in exchange for the transfer or obligation and the debtor was insolvent at that time or the debtor became insolvent as a result of the transfer or obligation и 2. A transfer made by a debtor is voidable as to a creditor whose claim arose before the transfer was made if the transfer was made to an insider for an antecedent debt, the debtor was insolvent at that time, and the insider had reasonable cause to believe that the debtor was insolvent.

¹¹⁸ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 24; видети *Ulpianus, Digesta*, 42.8.10.1.

¹¹⁹ *Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme*, наведено дело, стр. 94; *Malinvaud Philippe*, наведено дело, стр. 608; *Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette*, наведено дело, стр. 1157; видети члан 1634. став 2. Грађанског законика Квебека у којем изречно стоји: „*The claim must exist prior to the juridical act which is attacked, unless that act was made for the purpose of defrauding a later ranking creditor.*“

¹²⁰ Одлука *Cour de cassation* од 27. јуна 1972. године, наведено према *Philippe Malinvaud*, наведено дело, стр.607.

¹²¹ Одлука *Cour de cassation* од 13.1.1993. године, наведено према *Alain Venabent*, наведено дело, стр. 513.

principe au moment de l'acte argue de fraude.”¹²² Друго становиште је заступљено у нашем, холандском, немачком, аустријском праву и праву бивших југословенских република.¹²³ Чини се да се и једно и друго решење може бранити значајним аргументима. Најпре, решење по којем поверилац чије потраживање настаје након предузимања правне радње од стране дужника нема могућност побијања такве дужникове радње, полази од чињенице да у моменту настанка потраживања одређена отуђена ствар или право, које је радњом дужника престало да буде имовина дужника из које се поверилац може наплатити, ни тада није била део имовине дужника. Према овом схватању, повериоци, ради намирења свог потраживања према дужнику, могу пледирати само на имовину коју дужник поседује у моменту настанка потраживања као и на ону имовину коју дужник стекне након настанка потраживања. Дужник одговара за своје дугове целокупном имовином према својим повериоцима и зато се подразумева да је пре свега реч о имовини која постоји у моменту настанка потраживања. То је тај временски тренутак који омеђава право на побијање дужникових правних радњи. Рецимо код уговора, као једног од најчешћих извора облигација и повериочевог потраживања, моменат закључења је тај централни тренутак када потраживање настаје и када поверилац пристаје да буде поверилац свог дужника, и управо у том тренутку он врши процену имовине дужника, сигурност измирења обавеза од стране дужника као и потенцијалног принудног намирења у случају да дужник обавезу не испуни у договореном року. Овакво становиште потиче још од времена настанка права побијања дужникових правних радњи, из римског доба у којем је *consilium fraudis* био неопходан услов да би се уопште могло говорити о побијању. У том смислу, на страни дужника није могао да постоји *consilium fraudis* у погледу предузимања одређене правне радње у односу на повериоце који су тај статус стекли након саме радње. Реч је о лицима која нису ни

¹²² Одлука Cour de cassation од 15.01.2015. године, извор: <https://www.courdecassation.fr> ; слично суд наводи и у одлуци од 16.5.2013. године када истиче „d'une creance certain en son principe puisque“, извор: <https://www.courdecassation.fr>.

¹²³ Видети члан 280. ст. 1. Закона о облигационим односима и одредницу „и без обзира када је настало“; 3:45 Холандског грађанског законика; § 8. ст. 1. аустријског *Anfechtungsordnung* ; члан 255. ст. 1. ОЗ Словеније, члан 66. ст. 1. ЗОО Хрватске, члан 280. ст. 1. ЗОО ФБиХ, члан 280. ст. 1. ЗОО Републике Српске, члан 287. ст. 1. ЗОО Црне Горе, члан 269. ЗОО Македоније .

били повериоци у том тренутку, односно који нису били ни у каквој вези са имовином дужника нити су могли очекивати намирење из ње. Њихово потраживање настаје доцније, па не могу истицати никакве захтеве у односу на дужникове радње које су предузете пре настанка потраживања, укључујући и право побијања таквих радњи. Каже се још да за доцније повериоце отуђена вредност није ниједног тренутка представљала објекат могућег намирења.¹²⁴ Разуме се, концепт француског права о општој залози на имовини дужника, о којем је у ранијем делу било речи, појачао је разумевање према којем само они повериоци чије потраживање постоји у моменту предузимања правне радње свог дужника могу користити право на побијање. Међутим, важно је приметити да по овом концепту је од значаја само моменат настанка потраживања а не моменат доспећа тог потраживања, тако да би право на побијање могли користити и они повериоци чије потраживање настаје пре предузимања радње од стране дужника а доспева после тога. У моменту када дужник предузима радњу која би била предмет потраживања, облигациони однос постоји, поверилац има потраживање према дужнику, па се чини неразумним ускратити таквом повериоцу право на побијање.

Супротно становиште, по којем поверилац може побијати дужникове правне радње, без обзира када су оне предузете, пре или после настанка потраживања, такође је засновано на веома чврстим аргументима. Наиме, ово схватање релативизује концепт по којем поверилац рачуна само на имовину дужникову која постоји у моменту настанка потраживања и ону доцније стечену, истичући да је са аспекта намирења потраживања од значаја само она имовина која постоји у самом тренутку намирења. Заправо, само потраживање не даје необезбеђеном повериоцу никакво право на одређену имовину дужникову, него се у тренутку принудне наплате дефинитивно формира имовина његова која за повериоца може представљати предмет из којег се остварује наплата.¹²⁵ Наводи се да радњом која се побија наноси инсолвентан дужник штету подједнако свим својим и тадашњим и будућим повериоцима, те су и једни и други подједнако овлашћени на побијање таквих

¹²⁴ Божић С. Марковић, наведено дело, стр.136.

¹²⁵ Божић С. Марковић, наведено дело, стр. 136.

његових располагања.¹²⁶ Међутим, овај концепт не може ваљано објаснити једну специфичну теоријску ситуацију која се може догодити у пракси. Наиме, случај би био постављен на следећи начин, лице које нема повериоце предузима одређену правну радњу којом умањује своју имовину. Узмимо за пример, уговор о поклону. Дакле, у моменту закључења уговора о поклону имовина поклонодавца је слободна од потраживања било ког повериоца. Извесно време након тога, поклонодавац се задужује и постаје инсолвентан. Према концепту по којем би побијање било могуће без обзира када је потраживање повериоца настало, повериоци би могли да побијају ову дужникову правну радњу, што би, ипак, довело до правне повећавању правне несигурности. Концепт по којем поверилац чије је потраживање настало након радње која се побија је творевина германског права а у наше право је дошло услед рецепције аустријског права побијања кроз Закон о побијању правних дела изван стечаја. Такав концепт је задржао и Закон о облигационим односима који о томе садржи изречну одредбу. Аутор овог рада је у погледу овог теоријског питања ближи становишту француског права, по којем је право побијања омогућено само повериоцима чија су потраживања настала пре него што је дужник предузео радњу која ће бити предмет побијања, са изузетком потраживања која су настала после предузимања такве радње уколико се може доказати дужникова намера да оштети своје будуће повериоце. Међутим, имајући у виду решење нашег позитивног права, у даљем тексту анализираће се случајеви права на побијање поверилаца без обзира када је настало њихово потраживање.

2.1.2.1.3. Условно потраживање

Као што смо видели, поверилац са недоспелим потраживањем, све док потраживање не доспе за наплату, није овлашћен на побијање дужникових правних

¹²⁶ Ibid.

радњи. Са још мање успеха се може бранити став по којем се ово право може омогућити повериоцу са условним потраживањем.

Овде би требало размотрити ситуацију повериоца које има потраживање под одложним условом као и ситуацију у којој поверилац има потраживање под раскидним условом. У случају одложног услова, поверилац не може вршити побијање управо из разлога што је реч о некоме ко још увек није постао поверилац, он ће то постати тек и ако се услов оствари.¹²⁷ Обзиром да није поверилац, закључак је да нема никакве везе са имовином дужника, па самим тим га не дотичу ни располагања која дужник чини. Једноставно речено, овај поверилац не може задовољити један од основних услова у погледу потраживања према повериоцу, па му право ускраћује право на побијање дужникових радњи све док услов не наступи. Додатно, доспелост потраживања, која је у нашем праву такође услов побијања који се захтева на страни повериоца, свакако не може наступити све док одложни услов не наступи.

Када је реч о потраживању под раскидним условом, ту је ситуација нешто другачија. Начелно поверилац са потраживањем под раскидним условом задовољава све критеријуме које пред њега ставља право побијања. Управо зато се чини разумним дозволити овом повериоцу право на побијање дужникових правних радњи, имајући у виду да он има, према дужнику, идентично потраживање са аспекта постојања, као и други повериоци чије право на побијање није спорно. Овакав став заступа и француски аутор Jacques Ghestin који изречно истиче да поверилац који има потраживање које је под резолутивним условом може вршити побијање док поверилац чије је потраживање под суспензивним условом то не може чинити.¹²⁸ Међутим, у случају наступања раскидног услова овај поверилац престаје бити поверилац дужников, па самим тим и његово право на побијање, истовременом са

¹²⁷ Видети чл. 74. ст. 2. Закона о облигационим односима.

¹²⁸ Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, наведено дело, стр. 514.

престанком потраживања, нема више никакво правно дејство, а у случају да је поступак започет, он ће бити, без одлагања, окончан.¹²⁹

Изречно правило да поверилац чије је потраживање под условом може побијати правну радњу свог дужника која је предузета на штету поверилаца је предвиђено у италијанском праву.¹³⁰ Ипак, у нашем праву ваља заузети став да поверилац, чије је потраживање под одложним условом не може вршити побијање дужникових правних радњи све док услов не наступи а да је поверилац чије је потраживање под раскидним условом овлашћен на побијање, све док услов не наступи, када губи то право.

2.1.2.1.4. Новчано потраживање

Као једна од занимљивијих, у правној теорији побијања дужникових правних радњи се појавила и дилема у погледу карактера самог потраживања које поверилац има према дужнику, да ли је нужно да поверилац има новчано потраживање према дужнику да би био овлашћен да побија његове правне радње? Као неспорно, одмах се ваља истаћи правило да је поверилац новчаног потраживања свакако овлашћен да побија дужникове правне радње које су предузете на штету поверилаца. Међутим, веома опрезно се мора анализирати положај повериоца који има неновчано потраживање према дужнику и да ли такав поверилац може вршити побијање. Повериоци неновчаног потраживања према дужнику могу бити по разним основама, купац ствари из уговора о продаји коме је дужник-продавац дужан предати ствар која је предмет уговора, хипотекарни поверилац када хипотекарни дужник није истовремено и дужник потраживања које се обезбеђује, саговорач по основу реституције на основу поништења или раскида уговора. Оно што је на први поглед

¹²⁹ Видети члан 74. ст. 3. Закона о облигационим односима.

¹³⁰ Видети члан 2901. Италијанског грађанског законика.

уочљиво је околност да дужник неновчане обавезе не мора бити инсолвентан уопште, реч је о специјалној инсолвентности, у односу само на повериоца. Дакле, у овом случају реч је о томе да дужник неновчане обавезе није испунио обавезу према свом повериоцу али више то ни не може учинити услед предузете правне радње којом је дужник себе лишио могућности располагања стварју која је предмет његове обавезе. Ситуација која је расправљана у теорији је двострука продаја непокретности код које дужник неновчане обавезе омогући упис у земљишне књиге или катастар непокретности у корист другог купца и тако себе учини инсолвентним у односу на првог купца. Доступна судска пракса показује да судови не поклањају превише пажње овом спорном теоријском питању, већ ствар решавају на основу изречне законске норме која предвиђа као услов на страни повериоца доспелост потраживања, а то је, према изреченим ставовима могуће само код новчаног потраживања.¹³¹ Насупрот овом ставу, у француском праву, могуће је побијање због тзв. специјалне инсолвентности, па тако поверилац не мора доказати материјалну инсолвентност дужника уколико докаже да је дужник одређеном радњом умањио вредност предмета обезбеђења¹³² или га учинио недоступним за коришћење повериоцевог права на заложеној ствари.¹³³ Такође, у једном случају у којем је одлучивао Cour de cassation, овај суд истиче да је побијање могуће у случају када је предмет поверилачког потраживања поклоњен од стране дужника трећем лицу, чак и када дужник није инсолвентан у односу на остале повериоце.¹³⁴

¹³¹ „Наиме, из одредбе чл. 280. ст. 1. ЗОО-а, којом је прописано да сваки вјеровник чије је «потраживање доспјело за исплату», и то без обзира када је то потраживање настало, може побијати правну радњу свога дужника –ону која је подузета на његову штету, јасно произлази да се правна радња дужника може побијати само ради (или у свези...) новчаног потраживања вјеровника, оног доспјелог за исплату (а доспјети на исплату може само новчано потраживање...). Посљедично, са тиме у вези, како тужитељ према М. М. није имао и нема новчано потраживање (супротно и не тврди...), већ «само» захтјев на признавање његова власничког права –са захтјевом за издавање табуларне исправе, суд првог ступња је правилно поступио када је одбио тужитељев захтјев свеједно грађен на истакнутој одредби чл. 280. ЗОО-а.“ Жупанијски суд у Пули, Гж-3912/04-2 од 29. априла 2005. године извор <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/search>

¹³² Одлука Cour de cassation од 13.5.1969. године, наведено према Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 609.

¹³³ Одлука Cour de cassation од 6.10.2104. године, наведено према Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 609.

¹³⁴ Одлука Cour de cassation од 6.10.2104. године, извор: <https://www.courdecassation.fr>, суд наводи: „Qu'en statuant ainsi, alors que l'action paulienne est recevable, meme si le debiteur n'est pas insolvable, des

Према појединим ауторима, општа инсолвентност дужникова не би у овим случајевима била општи услов за побијање, већ би успех зависио од тога да ли поверилац докаже специјалну, инсолвентност у односу на њега самога.¹³⁵ Међутим, и у ситуацији када се теоријски покушава оправдати могућност да поверилац неновчаног потраживања побија правне радње свог дужника, прави се разлика у погледу услова који приде морају бити испуњени, и то у зависности да ли је реч радњи која представља теретни или бестеретни правни посао. Тако, у случају теретног правног посла, поверилац ће морати да докаже намеру дужникову као и знање за намеру код прибавиоца, док ће код бестеретног располагања бити довољно доказати специјалну инсолвентност и *consilium fraudis*, који би се, чини се, и претпостављао.¹³⁶ Као аргумент се, у прилог тврдњи да и поверилац неновчаног потраживања, може вршити побијање због специјалне инсолвентности, наводи и гледиште француског права које је, истина, начелно омогућило ово право таквом повериоцу. Наиме, наводи се да је општа одредба члана 1167. Француског грађанског законика кроз дефинисање да повериоци могу, у своје лично име, побијати дела која је дужник извршио у циљу изигравања њихових права, није ограничила ово право само на повериоце новчаних потраживања¹³⁷, па тако право на побијање ће имати и поверилац чије је потраживање обезбеђено, у случају када је дужник предузео било какву радњу којим се умањује вредност заложене ствари.¹³⁸

Последњи аргумент који се истиче у прилог оваквом правном ставу је да само право побијања показује тенденцију проширивања на нове случајеве.¹³⁹ По схватању аутора овог рада, претежу аргументи по којима у нашем праву није дозвољено повериоцу неновчаног потраживања да побија радњу свога дужника, већ да за такво

lors que l'actw frauduleux a en pour effet de rendre impossible l'exercice du droit special don't disposait le creancier sur la chose alienee, l'a cour d'appel a viole le texte susvisé".

¹³⁵ Видети Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 33.

¹³⁶ Видети Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.33.

¹³⁷ Видети више код Петар Кларић и Мартин Вердиш, наведено дело стр. 172; Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 976.

¹³⁸ У овој одлуци Cour de cassation од 18.02.1971. године суд изречно наводи да у том случају ће бити места побијању чак и када је дужник солвентан, наведено према Alain Benabent, наведено дело, стр. 514.

¹³⁹ Видети Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 976.

овлашћење мора имати новчано потраживање према дужнику. Заправо, реч је о томе да услов опште инсолвентности мора бити доказан у свакој појединачној побојној парници односно да без испуњења овог услова нема побијања. Следећи аргументи се додатно могу изрећи у прилог оваквог става. Најпре, поверилац неновчаног потраживања ће имати могућност да користи друге правне механизме у циљу заштите свог права, као што су право на раскид уговора због неиспуњења или уговорна казна, која се и иначе може уговорити само за неновчане облигације.¹⁴⁰ Као специфичан аргумент, у прилог става да је у овом смислу могуће проширити дејство модерне паулијанске тужбе се може истаћи да се у том погледу мора бити веома опрезан, јер свако проширење дејства права побијање значи извесно смањење правне сигурности у које се поуздају трећа лица приликом ступања у правне односе са дужником. Напослетку, чини се да је ова теоријска расправа у нашем праву заокружена изречним правилом члана 280. ст. 2. Закона о облигационим односима које предвиђа да ће се сматрати да је испуњен услов да је радња предузета на штету поверилаца ако услед њеног извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повериочевог потраживања. Као што се може увидети, Закон о облигационим односима користи термин „дужник нема довољно средстава за испуњење повериочевог потраживања“ који сам по себи подразумева да је обавеза дужникова према повериоцу новчане природе. У доступној судској пракси, само у једном случају, је поверилац неновчаног потраживања покушао да кроз институт побијања дужникових правних радњи заштити своје право, али у томе није успео. Наиме, према утврђеном чињеничном стању, о којем је по ревизији расправљао Врховни суд Хрватске, тужилац је био купац одређене непокретности коју је продавац поклатио трећем лицу које је своје право својине уписао у регистар непокретности. Тужени, су према изречном правилу ревидираног Хрватског Закона о обвезним односима, били и дужник неновчане обавезе-продавац и треће лице-прибавилац. Првостепени и другостепени суд су били једногласни у ставу да се овде не може истицати захтев за побијањем дужникових правних радњи, који је, иако је ревизија усвојена из других

¹⁴⁰ Члан 270. ст. 3. Закона о облигационим односима.

разлога, прихватио и ВСХ.¹⁴¹ У упоредном праву преовлађује став да је једино овлашћен на побијање поверилац новчаног потраживања.¹⁴² Такође, ваљало би напоменути да је домаћа теорија била склона да оспори став који је дошао из немачког права да је на побијање овлашћен једино поверилац новчаног потраживања. Тако Иво Политео, анализирајући §8. Закона о побијању правних дела изван стечаја, „истиче да закон говори о вјеровнику, о намирењу тога вјеровника, о његово оштећењу, али о врсти, нарави његове тражбине нама нигдје спомена.“¹⁴³ Тако, овај аутор закључује да, управо због наведеног разлога, право побијања дозвољава и повериоцу неновчаног потраживања да своја права заштити путем паулијанске тужбе.¹⁴⁴ Такође, идентичан став износи и Божидар Марковић, анализирајући наведени параграф закона. Он истиче да би ускраћивање права на побијање повериоцу неновчаног потраживања било неправично решење па предлаже супротно тумачење по којем би тако нешто било могуће, а у ком случају би, по мишљењу овог

¹⁴¹ Рјешење Врховног суда Хрватске, Рев 166/10-2 од 30. јуна 2011. године. ВСХ истиче: “Полазећи од наведених чињеница, а разматрајући основаност предметног тужбеног захтјева само са аспекта института побијања дужникових правних радњи, првоступањски суд је оцјењујући да нису испуњене претпоставке побијања позивом на одредбе чл. 66-71. Закона о обвезним односима (“Народне новине”, број 35/05 и 41/08 – даље: ЗОО/05) којима је уређено побијање дужникових правних радњи одбио је предметни тужбени захтјев. При томе је још у разлозима првоступањске пресуде навео да се према ЗОО/05 институтом побијања дужникових правних радњи могу штити само новчане, а не неновчане тражбине (у овом случају право на упис власништва некретнина) те да зато не постоје претпоставке за побијање предметне правне радње ИИ. туженика. Другоступањски суд је у побијаној пресуди у суштини потврдио наведене разлоге првоступањске пресуде допуњујући их даљњим наводима да без истицања одређеног захтјева на брисање уписа даропримца који је своје право власништва уписао на темељу уговора о даровању не може бити прихваћен предметни тужбени захтјев. У првом реду ваља истаћи да у погледу првог дијела захтјева не може бити ријеч о томе да се он заснива на институту побијања дужникових правних радњи јер за примјену тог института поред постојања доспјеле новчане тражбине што овђе није случај, потребно је у тужбеном захтјеву навести у којем дијелу дужникова правна радња губи учинак према вјеровнику – тужитељу, а то би био онај дио који је потребан за испуњење тужитељеве новчане тражбине, какав тужбени захтјев у предметном случају није истакнут, нити је могао бити истакнут. Зато одбијањем тужбеног захтјева због тога што нису испуњене претпоставке за побијање дужникових правних радњи према чл. 66.-71. ЗОО/05 је материјално право погрешно примијењено.”

¹⁴² Piotr Machnikowski, Justyna Balcarczyk, Monika Drela, Contract law in Poland, стр. 119, Wolters Kluwer, 2011. година, Божидар С. Марковић истиче да је у аустријској доктрини заузет једнодушан став по којем се повериоцу чија тражбина није новчана ускраћује право на побијање.

¹⁴³ Иво Политео, наведено дело, стр.48.

¹⁴⁴ Ibid.

аутора, било довољно да поверилац докаже само специјалну инсолвентност дужникову.¹⁴⁵

Међутим, по мишљењу аутора овог рада, и поред изнетих опречних мишљења, за потребе тумачења нашег позитивног права ванстечајног побијања претежу аргументи на страни става да је побијање резервисано искључиво за повериоца новчаног потраживања.

2.1.2.1.5. Намирено потраживање

Као логички сасвим оправдан услов у погледу потраживања које поверилац има према дужника, захтева се постојање ненамиреног потраживања. Они повериоци који су имали потраживање према дужнику, али које је у међувремену намирено од стране дужника или неког трећег, нису овлашћени на побијање чак и у случају када су испуњени остали услови. Чини се да су аргументи који оправдавају овакав став више него јасни, омогућавање повериоцима који су своје потраживање наплатили да врше побијање дужникових правних радњи не само што би произвело безразложно узнемиравање трећих лица и угрозило правну сигурност, већ би и измакло циљу побијања а то је, у крајњој линији, омогућавање намирења потраживања оном повериоцу који успе са тужбом за побијање. У том, контексту дужникови бивши повериоци не могу вршити право побијања његових правних радњи.

¹⁴⁵ Божидар С. Марковић, наведено дело. стр.135.

2.1.2.1.6. Застарело потраживање

Поставља се питање да ли поверилац који, уистину, има потраживање према дужнику али је оно застарело, може започети поступак побијања дужникових правних радњи? Чини се да одговор на ово питање захтева кратак резиме самог појма застарелости у облигационом праву. Наиме, застарело потраживање је оно потраживање које се више не може принудно остварити услед протеча одређеног рока од дана његовог доспећа. Као што је познато, у зависности од природе потраживања, право дефинише различите рокове застарелости, па тако имамо једногодишњи, трогодишњи и као општи, десетогодишњи рок застарелости. Последица застарелости потраживања не наступа аутоматски протеком дефинисаног рока, већ се на њу мора позвати дужник у случају да поверилац судским путем захтева намирење. Међутим, у случају побијања, дужник није активно легитимисан, а чак и да јесте не сме се дозволити да од дужникове воље, околности жели ли он или не жели да истакне приговор застарелости, зависи исход парнице за побијање у односу на треће лице, прибавиоца. Зато право омогућава и трећем лицу да истакне овај приговор, и генерално да оспорава потраживање повериоца који врши побијање, али ово питање ће бити детаљније размотрено доцније када се буде говорило о положају и могућностима туженог трећег лица у парници за побијање.

Дакле, као што смо видели, на активној страни парнице за побијање дужникових правних радњи налази се поверилац са доспелим, новчаним, ненамиреним потраживањем које је могло настати пре или након предузимања, од стране дужника, правне радње која се побија. У том смислу, ово право ће бити омогућено и повериоцу застарелог потраживања али са јасном могућношћу на страни туженог, противника побијања да истакне приговор застарелости и тиме одбије напад овог повериоца. Ово питање ће бити актуелно у току целог поступка, па дужник може истаћи приговор застарелости чак и када потраживање застари у току поступка.

2.1.2.1.7. Универзални и сингуларни сукцесори повериоца

Поред повериоца, побијање могу вршити и његови универзални и сингуларни правни сукцесори.¹⁴⁶ Када је реч о универзалним сукцесорима, уколико је поверилац физичко лице онда говоримо о његовим наследницима који постају повериоци дужника, па су у том својству овлашћени на побијање. Ово је стога што право на побијање, као што смо и видели, није никакво лично право, нити је везано само за одређеног повериоца, напротив, ову могућност добија сваки поверилац који има доспело потраживање према дужнику као што је и наследник. Када је реч о дужнику који је правно лице, о универзалним правним сукцесорима можемо говорити у случају неке од статусних промена или рецимо продаје стечајног дужника као правног лица у стечајном поступку, где суштински и не долази до било какве врсте сукцесије него купац постаје нови власник друштва и зато је право на побијање очувано за само друштво које је поверилац дужника.

Када се говори о сингуларним сукцесорима, ситуација је донекле слична, с тим да би требало имати у виду да сингуларни сукцесор може имати право побијања једино ако је стекао право потраживања које је поверилац имао према дужнику. Дакле, реч је о цесионару из уговора о цесији коме је, од стране повериоца, уступљено потраживање према дужнику. Чини се, међутим, да назначивање да право побијања може вршити универзални и сингуларни сукцесор повериоца нема велики практични значај имајући у виду да ова лица то заправо могу чинити тек кад постану повериоци дужникови, чиме се не одступа од правила да побијање врши поверилац, чини се, правила које је без изузетка у материји побијања.

¹⁴⁶ Слично Љубиша Милошевић, наведено дело, стр. 208; Ђорђевић, Станковић, наведено дело, стр. 603.

2.1.2.2. Против кога се врши право побијања

У досадашњем делу рада, испитана је активна страна парнице за побијање, то је поверилац са потраживањем према дужнику које мора задовољити одређене услове, сада би требало утврдити ко се може наћи са друге, пасивне стране, односно против кога се тужба може поднети и које услове мора задовољити противник побијања да би се могао наћи као учесник поступка побијања. Такође, размотрена ће бити и процесна и материјална позиција противника побијања, односно које су могућности које противник побијања има на располагању а како би успешно избегао побијање.

2.1.2.2.1. Опште правило

Основно правило када је реч о праву побијања је да се тужба за побијање подноси против трећег лица са којим је, или у чију је корист предузета правна радња која се побија, односно против његових универзалних правних следбеника. Међутим и на први поглед је јасно да на место туженог могу доћи различите категорије лица. У праву побијања се за све ове категорије лица, односно за сваког ко би се могао наћи на пасивној страни парнице користи термин противник побијања, термин који по схватању аутора овог рада, у потпуности обухвата и осликава све заједничке особине свих наведених категорија, те га прихвата и надаље ће га користити у овом раду.

Најпре, противник побијања је треће лице са којим је или у чију је корист предузета правна радња која се побија. Имајући у виду ово правило, одмах би ваљало назначити да ће се некада у једном лицу спојити опис „са којим је“ и „у чију је корист предузета правна радња која се побија“, а некада ће бити реч о различитим

лицима. Лице са којим је предузета правна радња која се побија ће се пре свега односити на сауговорача дужниковог, уговорну страну из уговора којим дужник располаже каквим својим правом. Тако рецимо код уговора о продаји којим је дужник отуђио своју непокретност за симболичан износ цене, побијање ће се моћи вршити против купца, односно купац ће у парници за побијање бити означен као тужени.

Са друге стране, у случају уговора о поклону којим је дужник поклонио какву своју ствар трећем лицу, управо то треће лице, поклонопримац ће морати бити означено као тужено у парници за побијање. Дакле, ова ситуација претпоставља да је треће лице учествовало у радњи дужниковој која је предмет побијања, реч је о активном учешћу, радња је предузета заједнички између дужника и трећег лица. Према одређеним ауторима¹⁴⁷ у ову групу лица је потребно убројати и лице које је стекло имовинску корист из дужникових једностраних правних аката, као што су одустанци од права, јавно обећање награде итд. Иако расправа о овоме не може имати велики практичан значај, аутор овог рада сматра да се оваква дужникова располагања не могу побијати као радња која је предузета са трећим лицем. Разлог је очигледан, код једностраних правних аката, као и код јавног обећања награде, треће лице не учествује активно у предузимању радње, она се предузима искључиво и једино од стране дужника. То, разуме се, никако не значи да се против таквих радњи не може вршити побијање. Зато се побијање може остваривати и против лица у чију је корист преузета радња која се побија. Несумњиво је да право побијања у исту раван са лицем са којим је предузета радња која се побија ставља и лице у чију корист је предузета радња. Дакле, покушало се да се одвоји ова категорија лица имајући у виду да би могло бити спорно да ли се побијање може остваривати и против лица у чију корист је предузета радња која се побија уколико то лице није заједнички са дужником предузело спорну правну радњу. Као што је већ напоменуто, некада ће се у једном лицу спојити обе особине које право побијања помиње а некада не. Међутим, неспорно је, односно то представља и опште место у оквиру права

¹⁴⁷ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.994.

побијања, да се тужба може поднети чак и када треће лице није било сауговарач дужников.

Дакле, овде су укључене све оне ситуације у којима неко лице остварује корист а није непосредно партиципирало у радњи којом је та корист остварена. Овде ће бити реч о оним располагањима дужниковим која су предузета на основу једностраног правног акта дужника као и услед јавног обећања награде, као што је већ посредно и речено. Поред ових, све радње дужникове предузете на такав начин да треће лице из њих остварује одређену корист могу бити предмет побијања. Затим, предмет побијања може бити радња дужникова из уговора у корист трећег лица, а побијање ће у том случају моћи бити вршено управо против трећег лица, бенефицијара. Додатно, у ову категорију лица спадају сва она лица која су остварила корист услед пасивних радњи дужникових, дужникових пропуштања, одрицање од наследства, неулагање правног лека, радња усмерене на остварење раскидног услова који дужника лишава наслеђа, да наведено само неке од њих. Закон о побијању правних дела изван стечаја је садржао нешто другачију дефиницију у односу на наше позитивно право, наиме, у §11. ст. 1. је било предвиђено да се побијање може, пре свега, остваривати према оној страни наспрам које је учињено правно дело као и наспрам оних лица која су тим делом погодована.¹⁴⁸ Као што се може видети, Закон о побијању правних дела изван стечаја користи два термина „наспрам које је учињено правно дело“ и „наспрам оних лица која су тим делом погодована“, а имајући ово у виду чини се да саме разлике између ове две категорија лица генеришу другачије правило о томе ко може бити тужени у парници за побијање дужникових правних радњи. Чини се да први термин обухвата ситуације када је треће лице сауговарач дужников као и оне када је треће лице дужниковом радњом погодавано. Други термин је помоћни и његов циљ је био да обухвати сва остала лица која извлаче корист услед дужникове радње а нису она наспрам којих је радња директно учињена.

¹⁴⁸ §11. ст. 1. Закона о побијању правних дела изван стечаја, ово правило је модификовано условом да у односу на потоња мора постојати један од разлога наведен у §2,3,5 и 7.

Обзиром да се на месту трећег лица, са којим је или у чију је корист предузета радња која је предмет побијања, може наћи и правно лице, могуће је да над тим правним лицем буде покренут поступак ликвидације или стечаја. Поставља се посебно питање, на који начин ови поступци могу утицати на повериочево право побијања? Најпре, у случају започињања поступка ликвидације која се спроводи када друштво има довољно средстава за намирeње свих својих обавеза,¹⁴⁹ поверилац нема сметње да као туженог у парници за побијање означи правно лице у ликвидацији.¹⁵⁰ Међутим, веома спорно је питање да ли се поступак ликвидације може окончати пре довршетка парнице а одговор на ово питање је могуће дати једино уколико се пре тога одговори на питање да ли је поверилац који може вршити побијање уопште поверилац трећег лица? Као што се, из досадашњег излагања могло уочити, поверилац дужников нема према трећем лицу никакво новчано потраживање, треће лице није његов дужник, он је само дужан трпети, уколико поверилац добије спор, да се намири потраживање повериочево а правна радња губи дејство само у односу на тужиоца.

Не може се не приметити да положај туженог у парници за побијање веома подсећа на положај заложног дужника који такође може немати дуг према заложном повериоцу већ само мора трпети намирeње повериочевог потраживања према трећем лицу из сопствене имовине. Разуме се, разлика је велика и приметна, заложно право се начелно уписује у одговарајући регистар док код побијања нема никакве публикације тог права и по правилу настаје без воље трећег лица као противника побијања. Иако нема новчано потраживање према трећем лицу, поверилац без икакве сумње има, разуме се ако добије спор, право да се намири из онога што представља корист за треће лице из дужникове радње која се побија. Управо из овога разлога би требало онемогућити окончање ликвидационог поступка све док се не оконча парнични поступак за побијање дужникове правне радње.

¹⁴⁹ Видети члан 524. Закона о привредним друштвима.

¹⁵⁰ Овде би требало имати у виду да су правила о ликвидацији измењена последњим, сада важећим, Законом о привредним друштвима па је тако у члану 527. предвиђено правило по којем поступак ликвидације не спречава извршење а ни стечај друштва. Последично, могуће је покретање парничног поступка у којем би као тужени било означено друштво у ликвидацији.

Можда је најлакше објаснити могуће ситуације у случају када је треће лице правно лице у ликвидационом поступку кроз један класичан пример. Поверилац жели да покрене поступак побијања уговора о продаји којим је његов дужник продао по симболичној цени сопствену кућу и то правном лицу, узмимо за пример да је то једночлани ДОО у којем је једини удеоничар управо дужник. Прва ситуација која је могућа је да поверилац поднесе тужбу за побијање против правног лица, док је то лице у статусу активног правног лица. Јасно је да, у том случају, нема никаквих сметњи да се парнични поступак доврши обзиром да за то не постоје ни формалне ни материјалне сметње.

Друга могућа ситуација је да је, након подношења тужбе од стране повериоца, правно лице започело поступак ликвидације, узмимо за пример да друштво има средстава да намири остале своје повериоце и да је законски услов у погледу ликвидације у односу на њих испуњен. У овом случају, иако друштво намири све остале повериоце, могуће су две опције, прва, да се ликвидација не може окончати и друштво брисати из регистра правних лица све док се поступак за побијање не оконча и друга, да се ликвидација може окончати а да се надаље у односу на повериоца из парнице за побијање и одговорности члана друштва примењује правило о одговорности члана и после окончања ликвидације до висине примљеног износа из ликвидационог остатка.¹⁵¹ По схватању аутора овог рада, више оправдања има прва опција, по којој би било онемогућено окончање ликвидације све док се не оконча парница за побијање у којој је тужени субјект ликвидације. Ово из разлога што се, све док парница не буде окончана, не зна да ли ће друштво које је субјект ликвидације имати још једног повериоца, побијача, односно да ли ће имати довољно капацитета да намири његово потраживање, имајући у виду да ће, у одређеним случајевима, настати новчано потраживање побијача према противнику побијања након успешно окончаног поступка.

¹⁵¹ Члан 545. говори о ликвидационом остатку као примљеном износу, обзиром да члан 541. ст. 1 изречно говори о имовини као ликвидационом остатку, несумњиво то може бити и ствар коју је треће лице прибавило од дужника.

Трећа могућа ситуација је да је поступак ликвидације правног лица започет а да још увек тужба за побијање није поднета. Уколико би се поступак ликвидације довршио пре започињања парничног поступка за побијање дужникових правних радњи, чини се да нема сметње да се и последња последица спроведе-престанак друштва односно брисање из регистра привредних друштава. Заиста, не постоје аргументи због чега би поступак ликвидације морао да чека тужбу за побијање јер се у тренутку процене, а то је моменат када се ликвидација окончава, више нема поверилаца-сви су намирени, па је јасно да тужба за побијање не може уследити.

Поред ликвидације, може се десити да над трећим лицем са којим је или у чију је корист радња која се побија учињена буде отворен стечајни поступак. Само по себи се намеће питање може ли треће лице, стечајни дужник да буде пасивно легитимисан у односу на тужбу за побијање и који је генерални статус повериоца у стечају трећег лица? Почнимо од првог питања које са собом носи две могуће опције. Међутим, пре разраде обе опције, потребно је одмах рећи да би свакако тужба против стечајног дужника била могућа и дозвољена, доцније ћемо видети из којих разлога аутор даје овакву тврдњу.

Прва могућа опција је да је стечај над трећим лицем отворен након подношења тужбе од стране повериоца. Парница за побијање је у току у моменту отварања стечаја над туженим. У том случају аутоматски ће се применити правило о последици отварања стечајног поступка на поступке против стечајног дужника, које је у нашем праву регулисано кроз прекид поступка у члану 88. Закона о стечају. Дакле, поступак за побијање дужникове правне радње који се водио против стечајног дужника пре отварања стечаја ће бити прекинут моментом отварања стечаја, међутим, његов наставак ће бити могућ под условима које дефинише закон о стечају.¹⁵² Међутим, у овом случају побијач неће имати својско стечајног повериоца

¹⁵² У члану 90. Закона о стечају је превиђено да се парнични поступак у којем је стечајни дужник тужени наставља ако је тужилац као стечајни или разлучни поверилац поднео благовремену и уредну пријаву потраживања а на испитном рочишту стечајни управник оспорио пријаву потраживања па је тужилац као стечајни или разлучни поверилац закључком стечајног судије упућен на наставак прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања и тужилац као стечајни или

према противнику побијања који је у стечају, па услове предвиђене наведеним чланом неће ни морати да испуни. Његов положај подсећа понајвише на положај заложног повериоца, а у ствари је реч о правној празнини коју би ваљало попунити у корист побијача. Зато, оно што је опште правило стечајног поступка у погледу наставка прекинутих парничних поступака у којима је стечајни дужник тужени, да је неопходно да тужилац преиначи тужбу постављањем утврђујућег уместо обавезујућег тужбеног захтева, се у материји побијања не примењује јер је захтев за побијање свакако начелно утврђујући.

Друга опција подразумева случај у којем је треће лице већ у стечајном поступку а поверилац жели да поднесе тужбу за побијање. Као и у првом случају, по схватању аутора овог рада, таква тужба би била дозвољена а за сам стечај би имала посебан значај. Наиме, сама тужба не би спречила продају ствари, уколико то већ нису новчана средства, на које се предмет тужбеног захтева односи али би свакако морало да буде примењено правило о резервисању средстава од стране стечајног управника у случају да се изгуби спор. Сам положај поверилаца у стечају трећег лица-противника побијања је специфичан, он није стечајни поверилац јер нема необезбеђено потраживање према стечајном дужнику¹⁵³, није ни разлучни поверилац јер нема заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри¹⁵⁴, они само имају право да намире своје потраживање према дужнику из дела имовине стечајног дужника. У том смислу, а и раније је било речи о томе, њихов положај у стечају највише подсећа на положај заложних поверилаца, нове категорије поверилаца који имају заложно право на стварима или правима стечајног дужника о којима се воде јавне књиге или регистри, а немају новчано потраживање према стечајном дужнику које је тим заложним правом обезбеђено¹⁵⁵, разуме се, уз све разлике које несумњиво постоје.

разлучни поверилац предложи наставак прекинутог поступка у року од осам дана од дана пријема закључка стечајног судије.

¹⁵³ Члан 48. Закона о стечају.

¹⁵⁴ Члан 49. ст. 1. Закона о стечају.

¹⁵⁵ Реч је о Новели Закона о стечају из 2014. године, сада члан 49. ст. 5.

Противник побијања може бити и осигуравајуће друштво у случају када је уплата премије од стране дужника проузроковала оштећење поверилаца. Ово правило је предвиђено у члану 961. Закона о облигационим односима а гласи да повериоци уговарача осигурања и осигураника немају никако право на осигурану своту уговорену за корисника, али ако су премије које је уплатио уговарач осигурања биле несразмерно велике према његовим могућностима у часу кад су биле уплаћене, његови повериоци могу захтевати да им се преда део премија који премаша његове могућности, ако су испуњени услови под којима повериоци имају право на побијање дужникових правних радњи.

Као што се може приметити, право побијања дефинише правило по којем на пасивној страни парнице за побијање није потребно уврстити и самог дужника. Наизглед, помало нејасно и чудно правило, имајући у виду да је само потраживање, чије је намирење и неки коначни циљ побијања, управо однос између повериоца са једне и дужника, са друге стране. Међутим, правило је постављено од самог настанка права побијања и данас је прихваћено у највећем броју земаља, као и у нашем праву.¹⁵⁶ Такође, и судови су одавно на таквом становишту.¹⁵⁷ Разлог за то је свакако и околност да би положај дужника у парничном поступку за побијање ипак био неодређен обзиром да се последица побијања не односи непосредно на њега већ искључиво на противника побијања. Међутим, означавање дужника као туженог поред противника побијања неће представљати никакву сметњу за окончање парнице.

¹⁵⁶ Изузетак је предвиђен у Закону о обвезним односима Републике Хрватске у којем је у члану 69. ст. 2. предвиђено да се тужба „подноси против дужника и треће особе са којом је или у чију је корист подузета правна радња која се побија“

¹⁵⁷ „Не стоји ни даљњи приговор тужених да је тужитељева тужба непотпуна и да је требало обухватити и дародавца Н.П. Према правним правилима грађанског права побијање правних дела врши поверилац тужбом управљеном против трећих лица на која је дужник пренео имовину, а нема потребе управљати тужбу и против самог дужника, који је побијаним правним послом остао без имовине те би подизање тужбе против њега било бескорисно.“ (Пресуда Врховног суда Југославије Рев 3691/64 од 30. децембра 1964. године, Збирка судских одлука, књига 9, свеска 3, одлука број 335, стр. 52, Београд 1964. година

2.1.2.2.2. Универзални сукцесор

Тужба за побијање подноси се против трећег лица са којим је, или у чију је корист предузета правна радња која се побија, односно против његових универзалних правних следбеника.¹⁵⁸ Дакле, на место туженог у парници за побијање могу доћи и универзални правни следбеници лица са којим је или у чију је корист предузета правна радња која се побија.¹⁵⁹ Овде најпре долазе у обзир физичка лица као наследници трећег лица као оставиоца. Декујус, треће лице са којим је дужник предузео радњу која се побија или у чију је корист предузета таква радња, својом смрћу не може утицати на престанак права поверилаца да врше побијање. Ово правило је било на елегантан начин формулисано и у Закону о побијању правних дела изван стечаја да се побијање засновано против оставиоца наследства може остваривати и против његових наследника.¹⁶⁰ Да би према наследницима побијање било успешно, било је довољно да постоји одговорност оставиоца, односно исти разлози као и против оставиоца.¹⁶¹ Божидар Марковић, потврђује овакав став истичући да наследник у обиму наслеђених права продужује у свему правну личност оставиоца, те и захтев побијања који се могао подићи против покојника прелази и на његовог наследника као универзалног сукцесора, и то, начелно, прелази на њега не само у истом обиму у којем је постојао према оставиоцу, него и по истом дужничком односу, то јест и у погледу заснивања захтева побијања по специјалним чињеничним стањима.¹⁶² Као што можемо видети, реч је о томе да је сам разлог побијања, као и чињенични основ настао према оставиоцу, међутим услед његове смрти, право побијања шири свој домашај и на наследнике, који одговарају *mutatis mutandis* као и оставилац. У односу на наследнике као противнике побијања, поверилац не мора

¹⁵⁸ Члан 283. ст. 2. Закона о облигационим односима; члан 259. ст. 2. ОЗ Словеније, члан 69. ст. 2. ЗОО Хрватске садржи одредницу „односно против њезиних свеопћих правних слиједника”, члан 283. ст. 2. ЗОО ФБиХ, члан 283. ст. 2. ЗОО Републике Српске, члан 290. ст. 2. ЗОО Црне Горе, члан 272. ст. 2. ЗОО Македоније.

¹⁵⁹ Видети и §15. ст. 1. Немачког AnfG као и §11. ст. 1. Закона о побијању правних послова Аустрије.

¹⁶⁰ §11. ст. 2. Закона о побијању правних дела изван стечаја.

¹⁶¹ Иво Политео, наведено дело, стр. 59.

¹⁶² Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 148.

доказати никакав субјективни услов, они одговарају по правилу о објективној одговорности, које је ублажено тиме што у односу на оставиоца морају бити испуњени сви услови побијања у сваком конкретном случају.

Опште правило наследног права да наследници одговарају за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине, које је и у нашем праву изречно предвиђено,¹⁶³ у материји побијања дужникових правних радњи добија своју разраду и конкретизацију. Иако треће лице о којем се у материји побијања говори, као оставилац није дужник повериочев, обзиром да поверилац може само побијати радњу дужника која је предузета у корист тог трећег лица, примена правила о одговорности наследника за оставиочеве дугове може аналогно бити примењена и код побијања. Дакле, у случају наслеђивања користи које је оставилац извукао из радње дужникове, наследник може бити погођен тужбом за побијање поднетом од стране поверилаца дужникових. Иако делује као компликован и сложен однос, у којем, истина учествује неколико лица, суштина је врло јасна, право побијања увек као пасивну страну проналази оно лице које је, напоследку стекло корист из дужникове радње која је предмет побијања. У случају да је корист пренета, услед смрти, трећег лица са којим је или у чију је корист предузета радња дужникова, право побијања не одустаје и не престаје, већ лоцира универзалног правног сукцесора, наследника као мету за побијање. Уколико има више наследника који наслеђују корист коју је њихов претходник прибавио на основу дужникове радње, онда је потребно да поверилац као тужене означи све наследнике који ће имати положај јединствених нужних супарничара. Дакле, поверилац у том смислу, не би могао да оптира и да као туженог означи само једног наследника трећег лица, мора их означити све јер једино тако се може оправдати право побијања у овом случају. У случају да се наследник трећег лица са којим је или у чију је корист предузета радња дужникова одрекне наследства, обзиром да то може учинити само у своје име, поверилац може вршити побијање против наследника који га наслеђује по праву представљања. Такође, иако Закон о облигационим односима не предвиђа овај случај, начелно је могућа ситуација у којој

¹⁶³ Члан 222. Закона о наслеђивању.

је наследник трећег лица, са којим је или у чију корист је предузета радња која се побија, преминуо па се може поставити питање, да ли поверилац свој захтев за побијање може поставити против његових наследника? Чини се да не постоје разлози који би спречили повериоце да врше побијање и у овом случају а и наследници наследника лица са којим је или у чију корист је предузета радња која се побија, ће одговарати по објективном критеријуму, разуме се, опет у складу са одговорношћу првобитног противника побијања. Зато под појмом наследник треба разумети не само првог наследника првобитног противника побијања него и све наследнике свих лица која се могу појвити у својству противника побијања.¹⁶⁴ Овом правилу нема никаквог ограничења а одговорност ће се свакако увек ценити у односу на наследниковог претходника. Као противник побијања се може појавити било законски било тестаментарни наследник, укључујући и саму државу, као законског наследника.

Само право побијања поверилац према наследнику може остваривати на два начина. Најпре, разумљиво, у новом парничном поступку у којем ће као туженика-противника побијања означити наследника. Поред овога, у случају када је побијање већ започето против трећег лица, које у току поступка премине, могуће је да се сам поступак настави према његовом наследнику. У том случају, суд ће у моменту смрти прекинути поступак у складу са чланом 222. ст. 1. тач. 1. Закона о парничном поступку који се може наставити по предлогу повериоца као тужиоца против наследника који морају преузети поступак на позив суда.¹⁶⁵

Посебно је у теорији права побијања разматрана могућност побијања у случају када треће лице премине а управо дужник буде оглашен за наследника, што, истина, може бити релативно чест случај у пракси јер су трећа лица најчешће сродници дужникови. И овде су, логично, могуће две ситуације, да је поступак за побијање у току или да није ни покренут. У првом случају начелно могућност побијања престаје у тренутку када за наследника трећег лица-противника побијања буде оглашен дужник. Поверилац према дужнику има директно потраживање па

¹⁶⁴ Божић С. Марковић, наведено дело, стр. 149.

¹⁶⁵ Члан 225. став 1. Закона о парничном поступку.

може тражити намирење из његове имовине, чак и оне наслеђене од трећег лица-противника побијања. По мишљењу одређених аутора, а у нашој теорији је такав став заступао Божидар Марковић, престанак могућности побијања у овом случају важи само уколико поверилац није захтевао *separatio bonorum*, а уколико поверилац претходно захтевао одвајање добара и тиме спречио да се заоставштина противника побијања споји с имовином дужниковом пре његовог намирења онда поверилац може и даље истицати захтев за побијање према заоставштини као њен поверилац.¹⁶⁶ Могуће је бранити овакав став али постоје и разлози који се могу ставити у прилог супротног схватања, да се одвајање заоставштине не може применити у овом случају. Наиме, уколико се анализира суштина и циљ установе одвајања заоставштине¹⁶⁷ а то је да наследник не може располагати стварима и правима из заоставштине док се не наплате повериоци оставиоचेви као и да се, до намирења повериоца оставиочевог који је захтевао одвајање, из наслеђене имовине не могу наплатити повериоци наследника, најмање две замерке се могу истаћи против схватања да има места примени овог института у материји побијања. Најпре, као што се већ и видело, поверилац у односу на треће лице-противника побијања, оставиоца, уопште и није поверилац, он нема потраживање према њему, има само право, уколико успе са побијањем, да своје потраживање према дужнику намири из одређене имовине трећег лица. Друга, специфична примедба се може ставити у односу на правило да се остали повериоци дужникови не могу намирити из имовине наследника услед одвојене заоставштине. Обзиром да је реч о имовини која је била дужникова пре отуђења трећем лицу, па је након смрти трећег лица поново постала имовина дужникова, није баш лако објашњиво неком од поверилаца дужникових због чега не могу очекивати намирење из ове имовине. Имајући оба разлога у виду, као и досадашњи став наше теорије, аутор овог рада ипак сматра да је веома корисно задржати као правило могућност примене института *separatio bonorum* у материји побијања дужникових правних радњи. Разлог је двојак, најпре услед примене института одвајања имовине, поверилац побијања може спречити наследника трећег

¹⁶⁶ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.149.

¹⁶⁷ У нашем праву је овај институт регулисан одредбама чланова 225-227. Закона о наслеђивању.

лица да даље располаже са оним из чега он очекује намирење, а поред овога има логике омогућити одређено преимућство повериоцу који је започео поступак побијања дужникове правне радње у односу на остале дужникове повериоце у погледу имовине која је представљала корист за треће лице из радње која се побија, а све у случају да се догоди разматрани случај, да дужник наследи треће лице односно противника побијања. Уколико поступак побијања није покренут пре смрти трећег лица у случају када га наслеђује дужник, чини се да нема аргумената по којима би се могао и даље заступати став да је и у том случају могућа примена права побијања, као што је већ наведено, поверилац свакако има потраживање према дужнику и може директно захтевати принудно намирење из целокупне његове имовине, па нема логичког објашњења да овај поверилац има и даље потребу да побија дужникову правну радњу у овом случају.

Све што је речено за смрт физичког лица једнако важи и за случај престанка предузетника услед смрти, који, уистину, и јесте физичко лице које обавља делатност.¹⁶⁸ Иако његово оснивање има одређену сврху и циљ, а то је стицање добити, предузетник је физичко лице, тако да сва изречена правила о престанку физичког лица вреде и за предузетника, у смислу права побијања дужникових правних радњи.

Обзиром да се на месту туженог може наћи и правно лице, односно да и правно лице може бити треће лице са којим је или у чију је корист предузета правна радња која се побија, несумњиво је да и универзални правни сукцесор тог правног лица може бити пасивно легитимисан у парници за побијање. Међутим, чини се да престанак правног лица и пренос могућности побијања на његове сукцесоре, захтева посебно образложење. Правно лице може престати услед ликвидације, стечаја или након одређене статусне промене. Овде је од посебног значаја престанак друштва-трећег лица са којим је или у чију је корист предузета радња која се побија услед одређене статусне промене и даљу могућност да поверилац побијање оствари против

¹⁶⁸ Према члану 1а. Закона о приватним предузетницима приватни предузетник јесте физичко лице које, ради стицања добити, оснива радњу и самостално обавља делатност.

сукцесора. У нашем привредном праву, могуће су четири врсте статусних промена, то су припајање, спајање, подела и издвајање.¹⁶⁹ Услед сваке од ових статусних промена могуће је да имовина друштва која је материјална рефлексија радње дужника која се побија постане имовина неког другог друштва, па се поставља питање да ли поверилац може тужбени захтев уперити против таквог правног следебеника? Одговор је потврдан, ова ситуација се изједначава са наслеђивањем код физичких лица. Обзиром да је за прве три наведене статусне промене последица престанак друштва, као и код смрти оставиоца и овде су могуће две ситуације, да је поступак побијања активан у моменту престанка друштва и да такав поступак није ни покренут. У првом случају ће тужени престати да постоји што ће бити разлог за прекид поступка који се наставља против следебеника по позиву суда а на предлог повериоца¹⁷⁰, док ће у другом случају, поверилац имати могућност да у тужби као туженог означи директно друштво следебеника.¹⁷¹

Када је реч о универзалним сукцесорима, право побијања не захтева испуњење било каквог субјективног услова да би се одређено лице могло наћи на пасивној страни парнице за побијање. Образложење за овакво правило је релативно једноставно, знање за евентуалну могућност побијања или дужност знања за њу није од значаја, имајући у виду да универзални сукцесор ступа у сва права свог претходника, па самим тим на њега прелазе и обавезе укључујући и потенцијалну могућност побијања. Дакле, довољно је само испуњење објективног услова, да је неко универзални правни следебеник, не захтева се специфичан облик свести код противника побијања.¹⁷² О томе говори и стилизација члана 283. став 2. Закона о облигационим односима који веома директно каже само „односно против његових универзалних правних следебеника“.

¹⁶⁹ Видети члан 485. Закона о привредним друштвима.

¹⁷⁰ Члан 222. ст. 1. тач. 4. и члан 225. ст. 1. Закона о парничном поступку.

¹⁷¹ Закон о привредним друштвима користи термин друштво стицалац који означава исту суштину.

¹⁷² Слично Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 149.

2.1.2.2.3. Сингуларни сукцесор

Поред универзалних правних сукцесора трећег лица, прибавиоца, као тужени може бити означен и сингуларни сукцесор трећег лица са којим је или у чију је корист предузета правна радња која се побија. У том смислу као правило у праву побијања дужникових правних радњи је искристалисано следеће, ако је трећи отуђио неким теретним послом корист прибављену располагањем које се побија, тужба се може подићи против прибавиоца само ако је овај знао да се прибављање његових претходника могло побијати, а ако је ту корист отуђио послом без накнаде, тужба се може подићи против прибавиоца и ако он то није знао.¹⁷³ Закон о побијању правних дела изван стечаја је познавао још један случај у којем је могуће остваривати право побијања у односу на сингуларног сукцесора. У том смислу одредба §11. ст. 3. овог закона је предвиђала да је против кога другог правног последника или против примаоца права допуштено побијање, које је засновано против његовог претходника само онда: 1) ако је у време стицања дотичног права знао или морао знати за околности, на којима је заснован захтев за побијање против његова претходника, 2) ако се његово стицање заснива на бесплатном располагању његова претходника и 3) ако је он блиски својак дужника, осима као докаже да у време стицања није знао нити морао знати за околности које заснивају право побијања против његова претходника.¹⁷⁴ Дакле, осим прве две могућности, предвиђена је била могућност поједностављеног побијања против сингуларног сукцесора дужниковог сродника а у том случају поверилац би, да би обезбедио успех у поступку, могао да искористи правну претпоставку успостављену у његову корист, па само да докаже да је

¹⁷³ Видети члан 283. ст. 3. Закона о облигационим односима; члан 230. ст. 3. Скице за законик о облигацијама и уговорима; члан 259. ст. 3. ОЗ Словеније, члан 69. ст. 3. ЗОО Хрватске садржи одредницу „односно против њезиних свеопћих правних слиједника”, члан 283. ст. 3. ЗОО ФБиХ, члан 283. ст. 3. ЗОО Републике Српске, члан 290. ст. 3. ЗОО Црне Горе, члан 272. ст. 3. ЗОО Македоније.

¹⁷⁴ Идентичну одредбу у §11. ст. 2. садржи аустријски Закон о побијању правних послова; §15. ст. 2. Немачког AnfG предвиђа идентично правило за прву и другу категорију сингуларних сукцесора док трећу категорију везује за повезана лица из §138. InsO чиме је значајно повећана могућност побијања, обзиром да је реч о широј категорији лица од блиских сродника првобитног противника побијања.

противник побијања сродник првобитног противника побијања, док би овај могао да докажује да није знао нити морао знати за околности које воде побијању против његовог претходника.

Модерно право ванстечајног побијања креира једно релативно једноставно правило, које је већ дуже времена признато у праву побијања, и које генерише потребу да говоримо о две категорије сингуларних сукцесора. Најпре, имамо ситуацију када је треће лице, прибавилац од дужника, отуђио неким теретним послом корист прибављену располагањем које се побија, у том случају тужба се може подићи против прибавиоца само ако је овај знао да се прибављање његових претходника могло побијати. У овом случају, сам теретни посао који је закључен између првобитног противника побијања и трећег лица, сингуларног сукцесора, којим је првобитни противник побијања отуђио корист прибављену од дужника, оправдава захтев за додатним субјективним условом на страни тог сингуларног сукцесора. Обзиром да треће лице нешто стиче уз накнаду коју даје првобитном противнику побијања значајно се ублажавају разлози за сумњу да је такав трансфер био предмет неког неморалног циља. Самим тим, право побијања мора овде наступити веома опрезно, што и чини, предвиђајући субјективни услов на страни сингуларног сукцесора који гарантује његову несавесност. Сингуларни сукцесор мора знати да се прибављање његових претходника могло побијати а ову околност ће морати да докаже поверилац који врши побијање обзиром да се она не претпоставља. Дакле, користи се термин знао који осликава свршену радњу, односно такво стање свести које генерише висок степен несавесности на страни сингуларног сукцесора као новог противника побијања. Обзиром да се овде говори о теретном располагању, потребно је одмах овај случај ограничити на случај када је теретним уговором располагао првобитни противник побијања у односу на сингуларног сукцесора. Реч је о долусу сингуларног сукцесора, конкретно је у питању *dolus eventualis*, дакле, сингуларни сукцесор по основу теретног посла је знао за могућност побијања у односу на свог сауговорача па ипак пристаје да закључи уговор и оствари намеравано стицање. Неће бити довољно, за одговорност сингуларног сукцесора, да је до

стицања дошао услед кулпе, обзиром да је таква могућност законом искључена.¹⁷⁵ Зато ћемо оваквог сингуларног сукцесора назвати долозним сингуларним сукцесором. На овај начин, наше право се значајно удаљило од свог узора из аустријског права које поред одреднице „знао“ садржи и одредницу „морао знати“ што ипак олакшава доказивање повериоца, а услед овога је донекле и сужено поље права побијања у односу на сингуларне сукцесоре првобитног противника побијања.

Поред ове категорије прибавилац од трећег лица може бити лице које је корист од радње дужникове, која је предмет побијања, стекло послом без накнаде, па се у том случају тужба може подићи против њега и ако он није знао да се прибављање његових претходника могло побијати. У овом случају, сингуларни сукцесор првобитног противника побијања је санкционисан у погледу могућности одбране од захтева за побијање, услед околности да је стицање остварио послом без накнаде.¹⁷⁶ Имајући у виду да овај сингуларни сукцесор није ништа дао за оно што је добио од противника побијања, право побијања не препознаје потребу да се у овом случају предвиди неки субјективни услов на страни сингуларног сукцесора. У том смислу, неће бити од значаја да ли је сингуларни сукцесор првобитног противника побијања знао, морао или могао знати за могућност побијања у односу на његовог претходника, ова околност ће бити правно ирелевантна приликом процењивања његове одговорности. Он одговара само на основу чињенице да је стицање остварио услед правног посла без накнаде, па не може доказивати своју савесност. Сама околност да је стицање остварено послом без накнаде генерише несавесност сингуларног сукцесора, па он одговара по објективном критеријуму. У том смислу, да би избегао побијање, сингуларни сукцесор, као противник побијања може

¹⁷⁵ Тако је у једном случају Врховни суд Хрватске истакао следеће: „Туженик је трећа особа које је купила од тужитељевог дужника З.П. пријепорну кућу и у своју корист у земљишној књизи закључила право првенственог реда права власништва. Судови су утврдили да туженик у вријеме споменутог склапања уговора о продаји није знао нити је могао знати за дугове З.П. које је имао према тужитељу, те да је у цијелости исплатио цијену куће 30. септембра 1986. године, а како то произлази из потврде У. банке Х. - И. банке П. (лист 52). Судови су према томе правилно применили материјално право када су одбили наведени тужбени захтјева тужитеља.“ (Пресуда ВСХ, Рев. 783/1998-2, од 15. 5. 2001. године, одлука је доступна на <http://sudskapraksa.vsrh.hr>)

¹⁷⁶ Овог сингуларног сукцесора Божидар С. Марковић назива бесплатним правним следбеником, наведено дело, стр.152.

доказивати само да његово стицање није било на основу правног посла без накнаде док доказивањем савесности може евентуално утицати на обим одговорности и остваривање последица побијања. Мотив за овакво неједнако третирање сингуларног прибавиоца, по теретном са једне и бестеретном са друге стране, је идентичан оном код разликовања паулијанске и квазипаулијанске тужбе, обзиром да прибавилац теретним путем заслужује идентичну заштиту као и поверилац који започиње поступак побијања, обзиром да се обојица боре да избегну штету док се прибавилац бестеретним путем бори једино за то да оствари неку добит.¹⁷⁷

Посебну ситуацију можемо имати у случају када је противник побијања сингуларни следбеник универзалног сукцесора првобитног противника побијања. Компликована али не и немогућа ситуација. Дакле, фактичка ситуација о којој говоримо у овом случају би била да је наследник лица са којим је или у чију корист је дужник предузео одређену правну радњу, узмимо за пример поклон непокретности, саму непокретност продао или поклонио сингуларном сукцесору. Може се у оваквом случају поставити основано питање, да ли овај сингуларни сукцесор одговара по правилу по којем одговара универзални сукцесор, дакле објективно у односу на одговорност свог претходника или по правилима која су резервисана за сингуларног сукцесора у праву побијања, када се мора утврдити да ли је сингуларни сукцесор стиче теретним или бестеретним путем јер од тога зависи и његова одговорност? По мишљењу Божидара Марковића сингуларни сукцесори универзалних правних следбеника трећег лица одговарају по правилима која важе за сингуларне сукцесоре и у том смислу ће бити од значаја да ли су стекли теретним или бестеретним путем.¹⁷⁸ Чини се да се овакав став може прихватити обзиром да би објективна одговорност сингуларног сукцесора у овом случају била изузетак од општег правила о одговорности сингуларног сукцесора, а не види се да се овај случај из било ког разлога разликује до класичног случаја у којем се процењује одговорност сингуларног сукцесора противника побијања. Зато ће у овом случају такође бити

¹⁷⁷ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 995.

¹⁷⁸ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 282.

пресудно, по питању одговорности сингуларног сукцесора да ли је стекао теретним или бестеретним путем.

Такође, занимљива је ситуација у којој сингуларни сукцесор, који је стекао од противника побијања неку корист из дужникове радње која је предмет побијања, даље ту корист отуђи или поклони. Дакле, фактичка ситуација би била следећа, узећемо опет за пример непокретност дужника коју је дужник неким правним послом отуђио противнику побијања чиме је оштетио своје повериоце. У другом кораку, противник побијања продаје или поклања непокретност трећем лицу, у нашем случају првом сингуларном сукцесору. У трећем, последњем кораку овог случаја, први сингуларни сукцесор продаје или поклања предметну непокретност другом сингуларном сукцесору. Поставља се питање да ли други сингуларни сукцесор може одговарати по праву побијања, односно може ли поверилац према њему уперити захтев за побијање? Закон о облигационим односима не даје одговор на ово питање. Такође, правна теорија остаје нема, односно ни не разматра наведени случај, веома лако остварив у пракси. О овоме је једино расправљао француски Cour de cassation у једном случају када је закључено да други купац може одговарати уколико је ствар прибавио услед *mauvaise foi*.¹⁷⁹ По мишљењу аутора овог рада, други сингуларни сукцесор ће одговарати по основу личне одговорности као сингуларни сукцесор. Дакле, ради процене његове одговорности биће неопходно да се утврди да ли је стекао теретним или бестеретним путем и у односу на то донети одлуку у складу са општим правилима о одговорности сингуларног сукцесора у материји побијања, о чему је већ било речи у овом раду. Ово правило би ваљало применити и на све доцније сингуларне следбенике а уколико се у том низу догоди да корист прибави универзални следбеник неког од сингуларних следбеника, он би по општем правилу одговарао неvezано за сопствено стање свести.

Ваљало би посебно напоменути да право побијања користи, када говори о одговорности сингуларних сукцесора првобитног противника побијања, формулацију

¹⁷⁹ Одлука Cour de cassation од 25.1.1983. године, наведено према Alain Benabent, наведено дело, стр. 515.

„да се прибављање његових претходника могло побијати“ која има велики практични значај. Наиме, за одговорност сингуларног сукцесора је неопходно да је побијање против његовог претходника било основано и да се могло остварити. Тако, у случају да се побијање у односу на правног претходника сингуларног сукцесора није могло остварити из разлога што неки општи или посебни услов није био испуњен или што је, рецимо, протекао рок у којем се побијање може вршити, тако нешто неће бити могуће ни у односу на сингуларног сукцесора. Зато у случају побијања које се остварује против противника побијања, који је сингуларни сукцесор првобитног противника побијања, поверилац ће морати да докаже да је побијање могуће најпре у односу на претходника, а затим и у односу на његовог сингуларног сукцесора. Притом, они не морају одговарати по истом основу, обзиром да је њихова одговорност у потпуности индивидуализована, обзиром да сваки од њих одговара по самосталном основу.¹⁸⁰ Тако је у пракси могуће неколико различитих ситуација, да првобитни противник побијања одговара по неком од посебних основа побијања одређених долозом, кулпозном, породичном паулијанском тужбом или квазипаулијанском тужбом, док његов сингуларни сукцесор може одговарати само као сукцесор на основу теретног стицања или као сукцесор на основу бестеретног стицања. Разуме се, све могуће комбинације ова два начина одговорности су у пракси могуће, а саме околности сваког појединачног случаја ће и генерисати тежину задатка у погледу доказивања на страни повериоца. У одређеним случајевима ће и пренос у односу дужник-противник побијања као и пренос у односу противник побијања-сингуларни сукцесор бити на основу бестеретног правног посла када ће доказивање бити олакшано док ће у другим бити речи о двоструком стицању на основу теретног посла у наведеним релацијама, када ће бити значајно отежан положај повериоца који врши побијање.

Посебан случај може настати уколико противник побијања у току парнице за побијање отуђи ствар или право на које се побијање односи у намери оштећења побијача. Намера би се у овом случају подразумевала обзиром да противник

¹⁸⁰ Слично, Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 995.

побијања зна да је у току парнични поступак за побијање, па отуђење ствари и права на које се побијање односи заиста говори о нечијој интенцији да оштети супротну страну у парници. Међутим, такво отуђење не би утицало на побијача јер би се у том случају применило правило ако странка отуђи ствар или право о коме тече парница, то не спречава да се парница међу истим странкама доврши.¹⁸¹ У том случају, поверилац би пресуду у његову корист могао да искористи и против стицаоца.¹⁸²

2.1.2.2.4. Држање противника побијања

Посебно правило дефинише право туженог у парници за побијање да испуни обавезу дужникову према повериоцу да би избегао побијање. Ово правило је недвосмислено предвиђено и у нашем праву, тужени може избећи побијање ако испуни дужникову обавезу.¹⁸³ Реч је о класичном правилу у материји ванстечајног побијања које је у наше право дошло из аустријског *Anfechtungsordnung*, односно правило је реципирано у §17. Закона о побијању правних дела изван стечаја у којем је било предвиђено да се противник побијања може ослободити од захтева за побијање на овај начин, што ће намирити тражбину коју према дужнику има веровник који побија. И у упоредном праву, ово правило је део права побијања, у појединим правима је изречно предвиђено а и тамо где то није учињено на изречан начин поверилац свакако може користити ову могућност.¹⁸⁴ Намирењем потраживања повериоца који врши побијање престаје главни услов за подношење и постојање паулијанске тужбе, више нема потраживања, побијач губи статус повериоца и парница се аутоматски окончава. Ово је последица супсидијарне природе захтева за побијањем, који се и признаје веровнику само у сврху његовог намирења.¹⁸⁵ Ово је

¹⁸¹ Члан 204. ст. 1. Закон о парничном поступку.

¹⁸² Члан 204. ст. 3. Закона о парничном поступку.

¹⁸³ Члан 283. ст. 4. Закона о облигационим односима.

¹⁸⁴ Видети члан 533. Пољског грађанског законика;

¹⁸⁵ Божидар С. Марковић, неведено дело, стр. 164 и 165.

потпуно разумљиво, имајући у виду да сам поступак побијања није сам себи сврха, његов искључиви циљ је да омогући намирење потраживања повериоца који га води, самим тим намирење тог потраживања на било који начин и од било ког лица аутоматски производи последицу окончања спора.

Да ли ће противник побијања, тужени паулијанском тужбом користити ову могућност или не ствар је процене у сваком конкретном случају али неколико важних напомена би одмах ваљало истаћи. Најпре, уколико противник побијања измири повериочево потраживање према дужнику, након тога и сам постаје дужников поверилац. Наиме, у том моменту долази до персоналне суброгације, односно до тога да досадашњи поверилац излази из облигације, јер је његово потраживање у целости плаћено, док противник побијања постаје нови поверилац дужника. Дужникова обавеза се у том смислу не мења, он дугује противнику побијања као новом повериоцу све што је и дуговао ранијем повериоцу, дакле остаје у обавези, само је промењен титулар потраживања. Ово правило је у нашем облигационом праву предвиђено у општем делу Закона о облигационим односима одредбом¹⁸⁶ да кад обавезу испуни лице које има неки правни интерес у томе, на њега прелази по самом закону у часу испуњења повериочево потраживање са свим споредним правима. Тако у случају да је потраживање повериочево било обезбеђено каквом залогом, хипотеком, меницама или јемством трећег лица, противник побијања ће потраживање стећи заједно са свим гаранцијама које је и претходни поверилац имао. Као посебно питање, може се поставити да ли је право које противник побијања има у супротности са општим правилима нашег облигационог права, односно правилем ко може испунити обавезу осим дужника? Наиме, чланом 296. Закона о облигационим односима је предвиђено у ставу 1. да обавезу може испунити не само дужник него и треће лице а ставовима 3,4, и 5. да је поверилац дужан примити испуњење од трећег лица ако је дужник са тим сагласан, изузев кад према уговору или природи саме обавезе ову треба да испуни дужник лично, да поверилац може примити испуњење од трећег лица без дужниковог знања, па и у

¹⁸⁶ Видети члан 300. Закона о облигационим односима.

случају кад га је дужник обавестио да не пристаје да трећи испуни његову обавезу али, ако му је дужник понудио да сам испуни одмах своју обавезу, поверилац не може примити испуњење од трећег лица. Чини се да у овом случају дужник не може никако спречити испуњење обавезе од стране трећег лица који је овлашћен то учинити не само на основу посебног правила из члана 283. ст. 4. Закона о облигационим односима већ и на основу правила из члана 296. ст. 2. по којем је поверилац дужан примити испуњење од трећег лица које има неки правни интерес да обавеза буде испуњена, чак и када се дужник противи том испуњењу. Постојање правног интереса је неспорно на страни противника побијања а дужник може једино искористити право да, ради очувања моралног интегритета, угледа и кредибилитета, сам испуни обавезу према повериоцу што ће овај бити у обавези да прихвати, чак и када противник побијања понуди испуњење.

Међутим, испуњењем обавезе према повериоцу дужниковим, противник побијања заиста може доћи у ситуацију да доцније и дужник њему оспорава постојање потраживања, његову доспелост или износ. У том смислу, дужник не губи право да истакне и противнику побијања сваки приговор који је могао истаћи и свом старом повериоцу. Дакле, на противнику побијања је да процени у сваком поједином случају шта може добити а шта изгубити у случају да искористи могућност да, ради спречавања могућности побијања, измири обавезу дужникову према повериоцу. У појединим случајевима такву процену неће бити тешко извршити у погледу самог потраживања, нпр. уколико поверилац поседује правоснажну судску пресуду у којој је дужник обавезан да му измири одређени новчани износ, мала је шанса да се доцније може поставити неко питање у погледу потраживања. Међутим, као поверилац у праву побијања се може јавити и лице које тврди да има потраживање према дужнику али то не може да докаже никаквом писаном исправом, нпр. поверилац по основу накнаде штете за коју још није судском одлуком утврђено ни да ли постоји нити у ком износу. У таквим случајевима, противник побијања на себе, на неки начин, преузима велику одговорност измирењем таквог потраживања, што касније може бити оспорено од стране дужника и што у крајњем случају може

довести до тога да је потраживање било намирено а да није ни постојало или да није постојало у намиреном износу.

Поједини аутори истичу да опасност за противника побијања, који искористи могућност да спречи побијање испуњењем дужникове обавезе, представља и могућност да дужник доције оспори право на повраћај чинидбе истичући неоснованост признатог побојног захтева.¹⁸⁷ Заиста може се замислити ситуација у којој је покренут поступак побијања одређене дужникове правне радње, чак и да је потраживање повериоца задовољавало услове које право побијања захтева али није био испуњен неки од других неопходних услова да би побијање било успешно, а противник побијања искористи могућност да намири дужников дуг према повериоцу. Поставља се питање, да ли је противник побијања на правилан начин користио могућност коју му право даје? Чини се да је одговор на ово питање негативан, јер ако је рецимо тужба којом се захтева побијање била поднета од повериоца након истека законског рока, противник побијања не би смео да намири потраживање повериочево јер поверилац свакако не би успео у спору.

Разуме се, највећа опасност која прети противнику побијања, који се одлучи да реши спор побијања тиме што ће намирити потраживање које побијач има према дужнику, је свакако могућност да се након окончања једног спора покрене други спор од стране неког другог дужниковог повериоца. Ово је последица саме суштине права побијања које је установљено не у корист само једног повериоца већ у корист свих дужникових поверилаца којима је дужник нанео штету одређеном правном радњом, а та штета се састоји у немогућности намирења потраживања. Зато се често каже да је ова одредба, односно могућност коју право побијања даје противнику побијања само мртво слово на папиру, јер ће сама парница за побијање најчешће постојати у случају презадужених дужника, код којих заиста намирење само једног од поверилаца не решава проблем у целости. Иако је ово тачно, иако постоје бројне опасности на које противник побијања, који се користи овим правом, може набасати

¹⁸⁷ Божидар С, Марковић, наведено дело, стр.165.

након намирења повериочевог потраживања, не би ваљало искључити примену овог правила и зато је веома значајно да је оно део законског решења. Наиме, у одређеним случајевима се може догодити да је потпуно извесно да намирењем тужиоца противник побијања заувек ставља тачку на питање дужниковог располагања што њему у крајњој линији, без ограничења и неометано, омогућава располагање оним што је било предмет дужникове правне радње. Може се веома лако замислити пример одређене продаје непокретности или поклоне непокретности који се оспорава од стране повериоца дужниковог, који истина поседује потраживање према дужнику али које износи значајно мање од вредности непокретности. Губитак спора би за противника побијања значио трајни губитак непокретности јер би она послужила као предмет извршења повериоца и зато у таквом случају је могућност намирења потраживања које поверилац има према дужнику, од великог економског значаја за противника побијања. Такође, може се догодити ситуација у којој поступак побијања траје одређени временски период а у односу на време предузимања правне радње дужникове која је предмет побијања је прошао законски рок и могућност да неки други дужников поверилац започне поступак. У таквом случају, за противника побијања је кристално јасна ситуација да ће у случају намирења потраживања тужиоца заувек отклонити могућност побијања.

Затим, посебан случај ће постојати у ситуацији у којој је пресуда по паулијанској тужби донета у корист тужиоца а само потраживање престане услед застарелости. Таква ситуација је правно могућа имајући у виду да се застаревање прекида подизањем тужбе и сваком другом поверичевом радњом предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом, у циљу утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања¹⁸⁸ а у поступку побијања пасивно легитимисан није дужник већ треће лице као противник побијања. О овој потенцијалној опасности ће поверилац морати да води рачуна како се не би догодило да успе у парници за побијање а да доцније не може остварити намирење потраживања због тога што је исто у међувремену застарело.

¹⁸⁸ Видети члан 388. ст. 1. Закона о облигационим односима.

У свом делу, Божидар Марковић добро примећује да је у корист обвезаника побијања-и то само у његову корист, а не и у корист лица овлашћеног на побијање-постоји, једна *facultas alternativa*, он може или намирити тражбину веровнику или упутити овога на парницу.¹⁸⁹ Ово је заиста веома добра тврдња и веома добро виђење самог права које стоји на располагању противнику побијања, да испуњењем обавезе отклони могућност побијања у односу на тужиоца. Он може користити то право али искључиво он, сам поверилац не може оптирати између захтева за побијањем и захтева за намирењем од стране противника побијања. Такође, по мишљењу овог уваженог аутора, ова могућност избора на страни противника побијања може постојати само док спор није окончан доношењем пресуде; после тог тренутка, противник је дужан извршити ону чинидбу на коју је осуђен, састојала се она у повраћају ствари *in natura* или у новчаној накнади.¹⁹⁰ Чак и ако се узме да се под термином доношења пресуде узме ситуација у којој је пресуда правоснажна и извршна, чини се, да ипак не постоје довољно снажни аргументи за овакав правни закључак. Наиме, чак и када је донета пресуда за побијање увек би ваљало имати у виду да она делује само у односу на тужиоца из тог спора а не и у односу на остале повериоце дужникове и да је њен циљ, искључиви циљ, да омогући намирење поверичевог потраживања. Дакле, чак и када је донета пресуда она нема сврху сама по себи, уз помоћ ње се остварује сврха побијања као правног института а то је намирење тужиоачевог потраживања. У том смислу, уколико потраживања нема она не може остварити своју сврху. Управо због овога се чини да се може са много више успешности бранити став по којем противник побијања може, све док се пресуда не изврши, испунити обавезу према дужниковом повериоцу. У том случају, пресуда којом је дозвољено побијање одређене дужникове правне радње неће бити нити поништена нити укинута, она ће наставити да егзистира у правном систему али ће њено извршење бити онемогућено када потраживања више не буде.

У пракси судова нема примера коришћења овог права од стране противника побијања. То је и разумљиво, јер спорови у којима је ситуација окончана на овај

¹⁸⁹ Видети Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 165.

¹⁹⁰ Ibid.

начин вероватно никада нису ни дошли до другостепених судова а још је мања шанса да је о њима одлучивао Врховни касациони суд. Овде би ваљало напоменути да противник побијања заиста испред себе има одређени преговарачки потенцијал да са повериоцем договори услове под којима ће спор бити окончан. Разуме се да ће ово зависити од конкретне ситуације, висине потраживања поверилаца и могућности да једна или друга страна успе у спору али сама неизвесност која краси спорове за побијање на неки начин тера стране да размишљају у овом правцу. Тако се може догодити да између повериоца и противника побијања буде договорена делимична отплата дужниковог дуга, отплата на рате или нешто друго, све, разуме се, у замену за окончање поступка побијања. Окончање поступка побијања које би противнику побијања гарантовало сигурност да од стране истог повериоца не може бити више тужен би могло бити остварено кроз институт процесног права, односно одрицања од тужбеног захтева које познаје и наше право.¹⁹¹

Уколико противник побијања искористи могућност да намири обавезу дужникову према повериоцу који је већ поднео тужбу са захтевом за побијање а поступак је у току, јасно је да потраживања више нема али се поставља питање шта се дешава са трошковима поступка које је тужилац имао због покретања спора? Чини се да у том случају ваља применити правило по којем је за трошкове одговоран противник побијања који је својим држањем изазвао спор па је у том смислу дужан, не само да испуни обавезу према тужиоцу већ да тужиоца доведе у онај имовински положај у којем је овај био пре започињања поступка. У наведеном случају ће се применити правило по којем ће тужилац накнадити туженом парничне трошкове ако тужени није дао повод за тужбу и ако је признао тужбени захтев у одговору на тужбу, односно на припремном рочишту, а ако се не одржава припремно рочиште онда на главној расправи пре него што се упустио у расправљање о главној ствари¹⁹². У супротном, *argumentum a contrario*, трошкови падају на туженог односно противника побијања.

¹⁹¹ Члан 349. Закона о парничном поступку.

¹⁹² Члан 156. Закона о парничном поступку.

У појединим правима је за противника побијања, поред могућности испуњења обавезе према дужниковом повериоцу, предвиђена могућност именовања, односно указивања на одређену имовину дужника из које је могуће намирење тог повериоцевог потраживања.¹⁹³ Ово правило има за циљ да противник побијање укаже суду који доноси одлуку да поверилац може потраживање према дужнику намирити из друге његове имовине и да је побијање излишно. У ширем смислу гледано, противник побијања би и по нашем позитивном праву побијања могао да истакне овакав приговор али тиме што би указао да није испуњен услов инсолвентности дужника као општи услов побијања. Ово ће нарочито бити применљиво у случају породичне паулијанске тужбе, код које ће се узети као претпоставка да тужени, обзиром на блиске односе са дужником, мора имати сазнања да дужник има друге имовине из које поверилац може намирити своје потраживање. У супротном, противник побијања у оваквом случају пасивним држањем у погледу означавања друге имовине дужникове за потенцијално намирење, може произвести губитак спора као што се и догодило у једном случају из судске праксе.¹⁹⁴

2.1.2.3. Надлежност за поступање по захтеву за побијање

Побијање се остварује искључиво у судском поступку. Обзиром да је реч о спору између побијача и противника побијања, сам поступак ће бити парнични поступак, који на најадекватнији начин одговара потребама права побијања. Када је реч о надлежности судова за поступање по захтеву за побијање потребно је одмах

¹⁹³ Видети члан 533. Пољског грађанског законика.

¹⁹⁴ „Притом, полазећи од утврђења суда првог ступња из којих произлази да је тужитељ прије овог поступка водио оврху и парницу против туженице ради наплате неких других дуговања С. П., као и чињенице изостанка конкретног очитовања туженице о овим наводима тужбе, другоступањски суд закључује да је тужитељ већ раније безуспјешно покушавао наплатити своје тражбине које је имао према именованом дужнику, стога основано није прихватио противне жалбене наводе тужене странке. Коначно, ревидентница нити у ревизији одређено не тврди да дужник, односно њезин брачни друг има неке друге имовине из које би се тужитељ могао намирити.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Број: Рев 1108/11-2 од 3. фебруара 2015. године, Извор: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/search>)

нагласити да у случајевима када се побијање врши приговором или противтужбом, питање надлежности суда за поступање постаје другоразредно обзиром да је побијач везан већ утврђеном надлежношћу за поступање по тужби против побијача. Мађутим, када се побијање врши тужбом, онда се као спорно питање може поставити који суд ће бити надлежан за поступање у спору? Одговор на ово питање је увек могуће пронаћи у пропису којим се уређује надлежност судова, обзиром да ће јако ретко бити предвиђена у оваквом случају искључива надлежност неког суда за поступање већ ће ово питање бити уређено применом општих правила о надлежности суда. У односу на месну надлежност суда примениће се општи принцип па ће месно надлежан суд бити суд на чијем подручју тужени има пребивалиште¹⁹⁵ док за суђење у споровима против правних лица, опште месно надлежан је суд на чијем се подручју налази њихово седиште, према извештају Агенције за привредне регистре.¹⁹⁶ У односу на стварну надлежност, могуће су обе ситуације, односно да за одлучивање буде надлежан суд опште или посебне надлежности, што ће зависити од карактеристика стана у поступку.¹⁹⁷

Сам судски поступак побијања дужникових правних радњи је у начелу двостепен, обзиром да се првостепена одлука може оспоравати жалбом а може бити и тростепен, у случајевима када су испуњени услови за изјављивање ванредног правног лека.

2.1.3. Услови за побијање дужникових правних радњи

Ради једног систематског приступа и детаљне анализе, у овом делу рада ће бити речи о условима који морају бити испуњени како би се уопште могло

¹⁹⁵ Видети члан 39. ст. 1. Закона о парничном поступку.

¹⁹⁶ Видети члан 40. ст. 2. Закона о парничном поступку.

¹⁹⁷ Чланом 25. Закона о уређењу судова је предвиђена надлежност Привредног суда. Начелно, према одребама важећег Закона о уређењу судова, за одлучивање у парницама за побијање могу бити надлежни основни, виши или привредни судови.

приступити побијању дужникових правних радњи. Као и што се до сада видело одређени услови се тичу повериоца и његовог потраживања а поједини и саме радње дужникове која је предмет побијања, најзад ту су и услови који се односе на противника побијања. Без жеље да се детаљније приступи анализи одређених подела услова за побијање, аутор рада ће остати веран традиционалном приступу у оквиру ове материје па ће се у даљем току рада говорити само о једној подели, подели на опште и посебне услове.

2.1.3.1. Општи услови

Када је реч о општим условима, ваљало би напоменути да они имају изузетан значај у праву побијања, заправо се без њих не би могло ни говорити о могућности побијања дужникових правних радњи. Као што и сама реч каже, општи услови морају бити испуњени у сваком конкретном случају, а њихово постављање у праву побијања је на кумулативан начин, односно у сваком конкретном случају да би побијање било успешно мора бити испуњен сваки од њих. Разуме се, различити аутори су на различите начине дефинисали опште услове побијања. Тако, на пример, Божидар Марковић као опште услове за побијање дужникових правних дела издваја правно дело, да се то дело тиче имовине дужника, да је у питању побијање изван стечаја, да побијање омогућава намирење веровника и најзад да постоји инсолвентност дужника.¹⁹⁸ Други аутори виде само два општа услова побијања, доспелост повериочевог потраживања и извршење правне радње на штету поверилаца од стране дужника.¹⁹⁹ Француски аутори су склони да опште услове за побијање дужникових правних радњи анализирају са аспекта на кога се они односе па тако имамо услове који се односе на повериоца, на дужника и на треће лице,

¹⁹⁸ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.63.

¹⁹⁹ Петар Кларић и Мартин Вердиш, наведено дело, стр. 171.

противника побијања.²⁰⁰ Такође и судови се у пракси понекад баве овим питањем па теоријски утрђују услове за примену права побијања.²⁰¹

Ипак, аутор овог рада се определио за следеће опште услове права побијања а то су: постојање повериоца са доспелим потраживањем, дужникова правна радња, оштећење поверилаца и инсолвентност дужника.

2.1.3.1.1. Постојање повериоца са доспелим потраживањем

Иако је то већ у претходном делу рада речено, због систематичног прегледа, као први услов за побијање дужникових правних радњи потребно је и на овом месту издвојити постојање повериоца са доспелим потраживањем. Реч је о активној страни у праву побијања, о повериоцу дужниковим са одређеним квалификацијама. Међутим, за само својство повериоца није важно ко је то у ствари, да ли је реч о правном лицу, физичком лицу или рецимо Републици Србији као повериоцу. Такође, за право побијања ирелевантно је и који је основ поверичевог потраживања према дужнику, да ли је то неки уговор, рецимо уговор о продаји, да ли је реч о праву на накнаду штете коју је дужник проузорковао, да ли је реч о потраживању по основу пореза или законског издржавања. Али, од значаја је специјално својство потраживања које поверилац поседује, да би се остварило право побијања поверилац мора имати доспело потраживање. У том смислу, располагања дужникова остају ван правног домета повериоца који има недоспело потраживање. Побиање чини поверилац и оно због њега и постоји. Престанак постојања повериоца или престанак

²⁰⁰ Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette, наведено дело, стр. 1155;

²⁰¹ Тако у једној одлуци Врховни суд Хрватске наводи следеће услове: „1. доспјелост тражбине вјеровника према дужнику, 2. правна радња дужника, 3. инсолвентност дужника и 4. постојање оштећења вјеровника, тиме да побијање омогућује вјеровничково намерење.“ (Врховни суд Републике Хрватске, Рев-1008/05-2 од 24. јануара 2006. година) Извор: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/search>

потраживања трајно искључују могућност побијања. Поверилац је субјект у праву побијања који започиње и води поступак и у случају добитка спора извлачи користи из успешног побијања.

2.1.3.1.2. Дужникова правна радња

Други услов које право побијања поставља је правна радња коју је дужник предузео. Људи свакодневно предузимају одређене фактичке радње од којих неке производе а неке не производе правне последице и зато у праву побијања говоримо о правним радњама, фактичким радњама које резултирају правним последицама. Фактичке радње које дужници предузимају и које не производе правне последице нису предмет интересовања права побијања. Када говоримо о правној радњи говоримо о објекту побијања, дужникова правна радња је заправо нешто што представља циљ стреле коју поверилац одапиње започињањем поступка побијања. Сам термин правна радња је у наше право ушао релативно касно, приликом доношења Закона о облигационим односима који још увек представља позитивно право побијања дужникових располагања.²⁰² Разуме се, претходни термин који је био владајући и законски до доношења Закона о облигационим односима је био термин дужниково правно дело. Развој терминологије у материји побијања, што је утицало и на сам назив овог правног института, започет је још новелама Српског грађанског законика од 5. маја 1864 године, којим је уведено право побијања у наше право, међутим то је учињено кроз измену §303, заправо кроз додавање новог §303а. који није имао наслов већ је само дефинисао правила побијања. Дакле, Српски грађански законик није на директан начин дефинисао термин дужниковог располагања које може бити предмет побијања. Међутим, услед измена у праву побијања у Аустрији, а

²⁰² Овај термин ће, по свему судећи, задржати и творци новог Грађанског законика Србије, имајући у виду да се у Нацрту законика који је на јавној расправи до 1.7.2016. године, у материји побијања и даље користи термин правна радња.

имајући у виду снажан утицај које је аустријско право имало на наше право, Закон о побијању правних дела изван стечаја се у свом наслову определио за термин правно дело. Овај термин је остао активан све до доношења Закона о облигационим односима. У Скици за законик о облигацијама и уговорима, професор Константиновић користи термин правни посао, који чини се, не одговара модерним очекивањима које право има од побијања дужникових аката и последично може сузити поље примене овог института. У односу на важећи термин правна радња из Закона о облигационим односима се наводи да је у свим нацртима самог закона и даље као термин дужникових аката коришћен термин правно дело а да је тек у последњој његовој редакцији ипак преовладао озакоњени термин правна радња.²⁰³ Наводи се још да је то учињено под дејством немачког оригинала-речи *Rechtshandlung* за коју је нешто приближнији превод управо правна радња.²⁰⁴ Као неспорно, ваља узети да је заиста Закон о принудном поравнању и стечају из 1965. године²⁰⁵, дакле 12 година пре доношења Закона о облигационим односима, искористио термин правна радња, па је онда деловало и логично да се направи једна доследност између процесног и материјалног законодавства. По мишљењу Божидара Марковића, који оправдава законско решење, термин правна радња не само што је ближи немачком оригиналу већ и адекватније покрива све оне поступке дужника које подлежу побијању.²⁰⁶ Аутор овога рада, уважавајући наведени став, ипак не види разлику између наведена два појма, правног дела и правне радње. Сама квалификација да је у оба случаја реч о одређеном поступању дужниковом који генерише правну последицу релативизује разлике између ова два термина. Наиме, чини се да речи дело и радња имају заиста потпуно идентично значење у материји побијања па ова термилошка расправа нема велики практичан значај. Правна радња је појам који се састоји од две речи од којих свака има посебно значење и

²⁰³ Видети Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 977.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ У члану 95. Закона о принудном поравнању и стечају се говори о побијању правних радњи учињених пре отварања стечајног поступка, а у доцнијим члановима је садржано читаво стечајно право побијања тога времена.

²⁰⁶ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 977.

веома значајно опредељује и оивичава право побијања. Реч правна одваја ова појам од фактичких радњи дужникових а реч радња проширује појам примене у односу на правне послове. Најпре, важно је одмах на почетку подвући да предмет побијања не могу бити фактичке радње које предузима дужник а које не резултирају никаквом правном последицом у односу на њега самог и на његову имовину. Управо та карактеристика дужникове радње, да производи дејство у односу на његову имовину, карактерише и одређује ту радњу за побијање од стране поверилаца. Повериоце, када им потраживање доспе за исплату, не интересује много сам дужник и његово држање, навике или понашање, њих интересује његова имовина, како ће измирити дуг и да ли ће морати принудним путем да захтевају исплату. Повериоца занима понашање дужниково тек када оно утиче на промене у његовој имовини. Тако рецимо, када дужник уништи приликом возње сопствени аутомобил, сруши кућу или услед немарности поквари какву своју вредну ствар, таква његова радња не би могла да буде предмет побијања. Ово је из разлога што нико није стекао никакву корист из овакве дужникове радње, она није произвела правну последицу по треће лице иако је свакако веома значајна са аспекта могућег намирења повериоцевог потраживања из такве имовине. Међутим, а да не остане непримећено, нетачно би било тврдити да овакве фактичке радње дужникове не производе никакве правне последице. Наиме, у случају да сруши сопствену кућу, дужник ће као сопственик изгубити своје право јер куће нема више а може се десити да је услед рушења чак и избрисана из регистра непокретности, разуме се, заједно са свим правима на њој укључујући и право својине које је дужник имао. Дакле, овакве радње дужникове, иако умањују његову имовину, не повећавају имовину ниједног трећег лица па самим тим побијање у оваквим случајевима неће бити дозвољено, побијањем се заиста не би постигла његова сврха.

Међутим, постоје одређене фактичке радње које производе правне последице. Рецимо, уколико дужник уништи меницу или какву дугу хартију од вредности у којој је инкорпорирано његово право, то ће представљати умањење његове имовине у корист трећег лица, дужника по уништеној хартији од вредности па ће у овом случају

бити испуњени услов у погледу дужникове радње да би се побијање могло вршити од стране поверилаца.

Од дужникове правне радње треба разликовати ситуацију када до промене у дужниковој имовини долази радњом државног органа. До умањења дужникове имовине може доћи на различите начине, али је један од основних постулата права побијања то да је реч о дужниковој правној радњи.²⁰⁷ У тим случајевима предмет побијања неће бити она радња или акт који су коначно довели до промене у дужниковој имовини. Међутим, предмет побијања и у овом случају би могла бити дужникова активна или пасивна радња која је довела до тога да радњом државног органа дође до промене у дужниковој имовини, разуме се, у случају када су испуњени и остали услови за побијање.²⁰⁸

Са друге стране, дужникове правне радње су свакако значајно шири појам од правног посла. Уколико узмемо класичну дефиницију да је правни посао изјава воље физичког или правног лица која производи правно дејство (настанак, престанак, пренос или измену постојећих субјективних права), онда је веома једноставно уочити колико је узак овај појам у праву побијања дужникових правних радњи. Правни послови дужникови, ће и даље, разуме се, остати централна тачка у праву побијања али се побијање може односити и на одређен број фактичких радњи, непредузете радње и недопуштене радње. Из саме категорије правних радњи дужникових се из

²⁰⁷ Тако је у једном случају утврђено да предмет побијања не може бити извршна радња суда којом се остварује намирне повериочевог потраживања „Међутим, за побијање правних радњи стечајног дужника, како правилно закључује првостепени суд, нису испуњени законски услови, јер побијању радњу исплате није извршио стечајни дужник, то није правна радња стечајног дужника, већ се ради о извршној радњи, предузетој у поступку спровођења извршења на непокретностима тужиоца, по члану 99. Закон о извршном поступку, коју је спровео Општински суд у А. по решењу од 8. 6. 2009. године донетом у спровођењу извршења.“ (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 8928/12 од 6. 3. 2013, Извор_ Paragraf lex).

²⁰⁸ „Решење о упису у судски регистар не може имати карактер дужникове правне радње, већ се ради о правном акту суда као државног органа. Тужилац је могао побијати само Одлуку о припајању друштвеног предузећа „С...“ у Б. Друштвеном предузећу „СОП“ у Б. у делу који се тиче предметног пословног простора, јер је то правна радња дужника. Коначан и правоснажан упис у судски регистар може се побијати само тужбом за утврђење ништавости уписа у судски регистар или захтевом за брисање уписа као неоснованог, а не одговарајућим одредбама Закона о поступку за упис у судски регистар.“ (Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4284/2001 од 24. октобра 2001. године;Извор: правна база Paragraf lex)

домета за побијање могу начелно искључити само природне чињенице које утичу на имовину дужника, последице случаја, више силе као и оне фактичке радње које је дужник предузео а које никоме нису користиле, као што је већ и наведено.²⁰⁹ На пример, уколико дужник остави сопствени аутомобил у близини клизишта, па услед великих киша клизиште однесе аутомобил и у потпуности га уништи, оваква радња дужникова не би могла да буде предмет побијања иако је услед ње имовина дужникова смањена а самим тим и могућност намирења повериочевих потраживања, најпре јер је реч о природном догађају који може представљати *vis maior* а, и не мање важно, од овакве фактичке ситуације нема трећег лица које је извукло одређену корист, против којег би био уперен захтев за побијање. Сама дужникова радња ипак мора бити последица његовог деловања, активног или пасивног са једне стране, а мора постојати и неко лице које извлачи корист из таквог понашања дужниковог, са друге стране. Тек када конкретна ситуација задовољи ова два услова, можемо говорити о радњи која може бити предмет побијања од стране поверилаца. Ово је потпуно логична последица уколико се има у виду сама сврха побијања и када се то чини. Реч је о ситуацијама у којима дужник уместо да испуни дуг према повериоцу, предузима одређене фактичке радње, позитивне или негативне, на штету сопствене имовине а у корист имовине трећег лица, противника побијања. Већ је метафорички напоменуто да задужени дужник нема сопствену имовину, она припада његовим повериоцима, па акти којима дужник располаже том имовином у корист трећег лица могу доћи под последицу које право побијања носи са собом. У теорији права побијања је разматрана могућност и да ли недопуштена радња дужникова може бити предмет побијања од стране поверилаца. Тако на пример дужник може предузети одређену недозвољену радњу, чак и ону која представља кривично дело, да би изгубио у корист трећег лица уживање каквог права. Као класичан пример се наводи завештање под условом „док не буде осуђиван“ па се сматра да у том случају има места примерни института побијања дужникових правних радњи, али само у погледу имовинско правне последице, право побијања не може утицати на само кривично

²⁰⁹ Слично, Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 64.

дело које је дужник учинио нити може утицати да се осуда поништи.²¹⁰ Дакле, у оваквим случајевима као тужени ће, у парници за побијање, бити означено лице које извлачи корист из какве дужникове недопуштене радње. Међутим, у случају када дужник предузме радњу која чини прекршај или кривично дело, а доцније буде кажњен новчаном казном, таква његова радња неће моћи да буде предмет побијања обзиром да, иако постоји бенефицијар, треће лице које ће се окористити оваквим понашањем дужника, право побијања мора положити оружје пред казнено правним последицама оваквог понашања. Тиме би се уосталом урушио и успостављени кривично правни систем и релативизовала казна као санкција за девијантно понашање, што никако није циљ права побијања.

2.1.3.1.2.1. Позитивне и негативне радње

Уопштена подела радњи дужникових које повериоци могу побијати је свакако подела из угла самог дужниковог понашања, на позитивне и негативне радње. Позитивне радње ће бити она активна понашања дужникова, којим настају последице да се део његове имовине преноси на треће лице. Ту ће најпре доћи све врсте уговорног располагања имовином, као што су уговор о продаји, уговор о поклону, затим конституисање одређених стварних права на његовој имовини као што су конституисање хипотека или залога, права плодуживања као и они послови дужникови којима овај постаје дужник трећег лица као што су уговор о преузимању дуга, приступању дугу или новација. У позитивне радње дужникове које могу бити предмет побијања се могу убројати и одређени акти које дужник предузима у оквиру неког судског поступка као што је на пример закључивање поравнања у парници која је у току. У позитивне радње дужникове ће пре свега ући сам појам правног посла, односно свих могућих изјава воље којима дужник чини последицу умањења

²¹⁰ Ibid.

сопствене имовине, али са веома значајним условом, да је то учињено у нечију корист, обзиром да мора постојати бенефицијар оваквог дужниковог располагања. Тако рецимо актом о оснивању привредног друштва и уношењем одређене имовине дужника у новосновано друштво такође се може извршити оштећење поверилаца. Међутим, у том случају неће се побијати сама радња оснивања већ уношење имовине у новосновано друштво од стране дужника.²¹¹ Такође, а што је већ и речено, неће бити могуће побијање одлуке државног органа, већ само дужникова правна радња која је довела до такве одлуке.²¹² Уопште, сачињава правно дело свака радња услед које се дужникова имовина у нечију корист материјално смањује или услед које он долази у тежи процесно-правни положај, тако да се и изгледи његових поверилаца на намирење њихових потраживања погоршавају или формално-правно отежавају.²¹³ Међутим, овде би ваљало бити веома опрезан у погледу процесно-правних радњи дужника. Наиме, само држање дужника у одређеним поступцима који могу имати консеквенце по његову имовину су од значаја за повериоце тек онда када ти поступци, односно одређене радње које је дужник предузео или није предузео а могао је да предузме, резултирају смањењем дужникове имовине у корист трећег лица, противника у поступку или неког другог бенефицијара такве радње. У том смислу, дужниково држање у одређеном поступку није од значаја све док не наступи последица, па се тек радња којом је последица наступила може узети као радња погодна за побијање. У једном случају у којем је одлучивао Врховни суд Србије, тек приликом покушаја намирења потраживања од стране повериоца се утврдило да је дужник предузео одређене процесно-правне радње којима је омогућио настанак

²¹¹ Овакав став је изнео и Виши трговински суд када је истакао да се акт о оснивању предузећа не може побијати паулијанском тужбом, већ само пренос имовине извршен овим актом на новоосновано предузеће до висине утврђеног потраживања. (Правно схватање утврђено на заједничкој седници одељења за привредне спорове и привредне преступе Вишег привредног суда од 9. јула 1998. године)

²¹² „Тужилац је могао побијати само Одлуку о припајању друштвеног предузећа „С...“ у Б. Друштвеном предузећу „СОП“ у Б. у делу који се тиче предметног пословног простора, јер је то правна радња дужника. Коначан и правоснажан упис у судски регистар може се побијати само тужбом за утврђење ништавости уписа у судски регистар или захтевом за брисање уписа као неоснованог, а не одговарајућим одредбама Закона о поступку за упис у судски регистар. Тужилац своја права на предметном пословном простору може остварити својинско правном тужбом, која не застарева, према ДП „СОП“ у Б. (Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4284/2001 од 24. октобра 2001. године)

²¹³ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 65.

потраживања и приоритетно намирење других поверилаца. Зато Врховни суд указује да је потребно утврдити да ли је до таквог погодовања других поверилаца дошло услед дужникове радње пропуштања која је и довела до оштећења поверилаца и да ли су испуњени услови за њено побијање.²¹⁴ Супротно од позитивних радњи негативне дужникове радње су они поступци које дужник није предузео а могао је, а који су резултирали са две последице, најпре, да је услед њиховог непредузимања дошло до умањења имовине дужникове а затим и да је дошло до повећања имовине трећег лица. Помало је контрадикторна могућност побијања негативних дужникових радњи, нарочито уколико се има у виду опште правило да се може побијати правна радња дужника која је предузета на штету поверилаца.²¹⁵ Ово опште правило у нашем праву побијања донекле термилошки не одговара сврси и циљу које би требало да има пред собом. Обзиром да реч „предузета“ ипак на неки начин подразумева активност дужника може се основано поставити питање да ли је у опште правило било потребно унети и негативне радње дужникове, односно пропуштања? Чини се да не постоје аргументи који би се могли изрећи у одбрану општег правила и зашто оно не обухвата и пропуштања дужникова. Истина, у ставу 3. члана 280. Закона о облигационим односима је изречно обухваћен и појам пропуштања када је речено да се под правном радњом подразумева и пропуштање због кога је дужник изгубио какво материјално право или којим је за њега настала каква материјална обавеза, међутим аутор овог рада је става да опште правило свакако мора обухвати и

²¹⁴ „Уколико се утврди да се из предметне непокретности по намирењу приоритетних поверилаца и Закона о извршном поступку, а то су у овом спору друго и трећетужени, тужилца не може да се намири делимично или у целости, треба затим утврђивати чињенице везане за доношење извршне исправе која је угрозила тужилино намирење. Те чињенице би заправо представљале побијање правних радњи тужилина дужника у спору првотуженог предузетих на штету тужилце као повериоца. У том циљу треба прибавити спис П. бр. 1857/04, извршити увид у исти и на основу њега а по потреби и других доказа утврдити да ли је тужилин дужник у предмету предузимао процесне и фактичке радње (ако је на пример споразумни развод брака) које су могле довести до доношења поменуте пресуде као извршне исправе на штету тужилце као повериоца. При том ће се посебно ценити како и на који начин је тужени у том спору као отац деце пристао и обавезао се да им плати десетогодишње издржавање уназад те припада ли то издржавање деци, или пак неком другом. У том смислу треба посматрати услове побијања и ценити их у вези са чланом 281. став 1. и 2. Закона о облигационим односима. Пасивну легитимацију тужених првостепени суд ће утврђивати у смислу члана 283. став 2. ЗОО.“ (Решење Врховног суда Србије, Рев. 1421/06 од 28. јуна 2006. године) - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2006, Интермекс, Београд.

²¹⁵ Видети члан 280. ст. 1. Закона о облигационим односима.

предузете радње дужникове као и оне које дужник није предузео а исходиле су последицом, штетом за повериоце. Такође, чини се да оваква измена општег правила чак не би ни учинила сувишним постојеће правило из члана 280. став 3. Закона о облигационим односима које би представљало његову конкретизацију и објашњење.

У погледу побијања дужникових пропуштања наше право је јасно стало на становиште да и оваква негативна радња дужникова може бити предмет побијања од стране поверилаца. Дакле, наше позитивно право познаје две врсте дужниковог побијања које могу резултирати побијањем од стране поверилаца, прво, пропуштање услед којег је дужник изгубио какво материјално право и друго, пропуштање којим је за дужника настала каква материјална обавеза. У прву групу пропуштања се могу убројати класична пропуштања дужникова којим се умањује његова имовина као што су непокретање судског поступка ради прекида застарелости, неподизање меничног протеста или непријавивање потраживања у стечају неког његовог дужника. Све ове радње, односно пропуштања дужникова воде губитку одређеног права, и то права потраживања чиме се смањује имовина дужникова а последично и могућност за повериоце да они наплате своје потраживање од њега. Међутим, чини се, иако то у Закону о облигационим односима не стоји, да неће свако овакво пропуштање дужниково водити до могућности за повериоце да то побија као дужникову радњу којом је нанета штета за повериоце. Тако рецимо, уколико дужник има потраживање према одређеном правном лицу над којим је отворен стечајни поступак а које нема никакву имовину, онда може бити веома спорно да ли дужник непријављивањем потраживања у стечају, иако губи то право због преклузије, наноси штету својим повериоцима. Никакву корист у том случају повериоци дужникови немају чак и уколико побију такво пасивно држање дужниково, имовина дужникова се услед тога неће увећати нити ће се повећати шансе за намирење њихових потраживања од дужника. Другачија је ситуација када дужников дужник одлази у стечај а има имовине из које је и сам дужник да је пријавио потраживање могао остварити одређено намирење, јасно је, у овом случају заиста има аргумената да се дозволи побијање од стране поверилаца јер у случају наплате потраживања у стечају сам

дужник увећава своју имовину из које се његови повериоци могу намирити. Зато се приликом одлучивања у оваквим случајевима мора посебна пажња поклонити анализи економске последице коју је пасивно држање дужниково изазвало у односу на његову имовину, па тек уколико такве последице има дозволити побијање. То није лак задатак, некад ће веома детаљно морати да се анализирају и трошкови поступка и колико би дужник могао добити уколико би његова радња била предузета. Међутим, чини се да ће у одређеним случајевима за судију који одлучује о побијању бити немогуће да утврди да ли дужник заиста у материјалном смислу губи услед свог пропуштања а у таквим случајевима се поставља начелно питање да ли дозволити побијање или не? Разуме се, том приликом посебно треба имати у виду положај трећег лица, противника побијања, који може бити увучен у парнични поступак ни крив ни дужан, што за њега може значити и одређене трошкове. Чини се да се ово питање најлакше може решити, што је и предлог аутора овог рада, са аспекта терета доказивања, а пошто је начело процесног права *actori incumbit probatio*, на тужиоцу ће бити задатак да докаже да је пропуштање дужниково произвело негативну материјалну последицу за дужника. Ипак, потребно је напоменути да се не може учинити извесном ова чињеница никада, обзиром да је реч о будућем догађају и да ће суд пресуђивати на бази вероватноће. Тако рецимо, поверилац не може учинити извесним да ће или боље речено да би дужник наплатио потраживање према свом дужнику у стечајном поступку да је пријавио потраживање јер се најпре не зна да ли ће стечај поћи путем реорганизације или банкротства а чак и да пође путем банкротства не зна се за коју цену ће се уновчити имовина стечајног дужника што директно може утицати и на степен намирења дужничких поверилаца. Слична је ситуација и са остала два наведена примера, у случају застарелости, чак и да је дужник започео поступак против свог дужника да би прекинуо застарелост и даље може остати отворено питање да ли ће дужник своје потраживање намирити или не. Чини се да је на посредан начин ово и предвиђено Законом о облигационим односима који говори о губитку материјалног права. По мишљењу одређених аутора, овај израз треба схватити широко тако да пропуштање обухвата сваку дужникову

нерадњу услед које је у крајњем ефекту смањена његова имовина.²¹⁶ У потпуности треба прихватити овакво тумачење, пропуштање дужниково се увек мора анализирати, из угла права побијања само као потенцијално смањење дужниковог имања и тек у случају да таква анализа покаже да је то случај дозволити побијање.

Друга група пропуштања коју Закон о облигационим односима помиње су она пропуштања којим је за дужника настала какава материјална обавеза. То су следећи случајеви, уписивање неосноване хипотеке од стране поверилаца на дужниковој непокретности, неулагање жалбе или некоришћење доказног средства. Поље примене је у овом случају знатно видљивије а доказивање од стране поверилаца релативно лакше. У том смислу, поверилац као побијач мора доказати да је одређена материјална обавеза већ настала што неће бити превише тешко, то је случај када је дужник изгубио спор у случају када је могао исходovati другачију судску одлуку да је рецимо предложио одређено доказно средство. Сличан случај се може десити када дужник рецимо добије пореско решење у случају када према слову закона пореза нема, и пропусти рок за жалбу. У погледу побијања дужникових пропуштања, потребно је напоменути и то да је Закон о облигационим односима на другачији начин решио овај проблем у односу на правило које је постојало до тада. Наиме, Закон о побијању правних послова изван стечаја је у §7. предвидео правило по којем се као правна дела сматрају и пропуштања услед којих дужник изгуби какво право, или којима се против њега имовинско правни захтеви заснивају, одржавају или обезбеђују. Дакле, Закон о побијању правних дела изван стечаја је предвиђао четири врсте дужникових пропуштања које могу бити предмет побијања, то су најпре пропуштања услед којих дужник изгуби какво право, затим којима се против њега имовинско правни захтеви заснивају, одржавају или обезбеђују. Као додатно правило у оквиру истог параграфа је предвиђено да исто важи за случај да је дужник пропустио да прихвати наследство. Божидар Марковић у коментару овог параграфа наводи да под појам пропуштање начелно може доћи свако губљење имовинског

²¹⁶ Видети Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 981.

права дужниковог и свако отежање његовог остварења.²¹⁷ Обзиром да је део одредбе који говори о губитку права потпуно јасан остаје као споран други део одредбе који говори о пропуштањима дужниковим на основу којих се против њега заснивају, одржавају или обезбеђују имовинско-правни захтеви. Није сасвим јасно, а одговор на ово питање не дају ни коментатори закона, због чега су поред заснивања материјално правног захтева против дужника додате у Закону још две могућности одржавања или обезбеђења имовинско-правног захтева против дужника. Чини се да је овде реч о преводу аустријског права без улажења у суштину и да сам појам заснивања имовинских права конзумира у себи појмове одржавања и обезбеђивања имовинско правног захтева према дужнику. Уколико говоримо о првом термину, одржавања имовинско-правног односа, уколико је ситуација већ таква да је поверилац дужников, који свакако мора постојати јер је реч о одржавању већ постојећег имовинско-правног захтева, одређеном радњом упућеном дужнику одржао захтев услед пропуштања дужниковог, на неки начин то је поновно заснивања имовинско-правног односа па није било потребе за посебним оваквим истицањем. Опет, када је реч о обезбеђивању имовинско-правног захтева према дужнику јасно је да се то мора односити, на повериоца који има потраживање које обезбеђује а дужник се у односу на то понаша пасивно, само обезбеђење је свакако настанак новог имовинско-правног захтева у корист повериоца према дужнику. Упоредном анализом решења о побијању дужникових располагања из Закона о побијању правних дела изван стечаја и нашег позитивног права, односно одредбе члана 280. ст. 3. Закона о облигационим односима, закључак је да постојеће правило Закона о облигационим односима у нешто елегантнијој форми обухвата све случајеве које је предвиђао и његов претходник.

Када је реч о пропуштању дужниковом као радњи која може бити предмет побијања од стране поверилаца, требало би имати у виду да то може бити случај само

²¹⁷ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.67; Овај аутор такође наводи и да се не може, међутим, побијати губитак правног ишчекивања или правне наде: дужник изгуби право наслеђа зато, на пример, што у року одређеном му од оставиоца није отишао на хаџилук-његови повериоци према себи неће моћи да отклоне дејство овог пропуштања.

онда када дужник више не може предузети одређену радњу услед чега ће наступити негативна последица у односу на његову имовину. Све док се радња може предузети, јасно је, не можемо говорити о пропуштању. Тако у случају да за предузимање одређене радње од стране дужника постоји рок а да тек по протеклу рока наступа немогућност даљег предузимања те радње, дужник је слободан да све до последњег дана предузме радњу и тако спречи поверилачко право на побијање. Све док рок не протекне, односно док не наступи губитак у имовини дужниковој, повериоци не могу вршити побијање. Зато се и рок за побијање правне радње која се састоји у пропуштању мора рачунати тек од последњег дана када је пропуштена радња још увек могла бити предузета.²¹⁸ Посебан проблем остаје сам начин остваривања побијања у смислу дејства које оно треба да произведе у случају побијања дужникових пропуштања којом дужник губи материјално право што ће бити лакше или којим настаје каква материјална обавеза за дужника, што ће бити знатно теже, али о томе ће бити више речи доцније, у делу рада који говори о дејству побијања.

2.1.3.1.2.2. Одбијање и пропуштање обогаћења

Када је реч о непредузетим радњама дужниковим посебно место заузимају могућност побијања одбијања и пропуштања обогаћења од стране дужника. У теорији је добро примећено да повериоци разумно очекују да дужник искористи сваку могућу прилику да увећа своју имовину, они рачунају на економску активност дужника којим ће он увећати шансе за намирење њихових потраживања.²¹⁹ Управо зато, уколико дужник пропусти такву шансу, право побијања дозвољава повериоцима да преконтролишу оваква поступања дужникова. Најпре, када је реч о одбијању обогаћења, односно *polle acquirere*, треба рећи да класична римска концепција као и француско право као њена верна рецепција, не познају могућност побијања у овом

²¹⁸ Слично, Божидар С. Марковић, неведено дело, стр. 67

²¹⁹ Божидар С. Марковић, неведено дело, стр.65.

смислу.²²⁰ Аргумент је да повериоци не могу рачунати на овакве прилике у корист дужника, па самим тим имовина коју би дужник могао приходовати из ових могућности не улази у појам опште залогe над имовином дужниковом у корист поверилаца. Сматра се да оно што дужник не жели да стекне није ни у једном тренутку било део његове имовине, те не може ни бити речи о оштећењу поверилаца тим актом.²²¹ Одбијање обogaћења ће представљати позитивну радњу дужникову којом он одбија могућност која му се указала, да повећа своју имовину. Сама радња се може остварити непосредно кроз изречно одбијање дужниково или посредно кроз конклюдентну радњу којом дужник одбија обogaћење. Класични примери одбијања обogaћења су најпре одбијање поклона или легата, понуде за закључење повољног уговора или какве друге повољне понуде, опроста дуга од стране повериоца или споразумног раскида неповољног уговора. У свим овим случајевима важно је да је наступила последица у односу на дужникову имовину, односно да његова имовина није увећана услед оваквог одбијања дужниковог. Законом о побијању правних дела изван стечаја је била предвиђена могућност побијања одбијања обogaћења и то §13. којим је било предвиђено да све оно, што услед правног дела на које се односи побијање, није ушло у имовину дужникову или што је из ње било отуђено или напуштено, може веровник за себе захтевати уколико је то потребно за његово намирење, ако то није учинљиво даће се накнада. Управо одредница „није ушло у имовину дужникову“ предвиђа случај, односно правило о побијању радње дужникове која је уперена на одбијање обogaћења.²²²

Наше позитивно право познаје могућност побијања одбијања обogaћења, а обзиром да је реч о позитивној радњи дужниковој, оваква радња ће се побијати по општем правилу да сваки поверилац чије је потраживање доспело за исплату, и без обзира кад је настало, може побијати правну радњу свог дужника која је предузета на штету поверилаца.²²³ Подвођење овог случаја под опште правило се чини разумним,

²²⁰ Mazeaud Henri et Leon, Mazeaud Jean, Lecons de droit civil, tome deuxieme, Obligations, стр.1062 Editions Montchrestien, Paris 1956.

²²¹ Божић С. Марковић, наведено дело, стр. 66.

²²² Овакав став је заступао и Божић С. Марковић, наведено дело, стр. 66.

²²³ Члан 280. ст. 1 Закона о облигационим односима.

па се не види да постоје аргументи да би било боље предвидети посебно правило о томе.

За разлику од одбијања обogaћења, пропуштање обogaћења производи другачију правну последицу у праву побијања. Посебно је у теорији разматрана ситуација да ли предмет побијања може бити дужниково пропуштање обављања одређеног посла како би стекао одређена средства која би могао искористити за намирење поверилаца. Чини се да два значајна аргумента стоје на страни става да овакво дужниково пропуштање обogaћења не може бити предмет побијања. Најпре, право на рад је основно људско право које, као и друга права, од стране дужника може бити коришћено али и не мора. Свако одлучује да ли ће радити или не. Из тог разлога, чак ни у циљу намирења потраживања поверилаца дужник се не може натерати да ради. Са друге стране, као што је већ било речи, за побијање дужникових правних радњи је неопходно да постоји лице или више њих који остварују корист на основу њих, а у случају необављања рада као радње пропуштање обogaћења, такво лице не постоји нити може постојати обзиром да се унапред не може рећи ко ће бити послодавац а и његовог обogaћења нема јер дужник није ни обавио рад за који би добио накнаду.

2.1.3.1.2.3. Сложене правне радње

Када говоримо о сложеним правним радњама ту се најпре мисли на оне ситуације код којих је за постизање ефекта наумљеног правног посла потребно предузети више радњи. У таквим случајевима поставља се питање да ли се свака од предузетих радњи може самостално побијати или само она којом је реализован правни посао у целини? Према схватању оних теоретичара, а мало њих се бавило овим спорним питањем, ако се неко дужниково располагање састоји из два одвојена акта, онда је за побијање целог правног дела довољно да се ма који од њих може

побијати.²²⁴ Аутор овог рада у потпуности прихвата наведени став. Заиста делује потпуно логично да ће повериоци имати право да побијају било коју од предузетих правних радњи које су исходиле последицу целокупног посла а такво побијање ће заиста довести до спречавања учинка посла у целости. Међутим, када је реч о сложеним правним радњама, може се заузети и потпуно супротно становиште по којем ће се сложена правна радња, која се састоји од више дужникових аката, посматрати као једна радња која је подложна побијању. Ипак, у овом случају се може поставити питање рока за побијање. Тако се може догодити да у односу на једну радњу дужникову у оквиру сложене правне радње рок за побијање није истекао док у односу на другу јесте. Чини се да би било оправдано у таквом случају право на побијање тумачити *in favorem creditoris*, па признати повериоцима могућност побијања целог посла у односу на последњу предузету радњу дужника која би водила реализацији посла. Посебно је од стране Божицара С. Марковића разматрана могућност побијања у случају уговора о продаји. Овај аутор сматра да када се за пуноважност располагања захтева правни основ (*iustus titulus*) и законит начин прибављања (*modus acquirendi*), као што је случај код уговора о продаји, довољно је да се може побијати било основ било начин стицања.

Међутим, иако оскудна, пракса судова је стала на потпуно супротно становиште.²²⁵ Чини се да је ово схватање које у својој одлуци изнео суд заиста логички одрживо, тек предузимањем последње радње наступа правна последица па самим тим могућност побијања се мора односити и на ту последњу дужникову радњу. Ово је веома значајно због рокова у којима се може вршити побијање, дакле, у оваквим случајевима је потребно утврдити којом радњом дужниковом наступа последица на његову имовину као и на могућност намирења повериоцевих потраживања. Код уговора о продаји који је закључен између дужника и трећег лица

²²⁴ Божицар С. Марковић, наведено дело, стр.65.

²²⁵ „Но ипак се не може узети да постојање утуженог правног посла и прије уноса у земљишне књиге рађа правним последицама, које би имале утицај на рокове из правила §2. То постојање, наиме, постаје важно онда кад вјеровник имаде прави интерес да такав правни посао побија.Тај правни интерес настаје часом уписа у земљишне књиге, јер се вјеровнику тек онда онемогућује наплата његове тражбине, ако већ ранијим уписом право на наплату из некренина није стечено“, из пресуде ВСНРХ од 24.2.1959, рев. 129/59, извор: Михајло Вуковић, Правила грађанских законика, стр. 770).

ова последица наступа моментом стицања права својине на ствари у корист трећег лица, код непокретних ствари то ће бити уписом у катастар непокретности а код покретних ствари ће то бити даном предаје ствари од стране дужника. Међутим, у односу на сложене правне радње, које тек заједнички испуњавају циљ који је дужник желео да постигне односно које тек предузимањем више њих производе последицу по дужникову имовину, треба разликовати више различитих правних радњи од којих свака производи негативно дејство по дужникову имовину. Тако рецимо уколико дужник приступи дугу које треће лице има према свом повериоцу, па у неколико наврата плати одређени износ, свако од ових плаћања може доћи под нишан поверилаца који могу побијати ове дужникове радње. И у овом случају дужник тек исплатом целокупног дуга којем је приступио остварује циљ због којег је то и учинио, међутим последица по његову имовину настаје сваким плаћањем. Тако се може десити да дужник исплати само део дуга којем је приступио, разуме се и у том случају се такво његово деловање може побијати као правна радња од стране поверилаца. У случају да правна радња већ произведе дејство а након тога буде модификована на одређени начин (рецимо у случају анекса уговора), за право побијања ће бити значајан моменат предузимања радње која је произвела оштећење поверилаца.²²⁶

Као што је већ напоменуто главно обележје радње дужникове је да се она мора односити на његову имовину, односно радњом се мора утицати на дужникову имовину. Тај утицај мора бити такав да је самом дужниковом радњом смањена његова имовина. То је та нераскидива веза коју право побијања захтева. Већ је напоменуто да друге дужникове радње које за последицу немају утицај на његову имовину, се не тичу поверилаца и правно су ирелевантне за право побијања. Тако

²²⁶ „С обзиром на то да се побијају правне радње које су подузете 5. студенога 1999. – уговори о даровању – у којима су точно наведени подаци о земљишно-књижном тијелу уписаном у з. к. уложак, те да се побијају анекси наведених уговора којима се поближе означавају описи земљишно-књижног тијела, и овај ревизијски суд сматра да анекси уговора не представљају нове уговоре о даровању, те се рок из чл. 285. ЗОО треба рачунати од закључења основних уговора, а то је 5. студенога 1999. Како је тужба за побијање дужникових правних радњи поднесена 11. травња 2005., иста је поднесена изван рока од три године, стога су судови ваљано закључили како је иста поднесена изван рока, те су правилно одбили тужбени захтјев. (Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев 1506/10-3 од 25. јануара 2012. године, Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

одређене дужникове радње које се тичу његове личности као што су закључење и развод брака, усвојење, промена држављанства су имуна на право повериоачевог побијања, међутим, само уколико немају утицај на дужникову имовину. Уколико на пример дужник услед развода остане без сопствене имовине, његови повериоци могу побијати такву радњу. Ипак, обзиром да повериоце занима искључиво имовина дужникова, њих не интересује да ли је дужник довршио процес развода или не, побијање ће се у овом случају односити само на имовинско правна дејства док ће лично правна дејства развода опстати. У таквом случају рецимо, развод ће произвести правно дејство а повериоци ће, уколико успеју у спору, моћи да оспоре само дејство развода на имовину дужника, односно дужниково располагање у корист трећег лица, свог бившег супружника. Ипак, постоје и другачија мишљења, нарочито међу француским ауторима.²²⁷ Ово и не чуди обзиром на садржину саме одредбе члана 1167. Француског грађанског законика којим је предвиђена паулијанска тужба. Тако, поједини аутори веома добро примећују да је члан 1167. ФГЗ у ствари само наставак претходног члана односно да ова одредба почиње речима „peuvent aussi“ а да се члан 1166. завршава речима „exclusivement attaches a la personne“, што практично доводи до закључка да је реч о законској забрани да акти дужника којима он располаже неким својим личним правом не могу бити предмет побијања.²²⁸

Такође, може се десити да дужник каквим променама које се тичу његове личности утиче на промене у сопственој имовини као што је случај остварења раскидног услова који резултира дужниковим губитком тестаменталног завештања, разуме се, и у оваквим случајевима се може побијати само имовинско правни део дужникове радње док ће онај који се односи на личност опстати. Побијање самог лично правног акта значило би тешку провреду слободног располагања и коришћења личних права и не би веровницима ниуколико олакшавало намирење.²²⁹ Управо из

²²⁷ Alain Venabert изречно наводи да правна радња која се побија мора искључиво да се односи на неко имовинско право дужниково никако на лично право, чак и када производи дејство на дужникову имовину, наведено дело, стр. 512.

²²⁸ Francois Terre, Philippe Simler, Yves Lequette, наведено дело, стр. 1151.

²²⁹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 71.

ових разлога модерно право побијања, чини се потпуно оправдано, одбацује могућност побијања оваквих правних аката.

Обзиром да радња дужникова мора производити негативно дејство на његову имовину у праву побијања неће бити од пресудне важности да ли је саму радњу предузео дужник или не. Такав случај ће бити уколико радња која се побија, предузета од стране дужниковог пуномоћника, заступника, вршиоца туђих послова које дужник одобри или било ког трећег лица које има овлашћења дата од стране дужника. Право побијања у оваквим случајевима прави једну фикцију, узима се као да је радњу предузео сам дужник и таква располагање ће, уз испуњење осталих услова, повериоци моћи да побијају. Битно ће бити само да се радња односи на дужника и да производи негативно дејство на његову имовину а када је ово испуњено потпуно ће бити ирелевантно за право побијања да ли је саму правну радњу предузео дужник или је она предузета у име и за рачун дужника од стране неког другог лица. Такође, том приликом ће се приликом процене субјективних услова, заправо процењивати стање свести онога који је непосредно предузео правну радњу која је предмет побијања, као што је случај са правним лицем и његовим заступником.²³⁰

Када је реч о имовини дужника, постоје одређене ствари које ће, у случају њиховог располагања од стране дужника, чак и када су испуњени сви услови за побијање, због свог својства спречити могућност побијања. Зато се каже да се претпоставка да се правно дело има тицати имовине дужникове, треба ограничити још и тиме да та имовина мора бити способна да послужи као предмет извршења у

²³⁰ „Осим тога износи се стајалиште да се код правних особа не може примијенити ст. 2. чл. 67. ЗОО. Наведено стајалиште друготуженика не може се прихватити правилним. Наиме, правне особе имају своје законске заступнике и осниваче или власнике, па се сазнање правних особа да се подузимају радње на штету вјеровника морају проматрати кроз сазнање тих особа. Обзиром на утврђења нижеступањских судова да је оснивач оба туженика иста особа, да је законски заступник првотуженика брат оснивача обију твртки, правилан је закључак да је друготуженик знао да подузетим располагањима првотуженик штети својим вјеровницима и то након што је било донесено рјешење о оврси од 4. листопада 2007. Да су радње подузимане на штету вјеровника указује и чињеница да је само дио купопродајне цијене уплаћен на жиро рачун првотуженика, а остатак је био предмет компензације између прво и друготуженика, односно дио је искориштен како би се брисала хипотека на предметним посебним дијеловима.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев. 654/09-2 од 4. маја 2011. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

корист веровника.²³¹ Тако се наводе два примера дужниковог располагања које не могу бити предмет побијања од стране поверилаца. Најпре, реч је о располагању учињеном од стране дужника лекара који је поклатио своје инструменте па овакво располагање неће моћи да буде предмет побијања. Такође, уколико адвокат поклати свом приправнику своју стучну библиотеку ни такав поклон неће моћи да буде предмет побијања од стране поверилаца.²³² Разлог је једноставан, у оба случаја, над овим предметима се не може спровести извршење од стране поверилаца па је илузорно дозволити побијање које би било само себи циљ, што би било погрешно, имајући у виду да је побијање увек уперено са циљем намирења повериочевог потраживања а у овим случајевима се тако нешто не би могло остварити. Наиме, увек се у закону који регулише извршни поступак праве одређени изузеци у погледу одређених ствари које, истина припадају дужнику, али које због својих особина право сматра као ствари над којима није могуће спровести извршење. Такође, требало би имати у виду да се сваким новим законом којим се уређује извршни поступак сужава број ствари над којима се извршење не може спровести.²³³ Тако рецимо као класична одредба у извршном праву се наметнула одредба да не може бити предмет извршења пољопривредно земљиште земљорадника површине до 10

²³¹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.70.

²³² Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 980.

²³³ Постојећи Закон о извршењу и обезбеђењу предвиђа да не могу бити предмет извршења:

- 1) одећа, обућа и други предмети личне употребе, постељне ствари, посуђе, део намештаја који је неопходан извршном дужнику и члановима његовог домаћинства, као и шпорет, фрижидер и пећ за грејање;
- 2) храна и огрев за потребе извршног дужника и чланова његовог домаћинства за три месеца;
- 3) готов новац извршног дужника који има стална месечна примања до месечног износа који је по закону изузет од извршења, сразмерно времену до следећег примања;
- 4) ордење, медаље, ратне споменице и други знаци одликовања и признања које је примио извршни дужник, лична писма, рукописи и други лични списи извршног дужника, као и породичне фотографије;
- 5) помагала која су инвалиду или другом лицу са телесним недостацима неопходна за обављање његових животних функција;
- 6) кућни љубимац.

Идентичну одредбу садржи и Закон о извршењу и обезбеђењу који ступа на снагу 1. јула 2016. године. Међутим, ваља приметити да је рецимо Закон о извршном поступку из 1978. године предвиђа скоро дупло бројнију листу дужникових ствари које не могу бити предмет извршења.

ари²³⁴ па се чак и у случају да је дужник овим располагао и да су испуњени сви услови за побијање, захтев повериоца мора одбити а то ће се учинити из разлога што поверилац неће имати никакву корист чак иако би захтев био усвојен.

2.1.3.1.3. Оштећење поверилаца

Као друга страна медаље, да би се уопште разматрала могућност побијања, дужникова радња мора произвести одређену последицу-оштећење поверилаца. Као што смо видели, повериоци очекују намирење из дужникове имовине, уколико дужник предузима одређене радње којима ту имовину смањује, рађа се право на страни поверилаца да амортизују оштећење које за њих настаје предузимањем радње од стране дужника. Оштећење поверилаца је уједно и основни разлог постојања института побијања дужникових правних радњи, *ratio legis* постојања овог инструмента у повериочевим рукама. Поверилац побија дужникову радњу зато што је оштећен и зато што жели да санира штету из одређене дужникове радње а да би омогућио намирење сопственог потраживања које има према дужнику. Зато се наступање штете у односу на повериоце може посматрати само са аспекта немогућности намирења потраживања од дужника. Сам појам оштећења поверилаца је у нашем праву садржан у општем правилу у овиру материје побијања.²³⁵ Тако је учињено и у упоредном праву.²³⁶ У њему се говори о дужниковој радњи која је предузета на штету поверилаца и зато када се говори о штети на страни поверилаца та штета се увек мора повезати са радњом дужника која је предмет побијања. На који начин ће се у оквиру самог поступка побијања утврдити да је услед одређене радње

²³⁴ Члан 115. Закона о извршењу и обезбеђењу; члан 164. ст. 1. Закона о извршењу и обезбеђењу који ступа на снагу 1.јула 2016. године.

²³⁵ Видети члан 280. ст. 1. Закона о облигационим односима.

²³⁶ Видети члан 3:45.1. Холандског грађанског законика; члан 2901. Италијанског грађанског законика; §2 Аустријског Закона о побијању правних послова; §1. Немачког AnfG; члан 255. ст. 1. ОЗ Словеније, члан 66. ст. 1. ЗОО Хрватске, члан 280. ст. 1. ЗОО ФБиХ, члан 280. ст. 1. ЗОО Републике Српске, члан 287. ст. 1. ЗОО Црне Горе, члан 269. ЗОО Македоније.

наступила штета за повериоце и у чему се та штета састоји? Можда је боље најпре дати одговор на други део овог питања. Наиме, обзиром да, као што је речено, у односу поверилац-дужник, када потраживање доспе за наплату, повериоца занима једино како ће се оно моћи наплатити. У том смислу, поверилац, разуме се, пре свега очекује да дужник добровољно плати дуг а уколико се то не догоди, онда се поверилац мора постарати за наплату. Управо тада поверилац може анализирати одређена поступања дужникова и у односу на могућност наплате потраживања стећи право да таква дужникова располагања побија. Оштећење поверилаца претпоставља стварну или вероватну немогућност намирења потраживања од дужника.²³⁷ Божидар Марковић сматра да се оштећење има разумети строго индивидулно, оно је везано за одређеног повериоца и за његово одређено потраживање.²³⁸ Ова тврдња се заиста може аргументовано бранити имајући у виду да ће поверилац заиста у поступку морати да докаже својство повериоца, односно доспело потраживање према дужнику чију правну радњу побија, посредним путем и да се потраживање није могло наплатити управо због тога што је део дужникове имовине отуђен у корист трећег лица. Ипак, овако формулисано правило донекле реалтивизује могућност да поверилац чије је потраживање настало након предузимања спорне правне радње од стране дужника може побијати такву радњу. Наиме, у моменту предузимања радње

²³⁷ Тако је у једном случају резонаовао и Врховни суд Србије . „Правилно су нижестепени судови применили материјално право када су закључили да су испуњени сви услови за усвајање паулијанске тужбе. Није основан навод ревизије да тужилац не трпи последице трансформације бившег ГП "Р." у холдинг и оснивања нових предузећа, затим. Јер, преносом имовине на новооснована предузећа онемогућено је повериоцу, овде тужиоцу, да се намири у поступку извршења из имовине дужника - бившег ГП "Р.". Према одредби члана 280. Закона о облигационим односима, под правном радњом преузетом на штету поверилаца подразумева се сваки поступак дужника услед кога се дужникова имовина смањује и чиме се изгледи повериоца за намирење погоршавају. Трансформацијом у холдинг и оснивањем нових предузећа на које је дужник пренео своју имовину, намирење тужиоца је било онемогућено, чиме су били испуњени услови за побијање правне радње преноса имовине на нова предузећа, што значи у делу којим је онемогућен поверилац да намири своје потраживање. Отуда предмет побијања може бити свака правна радња којом је намирење повериоца отежано. Нема сумње да је намирење тужиоца отежано преносом имовине на холдинг а затим и на новооснована предузећа, па су судови правилно закључили да су испуњени услови из члана 280. Закона о облигационим односима за поништај правне радње о преносу имовине на новооснована предузећа.“(Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 52/2000 од 28. јуна 2000. године; Извор: <http://www.vk.sud.rs>); у другом случају овај суд истиче да се „под правном радњом у смислу овог прописа, подразумева сваки поступак услед којег се дужникова имовина смањује чиме се изгледи повериоца за намирење погоршавају или формално-правно отежавају.“(Решење Врховног суда Србије, Прев. 111/97 од 23. априла 1997. године; Извор: правна база Paragraf lex).

²³⁸ Видети Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.75.

од стране дужника, у случајевима када је потребно доказати било који субјективни услов на страни противника побијања, не би било основано, а ради успеха у спору, да се сама свест противника побијања, односно његова несавесност, мора ограничити искључиво на побијача и његово потраживање. Заправо, у том случају би требало имати у виду повериоце као множину, па утврђивати да ли постоји несавесност противника побијања у том смислу. Ипак, има и другачијих ставова према којима неће ни бити могуће побијање у случају када је потраживање повериоца настало након отуђења одређеног дела имовине од стране дужника у корист противника побијања, уколико је реч о побијању теретних правних радњи.²³⁹

Имајући у виду да је оштећење поверилаца круцијални услов права побијања, за примену овог института ће бити неопходно да се у сваком конкретном случају утврди да ли је одређена правна радња начинила промену о дужниковој имовини. Промене у дужниковој имовину услед сваког располагања могу бити позитивне и негативне. Право побијања интересују само она располагања која производе негативне промене у дужниковој имовини, односно она која доводе до умањења

²³⁹ „Према оцјени овог суда правна радња мјеничних дужника Р. Ј. и К. К., у овом случају уговор о зајму с осигурањем пријеносом права власништва некретнина, може се побијати само за оно потраживање вјеровника (тужитеља) које је доспјело до тренутка извршења правне радње дужника која се побија. Наиме, само за оно потраживање вјеровника које је доспјело до тренутка располагања мјеничних дужника (Р. Ј. и К. К.), мјенични дужници могу знати да таквим располагањем наносе штету вјеровнику (тужитељу), а и трећим особама (туженицима) је то познато. Уговор о зајму између Р. Ј. и К. К., зајмоприматеља и туженика, зајмодаватеља склопљен је 28. септембра 1999., а солемнизиран по јавном билежнику 13. вељаче 2002. па се ради побијања тог уговора могу узети у обзир само потраживања тужитеља доспјела до тог дана, а уговор о краткорочном оквирном кредиту склопљен је 9. рујна 2002., а доспио на наплату 4. рујна 2003. Према томе, правилна је оцјена нижеступањских судова да туженицима као уговорној страни из правног посла (уговора о зајму) који је предмет побијања, у вријеме склапања уговора и уписа права власништва на некретнинама мјеничних дужника К. К. и Р. Ј. (13. вељаче 2002.) није могло бити познато да тиме наносе штету тужитељу као вјеровнику из уговора о краткорочном оквирном кредиту, који у то вријеме још није нити био склопљен.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 498/08-2 од 27. јануара 2009. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>). „Обзиром на чињеницу да је спорни Уговор о пословној сурадњи склопљен између туженика ад.1. С. д.о.о. и туженика ад.2. Т. и. В. д.о.о. у ожујка 2001. године, дакле у вријеме када тужитељ и туженик ад.1. С. д.о.о. још нису били у уговорном односу (уговор склопљен 20. студеног 2001. године темељем којег тужитељ има потраживање према туженику ад.1. гледи испоруке кукуруза и соје тј. исплате новчаног износа) беспредметна је тврдња да би склапање тог уговора било подузето на штету тужитељу. Спорни уговор склопљен је готово девет мјесеци прије оног склопљеног између тужитеља и туженика ад.1. С. д.о.о. У таквој ситуацији потпуно је сувишно разматрати питање очуваности рока за подузимање ове тужбе у смислу одредбе чл. 285. ЗОО-а.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 582/05-2 од 14. децембра 2005. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

вредности дужникове имовине. Уколико се за пример узме дужникова правна радња закључење уговора о продаји на основу које дужник, као продавац, отуђује неку своју ствар за одређену цену, онда би филтер права побијања заправо био да се утврди колика је тржишна вредност отуђене ствари, па тек уколико је она нижа од цене коју је дужник добио од купца би могло бити речи о правној радњи која може бити предмет побијања. Међутим, побијању неће бити места уколико је дужнику на име продаје ствари исплаћена тржишна цена, обзиром да овакво располагање није ни довело до умањења дужникове имовине већ само до замена облика имовине. Дужник је имао у свом власништву ствар а сада има новац, и то ону количину новца колико та ствар заиста и вреди. Управо зато у наведеном случају нема ни оштећења поверилаца.²⁴⁰

Посебан случај може постојати када дужник отуђи или поклони непокретност која је оптерећена хипотеком. У таквом случају, јасно је да је дужник располагао својом имовином, дакле постоји правна радња дужникова, али је потребно посебно утврдити да ли је ова радња имала било какво дејство у односу на повериоце, а тек у случају потврдног одговора се може дозволити побијање оваквог располагања. Ова дужникова радња би могла доћи под нишан побијања само у случају да поверилац као побијач докаже оштећење, рецимо да је вредност непокретности већа него што је износ потраживања које хипотекарни поверилац има и да би се у случају продаје непокретности у поступку наплате потраживања и обични поверилац који води

²⁴⁰ Ово је у једом случају утврдио и Врховни суд Хрватске када је одбио тужбени захтев. „Према одредби чл. 281. ЗОО теретно располагање може се побијати ако је у вријеме располагања дужник знао или могао знати да подузетим располагањем наноси штету својим вјеровницима иако је трећој особи с којом је или у чију корист је правна радња подузета то било познато или могло бити познато (ст. 1.), а ако је трећа особа супруг или сродник по крв у правој линији или побочној линији до четвртог ступња, или по тазбини до истог ступња, претпоставља се да јој је било познато да дужник подузетим радњама наноси штету вјеровнику (ст. 2.). Према оцјени овог суда правна радња туженика који је закључио уговор о купопродаји с твртком К. а. д.о.о. у погледу некретнина уписаних у зк.ул. 4480 и зк.ул. 884, све к.о. К. и то за купопродајну цијену 450.000,00 еура, може се побијати само ако је дужник знао да би спорном продајом некретнина нанео штету тужитељу као вјеровнику продавца спорних некретнина. Према томе, правилна је оцјена нижеступањских судова да туженику као уговорној страни из правног посла (уговор о купопродаји некретнина) који је предмет побијања, у вријеме склапања уговора и уписа права власништва на некретнинама није могло бити познато да тиме наноси штету тужитељу као вјеровнику из уговора о зајму, који у то вријеме још није био у цијелости доспио.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев. 181/10-2 од 11. септембра 2011. године; Извор:<http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

извршење против дужника могао наплатити делимично или у целости своје потраживање. Уколико то није случај, односно уколико је вредност непокретности мања или у истом износу као и потраживање хипотекарног повериоца, нема оштећења поверилаца дужникових па нема ни могућности побијања.

Појам штете за повериоце се као услов намеће како у општем правилу, тако и у одредбама које говоре о различитим врстама побијања о чему ће доцније бити више речи.²⁴¹ Међутим, требало би на овом месту напоменути да је Закон о облигационим односима значајно другачије формулисао опште правило у материји побијања од Закона о побијању правних дела изван стечаја. Наиме у §1. Закона о побијању правних дела изван стечаја је било предвиђено да правна дела која се тичу имовине дужника могу се изван стечаја по наређењима овога закона побијати у циљу намирења којег веровника и прогласити да су без учинка према том веровнику. Као што се може на први поглед видети, опште правило не садржи појам доношења штете за повериоце услед предузимања радње од стране дужника, већ само дефинише да се побијање може вршити под условима који су дефинисани тим законом. Могло би се закључити из општег правила овог закона да би побијање било могуће и у оним случајевима када није наступила штета за повериоце и да је довољно да је дужник предузео радњу која се тиче његове имовине као и да је поверилац захтевао побијање у циљу намирења свог потраживања. Јасно је да то никако не би могло бити тако, међутим, спорна је непосредна примена закона имајући у виду језичко значење норме. Сам појам штете за повериоце се помиње у §2. који говори о побијању због намере оштећења или због отуђивања имовине у бесцење у све четири тачке док у §3. који говори о побијању бесплатних и са њима изједначених располагања, везивање радње дужникове са проузроковањем штете за повериоце није спроведено. Овај проблем је примећен и од стране правне теорије која је додуше на другачији начин покушала да одбрани став да се оштећење поверилаца као последица подразумева и за §3. што је по схватању аутора овог рада погрешан приступ овом проблему. Наиме, наводи се кроз критику закона да није јасно зашто се у §2. уопште уноси штета као

²⁴¹ Члан 281. Закона о облигационим односима.

појам када је реч о општој претпоставци побијања а имајући у виду да се на тај начин прави забуна обзиром да §3. не помиње оштећење поверилаца као појам.²⁴² Иако је покушано да се оправда овакав законодавни приступ анализом различитих правила о терету доказивања у поступцима на основу §2. и §3, односно да је појам штете поменут да би се додатно терет доказивања обрушио на тужиоца а да се по §3. штета подразумева што олакшава положај повериоца који врши побијање, као неспорно је истакнуто да је у оба случаја, као општа претпоставка, неопходно да постоји оштећење поверилаца.²⁴³ По схватању аутора овог рада, реч је о једном законском пропусту где је испуштено у општем правилу као услов за побијање навести оштећење поверилаца, које је донекле исправљено у §2. закона, док је §3. закона само продубио проблем и оставио судове да тек циљним тумачењем, прелазећи на неки начин преко језичког значења норме, као општу претпоставку побијања утврђују и оштећење поверилаца. Целокупна ова анализа је имала два циља, најпре онај непосредни да утврди правила о побијању која су у нашој земљи били на снази скоро пола века а затим и да покаже елегантност важећег законског решења, које је Закон о облигационим односима, прописујући опште правило у члану 280. донео са собом. Разуме се, Закон о облигационим односима није једини закон који је тако нешто учинио.²⁴⁴

2.1.3.1.4. Инсолвентност дужника

Инсолвентност дужника се на посредни начин сматра као један од општих услова побијања. Потребно је да је у сваком случају испуњен овај услов да би побијање било успешно. У другој секцији делу под тачком а) америчког Uniform voidable transactions act је у погледу дужникове инсолвентности предвиђена одредба „a debtor is insolvent if, at a fair valuation, the sum of the debtor’s debts is greater than the

²⁴² Видети Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 76.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Видети члан 1631.Грађанског законика Квебека.

sum of the debtor's assets.“ У нашем праву правило је формулисано нешто другачије па се сматра да је правна радња предузета на штету поверилаца ако услед њеног извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања.²⁴⁵ Оваква специфична конструкција одредбе производи одређене последице у поступку за побијање дужникових правних радњи. Најпре, чини се да је идеја законодавца била, а ово је у потпуности прихватила судска пракса одлучујући о захтевима за побијање, да, обзиром да је штету на поверилачкој страни потребно доказати, да се то једино може учинити на овај начин, потребно је да поверилац докаже да услед предузимања радње од стране дужника он нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања. Одредница у одредби „за испуњење повериоачевог потраживања“ даје праву побијања чист индивидуалистички карактер, поверилац који води поступак мора доказати да услед дужникове радње баш његово потраживање не може бити намирено. Дакле, могућа је ситуација да дужник може намирити и намирује потраживања других поверилаца, но то га неће спасити побијања уколико побијач у парници докаже да његово потраживање не може бити намирено управо услед предузимања радње дужникове која се побија.

Уколико се анализира језичко значење норме у делу „ако услед њеног извршења“ могло би се схватити да је неопходно доказати да је дужник управо том предузетом радњом довео себе у позицију да нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања. Међутим, по мишљењу аутора овог рада, то није случај,²⁴⁶ иако има и другачијих ставова.²⁴⁷ Уосталом, овакво тумачење би значајно умањило поље у којем може деловати право побијања дужникових правних радњи и додатно сузило могућност заштите поверилаца од одређених дужникових

²⁴⁵ Члан 280. ст. 2. Закона о облигационим односима.

²⁴⁶ Поједини француски аутори заступају супротан став, по којем дужникова правна радња која је предмет побијања мора произвести или погоршати инсолвентност дужника, видети Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 607.

²⁴⁷ „Дакле тужитељ мора доказати да имовно стање дужника након подузете правне радње фактички онемогућава вјеровника у реализацији његове тражбине, што значи да само подузимање неке правне радње којом дужник смањује своју имовину није довољно да би тужитељ могао с успјехом побијати правне радње дужника већ је потребно и да је том правном радњом дужник доведен у имовно стање која онемогућава вјеровника у остварењу његове тражбине.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 82/08-2 од 29. октобра 2009. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

располагања. Несумњиво да дужникова радња коју поверилац побија мора имати утицај на његову тренутну немогућност да испуни своју обавезу али није неопходно да поверилац докаже да је баш конкретно том радњом произведен овакав ефекат. Битно је доказати да је радња предузета и да је тренутно стање дужниково такво да он нема довољно средстава да испуни обавезу према повериоцу. Дакле, није потребно да поверилац буде оштећен баш том радњом, али је потребно утврдити да је и та радња довела до његовог оштећења које се огледа у немогућности намирења потраживања од дужника. У неким случајевима ће свакако бити ситуација да је дужник баш том радњом лишио себе могућности намирења повериочевог потраживања. На пример, уколико поверилац потражује од дужника значајан износ средстава а дужник од вредније имовине има само кућу коју поклони својој деци, онда је потпуно јасно да је дужник овом радњом остварио последицу коју захтева право побијања, себе је довео у положај да нема довољно средстава да испуни повериочево потраживања. Међутим, може се догодити да је дужник у сличном примеру са неколико располагања отуђио своју највреднију имовину, рецимо кућу, аутомобил и викендицу, у таквом случају поверилац који се одлучио да побија само једно од ових располагања не мора доказивати да је управо том радњом дужник себе ставио у позицију да нема довољно средстава да испуни обавезу према њему. Такав случај ће бити и када је радња која се побија предузета пре других располагања које је дужник учинио. У том случају, свака од предузетих радњи које су довеле до последице-недостатка средстава за измирење повериочевог потраживања, може бити предмет побијања. Ипак, не би се смело отићи ни у другу крајност па дозволити побијање одређене дужникове правне радње која није имала никакав значај за дужникову немогућност да обавезу испуни према повериоцу који врши побијање. Дакле, битно је да ефекат односно последица да дужник нема средстава да испуни обавезу према повериоцу у моменту започињања поступка побијања и да је на то утицала радња дужникова која се побија. Ову везу ће поверилац најчешће доказивати на посредан начин, наиме, он ће морати да докаже општу претпоставку да дужник нема довољно средстава да испуни обавезу према њему али поред тога он ће бити у обавези да докаже и да је радња дужникова предузета у року у којем се може вршити

побијање. Уколико ове две околности докаже, уз постојање неког од посебних услова, биће могуће остварење побијања.

Може се као занимљиво поставити и питање у којој мери је потребно да радња која се побија утиче на немогућност дужника да испуни своју обавезу према повериоцу? У том смислу, може бити нејасно да ли поверилац може побијати и оне дужникове радње које су произвеле у економском смислу релативно мале негативне последице у односу на износ потраживања које поверилац према дужнику има? Може се десити да дужник од имовине заиста није ни поседовао ништа што је имало неку већу вредност али је и то мало од имовине што је имао поклонио неком лицу у намери да онемогући извршење од стране поверилаца. У оваквим случајевима поверилац ће такође бити овлашћен да врши побијање, чак и када се самим побијањем остварује релативно мала економска вредност за повериоца односно само његово делимично намирeње. Као што није од значаја износ потраживања које поверилац има да би био овлашћен на побијање, тако није од значаја ни вредност имовине коју је дужник својом радњом умањио. У оба наведена случаја, разуме се, морају бити испуњени предвиђени услови да би побијање било успешно. Управо је то и аргумент који оправдава побијање, уколико постоји поверилац са неизмиреним доспелим потраживањем према дужнику, а дужникова радња задовољава услов за побијање, односно том радњом се наноси штета повериоцу јер дужник нема довољно средстава да испуни обавезу према њему, онда постоје услови за успешно побијање без обзира колико је мала вредност отуђене имовине. Међутим, процену да ли ће побијања бити или не врши искључиво поверилац као активна страна. Разуман поверилац ће свакако пре започињања процеса побијања најпре проверити колике су шансе за успех у парници, колико су трошкови које ће имати у судском спору, колико ће поступак трајати и најзад, колики бенефит може извући из побијања. У одређеним ситуацијама вредност коју поверилац може остварити након успешног побијања а што се мери у износу који ће наплатити након побијања дужникове правне радње, може бити релативно мала у односу на трошкове поступка што ће повериоца вероватно одвратити од побијања имајући у виду да он не може ни своје

основно потраживање да намири од дужника а питање је да ли ће моћи и ново потраживање по основу трошкова спора да намири. Додуше, дужник по основу потраживања за трошкове поступка ће бити треће лице, противник побијања, али свакако и то носи одређену неизвесност са собом. Управо из свих ових разлога одређена располагања дужникова којим се умањује његова имовина на штету поверилаца, остају „испод радара“ побијања, имајући у виду да могу донети само ситну корист за повериоца који би водио поступак побијања. Повериоци махом контролишу располагања дужникова којим овај отуђује своју вреднију имовину и за такве радње воде поступке побијања.

Као крунски доказ да се не захтева непосредна каузална веза између извршења побијане радње и стварно наступеле штете за повериоца је и то што је на побијање овлашћен и поверилац чије је потраживање настало после правне радње која се побија.²⁴⁸ Разуме се, уколико то не би било тако, онда би се могло поставити питање како је право побијања дозволило да се као поверилац који врши побијање може појавити и онај поверилац чије потраживање је настало након предузимања радње која се побија и где је ту узрочно-последична веза, обзиром да у моменту предузимања радње поверилац који врши побијање није ни био поверилац, па га дужник том радњом није ни могао оштетити. У том случају би се могла извући хипотеза да није ни дошло до оштећења повериоца који врши побијање обзиром да је дужник предузео радњу која се побија пре него што је уопште и знао да ће побијач постати његов поверилац, дакле, у потпуности је било одсуство постојања било какве свести да се радњом оштећује поверилац који врши побијање. Иако је аутор већ истакао да је питање колико је основано дозволити побијање повериоцу чије је потраживање настало тек након предузимања радње од стране дужника, у погледу узрочно-последичне везе између предузете радње и настале штете за повериоца, која се огледа у немогућности намирења потраживања аутор овог рада нема дилему да та веза не мора бити непосредна као што је већ и речено већ да је довољно само да је и том радњом дужник себе довео у позицију да не може да измири своје дуговање.

²⁴⁸ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 980.

Као што је већ и назначено, битно је приметити да радња која се побија од стране повериоца не мора бити временски последња учињена радња дужникова, односно могуће је да дужник након тога има одређена располагања. Све ово не утиче на могућност побијања. Редовна ситуација која се у пракси дешава је да дужник отуђи неку своју вредну имовину у намери да повериоце лиши могућности намирења из њене вредности а да настави да измирује обавезе према другим повериоцима, а када је реч о дужницима правним лицима може се десити да чак и наставе да послују. Физичка лица и након отуђења значајније своје имовине наставе да измирују обавезе према држави по основу пореза, за струју, воду или грејање што никако не доказује да су они способни да измире повериочево потраживање. У таквим случајевима, околност да дужник измирује обавезе према другим повериоцима ће бити узета у разматрање, међутим, не може пресудно утицати на коначан став да ли је испуњен општи услов права побијања-инсолвентност дужника а обзиром да је, као што је већ речено, овај услов крајње идивидуално одређен.

По схватању одређених аутора, битан је крајњи ефекат свих дужникових располагања, тј. да је намирење повериоца осујећено или отежано и том радњом, односно да ће поверилац побијањем те радње доћи у бољи материјални или формално-правни положај у циљу наплате своје тражбине.²⁴⁹ Аутор овог рада ипак мисли да услови морају бити мало оштрије постављени. Уколико се узме да је довољно да је радњом дужниковом намирење повериоца осујећено или отежано и да ће услед побијања те радње поверилац доћи у бољи материјални или формално-правни положај у циљу наплате своје тражбине, може се догодити да трећа лица буду безразложно узнемиравана од стране поверилаца дужникових обзиром да право побијања захтева да они буду у процесној улози противника побијања. Зато се чини да поред овога што је наведено поверилац ипак на неки начин мора доказати да дужник нема довољно средстава за испуњење обавезе према њему. Оштећење поверилаца ће у практичном смислу бити могуће доказати од стране повериоца који

²⁴⁹ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 980.

врши побијање само уз помоћ претпоставке из става 2. члана 280. Закона о облигационим односима, никако другачије.

Са друге стране, не треба ићи ни у другу крајност. Наиме, обавеза повериоца да докаже да дужник нема довољно средстава никако не подразумева његову обавезу да води извршни поступак против дужника у којем ће доказати да није успео да намири своје потраживање па чак ни да против дужника има правоснажну пресуду.²⁵⁰ Иако сада овакав став представља скоро па опште место²⁵¹, ваљало би напоменути да није одувек тако било. Тако је рецимо у хрватски Закон о побијању правних дјела гледе инсолвентна дужника из 1897. године садржао одредбу по којој је побијање могуће „ у колико се вјеровник није могао, или се мора узети, да се не би могао

²⁵⁰ Овакав став је и потврђен у судској пракси. „Чињеница да потраживање тужиоца у овом случају није утврђено правоснажном судском пресудом не значи да то потраживање није доспело, као што то погрешно закључује првостепени суд, нити да се тужилац и П.П. не налазе у облигационоправном односу у којем тужилац има својство повериоца, а П.П. својство дужника. Постојање права тужиоца на наплату износа који потражује тужбом је претходно питање у овој парници за побијање дужникових правних радњи, које суд може сам да реши на основу приложених доказа и утврђеног чињеничног стања.“ Решење Апелационог суда у Београду Гж.7947/10 од 18. јула 2011. године) - Билтен Апелационог суда у Београду, број 3/2011, Интермекс, Београд

²⁵¹ Привредни судови су заиста стали иза оваквог мишљење и кроз саме одлуке али и кроз став заузет од стране Привредног апелационог суда. „Да ли тужилац по тужби за побијање правних радњи мора да докаже да је исходовао извршну исправу према дужнику и да по тој извршној исправу у извршном поступку није успео намирити потраживање на имовини дужника? Стога, да би се приступило ванстечајном побијању морају бити испуњене опште претпоставке: да је потраживање повериоца доспело, да дужник нема средстава из којих би се намирио поверилац, да постоји дужникова правна радња, да су повериоци оштећени том правном радњом и да у случају да успе са побијањем те правне радње, поверилац може да намири своје потраживање. Доспелост повериоцевог потраживања треба тумачити сходно одредбама Закона о облигационим односима и за исто поверилац не мора да има извршну исправу. Доспелост повериоцевог потраживања подразумева постојање обавезе која се не може намирити из имовине дужника, а за то потраживање поверилац не мора да има извршну исправу.“ (Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове одржаној дана 26.11.2014. године и 27.11.2014. године, Материјално право, питање број 18, Билтен судске праксе привредних судова 4/2014, стр. 83 и 84). Такође, Врховни суд Хрватске ово и подвлачи у образложењу две одлуке. „Међутим, у смислу одредаба чл. 280. ст. 1. и 2. ЗОО, нити овршност вјеровникова потраживања није претпоставка за побијање правних радњи дужника – а камоли покретање овршног поступка ради присилне наплате.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев. 1543/09-2 од 23. марта 2011. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>); „Није одлучан ревизијски навод туженика, да тужба није поднесена након доношења правомоћног и овршног рјешења о наплати доспјелог а неплаћеног пореза према одредбама Опћег порезног закона. Неовисно о томе што је тужитељица могла у смислу одредбе чл. 154. ст. 1. Опћег порезног закона ("Народне новине", број 127/00, 86/01 и 150/02) поднијети приједлог за оврху на некретнинама, или према одредби чл. 156. истог Закона затражити пљенидбу некретнина ради осигурања наплате доспјелог потраживања, као и предбиљежбу заложног права на некретнинама, тужитељици као вјеровнику припадају и права на побијање дужникових правних радњи у смислу напријед наведених одредаба ЗОО-а.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 541/07-2 од 1. октобра 2008. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>),

подмирити путем оврхе на имовину дужникову²⁵² а наш Закон о побијања правних дела изван стечаја је предвиђао правило по којем је побијање допуштено уколико „извршење на имовини дужниковој није довело до потпуног намирења тога веровника или уколико се има узети да до тога не би ни довело“.²⁵³ Сигурно је лакше оценити дужникову солвентност, односно инсолвентност у случају неуспешног покушаја побијања. Овакав сценарио је идеалан и не изискује никакво додатно доказивање од стране повериоца. Међутим, на њему се нипошто не сме инсистирати у сваком случају, обзиром да би такав захтев проузроковао обавезу повериоца коју он мора формално испунити да би стекао право на побијање, без обзира што се можда унапред већ зна да дужник нема имовину која би могла да послужи као предмет извршења. Такође, имајући у виду физиономију извршног поступка, као поверилачког поступка у којем активна страна дефинише даље поступање суда, потребно је уочити да поверилац ни не може доказати да дужник нема довољно средстава за намирење његовог потраживања, обзиром да би ово значило да поверилац мора исцрпети сва могућа средства и предмете извршења. Чак и када би то учинио, могао би и даље да захтева давање изјаве о имовини од стране извршног дужника, на основу које би се можда идентификовала одређена имовина која је подложна за намирење његовог потраживања. Дакле, реч је о негативној чињеници коју побијач не може доказати. Зато се то ни не захтева у праву побијања, већ се на специфичан начин претпоставља а противник побијања може доказати да то није тако.²⁵⁴ Са друге стране, ту је и питање трошкова извршног поступка који би се безразложно наметнули повериоцу као предуслов за коришћење паулијанске тужбе. Напослетку, али не мање важан аргумент је и то што сам Закон о облигациним односима говори о томе да услед радње дужник нема довољно средстава за намирење

²⁵² Видети пар. 28. Закона о побијању правних дјела гледе инсолвентна дужника

²⁵³ Видети §8. Закона о побијању правних дела изван стечаја

²⁵⁴ „У односу на први приговор треба, прије свега, рећи да је у смислу чл. 280. ст. 2. ЗОО терет доказивања да побијање правне радње не доноси вјеровнику никакву предност у вези с наплатом и да дужник има довољно средстава за испуњење вјеровничког потраживања на противнику побијања – на туженику. Противник побијања – туженик ту чињеницу мора истаћи у тијеку спора као приговор, а имајући на уму опће правило у смислу одредбе чл. 219. ст. 1. ЗПП (*reus in exceptione fit actor*), туженик је дужан доказивати своје тврдње у том правцу.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев. 1543/09-2 од 23. марта 2011. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

повериоачевог потраживања, а не да нема више имовине из које би се могло намирити наведено потраживање, па би овакво тумачење заиста било *contra legem*. Међутим, а на жалост, у пракси судова опште надлежности се и даље релативно често истиче баш тај погрешан став по којем би поверилац морао да докаже да је покушао намирење од дужника судским путем и да у томе није успео.²⁵⁵ Зато је закључак да ће у појединим случајевима поверилац моћи да докаже неуспели покушај намирења од дужника а у случајевима када то није могуће, доказивање се може спровести на основу других доказних средстава.

Као решење које се намеће само по себи у погледу тумачења услова инсолвентности дужника која мора бити доказана од стране повериоца, је свакако оно које не подразумева доказивање извесности немогућности намирења из остале дужникове имовине. Чини се да се у том погледу морају направити одређени компромиси, односно одустати од захтева да поверилац мора суду приказати као извесну чињеницу да дужник нема довољно средстава за измирење његовог потраживања, обзиром да би супротан став довео до *probatio diabolica*, што ипак није циљ права побијања. Тако је рецимо резонувао Врховни суд Хрватске у једном

²⁵⁵ Овакав, по мишљењу аутора, погрешан став, експлицитно је изражен у једној скорашњој пресуди коју аутор излаже у њеном значајном делу. „Дакле, први услов који је тужилац морало и требало да докаже, а по налазу суда није доказао, је то да је он оштећен радњом коју је дужник предузео. Сматра се да је правна радња предузета на штету повериоца ако услед ње дужник не би имао довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања, у смислу чл. 280. ст. 2. ЗОО. Оштећење претпоставља стварну немогућност намирења тражбине повериоца што он треба да докаже у смислу чл. 231. ст. 2 ЗПП јер је терет доказивања на њему. Оштећење поверилаца мора бити стварно, а не претпостављено. По правилу инсолвентност дужника се доказује ако је покушано намирење из преостале имовине па се показало да је она недовољна. У конкретној ствари тужилац уопште није доказао инсолвентност дужника, односно није доказао да је на било који начин покушао намирење из имовине дужника, па да се показало да је она недовољна. Није доказао да је икада, на било који законом прописани начин, покушао да наплати своје потраживање према дужнику преко суда, по правилима парничног, извршног или другог поступка. Тужилац није доказао да је покретао поступак принудног судског извршења, нити да је на било који други законом дозвољени начин, преко суда или других органа и овлашћених лица (извршитеља), спровео поступак принудне наплате према дужницима, тј. конкретно С. Т. која је предузела предметно располагање. Тужилац није доказао да услед наведене правне радње дужник нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања, а терет доказивања је на тужиоцу. Суд налази да тужилац свој тужбени захтев не заснива на релевантним доказима, да дужник нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања, односно да је покушао намирење, већ на претпоставкама. С тога је тужбени захтев одбијен у целости.“ (Пресуда Основног суда у Нишу П.бр. 6165/12 од 07.03.2013. године и пресуда Апелационог суда у Нишу Гж бр. 1173/13 од 05.09.2013. године) - Из Билтена Вишег суда у Нишу, број 33/2015, Интермекс, Београд.

случају у којем су порески органи започели поступак побијања а суд једноставно констатује да се тиме што дужник није платио дуг, који је био утврђен у започетом извршном поступку од стране повериоца, може утврдити и његова инсолвентност.²⁵⁶ Разумевање околности доказивања да поверилац није успео да се намира од дужника у судском поступку, као општег услова да би побијање било могуће може довести до апсурдних ситуација. Наиме, побијање дужникових правних радњи је омеђано роковима у којима се оно може вршити. Дужници најчешће правне радње којима оштећују своје повериоце предузимају непосредно пре него што установе да неће моћи да измире своје обавезе. Такође, најчешћи случај ће бити такав да, у моменту када дужник предузима правну радњу која може бити предмет побијања, поверилац још увек није ни започео поступак за наплату потраживања од дужника (парнични или извршни) или да је такав почетак започет али да се налази у некој од почетних фаза. Инсистирање да поверилац доврши поступак покушаја намирења од дужника, што у случају када поверилац нема извршну или веродостојну исправу којом доказује потраживање према дужнику значи да је потребно најпре довршити парнични поступак а затим и извршни што може потрајати и целу деценију. У том случају, потпуно је јасно да такав поверилац не би могао да оствари своја права по основу побијања јер би такав захтев, услед протеча законског рока, застарео. Поверилац би у

²⁵⁶ „У поступку пред нижеступањским судовима утврђено је: да тужитељица према I. туженику Т. Л. има доспјелу тражбину у износу од 2.107.639,06 кн те затезних камата текућих од 16. српња 2009., с основа неплаћених пореза и других јавних давања, да је I. туженик Т. Л. као дароватељ Уговором о даровању некретнине од 23. свибња 2008. свом оцу, II. туженику Л. Ф. даровао цијели свој сувласнички дио некретнине уписане у зк. ул. број 6309 к.о. Р., чест. број 7808/1, пашњак од 8232 м2, на темељу којег уговора је извршена укњижба права власништва у корист дароприматеља у земљишну књигу, да I. туженик након учињеног даровања нема довољно средстава и имовине за подмирење тражбине тужитељице. Супротно стајалишту ревизије нижеступањски судови су правилно утврдили да је тражбина тужитељице доспјела, будући да је иста утврђена овршном исправом надлежне порезне управе, рјешењем којим је утврђен порезни дуг те да туженик није у могућности подмирити доспјелу тражбину. Стога су неосновани ревизијски наводи који указују на погрешну примјену материјалног права, јер су нижеступањски судови правилно примијенили одредбе чл. 66., 67. и 70. ЗОО, али и одредбу чл. 129. Опћег порезног закона ("Народне новине" број 127/00, 86/01 и 150/02). У конкретном случају судови су утврдили да I. туженик нема довољно средстава да испуни вјеровникову тражбину, те су утврдили да правна радња Уговора о даровању губи правни учинак само колико је потребно за намирење тражбине тужитељице која износи 2.107.639,06 кн.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Број: Рев 2537/11-2 од 26. маја 2015. године, Извор: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/search>)

том случају, истина, могао да започне поступак побијања да рок не би истекао па да у том поступку затражи прекид ради решавања претходног правног питања, да ли ће се поверилац намирити у поступку за наплату потраживања који води против дужника. Чини се да ово не би био прави приступ у материји побијања и да би дефинитивно требало одустати од изречног захтева да поверилац мора доказати, путем вођења поступка наплате потраживања од дужника, да није успео да намири своје потраживање односно да дужник нема довољно средстава да измири дуговање према повериоцу. За утврђивање овог услова побијања, потребно је дозволити могућност доказивања уз помоћ других средстава извршења, што је већ исказан став аутора овог рада.

Одредницу „нема довољно средстава за испуњење поверичевог потраживања“ треба разумети у свом природном значењу. Наиме, потребно је утврдити да дужник довољно средстава нема у тренутку подношења тужбе, као и да та околност траје до краја поступка, Ипак, ваљало би нагласити да „довољност средстава“ мора бити схваћено у релацији са висином поверичевог потраживања. То практично значи да дужник мора поседовати доступна средства одмах у моменту подношења захтева за побијање у то у оном износу у којем је то неопходно да би поступак побијања био онемогућен, односно у износу који одговара износу побијачевог потраживања. Такође, уколико у току поступка дужник стекне одређену имовину, мање или веће вредности, противник побијања може указати да дужник ипак поседује имовину која може послужити ради намирења повериоца, што указује на то да нема ни оштећеног повериоца. Стога, мањи износи имовине или одређена примања која су остварена од стране дужника или које дужник остварује не могу никако утицати на могућност остварења права побијања.²⁵⁷

²⁵⁷ „Сматра се да је правна радња подузета на штету вјеровника ако услијед њезина извршења дужник нема довољно средстава за испуњење вјеровникова потраживања (чл. 280. ст. 2. ЗОО). Овај суд прихваћа оцјену судова нижег ступња да исказ свједока Д. Д. да као запосленик код своје кћерке (која има обрт) остварује плаћу од око 4.000,00 куна није доказ да има довољно средстава за испуњење тражбине тужитељице у износу од 124.395,52 кн, тим више што је он сам исказао да више нема у власништву некретнина ни вриједних покретних ствари, вриједносне папире, уштеђевину ни средстава на кунским или девизним рачунима (лист 30).“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 37/07-2 од 7. фебруара 2007. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

Веома опасан је и став који је изражен у једној судској одлуци. Наиме, у једном случају о којем је одлучивао Апелациони суд у Новом Саду је истакнуто следеће: „Такође, основано се у изјављеној жалби истиче да тужиоци у току поступка нису понудили доказе на околност немогућности наплате свог доспелог потраживања, односно да је правна радња дужника учињена на штету поверилаца, те да услед њеног извршења нема довољно средстава у имовини дужника за испуњење њихових доспелих потраживања. Иако је у току поступка утврђено да тужиоци, као извршни повериоци, у извршном поступку нису успели да намире (за сада) своја доспела потраживања продајом покретних ствари извршног дужника, али нису доказали да тужилац, осим некретнине коју је отуђио уговором о поклону закљученим са туженом, нема других непокретности на свом имену из чије вредности би тужиоци као повериоци могли да се намире (члан 280. став 2. ЗОО).“²⁵⁸

Дакле, у овом случају је била реч о томе да је дужник, као поклонодавац, закључио уговор о поклону дана 16.05.2005. године, са својом ћерком, овде туженом, као поклонопримцем, који је оверен пред Општинским судом у Новом Саду. Овим уговором дужник је поклатио туженој ½ дела некретнине-трособног стана. Према изводу из листа непокретности, тужена је уписана у целисти као власник предметне некретнине. Поверилац је водио и извршни поступак против дужника али без успеха, обзиром да није успео да наплати своје потраживање, па је зато започео поступак побијања дужникове правне радње, закључења уговора о поклону. Разлози које је суд у овом случају изнео да би усвојио жалбу тужене заиста нису прихватљиви са аспекта права побијања и у значајној мери обесмишљавају читав овај правни институт. Наиме, суд, између осталог инсистира да поверилац, и поред тога што није успео да намири своје потраживање према дужнику у започетом извршном поступку, мора доказати да дужник нема више имовине из које би намирење потраживања било могуће. Поверилац ову околност не може доказати. Овакав став аутор гради на два значајна разлога. Најпре, околност да дужник нема имовине из које би се могло намирити повериочево потраживање је негативна чињеница, а опште процесно

²⁵⁸ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, пословни број Гж. 3834/10 од 22. 12. 2010. године) - Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 4/2012, Интермекс, Београд

правило је да се негативне чињенице не доказују. Чак и ако се ово занемари, други разлог онемогућава остварење идеје коју је суд изнео. Наиме, имовина дужникова може бити састављена од различитих ствари и права. За нека од њих, као што су нпр. непокретности или права индустријске својине постоје регистри и о томе поверилац, уз мало труда, може доставити суду доказ. Међутим, постоје друге и бројније, покретне ствари као и права о којима се не воде никакви регистри нити постоји било какав јавно доступан податак на основу којег би се могло закључити да припадају дужнику. У том смислу поверилац не може доказати да дужник нема такве имовине, па у складу са пресликаним правилом материјалног права, *impossibilium nulla est obligatio*, на сам поступак побијања, ослобађа повериоца доказивања. Разуме се, противник побијања, као и дужник као сведок или пасивно легитимисано лице увек може посведочити о томе да дужник има друге имовине из које би поверилац могао да намири своје потраживање. Ипак, у том смислу је од значаја за исход спора по паулијанској тужби и вредност преостале дужникове имовине, обзиром да имовина мање вредности не би могла да произведе ефекат какав би тужени очекива, да се на основу ње оконча успешно спор на страни туженог.²⁵⁹ Међутим, вредност друге дужникове имовине мора доказати управо противник побијања, јер ће се у супротном сматрати да је реч о имовини недовољне вредности за намирење повериоцевог потраживања али суд може донети одлуку и без утврђења вредности имовине уколико је у питању имовина, која по оцени суда, никако не може бити уновчена у толикој вредности да би се могло очекивати намирење повериоцевог потраживања.²⁶⁰

²⁵⁹ Управо оваква је била ситуација у једном случају из судске праксе. „Тужитељ није доказао да је услед подузете правне радње тужена остала без непокретне имовине, односно да преостале некретнине нису довољне за намирење тражбине у износу од 80.000 УСД. Напротив, утврђено је да је тужена власница некретнине у Водицама чија вриједност према процјени вјештака износи 99.030,00 УСД, па намирење тужитеља није онемогућено нити отежано тиме што је она даровала својим синовима (прије давања изјаве од 14. ожујка 1995.) кућу у Шибенику.Због тих разлога је темељем чл. 393. ЗПП као неоснована одбијена и ревизија тужитеља.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев 1008/05-2 од 24.јануара 2006. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

²⁶⁰ „Ревиденти понављају и тврдњу изнесу у жалби да дужник М. Б. иако нема у власништву других некретнина јест власник броднице и других покретнина из којих се може намирити тражбина вјеровника. Другоступањски суд је оцијенио да дужник М. Б. нема друге веће имовине којом би могао платити дуг. Рибарска бродница, која се налази у сувласништву, не представља вједнију имовину и зато је отклоњен приједлог туженика да се вјештачи вриједност те броднице. Такву оцјену и стајалиште другоступањског суда прихваћа и ревизијски суд.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев149/05-2 од 13. октобра 2005. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

Речи „сматра се“ уствари представљају законску претпоставку. И то такву законску претпоставку која је по својој природи необорива правна претпоставка. Карактер необориве правне претпоставке у овом случају је потврђен и у судској пракси.²⁶¹ Уколико поверилац докаже да дужник услед извршења радње која се побија нема довољно средстава да испуни обавезу према њему сматраће се да постоји општи услов оштећења поверилаца. У таквом случају друга страна у парничном поступку, противник побијања, не може доказивати супротно. Ипак, разуме се, противник побијања може доказивати да дужник има довољно средстава да намири потраживање повериоца. Уосталом, најчешће то ће бити главни стуб одбране противника побијања и аргумент за којим ће у највећем броју случајева потезати. Генерално гледано, није уобичајено да се у законској одредби која би требала да формулише јасно правило користи негација, обзиром да то може проузроковати неразумевање норме. Нарочито када пре негације не иде јасно правило него се даје необорива правна претпоставка. Управо зато су поједини аутори покушали да дају тумачење норме као да претпоставке нема и предлог је био да се норма има тумачити као да редакцијски гласи „правна радња је предузета на штету поверилаца ако услед његовог извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања.“²⁶² На овом месту би ваљало напоменути да је постојећа одредба Закона о облигационим односима настала за време рада Комисије за израду закона и то по свему судећи када је професор Константиновић напустио комисију. Наиме, у Скици за законик о облигацијама и уговорима, која и јесте била полазна тачка

²⁶¹ Навод туженог М. у ревизији да није пасивно легитимисан је неоснован, јер је тужени М. дужник тужиоца, који је располагао - бестеретно својом имовином, због чега тужилац као поверилац у поступку извршења није могао наплатити своје доспело потраживање по правноснажној пресуди. Без значаја и утицаја на правилност побијаних пресуда је и навод ревизије да тужена А. и З. нису знали да наведеним располагањем тужени првог реда онемогућује намирење свог повериоца - да нису несавесни. Према члану 281. ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима тужени од 2 - 4 реда су сродници за које се претпоставља да им је било познато да дужник (тужени 1. реда) предузетим располагањем наноси штету повериоцу, односно у питању је бестеретно располагање, те се сматра да је дужник знао да предузетим располагањем наноси штету повериоца и за побијање тих радњи не захтева се да је трећем лицу то било познато или могло бити познато. (Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 2455/04 од 04. новембра 2004. године) - Билтен Врховног суда Србије бр. 1/2005 - Интермекс, Београд.

²⁶² Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 974.

приликом израде Закона о облигационим односима, у члану 227. ст. 2. професор Константиновић је дефинисао сасвим другачије правило о томе када је дужников посао предузет на штету поверилаца.²⁶³ Тамо се каже да је посао предузет на штету поверилаца ако после његовог извршења у дужниковој имовини нема довољно средстава за испуњење повериочевог потраживања. Као што се може приметити професор Константиновић при конципирању ове одредбе није користио правну претпоставку већ је норма дефинисана директно, што се чини да је бољи начин за формулисање оваквог једног правила. Међутим, редактори Закона о облигационим односима су пошли другим путем да на основу необориве правне претпоставке формулишу правило, а оваква законодавна техника није примењена само у праву побијања дужникових правних радњи већ и у другим деловима закона.²⁶⁴

Формулација да дужник нема довољно средстава може упућивати на то да поверилац мора доказати да дужник нема довољно новчаних средстава да измири обавезу према њему. Обзиром да ће поверичево потраживање бити новчано потраживање према дужнику, последично могао би се извући закључак да дужниково немање довољно средстава осликава ситуацију када дужник нема довољно новчаних средстава да исплати дуг који има према повериоцу. Овакав закључак би био погрешан. Појам немања средстава за испуњење повериочевог потраживања се мора схватити у ширем смислу. Можда је управо зато формулација из Скице за законик о облигацијама и уговорима на прецизнији начин решавала ово питање. Наиме, тамо се говори о томе да у дужниковој имовини нема довољно средстава за испуњење повериочевог потраживања. Дакле, мора се посматрати целокуна имовина дужникова приликом оцене да ли дужник има средстава да испуни обавезу према повериоцу а не само колико дужник има новчаних средстава. Уколико би се као правило узело да се немање средстава односи искључиво на новчана средства, право побијања би се претворило у своју супротност и добило би једну ноту која није примерена

²⁶³ Разуме се, професор Константиновић је читав институт конципирао као опозивање дужникових правних послова, па се и овде последично користи термин правни посао а не правна радња.

²⁶⁴ Конструкција необориве правне претпоставке „сматра се“ или „сматраће се“ је у закону о облигационим односима, у постојећем тексту, искоришћена 72 пута.

грађанском праву, наине, овако нешто би широм отворило врата могућности узнемиравања трећих лица, што би са собом повукло и значајно угрожавање правне сигурности. Може се десити да дужник тренутно нема довољно новчаних средстава за испуњење обавезе према одређеном повериоцу али да зато поседује имовину која је вишеструке вредности у односу на износ обавезе према повериоцу и након предузимања радње коју поверилац жели да побија. У таквој консталацији ствари, не види се ниједан аргумент због чега би треће лице, рецимо дужников саговорач, сносило тешке последице побијања када је очевидно да дужник има довољно преостале имовине из које би поверилац могао да намири своје потраживање. Дозвољавање побијања у оваквом случају и у сличним случајевима би заиста представљало прелазак црвене линије и значајно померање унутар троугла који је постављен на почетку рада и који оивичава право побијања. Управо зато се израз „нема довољно средстава“ мора тумачити као да је неопходно доказати да дужник, након предузимања радње нема довољно имовине из које би поверилац намирио своје потраживање, што би водило успешном побијању. Међутим, има и супротних мишљења.²⁶⁵

Занимљива је упоредна анализа члана 280. ст 1. и члана 280. ст. 2. Најпре, потребно је истаћи да овај први говори искључиво о дужниковој радњи која је предузета на штету поверилаца. О штети на страни поверилаца говори и други став истог члана међутим само у делу у којем прави необориву правну последицу док у другом делу норме говори о недостатку средстава на дужничкој страни за испуњење повериоцевог потраживања. Може бити спорно питање због чега Закон о облигационим односима у првом ставу као и у уводном делу другог става када говори о повериоцима користи множину а у другом делу другог става истог члана једнину? Ипак, ово је потпуно логично и представља пажљиву одабрану правну технику предвиђања овог института у нашем праву. Заправо, множину закон користи

²⁶⁵ Хрвоје Момчиловић, Побијање дужникових правних радњи према Закону о облигационим односима, стр. 525. Зборник Правног факултета у Загребу, Вол.56. Посебни број Децембар 2006. година. Овај аутор сматра да се израз „нема довољно средстава“ односи искључиво на новчана средства а не на целокупну дужникову имовину.

када дефинише опште правило са циљем, то је претпоставка од које аутор овог рада полази, да предвиди да је институт применљив и прилагођен различитим повериоцима који испуњавају услове за побијање док једнину користи тек када индивидуализује тужбу и подари је у руке једног повериоца који, у крајњој линији, и врши побијање па је онда и потпуно оправдано да се дужникова немогућност испуњења обавезе односи само на његово потраживање.

Како ће се доказивати да дужник нема довољно средстава за испуњење обавезе према повериоцу? Разуме се, и даље ће најснажнији доказ бити поверичев неуспех намирења потраживања у извршном поступку против дужника.²⁶⁶ Такође, ову околност је могуће доказати и упоредним приказом неуспеха намирења потраживања неког другог дужниковог повериоца у поступку принудне наплате. Тако ће поверилац имати могућност да испуни овај услов уколико, на пример, докаже да ни држава није успела да наплати потраживање по основу пореза од дужника. Међутим, у овом смислу би ваљало бити веома обазрив обзиром да поверилац неће моћи учинковито да доказује да дужник дугује још неком повериоцу, стога потребно је да докаже да је тај поверилац заиста покушао да наплати потраживање и да у томе није успео. Поред ових ситуација, у теорији се наводи као један од начина доказивања услова немања довољно средстава и уз помоћ дужникових изјава у том контексту. Чини се да се и у погледу овог начина мора бити опрезан имајући у виду да дужник није страна у поступку и да се може несавесно понашати и према туженом у парници и тако, оваквом изјавом, умањити његове изгледе да спор добије. Ипак, оно што релативизује овај случај је околност да ће поверилац свакако морати да докаже несавесност противника побијања да би у спору успео²⁶⁷, па се самим тим и положај туженог не погоршава у толикој мери уколико би

²⁶⁶ У нашој судској пракси се дуго времена инсистирало на покушају извршења и то како формално тако и садржински. Тако се у једној одлуци наводи да је „потребна препоставка да њена тражбина није могла бити намирена извршењем на имовини самог извршеника, и то услед исцрпљености вредности те имовине или услед правних сметњи, али не иако је извршење остало без успеха зато што на дражби није било купаца, како су то погрешно схватили нижестепени судови.“ (Решење Врховног суда Југославије Рев 1572/65 од 27. октобра 1965. године, Збирка судских одлука, књига 10, свеска 3, одлука број 322, стр. 58-60, Београд, 1965. године)

²⁶⁷ Или то неће ни бити потребно у случају побијања бесплатних располагања.

дужник рецимо непосредно потврдио да нема довољно средстава да испуни обавезу према повериоцу. Оваква изјава дужника би могла имати и додатни значај. Наиме, уколико је она заиста дата, поверилац изјаву може искористити за доказивање несавесности противника побијања, уколико је рецимо знао за такву изјаву дужника, а то би био доказ да је знао да дужник радњом која се побија оштећује своје повериоце.

2.1.3.1.4.1. Разлика између инсолвентности и неликвидности

Посебну пажњу заслужује разликовање два појма који, заиста, могу направити забуну када говоримо о положају у којем се дужник налази у односу на повериоце у моменту када се врши побијање. Наиме, реч је о економским терминима који су од значаја за право побијања. Пре него што се сваки од ова два појма посебно узме у разматрање ваљало би напоменути да се у принципу оба термина везују за пословање у привреди, пословање правних лица. Појмови су настали у вези са привредним пословањем, развијали се у том окружењу и добили заокружени смисао. Управо би ово требало имати на уму када се говори о ликвидности или неликвидности односно солвентности или несолвентности (или инсолвентности) физичког лица у смислу процене његове могућности да одговори на сопствене обавезе. Обзиром да се у економској теорији оба појма дефинишу у својој негацији, из чега се посредно извлачи закључак о позитивној варијанти појмова, тако ће бити учињено и у овом раду. Неликвидност представља такво стање одређеног лица у којем он није у стању да измирује своје доспеле обавезе у року њиховог доспећа. Она може бити повремена или трајна. Дакле, када се говори о нечијој неликвидности, онда се у првом плану има у виду стање његових ликвидних средстава²⁶⁸ са једне стране и обавеза које доспевају са друге стране. Разуме се, када се говори о стању новчаних средстава ту се

²⁶⁸ У која се убрајају депозитни новац, хертије од вредности и готовина.

подразумевају како она постојећа средства тако и средства која дужнику пристижу у истом року или раније у односу на доспеће обавеза. Може се догодити ситуација у којој неко лице има потраживања која су у свом износу већа од његових обавеза али због рокова у којим доспевају његова потраживања и обавезе, односно када прво доспевају обавезе у односу на потраживања, такво лице ће бити неликвидно јер у моменту доспећа обавеза неће имати довољно средстава да их намири. Зато је веома важно прилагодити доспеће обавеза са очекиваним приливима, како се не би догодила ситуација да обавеза дужника доспе а да он нема могућности да је измири због тога што се није остварио прилив, односно зато што он није наплатио потраживање према свом дужнику. Као што се може видети, када се говори о појму неликвидности тада се нема на уму стање дужникове имовине, може се десити да је имовина дужникова вишеструко већа од износа његових обавеза али да он нема довољно новчаних средстава да те обавезе измири. Дакле, неликвидност ће постојати у оном моменту када дужник не може да испуни неку од својих обавеза. Можда најбољи опис појма неликвидност даје Закон о стечају који користи термин „неспособност плаћања“²⁶⁹, заиста то је и суштина, дужник је неспособан за плаћање својих обавеза и таква његова неспособност производи неликвидност. За појам неликвидности се често везује означање на енглеском језику *temporary cash flow problem*.

За разлику од неликвидности, несолвентност или инсолвентост постоји у ситуацији када дужник нема довољно имовине да би испунио све своје обавезе. Дакле, овде је реч о једном претпостављеном стању, да дужник чак и када би уновчио сву имовину коју поседује не би могао да испуни обавезе према повериоцима у целости, његове обавезе су у већем износу од износа који би добио у случају уновчења имовине. Разуме се, појам имовине би овде ваљало схватити као скуп свих права које дужник има, односно свега што дужник поседује. Најпре би ту, свакако ушле најзначајније материјалне ствари: непокретности, вредне покретне ствари, новац, хартије од вредности али и друга права која се могу новчано

²⁶⁹ Видети члан 11. Закона о стечају.

приказати. За појам инсолвентности се у нашој терминологији користи још и појам презадужености који означава да су обавезе дужника веће од вредности његове имовине. Дакле, код инсолвентности се узима једна претпоставка да чак и када би могао дужник да уновчи сву своју имовину да чак и онда не би могао да одговори својим обавезама.

2.1.3.2. Посебни услови

Видели смо који су општи услови побијања који морају бити испуњени у сваком конкретном случају. Сада ћемо видети који су могући посебни услови побијања што се у теорији права побијања најчешће означава као подела чињеничних стања које воде побијању. Логично, побијање ће бити могуће остварити у случају када су испуњени сви општи услови побијања и било који од посебних услова. Разуме се, и овде ће се приликом анализе и обраде посебних услова побијања поћи од важећих правила нашег позитивног права али ће се, кад год је то могуће и прилика дозвољава, покушати утврдити и њихов развој и упоредна анализа.

Када говоримо о посебним условима побијања ми говоримо о различитим врстама паулијанске тужбе, које су кроз развој института побијања, свака за себе, добиле посебно место и значај. Међутим, а то је важно одмах напоменути, поверилац ће у својим рукама имати могућност избора коју ће врсту паулијанске тужбе користити. Тај избор ће свакако бити условљен чињеничним стањем али је важно увидети да ће поверилац кадгод имати могућност да бира између више различитих паулијанских тужби а да на крају оствари исти резултат.²⁷⁰ Дакле, сам избор паулијанске тужбе која ће бити коришћена у одређеном случају ће бити плод

²⁷⁰ У том случају би се применило правило члана 197. ст. 2. Закона о парничном поступку по којем тужилац може два или више тужбених захтева у међусобној вези да истакне у једној тужби, на начин да суд усвоји следећи од тих захтева, ако нађе да претходни захтев није основан.

искључиво повериочевог нахођења, обзиром да је он тај који започиње поступак побијања.

Свака од наведених тужби може резултирати идентичним резултатом, заправо ту су могуће две ситуације, или ће поверилац успети са побијањем или у томе неће успети. Последица успешног побијања ће у сваком случају бити идентична невезано за избор учињен од стране поверилаца, мада ће одређене ситуације повући за собом и додатне правне последице у односу на противника побијања о чему ће више речи бити доцније у одговарајућем делу рада.

Као што је напоменуто избор врсте побијања врши поверилац с тим што неуспех побијања по једном основу не вуче за собом немогућност побијања по другом основу, разуме се уколико се предузима у оквиру дозвољеног рока за побијање. Међутим, најчешће ће повериоци у самој тужби формулисати образложење тако да обухвате све могуће врсте паулијанске тужбе, јер како је већ речено сам петитум пресуде, који означава дејство побијања, ће бити идентичан невезано за врсту паулијанске тужбе за коју је суд нашао да је основана. Тако ће поверилац у тужби заправо описати и долозну и кулпозну паулијанску тужбу и покушати да докаже услове за обе, преузимајући на себе резерву да докаже услове само за једну од њих, најчешће куплозну, имајући у виду да је доказивање њених услова значајно једноставније за повериоца, и да у спору успе. Уколико буде тако поверилац ће моћи да оствари циљ побијања.

Што се тиче посебних услова, као што је напоменуто, њихово разликовање није од великог значаја у практичном смислу, оно има већи теоријски значај а како је ово теоријски рад, пре свега, аутор ће детаљно анализирати сваку од могућих паулијанских тужби у нашем праву, који су услови сваке од њих, кога терети доказивање и којих чињеница, као и у ком року се побијање, уз помоћ сваке од њих, може остварити.

2.2. Врсте паулијанских тужби (и приговора)

У нашем праву постоји седам различитих паулијанских тужби. У погледу броја тужби које стоје на располагању повериоцима, узред буди речено, наше право, за разлику од неких других правних система, представља заиста средину у којој је заштита поверилаца од предузимања аката на њихову штету подигнута на изузетно висок ниво. Према одредбама Закона о побијању правних дела изван стечаја било је предвиђено седам различитих основа побијања. То су: побијање због намере оштећења-долозна паулијанска тужба, кулпозна паулијанска тужба, побијање правних дела учињених у корист блиских својака-породична паулијанска тужба, побијање бесплатних дужникових располагања, побијање стицања дужникових ствари на основу одлука судске или управне власти, побијање обезбеђења или повраћаја мираза и побијање обезбеђења или предаје узмиразја или удовичког уживања.²⁷¹

Од тужби које познаје наше позитивно право ту су *Actio Pauliana dolosa*, *Actio Pauliana culposa*, мешовита *Actio Pauliana dolosa*, мешовита *Actio Pauliana culposa* *Actio Pauliana familiaris* са своје две подврсте и *Actio Pauliana utilis*. Свака од наведених тужби има своје особености и по некој карактеристици се разликује од осталих. Приликом избора врсте паулијанске тужбе потребно је претходно утврдити чињенично стање које и повлачи одабир. Заправо овде и не би требало да буде реч о врстама тужби већ о одређеним чињеничним склоповима из којих произлазе радње дужникове које могу бити предмет побијања. Ипак, следећи класичан приступ у овој материји, и аутор овог рада ће у даљем тексту анализирати могуће врсте паулијанских тужби, разуме се, притом објашњавајући чињенично стање које претходи свакој од њих.

²⁷¹ Видети §2. и §3. Закона о побијању правних дела изван стечаја.

2.2.1. Actio Pauliana dolosa

Actio Pauliana dolosa или долозна паулијанска тужба се одликује специфичним условима које право побијања захтева да буду испуњени да би се она могла користити. Долозна паулијанска тужба је садржана у члану 281. ст. 1. Закона о облигационим односима а формулисана на следећи начин: теретно располагање може се побијати ако је у време располагања дужник знао да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то било познато.²⁷² Оно што се прво може уочити је да је наш законодавац одустао од концепције праве доложне паулијанске тужбе која претпоставља намеру дужника да своје повериоце оштети и знање друге стране за ту намеру. То је класична доложна паулијанска тужба, која је као таква и била конципирана у нашем праву до доношења Закона о облигационим односима а иначе је карактеристична за француски модел побијања. У §2. Закона о побијању правних дела изван стечаја и то у тачки 1. је стајало да се могу побијати сва дела која је дужник учинио за време последњих десет година пре побијања у намери да оштети своје веровнике а та је намера другој страни била позната. Наведена одредба представља потпуну рецепцију доложне паулијанске тужбе из аустријског Закона о побијању правних послова.²⁷³ Дакле, прописујући на страни дужника уместо намере оштећења као услов за доложну паулијанску тужбу знање да својим располагањем наноси штету повериоцима, наш законодавац је одступио најпре од латинског система паулијанске тужбе али и од германског система који је дуго времена био узор нашег права побијања. Дужничково знање да располагањем наноси штету повериоцима представља реформисани конститутивни елемент доложне паулијанске

²⁷² Слично правило садржи и члан 3:45.2. Холандског грађанског законика; §1. Немачког AnfG; члан 256. ст. 1. ОЗ Словеније, члан 67. ст. 1. ЗОО Хрватске, члан 281. ст. 1. ЗОО ФБиХ, члан 281. ст. 1. ЗОО Републике Српске, члан 288. ст. 1. ЗОО Црне Горе, члан 270. ст. 1. ЗОО Македоније.

²⁷³ Такође у §2. тачка 1.) овог закона је постојало правило према којем се могу побијати све правне радње које је дужник предузео у, другој страни познатој, намери оштећења својих поверилаца за последњих десет година пре побијања; идентично правило садржи и 2 Аустријског Закона о побијању правних послова;

тужбе, некадашњи *consilium fraudis*, односно намеру дужника да оштети своје повериоце.²⁷⁴ Обзиром на значајно смањење поља дејства паулијанске тужбе у случају инсистирања, као конститутивног услова, на постојању намере оштећења на страни дужника у свом класичном облику, као *consilium fraudis*, и у Француској се од тога одустаје па се судови задовољају одређеним степеном свести, односно знањем да се предузетом радњом оштећују повериоци.²⁷⁵

У сваком случају, чини се да ће доказивање знања да располагањем штети своје повериоце као услов за успех ове тужбе, за повериоца бити много лакше да докаже у односу на намеру дужника, иако обе категорије представљају субјективне услове на страни дужника који се по правилу веома тешко доказују. У том смислу, на повериоцу који захтева побијање ће бити терет доказивања овог субјективног услова на страни дужника. Наиме, потребно је утврдити да је у време располагања дужник знао да тиме наноси штету својим повериоцима.

2.2.1.1. Услови

Као што се из саме садржине одредбе може уочити, услови које претпоставља доложна паулијанска тужба су следећи:

1. теретно располагање дужника;
2. дужничково знање за оштећење поверилаца у време располагања;
3. несавесност противника побијања.

Дакле, доложна паулијанска тужба је могућа само у случају када дужничкова радња која се побија представља теретно располагање. Имајући ово у виду, а обзиром

²⁷⁴ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.983.

²⁷⁵ Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, наведено дело, стр. 95.

да теретно располагање подразумева и обавезу друге стране, јасно је да у овом случају говоримо искључиво у располагању дужниковом које је уговорне природе.²⁷⁶ Заправо реч је о оним теретним уговорима којима је дужник отуђио део своје имовине а отуђење је такве природе да је проузроковало оштећење поверилаца односно утицало на то да услед њега дужник остане у немогућности да намири потраживање повериоца који започиње поступак побијања. Најчешћи случај доложне паулијанске тужбе ће бити случај уговора о продаји којим дужник располаже неком својом имовином и то на такав начин да оштећује своје повериоце. Поред уговора о продаји као пример се може узети и уговор о доживотном издржавању, који је и судска пракса препознала као теретни уговор који је честа мета побијања од стране поверилаца.²⁷⁷ Закон о облигационим односима је доложну паулијанску тужбу ограничио само на теретна располагања дужникова, односно на дужникова располагања по основу уговора које је дужник закључио са другом страном, чиме је значајно одступио од дотадашњих правила, имајући у виду да је Закон о побијању правних дела изван стечаја у погледу доложне паулијанске тужбе говорио о правним делима дужниковим, па су коментатори овог закона веома добро приметили да се под другом страном не треба разумети само сауговорача дужниковог. Међутим, то више није случај, па ће друга страна из доложне паулијанске тужбе бити искључиво дужников сауговорач.

Када се говори о теретном располагању, ту би свакако требало имати у виду да се мисли на све врсте теретних правних послова а сам појам теретног правног посла треба разумети управо онако какав тај појам има значај у општој теорији

²⁷⁶ Више о односу двостраних и теретних уговора, Слободан Перовић, наведено дело, стр.204.

²⁷⁷ „Са правним стајалиштем нижеступањских судова да уговор о доживотном издржавању од 26. ожујка 2003. представља теретно располагање те се стога тужба за побијање те правне радње може поднети у року од једне године слаже се и овај суд. Тужитељ је тужбу ради побијања дужникове правне радње поднио 5. сивбња 2005. те су правилном примјеном споменутих законских одредби нижеступањски судови одбили захтјев тужитеља гледе споменутог располагања као неоснован. Правилно је стајалиште нижеступањских судова да тужитељ у овом поступку побија теретни уговор склопљен између туженице и сада покојног Ц. К., јер тијekom поступка није успио доказати да би се радило о бесплатном правном послу за побијање којег је прописан рок од три године те стога није основан ревизијски навод да су нижеступањски судови одбијањем тужбеног захтјева погрешно примијенили материјално право. (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 488/09-3 од 4. новембра 2009. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

облигација. Сам појам теретног уговора има и синониме у виду уговора са накнадом, наплатног уговора или онерозног уговора. Тако, одређени аутори теретне правне уговоре дефинишу као уговоре у којима се даје накнада за оно што се добија²⁷⁸, други као уговоре код којих се за чинидбу тражи противчинидба²⁷⁹ а трећи пак теретни уговор виде као уговор у којем је потребно уз дату престацију пружити и накнаду²⁸⁰. Међутим, можда најелегантнију дефиницију двостраних уговора у нашој теорији је дао Слободан Перовић који ове уговоре дефинише као уговоре код којих једна странка даје накнаду за корист коју уговором од друге стране добија.²⁸¹ У смислу права побијања теретно располагање ће бити оно којим се умањује дужникова имовина ради испуњења какве његове правне обавезе.²⁸² Дакле, у овом случају је реч о томе да дужник испуњава своју преузету правну обавезу у складу са уговором који је закључио са трећим лицем, противником побијања. Најчешће се у теорији разматрају два специфична случаја која не могу бити предмет побијања. Најпре, реч је о испуњењу доспелог дуга од стране дужника неком од својих поверилаца. У начелу, исплата доспелог дуга неће бити дужникова радња која може бити предмет побијања. Другачије је у случају побијања у стечају, али о томе ће бити речи у наставку рада. Исплата доспелог дуга је нешто што дужник чини у складу са сопственом обавезом према свом повериоцу. Као најснажнији аргумент у прилог тврдњи да овакво дужниково располагање неће бити предмет побијања се може истаћи да се исплатом доспелог дуга не ремети однос дужникове активе и пасиве, односно да нема промене у његовој имовини. У том смислу нема ни оштећења поверилаца као испуњења општег услова у праву побијања. Са друге стране, ван стечаја се не примењује правило *par conditio creditorum*, па дужник, у случају да има више поверилаца који имају доспели дуг, може својевољно исплатити само неке од њих, а поготову ће то бити случај када дужник нема довољно средстава да измири

²⁷⁸ Љубиша Милошевић, наведено дело, стр.63, Живомир Ђорђевић и Владан Станковић, Облигационо право, стр.192, Научна књига, Београд 1987. година.

²⁷⁹ Петар Кларић и Мартин Вердиш, наведено дело, стр.111.

²⁸⁰ Јожеф Салма, наведено дело, стр. 297.

²⁸¹ Слободан Перовић, наведено дело, стр. 203.

²⁸² Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.982.

све повериоце. Разуме се, сваки дужник, у случају доспелог дуга према више поверилаца, може за себе направити листу приоритета па редоследом који сам одреди измиривати обавезе. То ће дужник учинити најпре у складу са личношћу повериоца (није исто у очима дужника да ли дугује банци по основу обавеза по кредиту, физичком лицу по основу уговора о зајму, пореској управи или испоручиоцу топлотне енергије), затим према износу потраживања сваког од поверилаца (према некој логици ствари дужници најчешће прво измирују обавезе у мањем износу а након тога оне у већем износу) као и садржини права које повериоци имају (поједини повериоци могу раскинути уговор у случају неизвршења обавезе од стране дужника, затим ту су и затезна камата која тече у већем износу за већи износ обавезе, уговорна казна и сл.). Такође, могућа је ситуација да дужник исплати доспели дуг према неком повериоцу у време када потраживање повериоца који врши побијање још увек није било доспело, па се у овом случају види још мање аргумената у прилог тези да би побијање такве исплате доспелог дуга било оправдано.

Паулијанска тужба не може бити коришћена за побијање плаћања доспелог дуга. У том случају, по мишљењу Philippe Malinvaud, долази до примене принципа „le paiement est les prix de la course”²⁸³ које пружа заштиту повериоцу који је остварио намирење.²⁸⁴ Међутим, у одређеним случајевима се по мишљењу појединих аутора може побијати и исплата доспелог дуга. Такви случајеви биће на пример кад дужник једног повериоца исплаћује путем *datio in solutum* док други води против њега парницу за доспели дуг, или када дужник вештачким путем проузрокује доспеће својег дуговања пре него што би оно по нормалном току ствари наступило и уопште кад путем преварног договора погодује једног повериоца у односу на другог.²⁸⁵ Такође, ова могућност ће постојати уколико је у питању фиктиван дуг или дуг који се може окарактерисати као неуобичајен.²⁸⁶ Ипак, реч је о специфичним ситуацијама у којима исплата доспелог дуга наступа као последица одређеног несавесног понашања

²⁸³ У литератури на енглеском језику овај принцип се означава максимом „first come, first served”.

²⁸⁴ Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 608.

²⁸⁵ Божић Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.983.

²⁸⁶ Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, наведено дело, стр. 93.

дужниковог па се применом начела *fraus omnia corrumpit*, ипак дозвољава, по изузетку, побијање. Ове изузетке заиста ваља уско тумачити у односу на правило да се исплата доспелог дуга од стране дужника не може побијати. О овоме одређена права садрже изречну одредбу. Тако, на пример, Италијански грађански законик садржи децидну одредбу *non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto*²⁸⁷.

Од исплате доспелог дуга би требало разликовати случај када дужник исплати недоспели дуг према неком од поверилаца а у том тренутку има друге повериоце који имају доспело потраживање према њему. Ово је случај погодовања поверилаца који би могао да буде предмет побијања. Дужникова радња се овде односи на то да дужник издваја једног повериоца или више њих, који, истина, имају потраживање према њему али она нису доспела, не марећи за ову околност измирује такве обавезе. Дужник оптира за једног или више поверилаца али то чини на правно недозвољен начин, јер као што је дозвољено оптирати у погледу поверилаца који имају доспело потраживање према дужнику, *argumentum a contrario*, то неће бити дозвољено у случају када дужник измирује обавезу баш према оном повериоцу према којем има недоспели дуг. Међутим, исплата недоспелог дуга не би могла да буде предмет побијања у одређеним случајевима. Рецимо, када дужник дугује банци као повериоцу одређен износ по основу уговора о кредиту, који са собом вуче и обавезу по основу камате према дужнику и поред тога је банчино потраживање обезбеђено на имовини дужника која је вредности веће од дужникове обавезе према њој, исплата недоспелог дуга неће моћи да буде предмет побијања од стране других поверилаца. У оваквом случају, дужник би измирио обавезу према банци, додуше недоспелу, али би такав његов поступак погодовао осталим повериоцима. Најпре, заложена дужникова имовина би се ослободила заложног права у корист банке, а дужник више не би био у обавези да плаћа камату, што би убудуће значило мање његово оптерећење односно што последично може омогућити веће изгледе да дужник прикупи средства и измири обавезу према другим својим повериоцима. У том смислу, као што је и раније наведено, увек се овакве ситуације морају посматрати из угла дужникове имовине

²⁸⁷ Члан 2901. ст. 3. Италијанског грађанског законика.

односно начињених промена на дужникову имовину услед предузете радње, па уколико је промена таква да је дужникова имовина остала идентична или евентуално повећана, места за побијање такве радње неће бити. Разлог је једноставан, нема оштећења поверилаца.

Друга ситуација у погледу исплате дуга коју би ваљало размотрити је случај измирења застарелог потраживања. Застарело потраживање је потраживање које постоји али је услед протеча одређеног временског периода, немогуће његово остварење, односно наплата принудним путем. У теорији облигационог права је дуго времена било спорно да ли застарелост води губитку права (потраживања) или само престанку права на заштиту, односно намирење принудним путем.²⁸⁸ У нашем праву, застарелост производи другу предложену последицу обзиром да застарелошћу престаје право захтевати испуњење обавезе²⁸⁹ али је важно напоменути да кад дужник изврши своју обавезу по истеку времена застарелости, он по том основу нема право да тражи реституцију, чак и ако у време извршења своје обавезе није знао да је време застарелости истекло.²⁹⁰ Зато у праву побијања у том случају можемо говорити о ситуацији у којој је дужник измирио тзв. природну, неутуживу обавезу. Природна обавеза је она обавеза која није у супротности са правом, јавним поретком и друштвеним моралом, а коју дужник не мора да изврши, јер га поверилац не може путем принуде натерати да ту обавезу изврши, али ако дужник ову обавезу драговољно изврши, он не може тражити пораћај оног што је дао или еквивалент датог.²⁹¹

У случају када дужник плати застарело потраживање према неком од поверилаца, поставља се питање да ли се оваква исплата може сматрати као радња погодна за побијање од стране осталих дужникових поверилаца? Као неспорно се може утврдити да плаћањем застареле обавезе дужник измирује доспелу обавезу

²⁸⁸ Јосип Студин, Коментар Закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 1118, Савремена администрација, Београд, 1983. године.

²⁸⁹ Члан 360. ст. 1. Закона о облигационим односима.

²⁹⁰ Члан 26. Конвенције о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе.

²⁹¹ Живомир Ђорђевић и Владан Станковић, Наведено дело, стр.156.

према једном од поверилаца или више њих, обзиром да застарелост потраживања претпоставља доспелост обавезе. У том смислу дужник не чини ништа толико неуобичајено обзиром да измирује сопствену доспелу обавезу. Такође, као аргумент у том правцу се може истаћи да то што је и природна, натурална обавеза дужника и даље обавеза, а околност што се правно не може принудно остварити њено извршење у моралном, етичком, па чак и филозофском смислу, не може утицати на дужника да ту обавезу не испуни. Некада се разлози због чега неко измирује своју обавезу могу потражити управо на том етичком плану, далеко ван правног оквира у којем се она може принудно остварити. Са друге стране, имамо повериоце који такође имају доспело потраживање према дужнику и очекују намирење, обзиром да њихово потраживање није застарело. Такви повериоци неће баш имати разумевање за то што дужник измирује застарело потраживање другог повериоца а не измирује њихово потраживање, а то чини да би испунио одређене моралне принципе које је пред себе поставио. Управо испуњењем такве обавезе он урушава, са друге стране, морални принцип у погледу обавезе према другим својим повериоцима. Управо ови аргументи, чини се, претежу на тасу приликом одлучивања да ли је испуњење природне обавезе радња коју право препознаје као дужникову правну радњу која може бити предмет побијања. Када се нађу у сукобу интереси двојице поверилаца онда првенство треба дати ономе чијем интересу право признаје пунију заштиту.²⁹² У француском праву такође важи опште начело да се може побијати дужниково измирење природне, неутуживе обавезе.²⁹³

У погледу исплате дуга можда не би било лоше споменути још, као пример када ће се овакво дужниково располагање моћи побијати, и случај исплате неистинитог дуга или симулованог дуга. Разуме се, овај пример ће бити класичан пример доложне паулијанске тужбе код које дужник зна да наноси штету повериоцима обзиром да неосновано умањује сопствену имовину а његовом сауговорачу је то познато, обзиром да је реч о потраживању које не постоји.

²⁹² Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 983.

²⁹³ Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, наведено дело, стр. 521.

Такође, потребно је да дужник поступа са *dolusom* а обзиром да Закон о облигационим односима не захтева намеру која би се могла поистоветити са *dolus malus*, знање дужниково да располагањем наноси штету повериоцима се може идентификовати као *dolus eventualis*, евентуални умишљај. Дужник зна да наноси штету својим повериоцима па на то пристаје самим предузимањем радње која је предмет побијања. Дакле, није потребно да буде остварена конструкција директног умишљаја, да дужник зна и жели последицу, што се у грађанском праву може изједначити са намером, већ је довољан степен свести код дужника да он зна, неvezано да ли жели или не последицу која наступа. Разуме се, у неким случајевима ће повериоци имати могућности, према конкретним околностима, да докажу и дужникову намеру, па ће тим пре испунити овај услов доложне паулијанске тужбе.

Када говоримо о другом услову доложне паулијанске тужбе, о дужниковом знању да наведеним теретним располагањем оштећује своје повериоце, потребно је одмах назначити да је у нашем праву он модификован одредницом „у време располагања“ које овој тужби даје специфичан карактер. Може се на први поглед учинити, да оваква одредница нема посебан значај, да је вишак у самом тексту и да ни у чему не мења смисао норме која је могла, са неизмењеним смислом, гласити да се теретно располагање може побијати ако је дужник знао да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то било познато. И заиста, није баш у потпуности јасно који је *ratio legis* ове одреднице у одредби која говори о доложној паулијанској тужби. Могуће је да је законодавац желео да подвуче да дужниково знање о штетној последици које његово располагање производи за повериоце мора постојати у моменту располагања и да не може наступити доцније, али се чини да је то тако и без одреднице „у време располагања“. Ово из разлога што, уколико се каже да је дужник знао да предузетим располагањем наноси штету, такво његово знање, субјективна представа о последици које његово располагање носи са собом, свакако мора постојати у моменту располагања. Не може дужник доцније у односу на само располагање сазнати да се тиме наноси штета повериоцима. У таквом случају се

не може тврдити да је он имао знање да се његовим располагањем наноси штета за повериоце, уколико он у тренутку предузимања инкриминисане радње нема то знање или тужилац то не успе доказати у поступку, успех у парници за побијање свакако не би био могућ. Идентично би, по мишљењу аутора овог рада било и у случају остале три тужбе које су садржане у одредби члана 281. став 1. Закона о облигационим односима о којима ће доције бити речи. Ипак, има и других тумачења које виде *ratio legis* ове одредбе истичући да *mala fides superveniens non nocet*.²⁹⁴

Поред реченог, у погледу другог услова доложне паулијанске тужбе у нашем праву, важно је приметити однос знања да се располагањем наноси штета за повериоце од општег услова оштећења поверилаца. Најпре, разлика је јасно уочљива, оштећење поверилаца је, као општи услов, објективна чињеница која мора наступити док је дужниково знање да се располагањем наноси штета за повериоце субјектива дужникова представа о последици коју изазива његово располагање. Поједини аутори разликују и само оштећење поверилаца у смислу општег услова и ово које је у вези са знањем дужниковим као субјективним условом доложне паулијанске тужбе. Тако се истиче да је оштећење као општа претпоставка побијања околност која мора стварно и објективно постојати у тренутку подизања тужбе за побијање, док је свест о доношењу штете повериоцима субјективна представа дужника у тренутку располагања да радњом коју предузима наноси штету својим повериоцима.²⁹⁵ Чини се да забуну у овом смислу уноси и претпоставка у погледу објективног услова оштећења поверилаца из члана 280. став 2. да се сматра да је правна радња предузета на штету поверилаца ако услед њеног извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повериоцевог потраживања, па се одредба која говори о доложној паулијанској тужби може тумачити као да се теретно располагање може побијати ако је дужник знао да услед предузетог располагања нема довољно средстава да испуни обавезу према тужиоцу, односно и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист

²⁹⁴ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 983; Петар Кларић и Мартин Ведрдиш, неведено дело, стр.173.

²⁹⁵ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.984.

правна радња предузета то било познато. Закон о облигационим односима говори о томе да дужник мора знати да предузетим располагањем наноси штету а не да може нанети штету, што претпоставља претходно испуњење објективног услова да је штета стварно наступила. Нема дилеме да је реч о томе да последица мора наступити, дужник наноси штету својим повериоцима и зна за ову околност. Разуме се, дужничково знање се не мора односити на неког конкретног повериоца, па онај поверилац који побија дужничкову правну радњу по овом основу не мора доказивати да је дужник знао да предузетим располагањем наноси штету баш њему као његовом повериоцу. Уосталом, управо да би се избегло какво криво тумачење одредбе, Закон о облигационим односима користи множину, реч поверилаца а не једнину, реч повериоцу када говори о знању за штету коју дужник наноси својим располагањем. Реч је о унутрашњем и субјективном стању свести на страни дужника које, међутим, у сваком конкретном случају се мора повезати са објективном последицом која притом наступа а то је штета за повериоце.

Consilium fraudis, додуше у измењеном облику у односу на овај услов класичне паулијанске долозне тужбе, чини срж ове врсте побијања. У њему је садржана снажна потреба друштва да на такво дужничково преварно поступање узврати омогућавајући веома енергичну реакцију. Зато се и каже да је у дужничковој намери оштећења поверилаца садржана повреда како правних тако и моралних начела и да то оправдава право побијања које стоји на располагању његовим повериоцима.²⁹⁶

Трећи услов који је неопходно да буде испуњен да би се говорило о долозној паулијанској тужби је несавесност дужничковог саговорача.²⁹⁷ Међутим, анализом законског текста у погледу долозне паулијанске тужбе није баш потпуно јасно на шта се конкретно та несавесност друге стране мора односити. Она се у овом случају може испољити, односно тумачити на два начина. Најпре, да је другој страни било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима. Међутим,

²⁹⁶ Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, наведено дело, стр. 532.

²⁹⁷ Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, наведено дело, стр. 95.

могуће је тумачење по којем је неопходно да је другој страни било познато да дужник зна да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима. Као што је у погледу дужниковог знања да сопственим располагањем наноси штету својим повериоцима речено да је реч о реформисаном класичном услову *consilium fraudis* тако у погледу дужниковог сауговарача говоримо о реформисаном класичном услову *conscientia fraudis*. Управо зато се ова одредба треба тумачити у корист повериоца, односно да је потребно само да је другој страни било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима. У крајњој линији, могућност доказивања знања друге стране да дужник зна да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима би у практичном смислу свела могућности повериоца да успе у парници на минимум. Друга страна из теретног дужниковог располагања зна да дужник овим располагањем наноси штету својим повериоцима, на то пристаје, прихвата дужниково испуњење, што у крајњој линији оправдава доцнији процесно-правни положај туженог у парници за побијање. Заправо, у овом случају, а имајући у виду „степен несавесности“ друге стране, такво оправдање је најснажније изражено. Реч је о тзв. позитивном знању друге стране које мора постојати у тренутку стицања вредности које је предмет побијања, по правилу у оном тренутку у којем дужник предузима радњу која се побија.²⁹⁸ Разуме се, по правилу знање друге стране за знање дужниково да предузимањем радње наноси штету повериоцима ће једино и постојати у моменту предузимања располагања од стране дужника.

У односу на субјективни услов који мора бити испуњен на страни противника побијања, а обзиром да се долозна паулијанска тужба односи на теретно располагање дужниково, у случају када је реч о продаји некретнине, уколико нема других околности које би указале на супротан закључак, узеће се да је противник побијања савестан уколико је извршио увид у регистар непокретности а непокретност није имала уписане било какве терете.²⁹⁹ Дакле, начелно ће бити довољно да никакво

²⁹⁸ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 83.

²⁹⁹ „Како из утврђења судова произлази да је подузетој правној радњи претходио дугогодишњи спор између тужитеља и његових дужника у вези управо спорних некретнина које је и забиљежен у земљишним књигама и да су дужници тужитеља након доношења првоступањске пресуде којом је прихваћен подредни захтјев тужитеља за исплату означене новчане суме дане на име куповнине за

потраживање неког дужниковог повериоца није забележено у јавну књигу, да би противник побијања очувао своју савесност.³⁰⁰

2.2.1.2. Терет доказивања и положај странака у поступку

Када се говори о долозној паулијанској тужби, као и када говоримо уопште о праву побијања, терет доказивања ће бити на повериоцу који врши побијање. Поверилац ће имати веома тежак задатак да докаже несубјективни елемент само на страни дужника који предузима одређено располагање, већ и субјективни елемент и код друге стране са којом или у чију корист дужник предузима одређену правну радњу. Дакле, поверилац ће морати да докаже специфично стање свести како код дужника тако и друге стране, противника побијања.

предметне некретнине, исте продали туженици која се одмах и укњижила као власница истих у земљишним књигама у идеалном дијелу од 80/120 дијела, с основом су нижеступањски судови закључили да су испуњени увјети за побијање из чл. 281. ст. 1. ЗОО. Наиме, тврдња туженице, да претходна забилежка спора нема никакво правно значење у овом спору у односу на њу је погрешна.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев 1074/1998-2 од 4. јула 2001. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

³⁰⁰ „Судови утврђују да туженик није знао да је стан који је предмет купопродајног уговора оптерећен потраживањем које тужитељ има према претходном власнику тих некретнина М. П., која је ту некретнину даровала свом супругу – продаватељу Т. П.. То зато, јер да је у тренутку склапања купопродајног уговора између туженика и Т. П. предбилежба права залога на наведеном стану била избрисана. Будући да у тренутку укњижбе права власништва туженика на предметном стану предбилежба права залога није била уписана у земљишној књизи, то правилно судови закључују да је туженик у тренутку склапања купопродајног уговора као стјецатељ права власништва поступио с повјерењем у земљишне књиге. Слиједом тога туженик није био дужан испитивати јесу ли исте некретнине оптерећене потраживањем које није забилежено у земљишним књигама. Према чл. 8. ст. 4. Закона о земљишним књигама (“Народне новине”, број 91/96., 68/98., 137/99. и 114/01. – даље: ЗЗК) особа која је у доброј вјери уписала књижно право поступајући с повјерењем у земљишне књиге, стекла је књижно право неоптерећено од терета који нису уписани у часу када је затражен упис, нити је из земљишних књига видљиво да је упис затражен. Према ст. 2. истог чланка ЗЗК-а недостатак добре воље не може се ником приговорити само зато што није истраживао земљишно књижно стање. Сходно томе ни туженик није требао прије склапања купопродајног уговора истраживати је ли предметни стан оптерећен потраживањем које није уписано у земљишним књигама.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев 1138/07-2 од 18. новембра 2009. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

Значај ублажавања услова на страни дужника са *dolus malus*, који је карактеристичан био у римском праву, као и у правима која су непосредно реципирала римску концепцију доложне паулијанске тужбе, на *dolus eventualis* је веома значајан и драстично проширује поље дејства ове тужбе. Наиме, у системима који су познавали римску концепцију доложне паулијане, по којој је потребно да на страни дужника буде испуњен услов намере оштећења, велики проблем представља доказивање ове субјективне чињенице што веома лако може довести до немогућности коришћења, односно практичне примене ове тужбе. Реч је о томе да је намера оштећења један субјективан услов који само у ограниченом броју случајева може бити доказан уз помоћ објективних околности. Управо зато је Српски грађански законик у §303а, који је постао део законског текста на основу Новела од 5.5.1864. године, свестан тежине задатка повериоца, предвидео специфично правило у односу на доказивање овог субјективног услова на страни дужника, дефинишући следеће: „о томе да ли је дужник преносом покретне или непокретне ствари ишао да своје поверитеље оштети, као и бесавесности онога, на кога су пренешене, суд ће, у недостатку других непосредних доказа, судити по околностима, нарочито по природи посла, по основу и начину отуђења на који је то закључено, по стању и по личним одношењима у преносу учествујућих лица.“

Доказивање знања дужниковог да инкриминисаним располагањем наноси штету својим повериоцима, такође, неће бити лако доказати. Поверилац ће најпре користити непосредне доказе о таквој дужниковој радњи, одређене документе, дужникове изјаве, иако је врло вероватно да ће веома мали број случајева бити такве природе где поверилац може прибавити такав доказ. Зато ће поверилац морати посредним путем да доказује дужниково знање да одређеним располагањем оштећује своје повериоце. Најчешће ће то бити могуће у виду дедуктивног закључивања постављањем као *propositio maior* постојање доспелог неизмиреног потраживања према њему као дужниковом повериоцу, као *propositio minor* само располагање које се чини у односу на другог дужниковог повериоца, рецимо случај исплате

недоследног дуга, из чега се може извући конклузија о дужниковом знању да наведеним располагањем наноси штету повериоцима.

Идентичан принцип поверилац може применити код доказивања да је другој страни то било познато, он мора доказати њено кулпно понашање. На неки начин, када се говори о доказивању код доложне паулијанске тужбе, ми заправо говоримо о доказивању заједничког знања уговорних страна, дужника и друге стране, да дужник одређеним теретним располагањем наноси штету својим повериоцима. Обе уговорне стране су свесне ове последице али и поред тога дужник предузима располагање а друга страна такво располагање прихвата што аутоматски право побијања препознаје као случај у којем је могуће његово остварење. Прихватањем од стране противника побијања да закључи уговор са дужником, иако је знао да дужник закључењем уговора и испуњењем обавезе из њега наноси штету својим повериоцима, противник побијања саучествује у оштећењу дужникових поверилаца што оправдава само постојање тужбе и њену примену. Не може се дозволити овакво преварно поступање дужника и противника побијања и зато право побијања делегира посебно средство на основу којег ће се таква махинација спречити.

У овом случају, захтеви права побијања и у односу на дужника и у односу на противника побијања су постављени на највећу могућу лествицу, у смислу могућности доказивања од стране повериоца. Обзиром да је реч о повезаним стањима свести дужника и противника побијања, што указује на потребу да она буду доказана истовремено, побијач се у случају ове тужбе налази у незавидној ситуацији.

2.2.1.3. Рок у којем се може вршити побијање

У погледу рокова за побијање дужникових правних радњи наш законодавац није био превише иновативан и маштовит. Као што ће се доцније детаљније видети,

предвиђена су само два рока у оквиру целокупног права побијања. Оваква крутост је понајвише штетила долозној паулијанској тужби коју је у нашем праву могуће поднети у року од једне године рачунајући од дана када је теретно располагање дужниково учињено. Аутор је мишљења да ово није добро решење. Рок за побијање у случају доложне паулијанске тужбе је прекидач, односно морао би бити дужи. Оправдање за овај став аутор налази, најпре у околности да је у погледу степена несавесности, у случају теретних послова, доложна паулијанска тужба најтежа за остварење, имајући у виду да поверилац мора доказати и знање дужника да располагањем наноси штету својим повериоца а поред тога и да је то било познато другој страни, што посредно упућује да је потребан нешто дужи рок за подношење овакве тужбе. Такође, историјско правни аргумент се овде не сме искључити, барем када говоримо о развоју доложне паулијанске тужбе у нашем праву. Закон о побијању правних дела изван стечаја је за случај доложне паулијанске тужбе познавао рок од десет година што је десетоструко дужи рок од оног који познаје наше позитивно право.

2.2.2. Actio Pauliana culposa

Actio Pauliana culposa или кулпозна паулијанска тужба је у нашем праву такође садржана у члану 281. став 1. Закона о облигационим односима а формулисана на следећи начин: теретно располагање може се побијати ако је у време располагања дужник могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то могло бити познато. Као што се може уочити, за разлику од доложне паулијанске тужбе која у погледу оштећења поверилаца теретним располагањем захтева на страни дужника знање а на страни његовог сауговорача да му је то било познато, кулпозна паулијанска тужба се задовољава блажим степеном несавесности обеју страна. Најпре, на страни дужника се захтева да је дужник могао знати да

инкриминисаним располагањем наноси штету својим повериоцима док се за другу страну такође захтева да јој је могло бити познато да долази до оштећења поверилаца. У односу на свог претходника, Закон о облигационим односима је формулисао једну, специјалну кулпозну паулијанску тужбу која на страни дужника препознаје околност да је могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима а да је другој страни то било познато. Класична варијанта кулпозне тужбе је била садржана у §2. тачка 2. Закона о побијању правних дела изван стечаја која на страни дужника познаје намеру оштећења поверилаца, а на страни трећег лица, противника побијања, да је оно морало знати за намеру дужника.³⁰¹ Обзиром да је реч о закону који је за свој узор имао аустријски Закон о побијању правних послова³⁰² требало би напоменути да је уношење кулпозне паулијанске тужбе у закон последица жеље аустријског законодавца да олакша положај повериоца који врши побијање у односу на долозну паулијанску тужбу. Реч је о специјалној врсти знања за дужникову намеру, у теорији означеног као, а термин је позамљен из немачког права, скривљено незнање.³⁰³ Чини се да овај појам обухвата како случај *culpa lata* тако и случај *culpa levis* у погледу дужниковог поступања. Управо зато многи аутори на овом месту упућују на стандарде нашег облигационог права, односно пажњу доброг домаћина, доброг привредника или доброг стручњака.³⁰⁴ Међутим, разлика између нашег позитивног права и правила из Закона о побијању правних дела изван стечаја је, у погледу степена дужникове несавесности, више него очигледна, више се не захтева *dolus* већ је довољно скривљено дужниково незнање. Такође, ваљало би напоменути да је Скица за законик о облигационим односима изоставила овако конципирану кулпозну паулијанску тужбу обзиром да правило гласи да се теретна располагања могу опозвати, ако је у време располагања дужник знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима, и ако је трећем лицу са којим је, или у чију је корист посао предузет, то

³⁰¹ Одредба је гласила да се побијати могу сва права дела којима се наноси штета веровницима дужниковим, а учињена су за последње две године пре побијања, ако је друга страна морала знати за намеру оштећења.

³⁰² Који садржи готово идентичну одредбу.

³⁰³ Божићар С. Марковић, наведено дело, стр.88.

³⁰⁴ Члан 18. Закона о облигационим односима.

било познато. Прописујући класичну кулпозну паулијанску тужбу, Закон о облигационим односима је повећао могућности успеха у спору на страни поверилаца којима ће значајно бити олакшано доказивање.

2.2.2.1. Услови

За подизање кулпозне паулијанске тужбе потребно је да буду испуњени следећи услови:

1. теретно располагање дужника;
2. да је дужник могао знати за оштећење поверилаца у време располагања;
3. несавесност противника побијања.

У погледу првог услова, идентично као и код доложне паулијанске тужбе, неопходно је да је у питању теретно располагање дужника. Истовремено, ово је једини услов који је у свему идентичан услову постављеном и у случају доложне паулијанске тужбе.

Други услов, да је дужник могао знати да наведеним теретним располагањем наноси штету својим повериоцима је оно што чини срж кулпозне паулијанске тужбе. Да би кулпозна паулијанска тужба успела довољно је ако поверилац докаже да је дужник у тренутку располагања, да је био пажљивији могао знати да том радњом штети своје повериоце.³⁰⁵ Како ће се у пракси доказивати одредница „могао знати“? Одмах је потребно рећи да ни ово, као и у случају доказивања да је дужник знао да својим располагањем оштећује повериоце, није нимало задатак који стоји повериоцу на путу успешног побијања. У том смислу, нема унапред припремљене формуле коју поверилац може користити у поступку у смислу доказивања. Нити се сам закон бави

³⁰⁵ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 984.

овим питањем нити би тако нешто било могуће. Животни случајеви о којима ће одлучивати суд по захтеву за побијање су толико различити и сваки са собом носи одређену чињеничну ситуацију. Одређено понашање дужника у једној ситуацији би се могло протумачити као услов на његовој страни за успешно побијање на основу кулпозне паулијанске тужбе, док се у другој ситуацији пак то исто понашање не би могло подвести под услове ове тужбе. Зато је управо одредба сачињена на један уопштен начин који у потпуности оставља простор и слободу суду који одлучује да, у сваком конкретном предмету, сагледа све појединости случаја, а нарочито све околности и атмосферу у којој је дужничково располагање предузето и да спор реши. Као примери околности којима се оно може доказати је изузетно повољна садржина теретног располагања у корист трећег лица и уопште упадљиво мања вредност примљене противчинидбе. Када се говори о дужничковој могућности знања да се радњом наноси штета, оно мора постојати у моменту преузимања радње, што је, чини се, добро измерен и постављен услов у нашем праву, који поверилац мора доказати да би успео са побијањем.

Као трећи, последњи услов који се захтева код кулпозне паулијанске тужбе, је предвиђено да је трећем лицу могла бити позната околност да дужник располагањем које чини у његову корист оштећује своје повериоце. Као облик, односно степен несавесности који се захтева код трећег лица, противника побијања, одредницом „могло бити познато“ законодавац се определио за лаки нехат. Процењивање постојања ове околности на страни трећег лица, дужничковог саговорача и истовремено противника побијања, ће опет бити могуће само уз помоћ правних стандарда које садржи наш Закон о облигационим односима предвидео у члану 18. Треће лице ће своју савесност у односу на дужничково располагање сачувати уколико на адекватан начин, онако како би то учинио разуман и пажљив човек, утврди околности у којима дужник испуњава обавезу према њему. Међутим, то никако не значи да је треће лице дужно да детаљно истражује положај дужника, да ли има повериоце, колико износи његов укупан дуг према повериоцима. Такође, у случају када је дужник правно лице, савесност противника побијања неће подразумевати

његову обавезу да утврђује да ли је рачун дужника био у блокади у одређеном периоду пре предуземања правне радње која је предмет побијања, довољно ће бити да је предузео оне радње које се очекују од доброг привредника у датим околностима.³⁰⁶ Околности које могу послужити као доказ да је трећем лицу могло бити познато да дужник испуњењем обавезе према њему наноси штету својим повериоцима су свакако ниска цена по којој треће лице прибавља ствар од дужника, познате тешке имовинске прилике дужника и уопште све околности које би човеку нормалне пажње пале у очи, и изазвале код њега сумњу да сауговарач тиме намерава оштетити своје повериоце.³⁰⁷ Поверилац ће у жељи да докаже овај услов највероватније поћи од тога да га не доказује директно, него да утврди околности под којима је дужничково располагање учињено, као и све поједине индикаторе из којих се може извући закључак о постојању овог услова. Дакле, околност да је противнику побијања могло бити познато да дужник располагањем у његову корист оштећује повериоце ће се доказивати дедуктивним закључивањем, где ће конклузија бити последица са једне стране разних показатеља да је треће лице могло имати такво сазнање и са друге стране саме околности да је противник побијања примио такво испуњење од стране дужника. Управо зато ће у сваком конкретном случају суд морати да процени околности под којима је дужник располагао својом имовином у корист противника

³⁰⁶ „То стога што прије свега у тренутку закључења Уговора о продаји дужник тужитељице није би у блокади како то утврђују судови нижег ступња што нити тужитељица не оспорава, а осим тога у правној радњи која се у овој парници побија плаћање врши туженик који није у блокади нити се то тијekom поступка тврди, а то што је такав облик плаћања забрањен дужнику када је у блокади ствар је Уговора о цесији којим дужник врши плаћање твртки Д. З. који се у овом поступку нити не побија. Стога пресумпција познавања цитираних одредби Закона о платном промету од стране туженика није од утјецаја на оцјену његове савјесности јер се не може од туженика захтијевати да у извршавању обвеза и остваривању права у правном промету испитује и историјат стања дуговања и потраживања особе од које купује неку некретнину. Такви захтјеви прерастају оквире прописане чл. 18. ЗОО-а. Имајући у виду да је туженик купац који је пажњом која се у правном промету захтјева извршио провјеру у земљишним књигама и утврдио да нема запрека за купњу наведене некретнине и пријенос права власништва на његово име, што у овој фази поступка није спорно, не може се сматрати да је туженик као купац знао или морао знати да се правном радњом продаје некретнине оштећује тужитељица као вјеровник продавца. Како је утврђено да у тренутку закључења Уговора о продаји дужник тужитељице - продавац није би у блокади рачуна не може се сматрати да није поступао у смислу чл. 18. Закона о обвезним односима јер се по оцјени овог суда у пословном односу у склапању наплатног правног посла не може од купца који врши плаћање темељем правне радње која се побија испитивати испуњава ли његов продавац све своје обвезе на вријеме према својим вјеровницима.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 1665/09-2 од 23. септембра 2010. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

³⁰⁷ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 90.

побијања, а обзиром да је реч о теретном располагању, веома значајна околност, од које ће често зависити и исход спора, ће бити и износ који је противник побијања платио дужнику или друге накнаде коју му је дао заузврат. То је у једном случају и анализирао Врховни суд Хрватске када је закључио да ипак нема места побијању.³⁰⁸

2.2.2.2. Терет доказивања и положај странака у поступку

Као и код доложне паулијанске тужбе терет доказивања је на тужиоцу у складу са правилом *actori incumbit probatio*. Дакле, поверилац који врши побијање ће зарад успеха у спору, у случају кулпозне паулијанске тужбе, морати да докаже да је дужник, према околностима, могао знати да својим располагањем оштећује повериоце као и да је треће лице, сауговарач дужников несавестан у свом поступању, односно да је примио испуњење а могло му је бити познато да дужник тиме оштећује своје повериоце. Као и у случају доложне паулијанске тужбе у односу на доказивање несавесности трећег лица, противника побијања, може се поставити питање да ли се његово „могло бити познато“ односи на објективну чињеницу оштећења поверилаца

³⁰⁸ „Супротно наводима ревизије нижеступањски судови су правилно оцијенили да туженој није било познато, нити јој је могло бити познато, да продаваатељ трговачко друштво „М. К.“ д.о.о. подузетом продајом штети својим вјеровницима, односно конкретно тужитељу у овом предмету. Наиме, тужена је платила дуговање наведеног трговачког друштва према ... банци д.д., подмирена је обвеза према Порезној управи на име пореза, но уз то износ од 383.500,00 кн уплаћен је на жиро-рачун продаваатеља, а тај износ готово представља главнични износ који тужитељ потражује од наведене твртке. По мишљењу овога суда тужена је приликом наведене купопродаје поступила на начин како би поступио сваки просјечан човјек, јер је прво намирила дуговање према банци, а тек након тога је платила дио купопродајне цијене на жиро-рачун продаваатеља, настојећи да некретнину коју купује ослободи било каквих терета. Како наведено дуговање продаваатеља према тужитељу није било видљиво примјерице кроз блокаду рачуна продаваатеља или на неки други начин, то тужена није била дужна истраживати да ли евентуално постоји још какво дуговање продаваатеља према некој трећој особи, а поготово не у ситуацији када јој законски заступник продаваатеља није рекао да постоји још дуговања продаваатеља.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске [Рев-х 679/11-2 од 10. новембра 2011.године](#)).

или на субјективни доживљај дужника да је могао знати да располагањем наноси штету повериоцима. Чини се да је у духу нашег права побијања ипак остати веран првој опцији, што ће разуме се повећати изгледе повериоаче за успех у спору.

У погледу доказивања несавесности трећег лица, у случају да у томе поверилац успе, односно докаже да је трећем лицу могло бити познато да услед дужниковог располагања наступа штета за његове повериоце, треће лице неће имати могућност више да доказује супротно. Разуме се, треће лице, као противник побијања и тужени, ће у току поступка оспоравати све наводе тужиоца, а за успех у парници ће бити довољно да докаже да не постоји неки од општих услова односно да не постоји неки од издвојених посебних услова кулпозне паулијанске тужбе.

2.2.2.3. Рок у којем се може вршити побијање

Идентично као код доложне паулијанске тужбе, рок за побијање у случају кулпозне паулијаске тужбе износи годину дана. Уколико би се поново анализирао историјско правни моменат кулпозне паулијанске тужбе онда би се дошло до сазнања да је и овај рок прекратак. Међутим, по мишљењу аутора овог рада, обзиром да је ово, у погледу степена несавесности како дужника, тако и трећег лица, најслабија чињенична конструкција, резон и јесте да се за овај случај пропише најкраћи рок у целокупном праву побијања. Нарочито уколико се погледа степен несавесности трећег лица, он је поверилац дужников по основу неког теретног посла, поступа са лаким нехатом и прима испуњење од дужника, заиста, овакво треће лице би требало што краће оставити у неизвесности да ли се такво дужниково располагање може побити или не.

Напоследку, историјско правни аргумент који смо искористили код доложне паулијанске тужбе, да је Законом о побијању правних дела изван стечаја био

предвиђен значајно дужи рок за побијање, у случају кулпозне паулијанске тужбе, није толико снажан односно нема толики утицај. Најпре, рок у Закону о побијању правних дела изван стечаја је био само дупло дужи, он је износио две године од дана предузимања дела. Поред овога, не треба заборавити да је конструкција кулпозне паулијанске тужбе по Закону о побијању правних дела изван стечаја била значајно тежа за доказивање, јер је обухватала на страни дужника намеру оштећења поверилаца а на страни трећег лица да му је то морало бити познато, што је у односу на важеће правило Закона о облигационим односима за два степена већа несавесност у односу на дужника односно за степен већа несавесност у односу на треће лице, противника побијања.

2.2.3. Мешовита Actio Pauliana dolosa

Као што је већ напоменуто, наш Закон о облигационим односима садржи у норми која говори о побијању теретних располагања дужникових и две мешовите паулијанске тужбе. Прва од њих је мешовита долозна паулијанска тужба или долозно-кулпозна паулијанска тужба. Она је одређена на следећи начин, теретно располагање може се побијати ако је у време располагања дужник знао да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то могло бити познато. Дакле, као што се може видети, реч је о конструкцији где у односу на дужника постоји *dolus* а у односу на треће лице, противника побијања *culpa levis*. Идеја законодавца да на сваки могући начин олакша процесни положај повериоца се најбоље може видети у односу на две мешовите тужбе које су садржане у одредби члана 281. Закона о облигационим односима.

2.2.3.1. Услови

За подизање мешовите доложне паулијанске тужбе потребно је да буду испуњени следећи услови:

1. теретно располагање дужника;
2. да је дужник знао, у време располагања, да располагањем оштећује повериоце;
3. несавесност противника побијања.

Обзиром да је и у овом случају реч о побијању теретних послова, и у случају ове тужбе први услов је да је реч о теретном правном послу, односно дужниковом теретном располагању које поверилац побија. Овај услов је у свему идентичан као и код доложне и кулпозне паулијанске тужбе.

Други услов је идентичан као и код доложне паулијанске тужбе и односи се на свест дужника да располагањем оштећује своје повериоце. И у овом случају није потребно да постоји намера дужника, довољно је само да је дужник знао са последицу коју производи сопственим располагањем у односу на своје повериоце, који истовремено очекују намирење својих потраживања.

Последњи услов мешовите доложне тужбе се односи на стање свести туженог, односно сауговарача дужниковог из теретног правног посла. У односу на овај услов, логично, ваља напоменути да је он идентичан као и код кулпозне паулијанске тужбе. Дакле, у односу на противника побијања се захтева испуњење најлакше доказивог стања свести. Довољно је да је противнику побијања, у односу на последицу коју дужниково поступање производи, то могло бити познато. Разуме се, и у овом случају одредница „могло бити познато“ ће се процењивати од случаја до случаја али нема дилеме да је ово степен несавесности коју ће поверилац најлакше доказати.

2.2.3.2. Терет доказивања и положај странака у поступку

Тужилац ће и у овом случају бити тај којег терети доказивање. Разуме се, у овом случају, за повериоца који врши побијање ће бити значајно теже да докаже степен кривице дужника, његов *dolus* него положај и степен несавесности самог противника побијања. Разуме се, да би успео у спору, поверилац мора доказати оба наведена услова.

2.2.3.3. Рок у којем се може вршити побијање

Обзиром да је и ова тужба обухваћена истом одредбом као и претходне две, рок за побијање ће бити годину дана од дана предузимања радње која се побија. Чини се да је и у погледу ове тужбе било потребно направити разлику у односу на чисту купозну тужбу у погледу рока у којем се може вршити побијање.

2.2.4. Мешовита *Actio Pauliana culposa*

Као што је напоменуто, из одредбе члана 281. став 1. могуће је уочити, односно препознати, још једну врсту тужбе, реч је о мешовитој кулпозној паулијанској тужби. Ова тужба се још може назвати и кулпозно-долозна паулијанска тужба. Њено одређење би било овакво: теретно располагање може се побијати ако је у време располагања дужник могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то било познато. На страни дужника као степен несавесности се

захтева лаки нехат док у погледу степена несавесности дужниковог сауговарача, код ове тужбе, је потребно да буде свесни нехат.

2.2.4.1. Услови

За подизање мешовито кулпозне паулијанске тужбе потребно је да буду испуњени следећи услови:

1. теретно располагање дужника;
2. да је дужник могао знати за оштећење поверилаца у време располагања;
3. несавесност противника побијања.

Први услов је идентичан као и код претходне три обрађене тужбе. Други услов је у потпуности идентичан као и код кулпозне паулијанске тужбе, потребан је слабији степен несавесности на страни дужника, довољно је да је он могао, према околностима случаја, знати да располагањем које предузима наноси штету својим повериоцима. У погледу трећег услова, он се у случају ове тужбе остварује на идентичан начин као и код доложне паулијанске тужбе, дакле потребно ће бити да је противнику побијања било познато да дужник конкретним располагањем у његову корист наноси штету својим повериоцима.

2.2.4.2. Терет доказивања и положај странака у поступку

Обзиром на конструкцију ове тужбе, сам терет доказивања који оптерећује повериоца ће бити веома специфичан. Наиме, поверилац ће морати да докаже различит степен несавесности приликом предузимања радње која се побија, да би

успео у спору. Специфично је у овом случају што ће тежи облик несавесности бити на страни противника побијања него на страни дужника што овој тужби даје посебно оправдање. У том смислу, поверилац ће у току доказног поступка вероватно више бити сконцентрисан на доказивање несавесности противника побијања, а у случају успеха по овом задатку од стране повериоца, биће могуће чак извући и посредан закључак о захтеваној несавесности самог дужника.

Велико је питање, уосталом, да ли се овакав чињенични склоп уопште може догодити. Да ли је могуће да дужник у односу на последицу оштећења поверилаца то само може знати а да је његовом сауговарачу таква последица била позната. То би практично значило да је сауговарач боље упознат са стањем дужникове имовине од дужника самог. Међутим, чак и да није могућа таква фактичка ситуација, што се свакако не може тврдити, имајући у виду инвентивност живота, ова правна конструкција има одређену теоријску вредност. Ипак, обзиром да постоји у нашем праву чиста кулпозна паулијанска тужба, која је за повериоца најлакша за доказивање, врло вероватно се, услед ове околности, значајно смањује примена мешовите кулпозне тужбе у пракси.

2.2.4.3. Рок у којем се може вршити побијање

Рок за подизање ове тужбе је идентичан као и у случајевима претходне три тужбе и износи годину дана од дана предузимања радње која се побија. Чини се да је законодавац прописивајући чак четири варијанте тужби у оквиру одредбе којом се дефинише начин побијања теретних дужникових располагања, пропустио да предвиди различите рокове за сваку од њих, па је практична примена оних тужби које захтевају компликованије, за доказивање од стране поверилаца који врше побијање, чињенично стање, сведена на минимум. Ово је јако добро приметно Божидар Марковић који је истакао да ће се повериоци у пракси понашати као да

одредба члана 281. Закона о облигационим односима гласи: „Теретно располагање може се побијати ако су у време располагања дужник и треће са којим је или у чију је корист правна радња могли знати да се предузетим располагањем наноси штета дужниковим повериоцима.“³⁰⁹ Заправо, овде је реч о кулпозној паулијанској тужби, коју ће повериоци у највећем броју случајева користити када се определе за побијање теретног дужниковог располагања. О овоме сведочи и пракса судова.

2.2.5. *Actio Pauliana familiaris*

Као класична паулијанска тужба, чијим је настанком, историјски гледано, и настао институт побијања дужникових правних радњи, *Actio Pauliana familiaris* је пронашла своје место и у нашем праву. Назива се још и породична паулијанска тужба иако тај термин и није баш најприкладнији имајући у виду круг лица на које се тужба односи. Када говоримо о овој врсти паулијанске тужбе, имајући у виду фактичку подлогу на коју се тужба односи, ваљало би напоменути да уопште идеја о побијању дужникових правних радњи и потиче због дужникових располагања у корист својих сродника да би се избегло извршење од стране поверилаца. Дужник пред пропашћу ће увек радије гледати да његова имовина пређе у руке ближе родбине, него да припадне осталим повериоцима, утолико пре када се с овом тежњом споји и сасвим природна жеља да обезбеди своју ближу породицу.³¹⁰ Дужник који је у финансијском проблему ће готово увек учинити све да његова имовина не послужи за намирење његових поверилаца. Размишљајући у том правцу, у највећем броју случајева ће лице на коју ће, из наведеног разлога, дужник пренети своју најзначајнију имовину, бити из круга најближих сродника. Разуме се, а обзиром да је породица основна ћелија сваког друштва, да је однос поверења управо најснажнији

³⁰⁹ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.987.

³¹⁰ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 91.

између сродника у оквиру ње. Из свих ових разлога, када је реч о праву побијања, оно сумња у добре намере презадуженог дужника и његових сродника, зато говоримо о *familia suspecta*. У нашем праву одредба о породичној паулијанској тужби гласи: “Ако је треће лице дужников супруг, или сродник по крви у правој линији, или у побочној линији до четвртог степена, или по тазбини до истог степена, претпоставља се да му је било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету повериоцима.”³¹¹

2.2.5.1. Услови

Као и код претходно дефинисаних паулијанских тужби, чињенични основ који је потребно да буде испуњен да би се подигла породична паулијанска тужба захтева испуњење следећих услова:

1. теретно располагање;
2. да је дужник у време располагања знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету повериоцима;
3. да је треће лице из круга *familia suspecta*.

Да је и у овом случају, односно код ове врсте паулијанске тужбе реч о томе да се иста односи искључиво на теретна дужникова располагања, чини се, није нимало спорно. Наиме, из саме формулације одредбе, односно начина на који одредба почиње, речима „ако је“, може се закључити да се одредба наслања на претходну одредбу и чини њен логички наставак. Обзиром да је претходна одредба, она из става 1. члана 281. Закона о облигационим односима, говори о побијању теретних дужникових располагања, онда се и став 2. такође односи само на њих. У овом правцу се одредила и судска пракса, додуше на посредан начин. Наиме, питање које је било постављено пред суд је било који је рок у коме се може подићи тужба ради

³¹¹ Члан 281. ст. 2. Закона о облигационим односима.

побијања дужникових правних радњи, у случају теретног располагања тужиоцевог дужника и трећег лица који је из круга *familia suspecta*? Обзиром да су овде испуњена два услова за побијање, онај који се односи на теретна располагања, са једне стране, и онај који се односи на породичну паулијанску тужбу, са друге стране, суд је ствар пресекао и утврдио да се у том случају примењују правила о породичној паулијанској тужби.³¹² Међутим, у овом смислу се може упутити и критика законодавцу, односно творцима Закона о облигационим односима³¹³, да је било можда једноставније реченицу из става 2. наведеног члана прикључити ставу 1. јер чине логичну целину. Тиме би се значајно смањила могућност погрешног тумачења у погледу услова који морају бити испуњени за адекватну примену породичне паулијанске тужбе. Обзиром

³¹² „Свакодневни живот показује да у ситуацији када инсолвентни дужник материјално пропада постоји код њега жеља да се од тог пропадања заштити тако што ће вршити теретна располагања у корист својих блиских сродника. Значи, код дужника постоји свест, а понекад и намера да се оваквим располагањем оштете повериоци, а све ради заштите своје имовине. Када се теретна располагања врше у корист блиских сродника на страни повериоца не постоји обавеза да доказује несавесност трећих лица (блиских сродника), јер се претпоставља да је том кругу лица било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету повериоцима. Поверилац, код паулијанске тужбе, у повољнијем је положају од поверилаца који покрећу спор по паулијанској тужби из члана 285. став 1. Закона о облигационим односима, јер не мора да доказује несавесност трећег лица. Терет доказивања савесности је на страни трећих лица. Због оваквог статуса трећег лица и његове претпостављене несавесности, одредбу члана 285. став 1. треба уско тумачити и једногодишњи рок за подношење тужбе везати само за теретна располагања из члана 281. став 1. Закона о облигационим односима, која одредба се не односи на теретна располагања дужника према блиским сродницима или у њихову корист. Њихова претпостављена несавесност је и резултирала чињеницом да се породична паулијанска тужба може подићи у року од 3 године од дана када је предузета правна радња која се побија.“ (Правно схватање утврђено на заједничкој седници одељења за привредне спорове и привредне преступе Вишег привредног суда у Београду од 9. јула 1998. године: извор, правна база <http://propisi.com/>); „У конкретном случају ради се о наплатном располагању међу крвним сродницима на које се односи одредба чл. 67. ст. 2. ЗОО па се то располагање не може сматрати случајем располагања из ст. 1. истог чланка за које се тужба може поднијети у року од једне године. Дакле, према схваћању овог суда, а и у складу са закључивањем првоступањског суда, у конкретном случају ради се о тужби за побијање наплатног располагања између крвних сродника, тзв. обитељској паулијанској тужби која се, једнако као и тужба за побијање бесплатних и с њима изједначених правних радњи, може поднијети у року од три године од дана подузимања радње, односно од дана када је требало подузети пропуштenu радњу. Слиједом наведеног произлази да је другоступањски суд погрешно примијенио материјално право када је закључио да је тужба поднесена изван рока.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев. 53/10-2 од 10. новембра 2010. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr/>).

³¹³ Ово је заправо била идеја професора Константиновића, и то заиста бриљантна идеја која је значајно допринела језичким квалитетима Закона о облигационим односима. Професор Константиновић је ово и објаснио у претходним напоменама Скице за законик о облигацијама и уговорима истичући да је дужини скице Законика допринело мало и то што сваки став њених чланова садржи само једну реченицу, нема у њој ниједног става у коме ће се наћи тачка у тексту: у сваком ставу мисао тече од почетка до краја без заустављања, а то је урађено да би закон био јаснији и приступачнији и лицима без правничког образовања.

да је интенција твораца Закона о облигационим односима била да сваки став садржи само једну реченицу, решење се могло пронаћи у спајању ставова, односно у једној, можда превише дугачкој али ипак једној реченици која би обухватила све врсте долозних, кулпозних и породичних паулијанских тужби и која би гласила: „Теретно располагање може се побијати ако је у време располагања дужник знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то било познато или могло бити познато а ако је треће лице дужников супруг, или сродник по крви у правој линији, или у побочној линији до четвртог степена, или по тазбини до истог степена, претпоставља се да му је било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету повериоцима.“ Услов да је у питању теретно располагање је идентичан као и код свих варијанти долозних и кулпозних тужби, и све што је речено приликом излагања о тим врстама паулијанске тужбе вреди и овде.

Други услов говори о несавесности дужника о којем је, такође, било речи приликом излагања долозних и кулпозних паулијанских тужби. Заправо, а имајући у виду да је ова одредба Закона о облигационим односима логички наставак претходне одредбе, за успех породичне паулијанске тужбе је неопходно да је у време располагања дужник знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима.

Обзиром да је могуће како долозно тако и кулпозно поступање дужника, можемо закључити да наше право познаје две подврсте породичне паулијанске тужбе и то су:

1. Долозна породична паулијанска тужба (*actio pauliana dolosa familiaris*);
2. Кулпозна породична паулијанска тужба (*actio pauliana culposa familiaris*).

У погледу прве подврсте, долозне породичне паулијанске тужбе, потребно је да на страни дужника буде испуњен услов да је дужник знао, у време располагања у корист лица из круга *familia suspecta*, да предузимањем наведеног располагања наноси штету својим повериоцима. У том смислу, његово стање свести мора бити идентично као и код долозне паулијанске тужбе. Друга наведена подврста, кулпозна

породична паулијанска тужба се одликује околношћу да је дужник могао знати, у време располагања у корист лица из круга *familia suspecta*, да предузимањем наведеног располагања наноси штету својим повериоцима. Дакле, стање свести дужника у овом случају ће бити идентично као код кулпозне паулијанске тужбе.

Трећи услов који ова тужба захтева је објективне природе, односно да је треће лице оно које закон препознаје као лице из круга сумњиве породице.

2.2.5.2. Familia suspecta

Сумњива породица представља круг одређених лица, дужникових сродника, за које право побијања изражава сумњу да поступају у доброј вери у односу на дужникова располагања учињена у њихову корист. Тај круг лица дефинише законодавац на основу емпиријског сазнања о пракси располагања међу сродницима у жељи да се избегне намирење поверилаца над имовином која је предмет располагања. У нашем праву постоји четири категорије сродника које право побијања препознаје као *Familia suspecta*. То су, дужников:

- 1) супруг;
- 2) сродник по крви у правој линији;
- 3) сродник по крви у побочној линији до четвртог степена;
- 4) сродник по тазбини до четвртог степена.

Упоредна решења у погледу круга лица која чине *familia suspecta* варирају од права до права. Тако рецимо, Мађарски Грађански законик *familia suspecta* означава само једним термином рођак³¹⁴ и препушта судовима да утврде домашај овог појма док Холандски грађански законик исцрпно набраја све чланове *familia suspecta*.³¹⁵

³¹⁴ Видети 6:120 (2) Мађарског грађанског законика.

³¹⁵ Видети члан 3:46.1. Холандског грађанског законика.

2.2.5.2.1. Брачни друг

Логично и потпуно оправдано, а имајући у виду друштвени значај брака, прва категорија на коју се односи *familia suspecta* је дужников супруг. Најпре, озбиљна критика овој одредби се може ставити у погледу дефинисања овог лица, наиме термин супруг не означава оно што се жели постићи оваквим правилом. Реч је о термину који је мушког рода и односи се само на мушког субјекта у оквиру дефиниције да је брак законом уређена заједница живота жене и мушкарца. Сигурно није интенција законодавца била да ограничи побијање у овом смислу само на ситуацију када је жена као дужник располагала у корист свог супруга. Аутор овог рада је покушао да дође до сазнања из ког разлога је законодавац искористио термин супруг када је желео да означи супружника, односно брачног друга. Наиме, анализирајући одредбе Породичног закона, аутор овог дела је утврдио да се у њему ниједном не помиње појам супруг, када говори о субјектима брака, закон говори искључиво у множини а када баш мора да дефинише правило за само једног брачног друга, закон користи термин супружник. Међутим, неће бити од велике помоћи анализа Породичног закона који је донет скоро 30 година након ступања на снагу Закона о облигационим односима. Ипак, овај приказ је дат са идејом да укаже на могуће проблеме приликом разумевања норме, нарочито од стране судова, имајући у виду да се терминологија закона мора разумети у духу значења одређеног појма у позитивном праву. Аутор примећује да је појам „супруг“ искоришћен од стране професора Константиновића у Скици за законик о облигацијама и уговорима³¹⁶, па закључује, имајући у виду снажан утицај Скице на Закон о облигационим односима да је ипак идеја потекла управо из Скице. У том смислу потребно је утврдити терминологију закона који је уређивао брак а био је на снази у време када је професор Константиновић писао Скицу за законик о облигацијама и уговорима. Реч

³¹⁶ Члан 228. ст. 2. Скице за законик о облигацијама и уговорима.

је о Закону о браку Социјалистичке републике Србије из 1974. године и заиста, ни овај закон не садржи наведени термин већ користи термин брачни друг, у складу са друштвеним миљеом тога времена. Да ствар буде још чуднија, Закон о побијању правних дела изван стечаја као једино правно правило које је уређивало институт побијања није користио термин „супруг“ већ термин брачни друг.³¹⁷ За разлику од Закона о побијању правних радњи изван стечаја, аустријски Закон о побијању правних послова из 1914. године заиста користи појам супруг³¹⁸, који се неизмењено примењује у позитивном праву Аустрије.

У македонском Закону за облигационити односи, овај проблем је додатно видљив, обзиром да овај закон код означавања тазбинског средства користи појам „ли по жена од истиот степен“ што упућује да се појам супруг користи само у мушком роду. За разлику од њега, хрватски Закон о обвезним односима се у овом делу користи термин брачни друг.³¹⁹ Остављајући по страни ову дилему, иако се аутору овог рада чини да је потребно изменити, односно прилагодити терминологију, заиста проблем није уочен ни у теорији ни у пракси па се може закључити да је норма тумачена, уз помоћ циљног тумачења, као да се она односи на супружнике а не само на супруга. Једино на овај начин сама норма добија смисао и оправдава своје постојање и предвиђени домен примене.

У погледу брачног статуса у односу на временски тренутак када је радња дужникова која се побија предузета могуће је неколико различитих ситуација. Најпре, ту је ситуација да је брак био закључен пре располагања и био на снази у тренутку предузимања располагања од стране дужника. Несумњиво ће супружник који извлачи корист из таквог дужниковог поступка ући у круг *familia suspecta*, то је оно што чини срж ове одребе.

Друга могућа ситуација је да треће лице у чију корист је дужник начинио одређено располагање у моменту предузимања ове правне радње није било у браку са

³¹⁷ Видети §4. Закона о побијању правних дела изван стечаја.

³¹⁸ Према преводу Драгољуба Аранђеловића из 1921. године, издавач Просвета ад Београд.

³¹⁹ Видети члан 67. ст. 2. Закона о обвезним односима Републике Хрватске.

дужником али је доцније брак између ова два лица закључен. Према мишљењу Божидара Марковића, одредба члана 281. ст. 2. Закона о облигационим односима не покрива овај случај, па се такво лице неће моћи убројати у *familia suspecta*.³²⁰ На жалост, аутор овог рада ће морати да се сложи са наведеним ставом. Иако је то велика мана концепције породичне паулијанске тужбе из Закона о облигационим односима, норма се мора тумачити онако како она гласи, најпре у складу са њеним језичким значењем, а очито, норма не обухвата овај случај. Као последица овога, закључак који се може извући је да је из круга *familia suspecta*, у оквиру којег поверилац има значајно једноставнији задатак у погледу доказивања, о чему ће доцније бити више речи, измиче лице које доиста са дужником, у моменту предузимања радње, није било у браку али је доцније ступило у брак. Неправичност одредбе је очигледна и зато би требало размотрити могућност да се она прошири и на оне случајеве у којима је брак закључен доцније у односу на дужникову радњу располагања. Као добар модел може послужити правило из Закона о побијању правних дела изван стечаја који се изречном одредбом „пре или за време брака“ јасно опредељује у корист предлога који је дат у овом раду. Иначе, занимљиво је да се ова одредница не налази у §4. Закона о побијању правних дела изван стечаја која говори о блиским својацима већ у §2. тачка 3.³²¹ По мишљењу Божидара С. Марковића оваква законодавна техника није случајна, она је учињена са јасном намером да се у погледу брачног друга нагласи да је свеједно да ли је дело учињено „пре или после брака“. ³²² Заиста нема оправдања на основу којег би се могао искључити из законског регулисања *familia suspecta* будући супружник.

Као трећа могућа ситуација јавља се случај бившег супружника и питање може ли се он уврстити у круг који обухвата *familia suspecta*? Ипак, пре него што се

³²⁰ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.987; идентично правило је било формулисано и у Скици за законик о облигацијама и уговорима.

³²¹ Видети §2. и §4. Закона о побијању правних дела изван стечаја.

³²² Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 93; Овај аутор такође наводи да разлог овом изузетку, при коме се закон задовољава и предбрачним стањем, лежи у околности да брачни однос по правилу представља дуже и интимније познанство, тако да баца сумњу и на послове закључене међу супружницима извесно време пре брака; ову сумњу још више појачава управо та околност да су таква лица доцније ступила у брак, наведено дело, стр. 93.

размотри ово питање, овде би ваљало напоменути да се овај случај не односи на ситуацију у којој је брак постојао у моменту предузимања располагања од стране дужника а до подношења тужбе треће лице које би било противник побијања престане да буде супружник дужников. У том случају је заправо реч о првој ситуацији у погледу дужниковог брака па је јасно да је тужба могућа и дозвољена а да такво лице улази у круг *familia suspecta*. Зато ће одговор на питање да се концентрише на ситуацију правог бившег супружника дужниковог чији је статус престао пре тренутка дужниковог располагања. Разуме се, два одговора су могућа, да бивши супружник улази у круг *familia suspecta* и да не улази. Најпре се може закључити да Закон о облигационим односима не убраја бившег супружника у круг лица који чине сумњиву породицу. Ипак, не може се не приметити да овакво решење, у одређеним случајевима, неће испунити задатак који је пред њега постављен. Рецимо у случају развода брака, не види се јасна логика због чега побијање дужниковог располагања у корист бившег супружника не би могло да буде побијано у складу са правилима које важе за *familia suspecta*. Бивши супружник дужников може остати у веома присним односима са дужником и његовом фамилијом, те заиста такво лице по свим својим особеностима а понајвише са могућом везом са дужником која опстаје и након развода заслужује да се у њега сумња у погледу дужникових располагања учињених у његову корист. Ово ће нарочито бити случај када супружници имају заједничку децу. У крајњој линији, дужник, да би се наругао постојећем правилу а пре свега у покушају да заштити своју имовину, може фиктивно развести брак са својим супружником пре предузимања правне радње за коју може очекивати да ће бити предмет побијања. У том случају, дужник ће значајно олакшати положај свог, сада већ бившег супружника, у парници за побијање, обзиром да ће поверилац морати да користи долозну, кулпозну или неку мешовиту тужбу, која је у погледу доказивања степена несавесности значајно неповољнија за повериоце. Поред овога, дужник ће значајно смањити рок у којем се побијање може остварити обзиром да је рок за побијање теретних правних послова по општем правилу три пута краћи од рока који је предвиђен за случај породичне паулијанске тужбе. Последице развода не морају бити значајне у односу на личност дужника јер

се брак свакако поново може закључити када опасност побијања прође. Ову могућност није садржао ни Закон о побијању дела изван стечаја нити је садржи аустријски закон о побијању правних послова. Ипак, чини се да би било јако добро, из угла поверилаца, пре свега да би се могућност изигравања прописа од стране дужника елиминисала, предвидети овакву могућност одредбама Закона о облигационим односима.

2.2.5.2.2. Сродници по крви у правој линији

Другу категорију која улази у круг *familia suspecta* чине сродници по крви у правој линији. Као што се може приметити, у погледу дужникових сродника у правој линији не постоји никакво ограничење у погледу степена сродства. Крвно сродство је веза која постоји између лица за које је утврђено, према важећим правним правилима, да проистичу једно од другог или проистичу од заједничког претка. Заснива се рађањем. Низ сродника по крви који проистичу један од другог чине једну замишљену праву линију (*linea recta*). У теорији се истиче да права линија може бити усходна, ако се посматра од једног лица ка његовим прецима, на пример син-отац, или нисходна уколико се посматра од родоначелника ка потомцима, на пример деда-отац. Тако у ову групу право побијања убраја дужникове претке и по оцу и по мајци као и све дужникове потомке, јер као што смо напоменули, степен сродства није од значаја. Интересанто је напоменути да располагање дужниково учињено у корист његових сродника по крви представља најчешћи случај побијања дужникових правних радњи.

У погледу ванбрачних сродника по крви у правој линији, иако закон то посебно не истиче, може се закључити да и они улазе у круг *familia suspecta* управо као дужников сродник по крви у правој линији. Тако ће дужниково ванбрачно дете свакако бити лице које представља сумњиву породицу.

Када је реч о усвојењу као облику грађанског сродства, може се приметити да Закон о облигационим односима не познаје изречно ову категорију лица као лица која улазе у оквир *familia suspecta*. Наш претходни закон који је регулисао ово правно питање³²³ је познавао две врсте усвојења: потпуно усвојење (*adoption plena*)³²⁴ и непотпуно усвојење (*adoption minus plena*)³²⁵, предвиђајући правила о дејству ове две врсте усвојења. Међутим, под снажним утицајем упоредног права, међународних организација као и међународне заједнице као правило је у Породични закон ушло само оно које регулише потпуно усвојење. Имајући у виду правило да се усвојењем између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових сродника заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља односно других сродника³²⁶, чини се је потпуно јасно да усвојењем наступа однос идентичан односу сродника по крви у правој линији, па ће ова лица бити обухваћена породичном паулијанском тужбом.

2.2.5.2.3. Сродници по крви у побочној линији

Трећу категорију *familia suspecta* чине дужникови сродници по крви у побочној линији до четвртог степена. У случају да низ сродника не проистиче један од другог, већ од заједничког претка, родоначелника, онда су то крвни сродници у побочној линији (*linea collateralis*), који такође, у смислу права побијања изазивају сумњу када је дужниково располагање учињено у њихову корист. Ово побочно сродство може бити пунородно, ако сродници потичу од заједничког пара предака и такви сродници називају се германи. Побочно сродство може бити и полуродно, уколико сродници имају само једног заједничког претка, рецимо полубраћа и полусестре, при чему ако је тај заједнички предак отац онда се зову консангини, а ако

³²³ Реч је о Закону о браку и породичним односима из 1980. године.

³²⁴ Чланови 188-199. Закона о браку и породичним односима.

³²⁵ Члан 161. Закона о браку и породичним односима и даље.

³²⁶ Члан 104. Породичног закона.

је мајка зову се утерини. Све ове набројане категорије лица улазе у заједнички појам сродника по крви у побочној линији, с тим да треба увидети да ограничење ипак постоји. Наш законодавац је границу побочног сродства поставио на четврти степен, процењујући да је то сасвим довољно за адекватну заштиту поверилаца, што је једно фактичко и емпиријско питање. Када се каже до четвртог степена онда законодавац мисли укључујући и четврти степен, што је сасвим уобичајен начин рачунања у праву. Степен сродства се рачуна по принципу *quot generatione tot gradus*, односно по броју рођења између тих лица. Ако се има у виду да ће као *personae suspecta* у односу на дужника бити убројани дужникова браћа и сестре, њихова деца и унуци, стричеви, ујаци и тетке како по оцу тако и по мајци, као и њихова деца, онда се чини да овај случај ипак покрива оне ситуације које ће се, по логици ствари, најчешће дешавати у пракси. Међутим, како је могуће, макар и теоријски, а чини се да има и практичних примера да у присним односима буду и рођаци у петом или неком доцнијем степену сродства по крви у побочној линији, основано се може приговорити нашем законском решењу да је можда имало смисла, приликом прописивања сродства по крви у побочној линији, као *familia suspecta*, занемарити степен сродства, па предвидети правило по којем ће сродство по крви у правој и побочној линији одредити круг лица *familia suspecta*.

2.2.5.2.4. Тазбинско сродство

Као последњу категорију сродства које обухвата појам сумњиве породице законодавац убраја и тазбинско сродство. *Ratio legis* оваквог поступања законодавца лежи у околности да се закључењем брака формирају односи између сродника брачних другова који заиста могу, односно често јесу такви, да у потпуности имитирају односе сродника по крви. У том контексту, располагање учињено између тазбинских сродника заиста изазива сумњу у мотиве због чега се то тако чини. У погледу сродника по тазбини, могла би се упутити и критика законодавцу имајући у

виду начин на који је прописано до ког степена ће сродник по тазбини ући у круг *familia suspecta*. Наиме, у Закону о облигационим односима стоји одредница „по тазбини до истог степена“ па се тек циљним тумачењем може утврдити да је степен, на који је мислио законодавац прописујући правило, заправо идентичан оном који се односи на дужникове сроднике по побочној линији, а то је четврти степен. Иако ствар није спорна, чини се да би много прикладнија формулација била „у побочној линији и по тазбини до четвртог степена“. Због чега је оваква техничко-правна формулација пронашла своје место у Закону о облигационом односима аутор овог рада није успео да утврди, међутим може се претпоставити могуће објашњење, да је приликом формулисања норме првобитна идеја законодавца била да тазбинско сродство буде обухваћено до неког другог степена сродства а да је у финалној редакцији текста ипак одлучено да степен сродства и у случају тазбинског сродства буде идентичан као и код сродника по крви у побочној линији.³²⁷ Међутим, предвиђање правила да ће у круг *familia suspecta* ући дужникови сродници по тазбини до четвртог степена, законодавац је учинио, по мишљењу аутора овог рада, *in favorem creditori*, уколико се има у виду околност да ће располагање дужника ретко бити учињено у корист сродника по тазбини у трећем или четвртом степену сродства, али закон покрива и овакав теоријски случај. У круг сродника по тазбини ће бити укључени дужников свекар или свекрва, таст или ташта, зетови и снаје, пасторци, девери, шураци, пашенози и крвни сродници свих ових лица до четвртог степена сродства у односу на дужника.

У погледу тазбинског сродства, обзиром да оно настаје закључењем брака, логична последица је додатни услов да је брак постојао у моменту предузимања располагања од стране дужника.³²⁸ Сродство по тазбини мора постојати у тренутку предузимања дужникове правне радње која је предмет побијања. Уколико је брак престао услед поништаја, после закључења дела наравно, сматра се да сродство по

³²⁷ Рецимо у члану 256. ст. 2. словеначког Облигациског законика је предвиђено да ће се у погледу породичне паулијанске тужбе тазбинско сродство зауставити на другом степену.

³²⁸ Божић С. Марковић, наведено дело, стр.98.

тазбини, услед ретроактивног дејства поништаја, није ни постојао.³²⁹ Међутим, уколико је брак постојао у тренутку предузимања располагања од стране дужника, али је доцније престао услед развода или смрти, обзиром да ови разлози не прекидају успостављене односе тазбинског сродства, узеће се приликом оцењивања од стране суда као да брак постоји и у том тренутку.

2.2.5.2.5. Критика круга *familia suspecta*

Имајући у виду круг лица која улазе у круг сумњиве породице, према одредбама Закона о облигационим односима, неколико критика се може упутити постојећем законском правилу. Најпре, као што је већ напоменуто, одредница дужников супруг је формално-тенички неисправна јер може бити спорно да ли се може односити на оба супружника. Затим, такође у погледу појма супруг, правило је исувише уско тако да не обухвата ситуације када је располагање учињено у корист будућег супружника а ваљало би размотрити да се овај појам прошири и на бившег супружника.

Поред овог, као значајна критика појма *familia suspecta* у нашем праву се може навести да овај појам не обухвата ванбрачног партнера. Ово је додатно чудна околност, имајући у виду да је већ значајан период времена теорија и законско уређење породично-правних односа на страни става да ванбрачна заједница у значајном делу права и обавеза имитира брак. Тако, важећи Породични закон предвиђа правило по којем ванбрачни партнери имају права и дужности супружника³³⁰. То је уосталом потврђено и чланом 4. ст. 1. Породичног закона по којем ванбрачна заједница представља трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи. Обзиром на све ово, а посебно разумевајући фактичко стање према којем је значајан број заједница живота између жене и

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Члан 4. ст. 2. Породичног закона.

мушкарца заправо у форми ванбрачне заједнице, као и да између ванбрачних партнера постоје сви они разлози које смо навели код супружника због којих та лица чине *personae suspecta* из угла посматрања дужникових располагања и права побијања, чини се да је потребно допунити цитирано правило, односно ванбрачног партнера поставити у исти ранг у коме се сада налази супружник. У корист овог става се може изрећи још један, додатни, историјско-упоредни аргумент. Наш Закон о побијању правних дела изван стечаја, као и његов узор, аустријски закон о побијању правних послова, су лице које живи са дужником у ванбрачној заједници, означили као блиског својака односно блиског сродника, и укључили то лице у круг *familia suspecta*.³³¹

Као трећа критика која се може упутити важећем законском решењу у погледу сумњиве породице је свакако што у круг ових лица не улазе хранитељ и храњеник. Разлог је више него очигледан, између ових лица се прави толико снажна емотивно психолошка веза која често може бити снажнија од оне која постоји код крвних сродника, самим тим на ова лица би ваљало обратити посебну пажњу приликом формулисања правила о *familia suspecta*. И овде стоји историјско-упоредни аргумент, имајући у виду да су ова лица била део сумњиве породице у Закону о побијању правних дела изван стечаја као и аустријског Закона о побијању правних послова.³³² Такође, као четврта критика која се може упутити на овом месту, искључиво из разлога уважавања стварности, је та што у круг *familia suspecta* не улазе ни лица из истополних заједница. Међутим, томе очигледно мора претходити генерално правно регулисање ових заједница.

Посебна дебата се може повести око тога да ли се одредба о *familia suspecta* у нашем праву може посматрати тако да она обухвати и одређена лица, дужникове

³³¹ Закон о побијању правних дела у §4. је то учинио кроз појам блиски својак, а аустријски Закон о побијању правних послова, такође у §4. кроз појам блиски сродници. Разуме се, чини се да је овде реч само о другачијем преводу немачке речи *Angehörige* који је искоришћен од стране домаћег законодавца од онога који је користио Драгољуб Аранђеловић када је преводио аустријски Закон о побијању, а да су заправо у питању исти појмови.

³³² Истини за вољу, Закон о побијању правних дела изван стечаја је у овом погледу садржајнији, он садржи оба наведена појма и храњеника и хранитеља док његов аустријски узор садржи само појам храњеника, што је, чини се, редакцијски пропуст аустријског законодавца.

сроднике који нису изречно побројани као и друга лица међу којима постоје заједнички имовински и животни интереси, која живе са дужником у фактичким заједницама или су са њим у блиским односима друге врсте.³³³ Уосталом, питање не представља никакву новину, њим су се бавили и коментатори аустријског Закона о побијању правних послова као и коментатори нашег Закона о побијању правних дела изван стечаја.³³⁴ Разуме се, две опције су могуће приликом тумачења норме члана 281. став 2. Закона о облигационим односима: прво, по којем није могуће проширење појма сумњиве породице и на она лица која нису изречно означена самом нормом и друго, по којем је тако нешто путем аналогije могуће. Друго становиште у нашем праву заступа Божидар Марковић, који истиче, увидевши да норма не обухвата лица из ванбрачних заједница као и она повезана грађанским сродством (усвојеници и усвојитељи, хранитељи и храненици), да је за очекивати да ће наши судови путем аналогije примену породичне паулијанске тужбе проширивати и на ове две категорије лица, тим пре што се и новије југословенско породично право развија у том смислу.³³⁵ Аутор овог дела не дели овакав став. Најпре, норма се мора тумачити онако како она гласи јер закон је закон ма како опор био.³³⁶ Иако је ово, можда неправично решење, обзиром да је већ наведено која лица нису обухваћена нормом а чини се да би требало, укључујући и лица која наводи Божидар Марковић, норма се мора тумачити онако како она гласи. Заправо, уколико је норма јасна, онда тумачење није ни потребно или како би рекао Валтазар Богишић: „што свако једнако разумије, томе тумача не треба.“ Да је законодавац желео да норма буде примењена на шири круг лица могао је употребити одговарајућу правну технику за постизање тог циља. Међутим, то није тако учињено, набрајање унутар норме није набрајање *exempli causa* већ *numerus clausus*.

³³³ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.987.

³³⁴ Видети више, Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 100; иначе, овај аутор заступа став да није могуће проширење дејства норме о *familia suspecta* и на лица која нису изречно наведена у §4. Закона о побијању правних дела изван стечаја, а као додатни аргумент истиче да ни аустријски законодавац то није тако схватао овај појам а да је била у питању каква редакцијска грешка да је наш законодавац био у положају да је благовремено исправи, алудирајући да је Закон о побијању правних дела изван стечаја рецепција аустријског права.

³³⁵ Божидар Марковић, наведено дело, стр. 988.

³³⁶ Члан 988. Општег имовинског законика за Црну Гору.

2.2.5.3. Терет доказивања и положај странака у поступку

Можда најзанимљивије питање у оквиру породичне паулијанске тужбе је везано за *onus probandi* и генерално положај странака у поступку. Заправо, у овом погледу се рађа неколико важних правних питања. Најпре, сама породична паулијанска тужба је постављена на начин да у себи садржи претпоставку у случају да се покаже да је треће лице једно од оних које закон набраја. Та правна претпоставка је по својој правној природи оборива правна претпоставка што производи могућност за треће лице доказује супротно.³³⁷ Гледано из угла повериоца, за успех породичне паулијанске тужбе поверилац мора доказати услове већ наведене у претходном излагању. Дакле, поверилац мора доказати, поред општих услова и околност да дужникова правна радња која се побија представља теретно располагање, да је дужник у време располагања знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и да је треће лице једно од оних лица која су наведена самој одредби закона. У погледу услова да је реч о теретном располагању, то неће бити превише тешко повериоцу да докаже. Такође у погледу последњег услова, *familia suspecta*, поверилац мора само доказати да је треће лице или дужников супруг, или сродник по крви у правој линији, или у побочној линији до четвртог степена, или по тазбини до истог степена. Уколико успе да докаже ову чињеницу, да јесте реч о *familia suspecta*, аутоматски наступа последица, законска претпоставка да је том лицу било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима. У теорији се наводи оправдање *ratio legis* ове норме, да закон, због личних односа у којима блиски сродници стоје са дужником, оправдано претпоставља да су они у положају да познају материјално стање у којем се дужник налази, те да је њима лакше да пруже доказ о свом незнању него

³³⁷ Петар Кларић и Мартин Вердиш, наведено дело, стр. 174; Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 92; Љубиша Милошевић, наведено дело, стр. 210.

повериоцима да утврде супротно.³³⁸ Ово и јесте суштина уметања законске претпоставке у овом случају, *onus probandi* се пребацује са повериоца, тужиоца, на противника побијања, туженог. Доказивање сопственог незнања ће бити заиста тежак задатак за противника побијања.³³⁹ Међутим, важно је приметити да ова оборива претпоставка није била формулисана на исти начин у Скици за законик о облигацијама и уговорима. Наиме, професор Консантиновић није желео да у случају *familia suspecta* предвиди претпоставку да се сматра да је трећем лицу било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима већ на начин да се сматра да је трећем лицу била позната намера дужникова.³⁴⁰

Највећу дилему у теорији изазива питање да ли је поверилац ослобођен, поред околности да не мора доказивати несавесност трећег лица, и доказивања несавесности дужника, односно да је дужник у моменту располагања знао или могао знати да самим располагањем наноси штету повериоцима. Аутори који су се бавили овим питањем су углавном ствар посматрали *in favorem creditorum* и стали на становиште да поверилац не мора доказивати неопходно стање свести код дужника, односно да се претпоставља да је дужник несавестан самом чињеницом да је његово располагање предузето у корист лица из круга сумњиве породице. Тако рецимо, Божидар С, Марковић, анализирајући услове за успех ове тужбе по одредбама Закона о побијању дела изван стечаја, наводи да чим поверилац докаже да је друга страна блиски својак дужников, настаје оборива претпоставка да је код дужника постојала намера оштећења (имајући у виду да § 2. овог закона захтева дужникову намеру а не знање или могућност знања за последицу) и да је блиски својак знао за ту намеру.³⁴¹ Обзиром да је реч о тумачењу правила које није правило нашег позитивног права, иако би се вероватно у том смислу могла упутити критика, аутор овог рада се неће

³³⁸ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 988.

³³⁹ У једном случају о којем је расправљао Врховни суд Хрватске се само констатује: „Побијаном пресудом тврдња туженице да јој није било познато да њезин супруг предузетим располагањем наноси штету вјеровнику оцијењена је недоказаном.“ (Рев 285/11-2 од 7. маја 2014. године, извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

³⁴⁰ Члан 228. ст. 2. Скице за законик о облигацијама и уговорим.

³⁴¹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 92.

посебно бавити њиме, јер је овај став дат више као слика разумевања ове врсте паулијанске тужбе и положај страна у спору за побијање. Са друге стране, исти аутор на другачији начин поставља одговор на ово питање када је реч о одреби Закона о облигационим односима. Наиме, овај аутор наводи да се део одредбе „сматра се да му је било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету повериоцима“ може тумачити на два начина, граматички, који би упућивао на то да је блиски сродник у обавези да докаже само објективну околност да дужник није нанео штету повериоцима или логички, у којима блиски сродник доказује да дужник није знао нити могао знати да побијаним располагањем наноси штету својим повериоцима.³⁴² По мишљењу аутора овог рада, смисао одредбе ст. 2. члана 281. Закона о облигационим односима, која је логички наставак претходног става истог члана, треба тражити управо у логичкој вези између ова два става. Обзиром да је ставом 1. предвиђен услов који поверилац мора доказати како у погледу несавесности дужника тако и у погледу несавесности трећег лица, а ставом 2. је предвиђена претпоставка о несавесности трећег лица, логичан закључак који преостаје је да је поверилац и даље у обавези да докаже несавесност дужника на идентичан начин као и у случају доложне, односно кулпозне паулијанске тужбе. Разуме се, овакво тумачење би значајно умањило шансе за успех побијања, односно отежало положај повериоца у парници али се не може превазићи само језичко значење норме.

Са друге стране, гледано из угла туженог, он свакако може доказивати или да нису испуњени општи услови побијања, односно да није испуњен услов у погледу теретности посла предузетог у његову корист. Разуме се, његов положај као противника побијања, додатно оптерећује наведена оборива правна претпоставка која на његову страну пребацује терет доказивања у погледу његове савесности. Такође, пребацивање терета доказивања је такво да ће бити изузетно тешко за њега да докаже да је био савестан односно да му заиста није било познато да дужник предузетим

³⁴² Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 989; такође, овај аутор истиче да су највероватније редактори Закона, руковођени тежњом за опрошћавањем саме установе и скраћивањем текста, својом скраћеном редакцијом и не хотећи довели до тога да се смисао ст. 2. може тумачити занемарујући стање свести код дужника.

располагањем наноси штету својим повериоцима. Уочљиво је такође да закон приликом формулисања претпоставке користи само тежи облик несавесности трећег лица, да му је била позната последица која наступа за дужникове повериоце а не да му је могла бити позната. Ово је учињено из разлога што је за потребе конципирања претпоставке било неопходно одмах дефинисати овај тежи облик, што за противника побијања аутоматски значи да, ради успеха у спору мора доказати да му није била позната наведена околност. Његов положај је тежак из разлога што мора доказати чињеницу која је негативна, наиме, да му није било познато да услед предузетог располагања од стране дужника наступа штета за повериоце, а имајући у виду опште процесно правило да се негативне чињенице не доказују. Тако се он мора окренути посредном доказивању ове негативне чињенице, односно наводећи разлоге због чега се може закључити да му није била позната наведена околност. Рецимо, противник побијања може доказивати да услед неке дуготрајне обавезе није ни имао контакт са дужником у тренутку предузимања радње, па самим тим није могао имати позитивну представу о томе. Другачије је било формулисано правило о породичној паулијанској тужби у Закону побијању правних дела изван стечаја, наиме у §2 тачка 3. је било предвиђено да се побијати могу сва правна дела којима се наноси штета веровницима дужниковим а која је он учинио за последње две године пре побијања према својем брачном другу, пре или за време брака, или према другим блиским својацима или у корист споменутих лица, осим ако друга страна није знала нити је морала знати за дужникову намеру оштећења³⁴³. Иако постоје бројне друге разлике између овог правила и правила нашег позитивног права, на овом месту ће се испитивати само разлике у самој конструкцији претпоставке у оквиру норме. Дакле, и по овој одредби ће постојати оборива претпоставка да је треће лице несавесно у погледу дужниковог располагања. За закључак да је претпоставка оборива није потребно тумачење као у нашем позитивном праву, обзиром да норма то изречно говори.

³⁴³ Слично правило је било предвиђено и у §2. тачка 3. аустријског Закона о побијању правних послова.

2.2.5.4. Рок у којем се може вршити побијање

Када је у питању рок у којем су повериоци овлашћени да врше побијање располагања дужникових учињених у корист *familia suspecta*, у нашем праву, законодавац је препознао потребу раздвајања овог случаја од осталих случајева побијања дужникових теретних располагања. Рок за подизање *actio pauliana familiaris*, и то обе њене врсте, износи три године а рачуна се од дана када је дужниково располагање учињено. Поредџи са правилом које је било предвиђено у Закону о побијању правних дела изван стечаја, као и са аустријским Законом о побијању правних послова, закључак је да је наш законодавац одступио од дотадашњег схватања и прописао нешто дужи рок од ова два претходна закона. Наиме и Закон о побијању правних дела изван стечаја, и аустријски Закон о побијању правних послова као његов идејни узор, предвиђају да се побијање у овом случају може вршити од стране поверилаца у року од две године пре побијања.³⁴⁴

2.2.6. *Actio Pauliana utilis*

У праву се на много начина прави разлика између теретних и бестеретних располагања, тако и у праву побијања посебан режим завређују бестеретна дужникова располагања. Међутим, у праву побијања у ову категорију улазе и дужникове правне радње које су изједначене са бесплатним располагањем. Бесплатна располагања су сва она располагања која нису теретна тј. којима дужник умањује своју имовину, премда на то није обвезан. Реч је о концепцији која свој извор има у аустријском праву. Зато се код бесплатних располагања и са њима изједначених правних радњи сматра да је дужник знао да предузетим располагањем наноси штету

³⁴⁴ Видети §2. тач. 3. Закона о побијању правних дела изван стечаја односно §2. тач. 3. аустријског Закона о побијању правних послова.

повериоцима, и за побијање тих радњи не захтева се да је трећем лицу то било познато или могло бити познато.³⁴⁵

Оволика строгост према прибавиоцу на основу бесплатног дужниковог располагања или на основу радње која је са њим изједначена објашњава се у теорији са два начела, позната још у римском праву.³⁴⁶ Прво од њих је начело *nemo liberalis nisi liberates*, односно да је недозвољено да било које лице прави поклоне на рачун својих поверилаца. Са друге стране, имамо начело *quia ceratant de lucro captando et non de damno vitando*, односно да стицање прибавилаца у погледу оваквих дужникових радњи није скопчано ни са каквом жртвом са њихове стране, којом се оправдава отежано побијање стицања теретним путем. И заиста, у погледу бесплатних располагања дужникових и са њима изједначених правним радњама треће лице, противник побијања као прибавилац ништа не даје заузврат, он само добија корист из такве дужникове радње. Управо зато, слично као и код *familia suspecta* у оквиру породичне паулијанске тужбе, право побијања је сумњичаво према оваквим лицима, а због начина стицања одређене дужникове имовине. Међутим, за разлику од породичне паулијанске тужбе, значајно тежа последица је предвиђена у случају да је реч о дужниковој правој радњи која је предузета без накнаде дате од стране која прибавља неку дужникову имовину.

У енглеском језику постоји изрека која се приписује ирском писцу Џејмсу Џојсу, *be just before you are generous*. Управо се овом изреком и може објаснити разлог побијања бесплатних и са њима изједначеним располагањима, дужник нешто поклања а истовремено има повериоце којима дугује, чиме чини велику неправду која изискује санкционисање. Право побијања носи санкцију са собом и исправља непоштено понашање дужника

³⁴⁵ Члан 281. ст. 3. Закона о облигационим односима; члан 236. ст. 3. ОЗ Словеније; члан 281. ст. 3. ФБих; члан 281. ст. 3. ЗОО Републике Српске; члан 67. ст. ЗОО Хрватске; члан 270. ЗОО Македоније.

³⁴⁶ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.991.

2.2.6.1. Услови

За разлику од претходних случајева, код којих је постојало више услова који морају бити испуњени за коришћење неке од наведених тужби, код квазипаулијанске тужбе говоримо само о једном услову за коришћење ове врсте паулијанске тужбе. То је услов да је дужникова радња која се побија од стране поверилаца бесплатно располагање дужника или са њим изједначена правна радња. Дакле, реч је о објективном услову који поверилац мора доказати и зато је од пресудне важности разумевање ових појмова, бесплатно располагање дужника и са њим изједначене правне радње, односно утврђење које радње у конкретном случају представљају овакву врсту располагања. Када се у поступку најзад докаже да је радња дужникова испунила услове да буде окарактерисана као бесплатно располагање дужника или правна радња која је изједначена са бесплатним располагањем, уз испуњење општих услова побијања, мале су шансе да поступак буде окончан на другачији начин од усвајања захтева за побијање.

На страни дужника у случају ове врсте паулијанске тужбе се не захтева испуњење било каквог субјективног услова, напротив одредба је генерисана тако да се његова несавесност претпоставља. Одредница да се сматра да је дужник знао да предузетим располагањем наноси штету повериоцима представља неоториву правну претпоставку па противник побијања не може доказивати дужникову савесност приликом предузимања правне радње која је предмет побијања. Овакво схватање је прихваћено и у судској пракси.³⁴⁷

³⁴⁷ „Према одредби чл. 281. ст. 3. ЗОО-а, код бесплатних располагања, какво је и даровање - којима дужник умањује своју имовину без права на протучинидбу премда на то није обвезан, има се сматрати (ради се о неоторивој законској пресумпцији) да је дужник знао да предузетим располагањем наноси штету вјеровницима - па се за побијање тих радњи не тражи да је трећој особи то било познато или могло бити познато, па тај трећи нити не може доказивати супротно.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев 195/09-2 од 23. фебруара 2010. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>); „У том случају вјеровник који побија правну радњу није дужан доказивати ни позитивно знање ни скривљено незнање дужника, ни треће особе у чију корист је радња предузета. Осим тога, за разлику од тзв. "паулијанске тужбе" из чл. 281. ст. 2. ЗОО код бесплатног располагања ради се о неоторивој законској пресумпцији па корисник бесплатног располагања (противник побијања) не може доказивати

Никакав субјективни услов на страни противника побијања се не поставља у случају бесплатних располагања и са њима изједначених правних радњи а законодавац чак и инсистира да за побијање тих радњи не захтева да је трећем лицу било познато или могло бити познато. Због чега је било потребно овакво изречно назначење у законском пропису да се не захтева испуњење субјективног услова на страни противника побијања односно да му је било или могло бити познато се наведеним располагањем наноси штета повериоцима? Одговор на ово питање није лако дати обзиром да наведена формулација, чини се, није ни била неопходна. Довољно је било само рећи да се побијати могу и бесплатна располагања и са њима изједначене правне радње уколико се њима оштећују повериоци. Још више чуди потреба законодавца да на страни противника побијања не искључи потребу доказивања само долуса, већ он изречно искључује и потребу доказивања кулпе, обзиром да искључивањем потреба доказивања долуса се практично односи и на искључивање доказивања кулпе.

Међутим, оваква одредба је заузела своје место у Закону о облигационим односима и поред околности да је у Скици за законик о облигацијама и уговорима, професора Константиновића, која је била основ за доношење закона, она била формулисана на сасвим другачији начин. У Скици, одредбом о квазипаулијанској тужби је било предвиђено да је за опозивање бесплатних располагања и правних послова који су изједначени са њима је довољно да у време располагања дужник знао или је морао знати да предузетим располагањем наноси штету повериоцима.³⁴⁸ Дакле, ова одредба је предвиђала да, истина, на страни противника побијања не мора бити испуњен и доказан било какав субјективан услов, међутим, у погледу дужника правило је било формулисано сасвим другачије него што је данас случај. У погледу дужника поверилац је морао да докаже да је у време располагања дужник знао или је морао знати да предузетим располагањем наноси штету повериоцима.

супротно јер се према одредби чл. 281. ст. 3. ЗОО за побијање тих радњи не захтјева да је трећој особи то било познато или могло бити познато.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 412/08-3 од 5. јануара 2010. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

³⁴⁸ Члан 228. ст. 3. Скице за законик о облигацијама и уговорима.

Наведено правило предвиђа два могућа степена свести дужника, долус и кулпу, а за успех у парници, поверилац мора доказати барем један. Мењајући ово правило из Скице, творци Закона о облигационим односима су, новом одредбом значајно проширили могућност побијања а имајући у виду да доказивање било ког субјективног елемента, чак и оног најједноставнијег, неминовно води смањеној могућности да се успе у поступку.

По класичном приступу, код бесплатних располагања је пресудно да је онај који такво располагање чини имао *animus donandi* или намеру дарежљивости. Значај ове конструкције у практичном смислу је изузетан. У спорним случајевима у којима није потпуно јасно да ли је реч о бесплатном располагању или не, утврђивањем да ли постоји намера дарежљивости онога ко располагање предузима наведена дилема се лако решава. Међутим, у праву побијања утврђивање намере дарежљивости мора имати ограничену примену. Наиме, у случају коришћења, од стране повериоца, квазипаулијанске тужбе, приликом доказивања услова које право побијања захтева, може се од поверилаца захтевати у погледу карактера дужникове радње или да докаже *animus donandi* или да докаже да је дужникова имовина, на основу предузете радње, само умањена. Прихватањем прве опције, ова врста побијања би се претворила у своју супротност, обзиром да би поверилац морао да доказује један субјективни услов на страни дужника, намеру дарежљивости приликом предузимања правне радње која је предмет побијања, што би значајно отежало побијање и ограничило његово поље деловања. Прихватањем друге опције, пак, би се ова врста побијања објективисала до крајњих граница и свела на математичко утврђивање да ли је дужник нешто добио, у имовинском смислу, од предузете радње. Зато се аутору овог рада чини најбољим решењем да се као правило утврђује објективна чињеница да ли је дужник заиста нешто добио из предузете радње која је предмет побијања, а да се као помоћно средство овог утврђења, у спорним случајевима којих има а биће их и даље, корективно провери да ли постоји *animus donandi* на страни дужника.

Као што се може видети законски услов ове врсте побијања се састоји од два дела, односно обухвата како бесплатна дужникова располагања тако и дужникове правне радње које се изједначују са бесплатним располагањем. Међутим, да би правна радња одговарала једном од та два услова по мишљењу Божицара Марковића, које се може прихватити, неће бити меродавна воља дужникова а још мање мотив располагања него садржина правног дела, а нарочито његов ефекат на имовину дужникову, то јест околност да у њу није ушло ништа као противвредност за оно што је услед тога дела из ње изишло.³⁴⁹

2.2.6.1.1. Бесплатна дужникова располагања

Обзиром на начин на који је формулисана норма о квазипаулијанској тужби у нашем праву ванстечајног побијања, нема дилеме да се бесплатна дужникова располагања превасходно односе на директно отуђење какве његове имовине у корист противника побијања за коју дужник није добио никакву надокнаду.

У том смислу уговор о поклону заузима посебан положај. Као што је познато уговор о поклону није регулисан Законом о облигационим односима. Међутим, према Српском грађанском законнику „ поклон бива када ко добровољно другоме што да не иштући нити примајући икакве за то накнаде“.³⁵⁰ Такво давање мора бити спонтано а спонтано је ако воља поклонодавца није изјављена у нужди, због тешког материјалног стања или стања зависности, то јест под утицајем, фактичке присиле, којом би се могло објаснити зашто неко пристаје да даје више од онога што прима.³⁵¹ Као најчешћи вид бестеретног располагања у материји облигационог права, уговор о поклону је увек био под посебном лупом права побијања. Овакав статус уговор о

³⁴⁹ Божицар С. Марковић, наведено дело, стр.112.

³⁵⁰ §561. Српског грађанског законика.

³⁵¹ Марко Ђурђевић, Уговор о поклону, стр.49, Правни факултет универзитета у Београду, 2012. године.

поклону је оправдано и заслужио, обзиром да је реч о једном он најчешћих коришћених начина којим се оштећују повериоци, односно избегава одговорност за сопствене дугове. Нарочито ће уз помоћ овог уговора дужници покушати да избегну одговорност за дугове по основу пореза. У једном случају је порески дужник покушао да избегне одговорност за дуг тиме што је поклатио своју непокретност и то након што су одређене мере обезбеђења потраживања од стране пореског органа.³⁵².

Бесплатно располагање дужниково ће постојати, према мишљењу појединих аутора и у случају давања јемства од стране дужника или каквог другог обезбеђења, најчешће залог ради обезбеђења дуга трећег лица према његовом повериоцу. Такође, у члану 2901. ст. 2. Италијанског грађанског законика изречно стоји да ће се обезбеђење туђег дуга сматрати располагањем без накнаде. Обзиром да је ово питање знатно значајније за право побигања у стечају, а спорно је и у теорији и у пракси, аутор овог рада ће њему посебну пажњу поклонити у материји стечајног побигања.

³⁵² „У поступку пред нижеступањским судовима утврђене су следеће одлучне чињенице: да је рјешењем Министарства финансија – Порезне управе, Подручни уред Ријека, Испостава Делнице, Класа: УП/И-415-02/04-1/89 од 6. вељаче 2006. утврђено да порезни дужник Б. Ј. из Д., на име порезног дуга на дан 6. вељаче 2006. дугује износ од 210.975,12 кн (главница 164.013,16 кн те камата 46.961,96 кн), те је наложено порезном дужнику да у року од осам дана од дана примитка рјешења плати наведени порезни дуг; да порезни дужник, односно Б. Ј. није платио наведени дуг; да је исти уписан као сувласник у 1/2 дијела к.ч.бр. 1388/6 шума, укупне површине 41 м² из з.к.ул. 1377 к.о. Д. ИИ, док је некретнина уписана као к.ч.бр. 1372/13 кућа, двориште и пашњак од 617 м² уписана у з.к.ул. 1888 к.о. Д. И, уписана као сувласништво туженица свакој у 1/4 дијела; да је рјешењем истог суда пословни број Оврв-249/06 од 1. просинца 2006. ради осигурања новчане тражбине тужитељу у односу на дужника Б. Ј. одређено осигурање укњижбом заложног права у корист предлагатеља осигурања – тужитеља на некретнинама Б. Ј. и то на некретнини описаној као к.ч.бр. 1372/13 з.к.ул. бр. 1888 к.о. Д. И, те да је рјешењем Земљишно-књижног ођела истог суда одбијена provedба рјешења о осигурању у односу на предметну некретнину јер иста више није у власништву дужника тужитеља – Б. Ј., већ туженица; да су дужник тужитеља као дароватељ и туженице као даропримци 28. липња 2005. закључили уговор о даровању, те да је потпис дароватеља на истом овјерен с даном 27. липња 2005.; да је предмет уговора већи број некретнина, између осталих и к.ч.бр. 1372/13 к.о. Д. И, у нарави кућа и двориште, као и к.ч.бр. 15529/1 к.о. Д. ИИ у нарави пословни простор површине 34,51 м²; да је Б. Ј. отац туженица. На темељу таквих утврђења нижеступањски судови су закључили да су се испунили увјети из чл. 281. ст. 1., 2. и 3. Закона о обвезним односима налазећи да је наведено даровање у корист туженица учињено на штету тужитељице – како не би могла остварити своје потраживање порезног дуга према Б. Ј. и то у увјетима кад исти нема довољно средстава за подмирење потраживања, а све с обзиром на то да и поред упозорења исти није свој дуг подмирио.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 46/09-2 од 23. марта 2011. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

Међутим због потребе целовите обраде материје ванстечајног побијања, потребно је рећи да, приликом оцене да ли је овакво располагање које је дужник предузео бестеретно или не, увек треба имати у виду три важне околности. Прво, потребно је утврдити да ли је услед предузете радње дужникове на овај начин заиста и конкретно дошло до умањења његове имовине. Друго, у поступку се мора разјаснити да ли је дужник остварио регресно право према трећем лицу у чију корист је радња предузета и да ли је такво регресно право уопште и настало. Треће и последње, ваљало би утврдити да ли је у конкретном случају заиста реч о располагању без накнаде или радњи која је са њим изједначена или је дужник ипак остварио одређену имовинску корист, која не мора бити само у виду накнаде. У сваком случају, уколико поверилац успе са захтевом он се може остваривати искључиво према трећем лицу за којег се јемчи или гарантује а не према оном у чију корист су јемство или залога успостављени. Такав став дели и француски Касациони суд који је у једном случају пресудио да „када банка финансира куповину одређене непокретне имовине у доброј вери, њено право хипотеке остаје када је сам уговор о продаји означен без дејства применом члана 1167.“³⁵³

Посебан случај када ће постојати бесплатно дужниково располагања ће бити случај закључења уговора о расподели имовине за живота. Према овом уговору који познаје наше законодавство, предак може својим потомцима уступити и разделити имовину.³⁵⁴ Уговор ће бити пуноважан само ако су се са уступањем и расподелом сагласили сви уступиочеви потомци који ће по закону бити позвани да наследе.³⁵⁵ У случају када се на месту предака налази дужник, право побијања лоцира потенцијалну опасност и жели да контролише сам поступак, како би се утврдило да ли услед оваквог располагања долази до оштећења поверилаца. Управо зато је веома значајно правило члана 190. ст. 1. којим је прецизирано да потомци између којих је уступилац поделио своју имовину не одговарају за његове дугове ако шта друго није

³⁵³ Одлука Cour de cassation од 13.12.2005. године, наведено према Philippe Malinvaud, наведено дело, стр. 610.

³⁵⁴ Видети члан 182. Закона о наслеђивању.

³⁵⁵ Видети члан 183. ст. 1. Закона о наслеђивању.

уговорено.³⁵⁶ Међутим, уступиочеви повериоци могу уговор побијати под условима за побијање бесплатних располагања.³⁵⁷ Иако би у овом случају била могућа примена општег правила из члана 281. ст. 3. Закона о облигационим односима, сам Закон о наслеђивању означава овакво располагање као бесплатно и тако значајно олакшава позицију побијача у будућем спору за побијање. Садржински, ово заиста представља располагање без накнаде обзиром да потомци који добијају имовину од стране свог предака ништа не дају за узврат, па ће се због овога наћи на пасивној страни парнице за побијање и то као јединствени нужни супарничари. Уговор о расподели имовине за живота се закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе а производи дејство *inter vivos*, па поверилачко право на побијање настаје у моменту његовог закључења обзиром да је истовремено то и тренутак испуњавања општег услова права побијања-оштећења поверилаца.

2.2.6.1.2. Радње које су изједначене са бесплатним располагањем

Поред бесплатних располагања дужникових, Закон о облигационим односима, раме уз раме са њима, поставља и друге дужникове радње које су изједначене са бесплатним располагањем. У погледу овакве формулације, требало би одмах напоменути да су редактори Закона о облигационим односима, а чини се да је таква идеја у нашем праву потекла од професора Константиновића, дефинишићу ово правило, одступили од правила која су била позната у аустријском праву, односно у нашем праву на основу одредби Закона о побијању правних дела изван стечаја. Наиме, у погледу *Actio Pauliana utilis* аустријско право се задовољава, приликом дефинисања ове тужбе, формулацијом „располагања дужникова без накнаде“³⁵⁸. Са друге стране, Закон о побијању правних дела изван стечаја је у §3. искористио

³⁵⁶ Видети члан 190. ст. 1. Закона о стечају.

³⁵⁷ Видети члан 190. ст. 2. Закона о наслеђивању.

³⁵⁸ Видети §3. тачка 1. аустријског Закона о побијању правних послова.

конструкцију „бесплатна располагања дужника“. Имајући у виду ове две ствари закључак је да су редактори Закона о облигационим односима имали интенцију да прошире примену ове врсте паулијанске тужбе и на случајеве када дужник предузме радњу која је изједначена са бесплатним располагањем. Ипак, да би се утврдио домет овог правила Закона, потребно је утврдити које су то правне радње дужникове које су изједначене са његовим бесплатним располагањем. Закон о облигационим односима о томе ништа не говори. Рецимо, швајцарски *Loi sur la poursuite pour dettes et faillites* је у члану 286. ст. 2. предвидео деципну одредбу по којој ће се као поклон сматрати свако располагање дужника за цену која значајно одступа од вредности предмета продаје. Ипак, чини се да у нашем праву то није учињено случајно већ са јасном идејом да ће такво утврђење бити плод креације судова који ће одлучивати о захтевима за побијање. Зато би овде требало имати у виду да законско правило „и са њима изједначених правних радњи“ ваља тумачити као да је речено „правних радњи које се могу изједначити са бесплатним располагањем“ што повлачи са собом пресудну улогу судова који ће, кроз своје одлуке у парницама за побијање, дати смисао и оивичити на шта се односи наведена формулација.

У ову категорију би ваљало уврстити оне правне послове код којих, истина постоји накнада, али је она само симулована. Рецимо уколико је између дужника и противника побијања закључен уговор о продаји неке дужникове ствари услед којег долази до оштећења поверилаца а противник побијања никада није ни имао намеру да исплати уговорену цену нити је то учинио, у таквом случају се може рећи да је накнада симулована и да је реч о правној радњи дужниковој која је изједначена са бесплатним располагањем. У оваквом случају, симулована је не само накнада него читав правни посао, обзиром да се иза оваквог уговора о продаји заправо крије уговор о поклону у којем је дужник поклонодавац а треће лице, противник побијања поклонопримац, па се такво дужниково располагање треба побијати по поједностављеним условима. У једном случају из судске праксе противник побијања је покушао да докаже да је уговор којим је стекао дужникову имовину теретан јер је он преузео део дугова према дужниковим повериоцима али је суд утврдио да је реч

о симулованом уговору и да се исти може побијати по правилима која важе за побијање бесплатних располагања и са њима изједначеним правним радњама.³⁵⁹ Према ставу који је изражен у старијој пракси судова, у случају када је уговорена продаја а цена није плаћена, нема места побијању, а поверилац намирење може остварити на други начин.³⁶⁰ По мишљењу аутора овог рада, случај закључења уговора о продаји када уговорена цена није дужнику исплаћена од стране трећег лица може се од стране дужникових поверилаца побијати као симуловани уговор који у себи крије поклон или повериоци могу тражити извршење на потраживању које дужник има према купцу. Тај избор ипак мора остати на страни повериоца, а право повериоцу у овом случају не може наметати неко решење као обавезујуће.

Такође, могућ је случај закључења уговора о продаји неке дужникове ствари између дужника као продавца и противника побијања као купца а цена која је уговорена представља само незнатну накнаду у односу на вредност продате ствари, а услед овакве продаје се онемогућава намирење потраживања дужникових поверилаца. Тада исто можемо говорити о томе да је реч о правној радњи дужника којом се оштећују повериоци и то таквој правној радњи која је по свом ефекту изједначена са бесплатним располагањем. У оваквом и сличним случајевима ће бити неопходно утврдити стварну, тржишну вредност продате дужникове ствари, односно

³⁵⁹ „Судови су приговоре туженика да је ријеч о купњи некретнина, будући су преузели дугове своје кћери према другим вјеровницима с основом оцијенили неоснованим, утврдивши да управо из садржаја цитираног уговора недвојбено произлази да су уговорне стране јасно изразиле своју вољу за склапање даровног уговора, па стога туженици не могу основано истицати да је предметни даровни уговор привидан (чл. 66. ЗОО-а). Осим тога привидност уговора не може се истицати према трећој савјесној особи, а то су у конкретном случају тужитељи (ст. 3. чл. 66. ЗОО). Како је утврђено да дужник К. Б. нема довољно средстава за испуњење тужитељевих доспјелих потраживања (што она је и сама потврдила у свом исказу) нижеступањски судови су закључили да је подузета правна радња на штету вјеровника тј. тужитеља, а што је дужница знала јер је у смислу одредбе чл. 281. ст. 3. ЗОО-а кад се ради о бесплатним располагањима то претпоставља, док у односу на туженике као треће особе није одлучно, да ли су знали или им је то могло бити познато, да се тиме наноси штета вјеровницима тј. тужитељима. (Одлука Врховног суда Републике Хрватске, Рев-175/07-2 од 11. априла 2007. године, извор: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>)

³⁶⁰ „У захтеву за заштиту законитости све ово се не побија већ само тврди да није исплаћена куповна цена или бар не у целини. По мишљењу овог суда, питање исплате куповне цене није одлучно, јер то са гледишта повериоца нема утицаја на пуноважност уговора. Ако је ова тврдња тачна, противтужилац може да стави забрану на ово потраживање дужника, те да на тај начин наплаћује своју тражбину.“ (Пресуда Врховног суда Југославије Гз 59/72 од 3. новембра 1972. године, Збирка судских одлука, књига 17, свеска 4, одлука број 507, стр. 76-79, Београд 1974. година)

да ли се накнада коју је дужник остварио заиста може сматрати незнатном у односу на вредност отуђене ствари.

Поред овога, као правна радња која се може изједначити са бесплатним располагањем ће се сматрати отпуштање дуга. Обзиром да је реч о уговору, јер обавеза престаје кад поверилац изјави дужнику да неће тражити њено испуњене и дужник се са тим сагласи,³⁶¹ као радња побијања ће се у овом случају узети само закључење уговора од стране дужника, односно изјава да неће тражити њено испуњење. Ова изјава може бити дата у писменој или усменој форми, међутим, важно је приметити да она не производи правно дејство отпуштања дуга све док се дужник са тим не сагласи, па ће и право побијања морати да сачека овај тренутак. Разлози за уврштавање ове правне радње дужникове у правне радње које су изједначене са бесплатним располагањем су, по мишљењу аутора овог рада, више него јасни, обзиром да на страни дужниковог дужника нема никакве противнакнаде или другог давања за оно што добија од самог дужника.

Плаћање или признање застарелог дуга је исто тако правна радња дужника која може бити побијана квазипаулијанском тужбом.³⁶² Када цивилна обавеза дужникова постане само природна облигација, онда измирење ове обавезе, у случају када дужник није намирио остале своје повериоце чија су потраживања утужива, предствља оштећење поверилаца и може се побијати као правна радња која се може изједначити са бесплатним располагањем. Заиста, дужник испуњењем или признањем застарелог дуга од стране дужника његовом повериоцу предузима правну радњу на коју није овлашћен у ситуацији када потраживања осталих поверилаца нису намирена, а иако је реч о одговарању на један моралан захтев и сасвим оправдан захтев. Ако дужник испуни застарелу обавезу, нема право захтевати да му се врати оно што је дао, чак и ако није знао да је обавеза застарела.³⁶³ Ипак, у моменту када постоје повериоци дужникови који не могу намирити своје потраживање услед

³⁶¹ Члан 344. ст. 1. Закона о облигационим односима.

³⁶² Према одредби члана 366. Закона о облигационим односима, писмено признање застареле обавезе сматра се као одрицање од застарелости.

³⁶³ Видети члан 367. Закона о облигационим односима.

оваквог поступка дужниковог, право побијања налази да се таква радња може побијати имајући у виду да је превасходно у овом случају реч о оштећењу поверилаца а не о поштовању каквог моралног правила. Само побијање ће се у овом случају вршити квазипаулијанском тужбом обзиром да се испуњење застареле обавезе може изједначити са поклоном који је дужник учинио свом повериоцу. Ваљало би приметити на овом месту да се признање застарелог дуга неће моћи побијати као радња којом се оштећују повериоци у случају када након признања није уследило и плаћање од стране дужника. Тек плаћањем признатог а уствари застарелог дуга, заправо и долази до оштећења поверилаца јер све док тај дуг намирен није повериоци дужникови немају интерес да само признање побијају обзиром да приликом намирења ван стечаја не важи правило *par conditio creditorum*, па је за повериоце донекле и свеједно да ли дужник још неком дугује или не.³⁶⁴

Као примери правних радњи које се могу поистоветити са бесплатним располагањима дужниковим у теорији се наводе још и бесплатна уступања ствари, давање новца на бескаматни зајам, давање на послугу ствари за које се обично добија накнада, давање меничног акцепта без пријема валуте, као и одрицање и напуштање права позитивном радњом или пропуштањем.³⁶⁵ Последње наведено, пропуштање дужниково из којег настаје оштећење поверилаца заслужује посебну анализу. Важно је приметити да случајеви оштећења поверилаца који наступају на основу пасивног понашања дужниковог ће увек бити посматрани, из угла права побијања, као дужникова бестеретна располагања односно као радње које су са њима изједначене. У овим случајевима, дужник за своје пропуштање не добија никакву накнаду већ то чини бесплатно у односу на треће лице које остварује из тога какву корист па таква правна радња дужникова ће моћи да буде предмет квазипаулијанске тужбе.

³⁶⁴ Видети слично Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.114.

³⁶⁵ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.113.

2.2.6.2. Терет доказивања и положај странака у поступку

Посебном анализом се може доћи до закључка какав је положај странака у поступку и кога терети доказивање одређених чињеница да би се у спору за побијање успело. И у овом случају, *onus probandi* је на страни повериоца, разумљиво чини се, имајући у виду да је реч о активној страни у спору за побијање. Међутим, у случају квазипаулијанске тужбе, несумњиво, положај повериоца је најлакши у погледу доказивања у целокупном праву побијања. Наиме, као што је напоменуто, ову врсту паулијанске тужбе одликује само један услов, па је управо тај услов оно што поверилац мора доказати да би у спору успео, односно да би успешно побио дужникову правну радњу. Поверилац мора доказати да радња коју побија, а која је предузета од стране дужника, представља бесплатно дужничково располагање односно радњу која је изједначења са бесплатним располагањем. Уколико у томе успе, уз доказивање општих услова које право побијања захтева за сваки конкретан случај, спор ће бити окончан у његову корист усвајањем захтева за побијање. Противник побијања неће моћи да истакне у том случају ниједан аргумент који би га спасио од последица побијања. Тако је резонувао и суд у једном случају.³⁶⁶

Међутим, као што је већ напоменуто, законодавци ретко прописују односно законски уређују примере када је могуће користити ову врсту паулијанске тужбе, што не би ни било могуће имајући у виду да постоји велики број начина на основу

³⁶⁶ „Код бесплатних располагања, као у конкретном случају, оправдано се сматра да је дужник, овде сада пок. М. знала да таквим располагањем, поклањајући стан туженој, која јој је унука (кћерка њене кћерке), наноси штету тужиоцу као повериоцу. Због тога су неосновани жалбени наводи да је пок. М. у моменту учињеног поклона била солвентна, примала пензију и отплаћивала кредит, и да је стан поклонила унуци из других разлога а не да би нанела штету тужиоцу, а осим тога умрла је четири месеца након учињеног поклона, а више од годину дана након узетог кредита, те да није могла предвидети своју смрт.“ (Пресуда Апелационог суда у Београду од 10.10.2012. године; Извор: лична архива аутора).

којих се може остварити располагање неким правом без накнаде. Чак и када би то било учињено, такво набрајање би могло бити једино *exempli causa* а никако *numerus clausus* и зато је у погледу квазипаулијанске тужбе доминантна улога суда, који ће у сваком конкретном случају морати, на основу саме правне радње али и других важних околности, да оцени да ли има места примени ове тужбе или се побијање евентуално може остварити као побијање теретног дужниковог располагања. Околност да противник побијања у овом случају ништа не губи већ само враћа оно што је добио од дужника, може, као магнет, утицати на суд да случај једноставно окарактерише као ваљано побијање бесплатног располагања односно са њиме изједначене правне радње. Међутим, у тој улози, суд мора имати на уму да је бесплатна располагања дужникова потребно посебно санкционисати у случају када дужник има неподмирене повериоце које је тим располагањем оштетио лишавањем могућности намирања, са једне стране, али и шири значај побијања у конкретном случају у односу на правну сигурност, са друге стране, и на бази тих премиса донети ваљану одлуку.

2.2.6.3. Рок у којем се може вршити побијање

Интенција права побијања да у случају побијања дужникових бесплатних располагања, као и радњи које су са њима изједначене, предвиди олакшане услове за повериоце може се приметити и у погледу рока у ком се тужба за побијање може поднети. У нашем праву, тај рок износи три године од дана када је предузета радња односно од када је требало предузети пропуштену радњу. По мишљењу аутора овог рада овај законом дефинисани рок је сувише кратак за повериоце који желе да остварују право побијања у погледу одређеног оваквог располагања дужниковог. Ово из разлога што је реч о једном од најчешћих чињеничних склопова у материји побијања а интерес који је у случају успешног побијања угрожен не треба посебно заштитити, обзиром да противник побијања суштински ништа не губи. Зато би, чини

се, ваљало размислити о продужењу рока у којем се тужба може поднети у овом случају.

2.3. Искључење побијања

Извесне правне радње дужника, чак и када су испуњени услови за побијање, због самог карактера радње не могу бити предмет побијања. Међутим, обзиром да је реч о изузетку у односу на правило о побијању, ови случајеви морају бити детаљно и јасно прецизирани и добро теоријски обрађени. Као заједничко место у том смислу су, обзиром да је то правило предвиђено, уз мање или веће разлике, и у правима упоредних законодавстава и то оних који уопште дефинишу правила о искључењу побијања, издвојени одређени дарови које дужник чини. Међутим, ови дарови морају бити учињени у сразмери са материјалним могућностима дужника.

Поставља се питање, како је могуће да се одређене радње презадуженог дужника, којим он заиста смањује могућност намирења поверилаца или је сасвим искључује, могу бити заштићене од права побијања? Одговор лежи у чињеници да је реч о одређеним располагањима дужниковим која су друштвено оправдана, очекивана и морално прихватљива. Само оправдање правила о искључењу могућности побијања почива на једном друштвено прихватљивом идеалу, да је реч о уобичајеним радњама дужника, које би предузео разуман човек, чак и онај који је задужен, обзиром да је реч о очекиваним и оправданим радњама дужника. Дарови могу бити:

- 1) уобичајени пригодни дарови;
- 2) наградни дарови;
- 3) дарови учињени из захвалности.

Када се говори о уобичајеним пригодним даровима овде би требао имати у виду све оне дарове које је дужник учинио у складу са друштвеним, моралним правилима које важе у средини из које је дужник потекао или у којој борави. Ипак, иако је дужник дар учинио у складу са правилима који владају у његовом окружењу, што је заправо прво посебно ограничење јер је реч о уобичајености таквог поклона, и даље ће се примењивати опште ограничење да је то учињено у складу са материјалним приликама дужника, као и додатно посебно ограничење, да такав дар мора бити и пригодан. Уобичајен треба да буде и повод и сразмера давања, што се оцењује према друштвеном кругу у којем се дародавац креће и према његовом друштвеном положају.³⁶⁷ Теминолошка разлика између уобичајености и пригодности свакако постоји, иако у погледу одређеног дара није лако направити осетнију разлику између ова два појма јер се тешко може замислити да је нешто уобичајено а да није угодно и обрнуто. Међутим, чини се да је овде идеја законодавца била управо да, наводећи оба ова атрибута које дар мора имати, и то један за другим, желео додатно да подвуче да је заиста реч о изузетку који се мора уско тумачити. Тако на пример, повериоци неће моћи да побијају поклоне које је дужник учинио приликом значајнијих друштвених или породичних догађаја, као што су празници, Нова Година, Божић, рођење, крштење, венчање, завршетак школовања или када је реч о дужнику који је правно лице на пример, поклоне за одређене запослене након одређене годишњице рада у друштву, бонусе за менаџере за добро обављени посао, поклоне за Нову Годину за децу запослених у друштву и сл. Међутим, и овде би ваљало назначити да ће имуни у односу на повериоце остати само они уобичајени пригодни поклони које је дужник учинио у складу са својим материјалним приликама. Рецимо, таквим се поклоном не би могао сматрати поклон куће или стана који је презадужени дужник учинио у корист сина приликом одласка у војску или венчања уколико би такав поклон одударало од материјалног стања дужника.

³⁶⁷ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, Савремена администрација, Београд 1983. године, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 992.

Када је реч о наградним даровима, овај изузетак је помало контроверзан и потребно је посветити посебну пажњу приликом његове примене.³⁶⁸ Наиме, наградни дарови представљају поклоне или легате које дужник чини као награду поклонопримцу за одређену радњу коју је поклонопримац или легатар учинио. У овом случају, у поклону, поред *animus donandi* постоји и *animus remunerandi*.³⁶⁹ Таква радња може бити различите садржине, а најчешће се у теорији истиче пример награде лекару након успешно спроведеног лечења дужника или неког дужниковог сродника. Реч је о испуњењу моралне дужности, понекада се каже и моралне обавезе, а од дужника се очекује, тј. средина у којој дужник борави то свакако очекује, да учини дар лекару у таквом случају. На који начин ће се утврдити да ли је такав дар који је дужник учинио лекару који га је рецимо оперисао и на тај начин спасио живот адекватан и који се може сматрати изузетком који не подлеже побијању од стране поверилаца? Тај задатак ће имати суд у случају да повериоци ипак започну поступак побијања оваквог дара, иако ће првенствено то бити обавеза лекара који би у том парничном поступку био тужени. Суд ће свакако морати да, приликом пресуђења овакве ствари, има у виду пре свега само материјалну вредност дара али и да цени награђену радњу од стране дужника са једне стране, као и материјалне прилике дужника у време када је поклон учињен, са друге стране. Несразмерни наградни дар који је презадужени дужник учинио у корист лекара након окончања лечења ће ипак моћи да буде предмет побијања. Нажалост, у пракси судова се не може пронаћи ниједан овакав случај, па се не може сачинити додатна анализа појединих одлука суда и разлозима којима су се судови водили приликом пресуђења али свакако да судска одлука мора водити рачуна о појединостима сваког појединачног случаја и конкретних околности. Исти поклон учињен у различитим срединама неће имати идентичан статус у погледу побијања. Контроверзност дара лекару, након успешног лечења и спашавања живота дужника или неког његовог сродника, лежи управо у спашеној вредности, обзиром да се живот не може материјално изразити. Реч је о непроценљивој вредности која нема материјални еквивалент. Међутим, овде би

³⁶⁸ Тако рецимо Марко Ђурђевић налази да је спорна сама језичка конструкција наградног поклоне обзиром да онај који даје другом награду не поклања, наведено дело, стр. 75.

³⁶⁹ Ibid.

ваљало направити разлику између трошкова које дужник плаћа за лечење или лекове од наградног дара који дужник чини *post festum*, након спроведеног лечења. Располагања дужника, учињена за лечење у иностранству тешко болесног детета која некада могу достићи и располагање целокупном дужниковом имовином, ће бити изузета из могућности побијања. Иако је правило дефинисано генералним појмом наградни дарови, чини се да најбољу контролу оваквих располагања дужникових, односно контролу да ли су такви дарови оправдани или не, врше повериоци приликом одлучивања да ли ће се одлучити на побијање таквих радњи дужникових. Обзиром да је реч ипак о једном моралном аспекту самог дара, а могуће је да дужник и треће лице, поклонопримац деле различите ставове о оправданости дара у односу на повериоца. Суд као неко ко пресеца ствари приликом одлучивања ће заправо и дефинисати одређени морални стандард у сваком конкретном случају и да ли би нечињење таквог дара угрозило друштвени углед дужников. Као наградни дарови се могу јавити још и поклон учињен наставнику након окончања школовања, разне награде за добровољно учињене радње, напојнице и сл.

Као једна подврста уобичајених пригодних дарова истичу се посебно дарови учињени из захвалности. Ово је категорија поклона која можда највише одговора поклонима који су учињени, према речима Марка Ђурђевића из моралне дужности. По схватању овог аутора, да би се утврдило да постоји морална дужност чије давање представља поклон, треба утврдити њено дуготрајно понављање, непрекинутост односно редовност и општост.³⁷⁰ Међутим, овде би требало бити веома опрезан. Појачана опрезност се захтева управо из разлога што се често дешава, да из захвалности према неком лицу дужник учини поклон који није одговарајући и који води оштећењу његових поверилаца. Људи након одређене радње трећег лица, из захвалности према том трећем лицу, у специфичном стању свести могу учинити поклон у корист тог лица који није адекватан и који води умањењу дужникове имовине и оштећењу поверилаца. Тако, на пример, један дужник који је добио дете захваљујући доктору који је помагао на порођају његове супруге, из захвалности

³⁷⁰ Марко Ђурђевић, наведено дело, стр. 69; такође, овај аутор истиче да је поклон учињен из моралне дужности у складу са друштвено прихваћеним понашањем али на које нико није обавезан.

може учинити поклон који није примерен, уобичајен или који не одговара материјалним приликама дужника. У случајевима исказивања захвалности дужник не сме заборавити на своје повериоце, а уколико се тако нешто догоди, односно уколико дужник изврши неку радњу која превазилази оно што се може сматрати уобичајеним исказивањем захвалности и у складу са материјалним приликама дужника, повериоци ће бити овлашћени да побијају такво располагање дужника. Тако се могу побијати тзв. краљевски поклони за ситне и безначајне услуге.³⁷¹ Заправо, реч је о примени основног правила у материји побијања да нико не може чинити поклоне на рачун својих поверилаца, правилу које је модификовано одређеним, прецизно дефинисаним изузецима.

У сваком случају, појмови уобичајен пригодан, наградни или дар учињен из захвалности нису омеђени јасним линијама, често се међусобно додирују а неретко и улазе један у други. Овакав став истиче Божидар Марковић а и аутору овог рада се чини прихватљивим, обзиром да није интенција законодавца била да наброји три потпуно различите врсте дарова који се не могу побијати, већ се чини да је покушај био да се на један сликовитији начин дефинише изузетак од правила у материји побијања. Управо зато некада ће се десити да дар који је имун на побијање од стране поверилаца има особине сва три законска термина.

Сваки од наведених изузетака свој процесно-правни живот остварује кроз истицање од стране трећег лица, поклонопримца у парничном поступку. Тако у случају да поверилац ипак тужбом захтева побијање одређеног дара који је учинио дужник у корист трећег лица, треће лице ће морати да, уколико жели да избегне последицу побијања, докаже да је реч о располагању дужника за које је искључена могућност побијања. Дакле, примена члана 282. Закона о облигационим односима је могућа само онда када се тужени у парничном поступку позове на ово правило и кад докаже да је реч о располагању дужника које се не може побијати. Како је реч о истицању приговора од стране туженог, и општег правила парничног поступка *res in*

³⁷¹ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 992.

exceptione fit actor, тужени је тај на кога ће бити пребачен onus probandi да се овај изузетак може применити. Овде би требало још једном напоменути да само правило овог члана има снажан утицај на повериоце и ван парничног поступка, обзиром да оно одвраћа повериоце од побијања у одређеним случајевима поводом појединог дужниковог располагања.

Развојем права побијања у погледу самих изузетака од правила, односно конкретних ситуација код којих је побијање искључено, је у нашем праву значајно изменио првобитни концепт овог права. Наиме, §3. Закона о побијању правних дела изван стечаја је предвиђено да се, између осталих, за последњих две године пре побијања учињена дела могу побијати и бесплатна располагања, уколико нису у питању испуњење какве законске дужности, уобичајени пригодни дарови или располагања у примереној висини, која су учињена за опште корисне сврхе, или којима је дужник испунио какву моралну дужност или захтев пристојности. Уколико се погледа историјски развој права побијања, уопштено гледано, требало би рећи да римско право није познавало било каква ограничења када је реч о побијању правних радњи презадуженог дужника којима се наноси штета за повериоце. Нема познатих извора који би потврдили да се у неком конкретном случају направио изузетак, односно да је радња дужника која би по општим правилима могла бити предмет побијања ипак искључена из друштвених, моралних или каквих других разлога. Као потпуна рецепција аустријског концепта права побијања, односно *Anfechtungsordnung*, Закон о побијању правних дела изван стечаја уводи изузетке у наше право, искључујући одређена дела дужника из могућности побијања. Међутим, ваљало би и овде напоменути да је и сам *Anfechtungsordnung* повећао број изузетака у односу на свог претходника, *Anfechtungsgesetz*, по којем је било могуће побијати располагања дужникова која су учињена за опште корисне сврхе, или којима је дужник испунио какву моралну дужност или захтев пристојности. Уводећи додатне изузетке у право побијања, наш законодавац је, реципирајући аустријско право, стао на становиште да је, приликом одлучивања о одређеном делу презадуженог дужника, потребно узети у обзир одређена друштвена, морална и социјална правила. За дејство

свих изузетака које је Закон о побијању правних дела изван стечаја садржао је било неопходно да је испуњен и посебан услов, ова бесплатна располагања морају бити у примереној висини. Само правило познаје неколико могућности када се бесплатно располагање дужника неће моћи побијати од стране поверилаца а то су:

1. испуњење какве законске дужности;
2. уобичајени пригодни дарови;
3. располагања у примереној висини, која су учињена за опште корисне сврхе, или којима је дужник испунио какву моралну дужност или захтев пристојности.

Дужничково дело које се односи на испуњење какве законске дужности, се у ужем смислу речи и не може сматрати бесплатним располагањем дужниковим које он чини по сопственој вољи. Наиме, реч је о обавези коју дужник мора испунити. Међутим, и према другом повериоцу, на пример према свом саговорачу, дужник има обавезу јер *parca sunt servanta* или, како би то лепо професор Константиновић рекао уговор везује стране уговорнице као закон.³⁷² Због чега би се законској дужности дужничковој омогућило преимућство у односу на остале његове обавезе? То се чини из разлога што је реч о законским дужностима специфичног карактера, као што је обавеза издржавања. Не може се, ипак, повући паралела између обавезе издржавања које отац има у односу на сопствено дете са обавезом коју има према продавцу по основу уговора о продаји, иако споља гледано, реч је о две облигације у којој је једно лице дужник а друго лице поверилац. Божидар Марковић наводи да се у овај изузетак као испуњење законске обавезе може сматрати и обавеза родитеља и осталих сродника на давање мираза и узмиразја.³⁷³

Када је реч о уобичајеним пригодним даровима, обзиром да је овај изузетак предвиђен и нашим позитивним правом, одредбом члана 282. Закона о облигационим односима, чини се да су и коментатори Закона о побијању правних дела изван стечаја

³⁷² Члан 1. ст. 3. Скице за законик о облигацијама и уговорима.

³⁷³ Право побијања изван стечаја, стр. 116, Геца Кон ад, Београд, 1935. година.

дошли до истих закључака као и савремена теорија ценећи члан 300. Суштина овог изузетка је да се дар сматра уобичајеним и пригодним ако му је такав и повод и начин и сразмера.³⁷⁴ Додатно се истиче да уобичајени пригодни износи не смеју прелазити редовне износе, који по правилу морају бити сасвим мали и који оправдавају сврху због које су учињени.

Последња категорија коју Закон о побијању правних дела изван стечаја наводи, а која се састоји из три подкатеорије је: располагање у примереној висини, која је учињена за опште корисне сврхе, она којима је дужник испунио какву моралну дужност или захтев пристојности. Реч је о правилу за чију је примену неопходно да буде испуњен општи услов и један од три посебна услова. Општи услов је да у сваком конкретном случају то мора бити располагање у примереној висини. Како ће се утврдити и који су параметри на основу којих се може измерити да ли је одређено располагање дужниково располагање у примереној висини, Закон не говори. Ипак, јасно је да је идеја аустријског, па самим тим и нашег законодавца била да предвиди један стандард, а да судовима, приликом примене овог правила, остави простор да у конкретном случају утврде примерену висину. Располагања учињена у опште корисне сврхе би обухватала свако располагање учињено од стране дужника у корист добротворних, културних, хуманих, научних, религиозних, патриотских и њима сличних установа и циљева.³⁷⁵ Располагања којима дужник испуњава своју моралну вредност су таква располагања, која се, иако нису нужна, а због моралних правила која су друштвено прихваћена, свакако очекују и која дужник чини управо да би одговорио захтевима одређеног друштвено постављеног моралног захтева. Тај морални захтев ће се ценити објективно, у односу на средину из које дужник потиче или у којој борави а не субјективно, из угла самог дужника, а имајући у виду да субјективна представа одређене моралне дужности може бити потпуно погрешна. У ову категорију улазе, на пример, издржавања лица која дужник по закону није у обавези да издржава, помагање ванбрачне деце и сл. Последњи случај представља располагање дужниково којим се испуњава одређени захтев пристојности. Није баш

³⁷⁴ Ibid, стр.117.

³⁷⁵ Ibid, стр.117.

сасвим разумљива разлика коју је законодавац желео да начини приликом раздвајања располагања којима се испуњава каква морална дужност и захтев пристојности, но свакако се и сам захтев пристојности, као и код моралне дужности, морао разматрати објективно, у односу на средину из које дужник долази или борави. Ту ће пресудан утицај имати обичаји који дефинишу друштвено прихватљиво, морално или пристојно деловање појединца. Примери располагања којима се испуњава захтев пристојности су давање напојница или генерално награде за учињену одређену услугу.

Уколико се анализира развој правила о искључењу побијања у нашем праву, од аустријске рецепције до важећег правила у Закону о облигационим односима, најпре се може закључити да је промењена сама концепција правила као и да је смањено поље у којем се могу наћи разлози који искључују могућност побијања. Заиста, само правило је у нашем позитивном праву добило засебан члан док је у Закону о побијању правних дела изван стечаја било само изузетак у оквиру дела закона у којем се говори о побијању бесплатних располагања. Важеће правило у Закону о облигационим односима је заправо правило које је формулисао професор Константиновић у Скици за законик о облигацијама и уговорима у члану 229. а неизмењено правило важи у свим бившим југословенским република, сада засебним државама.³⁷⁶ Поређењем два концепта може се закључити, иако је реч о другачијим формулацијама да се изузеци у оба случаја односе на бесплатна располагања дужникова. Имајући у виду да и Закон о побијању правних дела изван стечаја и Закон о облигационим односима као изузетак помињу уобичајене пригодне дарове а да се наградни дарови могу поистоветити са располагањима дужниковим којима се испуњава какав захтев пристојности, може се закључити да разлика постоји у томе што Закон о облигационим односима не познаје као изузетке испуњење законске обавезе као и располагања дужникова учињена у опште корисне сврхе и она којима се испуњава каква морална дужност. Обзиром да се испуњење законске обавезе заиста и не може сматрати бесплатним располагањем а још мање добровољним

³⁷⁶ Видети член 258. ОЗ Словеније, члан 68. ЗОО Хрватске, члан 282. ЗОО ФБиХ, члан 282. ЗОО Републике Српске, члан 289. ЗОО Црне Горе, члан 271. ЗОО Македоније.

располагањем, очито је да су творци Закона о облигационим односима изоставили овај изузетак из разлога што је то нешто што се само по себи подразумева. Међутим, чини се да је изостављање изузетка у погледу располагања дужникових која су учињена у опште корисне сврхе или којима се испуњава каква морална дужност учињено из јасних и разумљивих разлога. Презадужени дужник не може бити великодушан на рачун својих поверилаца. Имовина коју дужник поседује, истина, припада њему, али само привидно, јер она служи за намирење поверилаца и зато је потребно онемогућити свако њено смањење. У теорији постоји становиште да ови изузеци нису нашли место у Закону о облигационим односима из једног посебног разлога. Наиме, у време доношења закона се сматрало да у социјалистичком друштву сама заједница обезбеђује постизање општекорисних циљева, као и да она преузима на себе збрињавање социјално угрожених.³⁷⁷ Чини се да ови разлози вреде и данас.

Напослетку, преглед свих услова паулијанских тужби у нашем праву можемо видети из следећег графикана:

ВРСТА ПАУЛИЈАНСКЕ ТУЖБЕ	УСЛОВИ НА СТРАНИ ДУЖНИКА	УСЛОВИ НА СТРАНИ ПРОТИВНИКА ПОБИЈАЊА	РОК ЗА ПОДИЗАЊЕ ТУЖБЕ
ДОЛОЗНА ТУЖБА	да је знао да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	да му је било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	једна година од дана предузимања или пропуштања радње
КУЛПОЗНА ТУЖБА	да је могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	да му је могло бити познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	једна година од дана предузимања или пропуштања радње
ДОЛОЗНО-КУЛПОЗНА ТУЖБА	да је знао да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	да му је могло бити познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	једна година од дана предузимања или пропуштања радње
КУЛПОЗНО-ДОЛОЗНА ТУЖБА	да је могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	да му је било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	једна година од дана предузимања или пропуштања радње
ПОРОДИЧНА ДОЛОЗНА ТУЖБА	да је знао да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	/	три године од дана предузимања или пропуштања радње
ПОРОДИЧНА КУЛПОЗНА ТУЖБА	да је могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима	/	три године од дана предузимања или пропуштања радње
КВАЗИПАУЛИЈАНСКА ТУЖБА	/	/	три године од дана предузимања или пропуштања радње

³⁷⁷ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.992.

2.4. Дејство побијања

Када се говори о дејству побијања као правног института, иако наизглед скривени, може се уочити неколико нивоа на којима се остварује дејство које побијање производи. На овом месту, дејства побијања ћемо поистоветити са последицама побијања, па се тако могу разликовати две врсте последица које побијање производи. Реч је о непосредним и посредним последицама побијања.

2.4.1. Непосредне последице побијања

Када је реч о непосредним последицама побијања говоримо о последицама које побијање производи у односу на странке у поступку, а то су поверилац и треће лице, противник побијања. И у овом односу се могу уочити две различите последице које наступају између странака. Прва се односи на само дејство паулијанске тужбе у односу на дужникову правну радњу која је предмет побијања. Ако суд усвоји тужбени захтев, правна радња губи дејство само према тужиоцу и само колико је потребно за испуњење његових потраживања.³⁷⁸ Из саме садржине ове одредбе Закона о облигационим односима, а идентично правило је опстало и у праву бивших југословенских република³⁷⁹, произлази и правно дејство успешног побијања у односу на радњу која се побија. Наиме, циљ побијања није да предузета правна радња дужникова буде уклоњена из правног промета из разлога ништавости или неког другог разлога. Радња остаје на снази и делује према свим трећим лицима осим према повериоцу који је успео у спору за побијање. У односу на њега она губи

³⁷⁸ Члан 284. Закона о облигационим односима.

³⁷⁹ Член 258. ОЗ Словеније, чланак 70. ЗОО Хрватске, члан 284. ЗОО ФБиХ, члан 282. ЗОО Републике Српске, члан 289. ЗОО Црне Горе, члан 271. ЗОО Македоније.

правно дејство. Према свим трећим лицима побијена правна радња остаје на снази, она и даље важи у односима дужника, његових правних следбеника и противника побијања.³⁸⁰ Међутим, ни у погледу повериоца, правна радња која је предмет побијања не губи дејство заувек и без ограничења, већ искључиво само у оној мери у којој је потребно омогућити намирење повериоцевог потраживања. Поставља се питање како спровести ово правило у пракси, да правна радња буде оглашена без дејства у односу на тужиоца и на који начин том приликом се може утврдити сразмера у дејству побијања? У том смислу се, дакле, може утврдити троструко ограничење дејства побијања:

- 1) делује само на одређену правну радњу дужника;
- 2) делује само у односу на тужиоца;
- 3) делује само колико је потребно за намирење потраживања тужиоца.

Најпре, конкретно побијање остварује своје дејство само у односу на одређену правну радњу дужникову и то управо ону радњу или више њих које је тужилац у тужби означио као предмет побијања.³⁸¹ Околност да је поверилац успео са захтевом за побијање одређене дужникове правне радње не значи да се одлука из тог спора може користити у односу на друге дужникове радње независно од тога да ли су предузете пре или после радње која је побијена у парници за побијање. Исто тако, неуспех повериоца у парници за побијање одређене радње не повлачи за собом немогућност побијања других дужникових правних радњи у засебном поступку, независно од времена њиховог предузимања у односу на правну радњу која је већ била предмет побијања. Дакле, у односу на радњу која је предмет побијања важи специфично начело специјалности, сам тужбени захтев је уперен против одређене радње и само у односу на њу производи правно дејство, уколико тужилац успе у спору. Међутим, фактичко дејство успешног побијања одређене дужникове правне

³⁸⁰ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.996.

³⁸¹ Божидар С. Марковић ово ограничење назива ограничењем објективне природе истичући да је, у односу на конструкцију коју користи Закон о побијању правних дела изван стечаја, захтев за побијањем ограничен на оно што услед правног дела које се побија није ушло у имовину дужникову или што је из ње било отуђено или напуштено, наведено дело, стр.137.

радње може утицати и на друге ненамирене дужникове повериоце да у посебним поступцима започну побијање других дужникових правних радњи за које се може посумњати да је дужник предузео у циљу њиховог оштећења, а нарочито оне радње које су предузете након радње која је већ побијена. Такође, такви повериоци могу користити и као правни аргумент у својим поступцима побијања и судску одлуку којом је дозвољено побијање одређене правне радње дужника како би доказали да је дужник већ једном био несавестан што може, посредно додуше, указати на његову несавесност и у односу на другу његову правну радњу која је предмет побијања у парници коју они воде.

Са друге стране, ограничење дејства побијања само у односу на тужиоца није толико једноставно објаснити и разумети.³⁸² Наиме, као што је већ виђено, правна радња која је предмет побијања, да би било који поверилац успео у спору, мора бити предузета на штету поверилаца. Дакле, поверилаца односно сваког појединачног повериоца. Може се у том смислу поставити једно уопштено питање, уколико је правна радња која је предмет побијања предузета на штету свих поверилаца, што се мора доказати од стране тужиоца да би се успело у спору, због чега она губи дејство само у односу на тужиоца? Одговор на ово питање је засновано на два веома важна аргумента. Најпре, сам Закон о облигационим односима је индивидуализовао појам оштећења поверилаца односно сузио га у смислу да се оштећење односи само на повериоца који је започео поступак побијања. О томе је већ било речи, одредбом члана 280. ст.2. сам Закон о облигационим односима прелази преко термина повериоци односно индивидуализује га па се сматра да је правна радња предузета на штету поверилаца ако услед њеног извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повериочевог потраживања.

Са друге стране, али не мање важно, имајући у виду да је право побијања институт грађанског права, односно облигационог права као његове гране, у којем је основно начело аутономије воље у материјално-правном смислу а у формално-

³⁸² Ibid.

правном начело диспозиције, због чега једино на основу воље странака долази до процесуирања одређених грађанско правних ситуација, дејство одлуке искључиво међу странама добија свој прави смисао. Уосталом зато је и потпуно логично и оправдано да се дејство побијања односи само на тужиоца а не и на остале повериоце дужникове. Другачије решење није ни могуће имајући у виду опште начело процесног права да пресуда делује између странака у спору, али чак и да је могуће свакако не би било праведно да повериоци, који нису иницирали поступак побијања, уживају корист од успешног побијања на основу тужбе коју је поднео други поверилац. У крајњој линији, такво неко апсолутно дејство побијања, у односу на све повериоце, би било и неправедно у односу на тужиоца, имајући у виду његово ангажовање у поступку као и трошкове које је имао за вођење спора. Напослетку, чини се да би, у случају дејства побијања и на друге дужникове повериоце, ова околност у значајној мери демотивисала било ког повериоца да уопште и започиње поступак побијања уколико приликом подношења тужби има на памети да може бити само један од потенцијалних корисника бенефита које успех у спору са собом доноси.

Дакле, како сваки поверилац може побијати правну радњу свог дужника, када су за то испуњени законски услови, што резултује тиме да правна радња губи дејство само у односу на оног повериоца који је поступак и започео, тужиоца у спору побијања. Други дужникови повериоци не могу у овом смислу упутити никакву примедбу или критику када су и сами имали овлашћење да воде поступак побијања одређене дужникове правне радње којом је њима проузрокована штета. Управо ова могућност побијања која стоји на располагању свим дужниковим повериоцима може проузроковати одређене дилеме у случају када су два или више поверилаца започели поступак побијања исте дужникове правне радње.

Прва дилема о којој суд мора одлучити је шта је потребно урадити након сазнања да се у односу на предмет побијања идентичан поступак већ води по тужби другог повериоца? По правилу, исти суд ће бити надлежан у оба поступка. О оваквом случају Закон о облигационим односима не садржи никакво изречно правило, а реч је

о вишеструком побијању, односно о побијању исте дужникове правне радње од стране више поверилаца у више различитих поступака. По мишљењу аутора овог рада тако нешто је могуће, а чини се да би суд морао да настави поступак и по доцније започетом поступку побијања, у свему као да није у току већ започети претходни поступак по тужби другог повериоца. Такође, чини се да ће између ова два поступка, претходног и доцнијег, односно између поверилаца који су их започели, владати правило *prior tempore potior iure* али у измењеном облику. То значи да се неће узети у обзир околност ко је први покренуо поступак већ ко је први успео да га доврши и стекне могућност намирења свог потраживања након побијања одређене дужникове правне радње. Заправо, уколико се мало боље погледа, ни само окончање парничног поступка неће одредити приоритет у намирењу потраживања. Околност да је поступак окончан у корист једног повериоца не утиче на то да се поступак по тужби другог повериоца такође не оконча. Поверилац који је окончао успешно свој поступак ће намирење потражити у извршном поступку у којем ће захтевати намирење свог потраживања од трећег лица као извршног дужника, у оној мери и на начин како је то дефинисано пресудом. Међутим, може се догодити да и други поверилац стекне пресуду као извршну исправу и да започне извршни поступак против противника побијања. У том смислу могуће је да теку паралелно и два извршна поступка против противника побијања у односу на идентичан предмет извршења. Овде би требало имати у виду да по правилима извршног поступка, у нашем праву уобличених у Закону о извршењу и обезбеђењу, само у погледу извршења на непокретности важи правило да се не могу водити два паралелна поступка у погледу исте непокретности већ се право на намирење остварује по правилу *prior tempore potior iure* а право на намирење извршни поверилац стиче забележбом решења о извршењу у јавну књигу, односно регистар непокретности.³⁸³

³⁸³ Чланом 108. ст. 1. и 2. Закона о извршењу и обезбеђењу је предвиђено да се после уписа решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења не може за намирење другог потраживања истог или другог извршног повериоца спровести посебан поступак извршења на истој непокретности а извршни поверилац за чије је потраживање касније одређено извршење на истој непокретности, ступа у већ покренут извршни поступак. Такође, слично правило је предвиђено и у односу на извршење на хартијама од вредности па је у члану 198. ст. 4. ЗИО предвиђено да ће, ако је више извршних поверилаца поднело предлог за пренос у различите дане, суд односно извршитељ пренети

Дакле, поступци теку паралелно, сваки поверилац ће у свом поступку настојати да га што пре оконча, а приоритет у наплати ће имати онај поверилац који заиста у томе успе. Сва ова правила отварају широм врата злоупотребама од стране дужника и противника побијања. Најпре, дужник, односно противник побијања, увек могу привилеговати одређеног повериоца тако што ће у односу на њега сам поступак побијања водити на такав начин којим ће омогућити тужиоцу успех у спору док ће против другог повериоца истицати све могуће приговоре и оспоравати наводе и тврдње тужиоца. На тај начин, пре свега противник побијања, може утицати на редослед доношења пресуда у случају да више поверилаца дужникових воде поступке побијања против њега, а када се томе придода и околност да поступак није једноступен већ да се може изјавити жалба, а у одређеним случајевима и ревизија, јасно је да временски размак између две пресуде може бити значајан што може доцније одредити и могућност самог намирења потраживања. Штавише, противник побијања, процесним држањем, може утицати на намирење и у самом извршном поступку тако што ће једном повериоцу омогућити намирење пре осталих. Чак и када би се заузео супротан став, да предност у намирењу има онај поверилац који је први поднео тужбу за побијање, невезано за околност да ли је његов поступак први окончан, и када би као такав имао предност и у извршном поступку у односу на остале повериоце, није могуће искључити фактичку могућност која стоји на располагању дужнику и противнику побијања да одмах након предузете радње обавесте одређеног повериоца о томе и да је потребно поднети паулијанску тужбу чиме би се стекао приоритет у намирењу. Разуме се, није искључено да тај поверилац буде неко из круга лица блиских дужнику, чиме неће доћи само до привилеговања поверилаца већ и до њиховог коначног оштећења. Повериоци ће, додуше, имати могућност да побијају и правну радњу дужникову у погледу настанка таквог потраживања или његовог остварења у парници за побијања или доцније у извршном поступку. Али то ће у највећем броју случајева бити веома слаба утеха. Ове

потраживање на извршног повериоца који је први поднео предлог, а ако је више извршних поверилаца поднело предлог истог дана, потраживање ће се пренети на извршног повериоца чије је потраживање највеће.

околности представљају најслабију карику у праву побијања и прете да уруше саму сврху постојања и улогу овог института.

Напоследку, ту је ограничење права побијања у односу на износ потраживања тужиоца. Специфична дејства која право побијања производи у овом смислу су, према мишљењу Jean Carbonnier, та да корист коју је треће лице прибавило од дужника се ретроактивно враћа и ставља на располагање повериоцу за намирење али само онолико колико је то потребно у сваком конкретном случају за намирење повериоцевог потраживања, док остатак остаје трећем лицу.³⁸⁴

Дакле, како је коначни циљ побијања, односно *raison d'être* овог правног института, омогућавање намирења повериоцевог потраживања, логична последица које побијање производи је управо да се оно остварује само у оном обиму који је неопходан за намирење потраживања оног повериоца који такво побијање и захтева. Могло би се поставити основано питање због чега је то тако? Иако ће у највећем броју случајева постојати извештан степен несавесности противника побијања у односу на дужникову радњу која је предмет тужбеног захтева, заиста је важно разумети да ретрибутивни карактер права побијања и у том погледу има своје ограничење. Дакле, несавесни противник побијања ће сасвим довољно бити санкционисан тиме што ће се правна радња коју је дужник предузео према њему огласити без дејства у односу на тужиоца и што ће се омогућити намирење повериоцевог потраживања из користи коју је противник побијања остварио из наведене радње, није потребно да противник побијања у потпуности буде лишен позитивних ефеката дужникове радње. Да је ово ограничење од изузетне важности у праву побијања говори и податак да је означавање висине потраживања повериоца према дужнику, у односу на које се захтева дејство побијања, од значаја приликом оцене формалне исправности тужбе.³⁸⁵ Ово изречно наводи и Привредни апелациони суд у образложењу једне одлуке.³⁸⁶

³⁸⁴ Jean Carbonnier, наведено дело, стр.601.

³⁸⁵ О томе сведочи и одлука суда у једном случају. „Према одредби чл. 284. Закона о обвезним односима, ако суд усвоји тужбени захтјев, правна радња дужника губи учинак само према тужитељу и то само колико је потребно за испуњење његових потраживања. Из садржаја овог законског прописа и по оцјени овога суда јасно произлази да је тужитељ у свом тужбеном захтјеву дужан навести колико је

Када се говори о томе да правна радња губи дејство према повериоцу који је успео у спору у оном обиму колико је неопходно да би се намирило повериочево потраживање, може се поставити питање у ком моменту се утврђује висина потраживања коју поверилац који врши побијање има према дужнику? Потенцијално, на ово питање се могу дати два различита одговора. Један одговор би гласио да се потраживање утврђује на дан када је предметна дужникова правна радња и предузета, док би по другом износ потраживања био везан за моменат пресуђења, односно моменат када ће се потраживање намирити. По мишљењу аутора овог рада, једино други одговор на ово спорно правно питање може оправдати смисао постојања права побијања, тако да ће побијач моћи да захтева да побијена дужникова правна радња губи правно дејство у односу на њега а ради намирења потраживања које ће бити опредељено у тужби увећано за затезну камату до дана наплате. Овакав став је заузет и у судској пракси.³⁸⁷

Ограничење дејства успешног побијања у односу на повериоца који је водио поступак као и у односу на намирење његовог потраживања као правило добило је своју значајну потврду и разјашњење кроз једну одлуку Врховног суда Србије. У овом предмету вештачењем је утврђено да је површина објекта који је од стране туженог МР продат тужиоцима у овом предмету у време продаје била 122,89 м², а

то његово потраживање због којих правна радња туженика губи учинак према тужитељу. Навођење тужитеља да се ради о тражбини у овршном поступку под бројем Овр.1257/99 доиста није навођење тражбине на начин како то предвиђа одредба чл. 284. ЗОО-а и на темељу таквог захтјева тужитеља доиста није могуће усвојити тужбени захтјев. Такав захтјев мора бити точно одређен и тражбина мора бити точно назначена, јер управо за тај износ правна радња дужника губи учинак према тужитељу. Због тога је и по оцјени овога суда правилно поступио првоступањски суд када је одбио тужбени захтјев тужитеља, чиме је правилно примијенио одредбу чл. 284. Закона о обвезним односима." (Жупанијског суда у Копривници, Гж. 1220/01, од 2. 11. 2001. године извор: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>)

³⁸⁶ „Другим речима, у овој врсти спора није довољно да се тужилац ограничи на прејудисијални петит, тражити само то да се побијено правно дело прогласи без важности за повериоца –тужиоца, већ мора да тражи и то, да суд пресуди у ком смислу и опсегу је побијено правно дело без моћи и шта има тужени да чини или трпи. Другим речима, врста захтева је таква да мора имати, поред захтева за утврђење, још и даљи захтев за чињење који треба да буде прилагођен специјалном случају,“ (Решење Привредног апелационог суда 6 Пж 4659/12 од 23.05.2012. године; Извор: лична архива аутора).

³⁸⁷ „Обзиром на изложено неосновано туженица приговара да се у конкретном случају може побијати правна радња дужника само за оно потраживање вјеровника (тужитељице) које је доспјело до тренутка извршења правне радње дужника која се побија односно до 2. просинца 2003. када је Уговор о даровању склопљен.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1379/09-2 од 12. октобра 2011. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

тужиоци су поред завршетка тог објекта извршили и доградњу истог у површини од 47,79 м² тако да укупна површина објекта у моменту вештачења износи 170,77 м². Вештачењем је утврђена вредност објекта у стању у време продаје, по ценама у време вештачења и тржишна вредност истог објекта у стању у време вештачења и упоређивањем истих констатовано да вредност објекта у време продаје представљала 46,20% вредности објекта са парцелом у садашњем стању односно у стању у време вештачења, што значи да се сада тужена П.С. може намирити у том делу из вредности садашњег објекта, и да не постоји никакав основ по коме би се она намирила од тужилаца од дела објекта који су они својим радом и својим средствима стекли, на тај начин што су довршили раније недовршен купљени објекат, доградили део истог и уредили простор односно парцелу на којој се објекат налази. Тужиоци нису дужници сада тужене ПС већ је њен дужник тужени МР. Уговор о купопродаји не производи правно дејство према туженој ПС, тако да су тужиоци дужни да дозволе да се она намири на непокретности коју су они купили од туженог МР, али они нису дужни да дозволе намирење туженој ПС на имовини коју су они својим радом и средствима стекли, а то је, како је утврђено, 53,8% спорне непокретности. Стога је, по оцени Окружног суда, правилна одлука првостепеног суда којом је утврђено да су тужиоци ДБ и МБ по основу доградње и завршетка од свог материјала и својим радом породичне стамбене зграде укупне површине 170,77 м² и по основу изградње од свог материјала и својим радом помоћног објекта за смештај огрева, постојећих на кп. бр. 4683/1 стекли право својине на 53,8% идеалних делова од описаних грађевинских објеката и парцеле на којој се објекти налазе, јер су они од сада туженог МР купили његове непокретности на основу ваљаног уговора о промету непокретности, а који је у смислу чл. 284 Закона о облигационим односима изгубио правно дејство само према ПС и само колико је потребно за испуњење њених потраживања према МР, тако да су купци непокретности од МР вршили доградњу и адаптацију својих купљених непокретности, као савесни градитељи, који став прихвата и Врховни суд.³⁸⁸

³⁸⁸ (Пресуда Општинског суда у Врњачкој Бањи П.бр. 30/06 од 21.9.2006. год., пресуда Окружног суда у Краљеву Гж. 2167/06 од 29.6.2007. год. и пресуда Врховног суда Србије Рев. 59/08 од 2.9.2009. год.) -

Поред овога, као непосредна последица побијања наступа и обавеза туженог, противника побијања, да накнади трошкове поступка повериоцу као тужиоцу који је успео у спору. Ова последица ће бити идентична у сваком случају, без обзира да ли је реч о долозној, кулпној, породичној или квазипаулијанској тужби. Иако није изречно предвиђена Законом о облигационим односима, ова последица наступа по основу одредаба процесног права, тужилац је овлашћен да одлучи да ли ће захтевати накнаду трошкова поступка, али би требало рачунати да ће у највећем броју случајева бити постављен захтев за накнаду трошкова. У неким случајевима ова последица ће заиста бити неправедна у односу на противника побијања.

Када је реч о побијању теретних располагања, а обзиром да и на страни противника побијања постоји одређени степен несавесности у свим облицима долозне или кулпозне паулијанске тужбе а да се у случају породичне паулијанске тужбе тако нешто претпоставља, чини се оправданом и сама последица да ће тужени бити дужник трошкова поступка, и то како оних из парничног поступка тако и оних из извршног поступка.

Међутим, у случају да је реч о побијању бесплатног располагања дужниковог, а имајући у виду околност да се на страни противника побијања не захтева никакав степен несавесности, а да притом, противник побијања не може ни доказивати да није био несавестан, може се догодити да управо противник побијања који није био несавестан сноси последицу накнаде трошкова тужиоца након губитка спора за побијање. Чини се да у овом случају оправдање није ни то што противник побијања није дао никакву накнаду за оно што је добио од дужника, као и да је потребно да то врати у случају да поверилац успе у парници за побијање, обзиром да услед плаћања трошкова поступка целокупан ефекат посла у односу на противника побијања постаје негативан. Међутим, то је тако, реч је о примени процесног правила да је страна која изгуби спор дужна да супротној страни надокнади трошкове поступка, а противник побијања увек има могућност да у почетној фази парничног поступка, признањем

тужбеног захтева, и уопште држањем у поступку, као и неизјављивањем жалбе омогући окончање поступка и тако смањи трошкове које ће, напослетку, ипак он бити у обавези да плати тужиоцу.

2.4.2. Посредне последице побијања

Иако одредба Закона о облигационим односима која говори о побијању не регулише ову материју у потпуности, што је донекле и разумљиво, побијање са собом повлачи и одређен број посредних последица.³⁸⁹

Најпре, као прва последица се намеће питање степена одговорности противника побијања. Правно питање које се у овом сислу поставља је да ли противник побијања одговара као савесни или као несавесни држалац? Закон о побијању правних дела изван стечаја је имао изречно правило о овоме, противник побијања се сматрао као непоштен поседник, а његов наследник само онда ако је знао или морао знати за околности које заснивају захтев за побијање против оставиоца, док је онај, ко је у доброј вери примио бесплатну чинидбу на коју се односи побијањем, дужан вратити је само онолико колико је обогатен, осим ако би се његово стицање могло побијати и као наплатно.³⁹⁰ Дакле, као што се може видети, Закон о побијању правних дела изван стечаја није правио никакву разлику између различитих врста паулијанских тужби, односно степена несавесности противника побијања, за сваког је наступала иста последица, која је уобличена у облику необориве правне претпоставке, да се сматра као несавестан држалац.³⁹¹ Уколико је несавестан држалац, одговорност противника побијања се проширује изнад, односно преко користи које је он извукао из радње која је била предмет побијања и односи се

³⁸⁹ Божидар Марковић ове последице назива секундарним последицама побијања, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр. 996.

³⁹⁰ §13. тач. 2. и 3. Закона о побијању правних дела изван стечаја.

³⁹¹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.158.

и на додатне користи које су се могле извући, а такође одговара и за случајну пропаст ствари и оштећење ствари, уколико не докаже да би до њих дошло и да је ствар остала код дужника.³⁹² Међутим, да ли је могуће, у одсуству изречног правила у Закону о облигационим односима, поставити исту посредну последицу, да противник побијања одговара као несавесни држалац без обзира на степен несавесности у односу на дужникову радњу која је била предмет побијања? Чини се да би тако једноставно постављен обим одговорности противника побијања у многим случајевима био неправичан. Зато се обим одговорности, односно да ли ће противник побијања одговарати као савестан или као несавестан прибавилац, мора утврдити у сваком поједином случају. Аутор овог рада је мишљења да у сваком случају у којем се доказује несавесност противника побијања он одговара као несавесни држалац. То су случајеви долозне, кулпозне, мешовите долозне и мешовите кулпозне паулијанске тужбе. У случају породичне паулијанске тужбе, и то у односу на обе њене подврсте, противник побијања ће одговарати као несавесни држалац само уколико се у поступку не докаже да је био савестан. Такође, правни следбеник лица са којим је или у чију је корист предузета радња која је предмет побијања, одговара као непоштен прибавилац само ако је знао или могао знати за околности које заснивају захтев за побијањем против његовог претходника.³⁹³

Најзад, у погледу квазипаулијанске тужбе, за коју се не тражи никакав однос трећег лица у смислу његове савесности или несавесности, уколико противник побијања докаже своју савесност, одговараће као савесни држалац, односно биће у обавези само да врати корист коју је остварио од радње која је предмет побијања. Супротно становиште у односу на бесплатна располагања и са њима изједначене правне радње не би било могуће обзиром да би у том случају био у потпуности искључен правни промет у погледу бестеретних правних послова, јер нико не би желео да прихвати бесплатно располагање дужника са знањем да такво располагање

³⁹² У §204. Српског грађанског законика бесавесни држалац је дужан не само све изгубљено покрај ствари накнадити, но и ону ползу, коју би први притежалац имати могао, попунити мора, по обичној процени вештака.

³⁹³ Божидар Марковић, Коментар закона о облигационим односима, редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, стр.997.

може произвести побијање у којем ће противник побијања бити посматран као несавесни држалац ствари. Све ово вреди до момента достављања тужбе туженом, а након тог тренутка противник побијања одговара као несавесни држалац, без обзира на стваран степен његове несавесности односно без обзира на околност да је био савестан.

2.4.3. Садржина пресуде за побијање

Садржина изреке пресуде по паулијанској тужби, односно утврђење да је правна радња дужника без правног дејства према повериоцу и одлука о последици побијања заслужују посебну пажњу и детаљну анализу. Наиме, баш у садржини тужбеног захтева односно предложеном петитуму пресуде као и у самој судској одлуци се, понајвише, огледа специфични карактер права побијања. У поређењу са осталим институтима облигационог права, оно показује одређене сличности али истовремено и велике разлике па отуда и то уникатно дејство које право побијања производи.

На основу свега наведеног, чини се да институт побијања дужникових правних радњи није могуће поистоветити са било којим другим институтом облигационог права, нарочито у смислу дејства. Из овог разлога када говоримо о дејству побијања није могуће не приметити да је реч о *sui generis* институту који се не може упоредити ни са чим, али које у потпуности оправдава своје постојање. Дефинисано дејство побијања из наведене одредбе члана 284. Закона о облигационим односима проузрокује и саму формулацију тужбеног захтева који ће поставити поверилац који започиње побијање одређене дужникове правне радње.

Побијање се заправо остварује у две фазе. У првој фази реч је о парничном поступку против противника побијања по поднетој паулијанској тужби од стране

повериоца. Уколико тужба буде усвојена и пресудом проглашено дејство таквог побијања, наиме да правна радња губи дејство према тужиоцу у мери која је потребна за намирења његовог потраживања, парнични поступак се окончава. Али тиме још увек није испуњен циљ због којег је побијање и започето од стране повериоца. Тада наступа друга фаза у којој тужилац остварује намирење свог потраживања подношењем предлога за извршење и то на основу пресуде за побијање као извршне исправе, против противника побијање. Дакле, у ширем смислу гледано, право побијања се остварује кроз два поступка, најпре кроз парнични поступак у којем се утврђује одређена правна чињеница а затим и кроз извршни поступак у којем се остварује намирење повериочевог потраживања на бази тако утврђене правне чињенице. Сам парнични поступак нема значај сам за себе, нити је сам себи циљ, његов циљ је искључиво да омогући да се оствари циљ права побијања као правног института, а то је намирење повериочевог потраживања. У том смислу, судови су се у претходном периоду детаљно бавили самом садржином пресуде за побијање дужникових правних радњи односно петитуму тужбеног захтева који поставља тужилац. Чини се да први став тужбеног захтева није био споран, он практично произлази из саме садржине одребе Закона о облигационим односима у погледу дејства побијања. Дакле, реч је о утврђењу да одређена правна радња не производи правно дејство у односу на тужиоца и то у мери у којој је то неопходно ради намирења његовог потраживања. Правилно постављен тужбени захтев у првом ставу би требало да обухвати последицу да се утврђује да је без правног дејства дужникова правна радња у односу на тужиоца а ради намирења његовог потраживања у износу који је утврђен у поступку.

Међутим, поставило се правно питање да ли је само овако формулисан утврђујући захтев довољан како би се остварио циљ побијања, односно како би се омогућило намирење тужиочевог потраживања. Чини се да тако нешто није могуће имајући у виду да се утврђујуће пресуде не могу извршавати. Управо из овог разлога је потребно да сама тужба предвиђа и последицу коју изазива утврђење да је одређена правна радња дужникова без правног дејства у односу на тужиоца. Стога, у

тужби је потребно предвидети о кондемпнаторни захтев којим дефинише обавезу туженог у односу на само утврђење. Зато други став пресуде мора гласити тако да се обавезује противник побијања да призна и трпи да поверилац намири утврђено потраживање из вредности ствари на коју се односи дужникова правна радња која је била предмет побијања у овом поступку. Тек кроз овако формулисану последицу, право побијања остварује свој *ratio legis* и генерално смисао постојања. Као што је речено, крајњи циљ права побијања је спречавање оштећења поверилаца дужниковим правним радњама, односно омогућавања њиховог намирења, циљ који се у потпуности остварује са два предложена става пресуде којом се усваја захтев за побијање.

О овоме је било речи и на саветовању привредних судова на Златибору у септембру 2014. године након којег је Привредни апелациони суд на седници Одељења за привредне спорове одржаној дана 26.11.2014. године и 27.11.2014. године заузео став који би по мишљењу аутора овог рада ваљало изложити у значајном делу. Наиме питање на који је суд дао одговор је било да ли се тужбом за побијање правних радњи, осим утврђења да је у односу на тужиоца без правног дејства спорна правна радња у обиму који је потребан за намирење његовог потраживања може захтевати и кондемпнација у виду изрицања обавезе туженог да трпи намирење потраживања тужиоца на ствари кроз право чији је пренос био предмет побојне тужбе? У образложењу питања је истакнуто да је у судској пракси иначе већ исказано тумачење да се према противнику побијања може захтевати само утврђење да је спорна правна радња без правног дејства у обиму који је потребан за намирење тужиочевог потраживања, те да тужбу треба одбацити у делу захтева којим тужилац тражи да је тужени дужан да допусти да тужилац намири своје потраживање на имовини чији је пренос предмет побојне тужбе.³⁹⁴ У образложењу предложеног одговора од стране првостепеног суда који поставља питање се истиче да је законодавац имао намеру да се треће лице уједно обавезе да трпи намирење до вредности имовине преузете спорном радњом тада би за овакву ситуацију прописао и

³⁹⁴ Као аргумент је наведено и поступање Врховног суда Србије у решењу Рев бр. 1447/2008 од 08.04.2009. године.

санкцију у виду приступања дугу по самом закону у смислу члана 451. Закона о облигационим односима – што није.³⁹⁵ Дајући одговор, Привредни апелациони суд указује на то да тужба за побијање мора да садржи два тужбена захтева, како би пресуда у односу на противника побијања (туженог) представљала извршну исправу. Првим делом тужбеног захтева тражи се утврђивање да одређена правна радња, односно правни посао дужника, не производи правно дејство у односу на повериоца (тужиоца). Овим делом тужбеног захтева поред навођења правне радње, односно правног посла који се побија, мора се одредити и обим побијања, који је ограничен висином повериоцевог неизмиреног потраживања. Последица успешног побијања правне радње, односно правног посла је да правна радња, односно правни посао који се побија не производи правно дејство само у односу на повериоца (тужиоца) и само у оном обиму који је потребан за намирење његовог ненамиреног потраживања. То је предвиђено чланом 284. Закона о облигационим односима. Према свим осталим лицима побијана правна радња, односно правни посао остаје на снази. Последица успешног побијања је да је противник побијања дужан у односу на повериоца (тужиоца) да нешто трпи или чини како би поверилац своје ненамирено потраживање према дужнику намирио. Стога, другим делом тужбеног захтева мора да се тражи тачно одређена радња чињења или трпљења од стране противника побијања, која је ограничена природом и висином ненамиреног потраживања повериоца. Противник побијања на тај начин не постаје дужник ненамиреног новчаног потраживања повериоца, нити приступа дугу (члан 451. Закона о облигационим односима), нити преузима дуг (члан 448. Закона о облигационим односима), нити преузима испуњење (члан 453. Закона о облигационим односима). Обавеза противника побијања је неновчана, јер се он у односу повериоца обавезује на радњу чињења или трпљења

³⁹⁵ Првостепени суд истиче још и следеће. „Правноснажна пресуда којом је усвојен захтев за побијање правне радње не може бити директан извршни наслов, већ представља исправу из члана 23. Закона о извршењу и обезбеђењу, која је подобра да, уз извршну исправу према дужнику, доведе до намирења на имовини која је прешла на треће лице (противника побијања). Стога сматрамо да се тужбом за побијање правних радњи према противнику побијања може захтевати само утврђење да је спорна правна радња без правног дејства у обиму који је потребан за намирење тужиоцевог потраживања, те би обавезивање противника побијања да трпи намирење фактички водило приступању противника побијања дугу и превазилазило би сврху и смисао заштите прописане одредбама члана 280-285. Закона о облигационим односима.“

зависно од природе и висине повериочевог ненамиреног потраживања. Стога, обавезивање туженог, као противника побијања на трпљење и чињење у циљу намирења ненамиреног повериочевог потраживања је дозвољена, а у случају успешног побијања и основано. Само таква одлука у односу на противника побијања представља извршну исправу подобну за извршење, сходно члану 17. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу. Само утврђивање да правни посао или правна радња не производе правно дејство у односу на повериоца, чини пресуду неизвршивом, јер нема обавезујућег дела, дела тужбеног захтева којим се дефинише из чега се састоји радња чињења, односно трпљења противника побијања (начин и обим чињења, односно трпљења).³⁹⁶

³⁹⁶Одговор на питање број 20-материјално право, стр. 86-89, заузет на седницама Одељења за привредне спорове одржаној дана 26.11.2014. године и 27.11.2014. године а објављен у Билтену судске праксе привредних судова 4/2014, Привредни саветник, Београд 2014. године; поред овога Поред овога, Привредни апелациони суд истиче да на другачији одговор не утиче позивање на сентенцу из решења ВСС Рев. 1447/2008 од 08.04.2009. године. Ово из разлога што се анализом чињеничног стања датог у образложењу наведене сентенце може утврдити следеће: да је тужилац поверилац који је поднео тужбу против туженог АБ, као поклонодавца и ЗБ, као поклонопримца, да је предмет побијања уговор о поклону, којим је лице АБ, као поклонодавац, располагало непокретношћу у корист лица ЗБ, као поклонопримца. Из образложења такође произилази да је пред трговинским судом већ започет извршни поступак који је покренуо тужилац, као извршни поверилац, против извршног дужника – туженог АБ, као поклонодавца. Првостепеном пресудом је усвојен тужбени захтев тужиоца и утврђено да уговор о поклону који су закључили тужени АБ, као поклонодавац и ЗБ, као поклонопримац, не производи правно дејство у односу на тужиоца. Даље, произилази да је на овај начин тужилац као извршни поверилац у извршном поступку против извршног дужника АБ, као поклонодавца, стекао право да промени предмет извршења, тако што ће тражити извршење на непокретности која је била предмет уговора о поклону. На тај начин тужилац је стекао право да се из непокретности којом је тужени АБ, као поклонодавац, располагао у корист туженог ЗБ, као поклонопримца, намири у извршном поступку који води против извршног дужника АБ, као поклонодавца, чиме је тужилац постигао сврху утужења: намирење из непокретности која је била предмет располагања између тужених, по основу уговора о поклону, па самим тим је тужилац постигао циљ који је тужбом тражио, због чега је тужбени захтев у односу на туженог ЗБ, као поклонопримца одбачен, као недозвољен. Међутим, у ситуацији да је извршни поступак обустављен против дужника, лица АБ, као поклонодавца, због немања средстава, тужбени захтев у делу којим је тужилац тражио да се тужени ЗБ, као поклонопримац, обавезе да допусти да тужилац намири своје потраживање продајом непокретности која је предмет уговора, тужба би била дозвољена, а тужбени захтев основан, уколико би суд усвојио тужбу у делу којом се утврђује да уговор о поклону не производи правно дејство у односу на тужиоца. На тај начин поверилац стиче извршну исправу у односу на противника побијања.

Ово питање је и у прошлости била тема разматрања од стране привредних судова у покушају уједначавања судске праксе у погледу саме изреке пресуде којом се дозвољава побијање.³⁹⁷

Посебно правно дејство производи побијање у случају када се побија дужничково пропуштање. Иначе, потребно је одмах напоменути да недостатак *actio oblique* у нашем праву на посредан начин упућује повериоца да пропуштања дужникова којим се наноси штета повериоцима остварује путем паулијанске тужбе. У случају побијања дужничковог пропуштања, сам петитум тужбеног захтева као и изрека пресуде у првом, утврђујућем делу би остала иста, потребно је, као и у случају побијања дужникове активне правне радње, исту огласити без правног дејства у односу на повериоца а мери довољној ради намирења његовог потраживања у износу који је утврђен у поступку. Међутим, други део захтева односно изреке може бити само формулисан на такав начин да се противник побијања обавезе да повериоцу исплати одређени новчани износ, и то управо онај износ колико износи повериочево потраживање, а уколико је потраживање веће од обогаћења које је противник побијања остварио из побијеног дужничковог пропуштања, онда у висини вредности таквог обогаћења.

³⁹⁷ „У ситуацији када поверилац основано побија правну радњу свог дужника, у изреци се утврђује да је конкретна правна радња (уговор или пропуштање због кога је за дужника настао губитак одређеног права или је заснована одређена обавеза) без правног дејства према повериоцу, у делу који је потребан за намирење његовог потраживања, а што је у сагласности са чланом 284. Закона о облигационим односима као материјално правним прописом и чланом 188. Закона о парничном поступку, као процесним прописом. Због посебне законске регулативе, па самим тим и установљене различитости ова два правна института, произлази да је неправилно да се у изреци пресуде поништи побијана правна радња дужника. Треба додати да изрека пресуде треба да садржи и одлуку о последици побијања правне радње повериочевог дужника, уколико се тужбом тражи обавезивање туженог да врати ствар или накнади њену динарску противвредност, и ако то није изричито прописано чланом 284. Закона о облигационим односима. Судска пракса је ову правну празнину попунила аналогном применом члана 113. Закона о облигационим односима, на напред описани начин“. (Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године, Извор: правна база www.propisionline.com)

2.4.4. Побијање и неважност уговора

Одсеком 4 Закона о облигационим односима су предвиђена правила која се односе на неважност уговора. У оквиру овог одсека дефинисана су правила за апсолутно ништаве и релативно ништаве уговоре. У овом делу рада ћемо испитати сличности и разлике између побијања и неважности уговора у своје две законске подврсте.

2.4.4.1. Побијање и ништавост уговора

Побијање дужникових правних радњи се разликује од ништавости уговора. Најпре, чита разлика је та што се побијање односи не само на уговоре већ и на друге радње дужникове које производе дејство у односу на његову имовину. Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав ако циљ повређеног правила на упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.³⁹⁸ За разлику од ништавог уговора, уговор који је предмет побијања представља дозвољени односно перфектни правни посао који производи правно дејство у оном обиму који су стране уговорнице одредиле. Управо из наведеног произлазе и значајне разлике између ова два института облигационог права.

Прво, разлика ће постојати у погледу заштитног објекта. У случају побијања неће бити речи о уговору који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, напротив, реч је о уговору који је дозвољен, и у складу са принудним прописима, јавним поретком или добрим обичајима. Ништавим уговорима вређају се оквири јавног поретка, па се њихово поништење предузима

³⁹⁸ Видети члан 103. ст. 1. Закона о облигационим односима

ради заштите општих интереса.³⁹⁹ Уговор који може бити предмет побијања не производи тако опасна правна дејства у односу на неки општи интерес који је потребно заштитити. Он није у супротности са основним вредностима које право мора штитити а која улазе у појам јавног поретка, односно која су дефинисана принудним прописима или правилима морала. Управо зато се закључује да се побијање предузима ради заштите појединачних интереса, односно интереса конкретног повериоца чија су права изиграна услед несавесног поступка дужниковог.

Друго, разлика постоји у погледу дејства. Тако, ништави уговори не производе правна дејства, док уговори који су предмет побијања у потпуности дејствују између страна као и односу на трећа лица укључујући и повериоца који жели да врши побијање. Право је у случају ништавости уговора, а управо из разлога штетности по опште добро, припремило драстичну санкцију. Они не остварују свој учинак ни међу уговорним странама нити према трећим лицима, њихово дејство је спречено тиме што се не може дозволити њихов штетни утицај на опште добро које је у овом случају потребно заштитити. Управо зато се ова категорија неважећих уговора и назива апсолутно ништави уговори. Са друге стране, уговори који могу бити предмет побијања делују све док не буду побијени од стране повериоца односно од стране суда оглашени без правног дејства у односу на повериоца који тражи побијање. Све до тог тренутка они производе дејство а неретко се дешава да буду и испуњени у целости, обзиром да тек у том тренутку наступа неповољна последица у односу на дужникове повериоце.

Треће, суд на ништавост уговора пази по службеној дужности док се побијање може остварити искључиво по захтеву повериоца. Ово је веома важна разлика између ова два института. У случају ништавости, повреда општег добра је толико снажна да је право никако не може препустити већ активира све доступне механизме да последице ништавог акта што пре уклони из правног саобраћаја. У том смислу, можда и као највећи гарант правне сигурности, суд има посебан задатак, да пази ех

³⁹⁹ Слободан Перовић, наведено дело, стр. 450.

officio на ништавост. У односу на акте који могу бити предмет побијања, суд о њима не води рачуна по службеној дужности нити има механизме и средства за тако нешто. О њима воде рачуна повериоци, уколико желе да спрече сопствено оштећење које им дужник припрема.

Четврто, право на истицање ништавости се на гаси услед протеча рока, док право на побијање застарева. Снажна негативна последица коју ништавост носи са собом производи правило да се само истицање ништавости не може условити никаквим роком. Што се грбо роди, вријеме не исправи говорио је Валтазар Богишић⁴⁰⁰, па управо зато право и не ограничава у ком року ће се питање ништавости поставити. То је могуће у било ком моменту, јер је ништав правни посао као страног тело у организму које се мора уклонити па се за то не бира ни време када ће тако нешто бити учињено. Побијање се, пак, може вршити само у одређеним роковима које право дефинише, а уколико се то не учини, правни посао постаје перфектан и више не може бити предмет поступка побијања.

Пето, на истицање ништавости уговора је позвано свако заинтересовано лице јер је интерес правног система да се овакав посао лоцира и уклони у што је могуће краћем року. Зато се и круг лица посебно ограничава, осим општим ограничењем у грађанском праву, да је лице које тражи ништавост правно заинтересовано лице. На побијање ван стечаја је овлашћен искључиво дужников поверилац и то тек по испуњењу децидно постављених услова који се односе како на самог повериоца тако и на његово потраживање.

Шесто, ништавост се утврђује судском одлуком која има деклараторан карактер. Ово је разумљиво уколико се има у виду да ништав правни посао није ни производио правна дејства, па у том случају судска одлука не може ни имати другачије дејство од деклараторног, односно утврђујућег. Пресуда у том случају само потврђује последицу која је већ наступила. Са друге стране, у случају побијања пресуда има конститутивно дејство. Наиме, њоме се производи одређена правна

⁴⁰⁰ Видети члан 1006. Општег имовинског законика за Црну Гору

последница која до тада није ни постојала. Побијени правни посао је производио правна дејства све до тренутка побијања, па се пресудом мења постојеће стање, њом се утиче и мења стварност.

Ваљало би на овом месту објаснити и поступак суда уколико је тужилац тужбом захтевао ништавост а заправо жели да спроведе побијање дужникове правне радње. У таквом случају суд не може усвојити тужбени захтев из разлога што је рел о два потпуно различита правна института. Међутим, у једном случају је суд направио изузетак у овом погледу.⁴⁰¹

2.4.4.2. Побијање и рушљивост уговора

Као другу категорију у оквиру одсека који говори о неважноси уговора наш Закон о облигационим односима предвиђа рушљивост уговора. Уговор је рушљив кад га је закључила страна ограничено пословно способна, кад је при његовом закључењу било мана воље у погледу воље страна, као и кад је то законом или посебним прописом одређено.⁴⁰² Рушљиви уговори су они који производе правна дејства али који могу бити поништени у превиђеном року на зајтев законом одређених лица и то због недостатака којима се у првом реду вређају појединачни интереси.⁴⁰³ Околност да се рушљивим уговором не штете општи већ појединачни интереси утиче знатно и да на друге консеквенце које одатле произлазе. Циљ правног

⁴⁰¹ Реч је о једној пресуди Врховног суда Хрватске. „Дакле, у правилној примјени одредби ЗОО којима је уређено питање побијања дужникових правних радњи, правни посао између дужника и треће особе који је предмет побијања се не поништава, већ побијање иде само за тим да се ограничи ђеловање правног посла и тиме отклони штетни учинак у односу на вјеровника. Трећа се особа може ослободити таквог ограничавања правног посла ако плати вјеровнику оно што му дужник дугује. Стога је ваљало ђеломичним прихваћањем ревизије преиначити побијану пресуду и одлучити да предметни даровни уговор губи правни учинак према тужитељу у дијелу којим је то потребно за испуњење његова потраживања према родитељима млт. туженице З. Г. и Г. Г. (чл. 395. ст. 1. ЗПП).“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 697/03-2 од 25. августа 2004. године: Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

⁴⁰² Видети члан 111. Закона о облигационим односима

⁴⁰³ Слободан Перовић, наведено дело, стр. 470.

система да овакве правне послове утврди и уклони није у тако снажној мери, као што је случај са ништавим пословима, изражена у овом случају. Ипак, обзиром да је и повреда појединачних интереса нешто о чему правни систем мора водити рачуна, дозвољено је, уз испуњење одређених услова, да и рушљив правни посао буде поништен и на тај начин уклоњен из правног поретка. У сваком случају, потребно је на овом месту нагласити да предмет побијања могу бити релативно ништаве правне радње јер оне производе правна дејства све до времена утврђења њихове правне неваљаности.⁴⁰⁴ У поређењу са правом побијања рушљивост уговора показује много више сличности у односу на ништаве уговоре, међутим, уочити се могу и одређене разлике.

Прва сличност се огледа у томе што и рушљиви правни послови као и правни послови који могу бити предмет побијања производе правна дејства и остварују, од страна у послу, одређене правне последице. Друга сличност је у томе што је и случај рушљивог правног посла, као и случај правног посла који се може побијати, ирелевантан за суд у том смислу да о томе не пази по службеној дужности. Једини случај када ће суд разматрати ово питање ће бити по захтеву овлашћених лица у законом одређеном поступку. Трећа сличност између ова два института је то што у оба случаја право на остварење последице коју они носе са собом има ограничен круг лица која за то имају интерес. Четврту сличност представља правило по којем право на поништење рушљивог правног посла, са једне стране, и побијање, са друге стране, није временски неограничено већ се може остваривати у законом предвиђеним роковима. Последња сличност се односи на карактер судске одлуке, обзиром да и у случају поништења рушљивог посла и у случају побијања, она има конститутивно дејство.

Разлике између ова два института нису толико бројне али су веома значајне. Најпре, активно легитимисана лица се разликују. У случају рушљивости то ће бити најпре уговорник чија воља има недостатака али то може бити и његов универзални

⁴⁰⁴ Решење Привредног апелационог суда 6 Пж 3618/12 од 25.04.2012. године; Извор: лична архива аутора.

правни следбеник. У случају побијања, оштећени поверилац је тај који је активно легитимисан за вођење поступка. Поред овога, рок у којем се може тражити поништење односно побијање се разликује и у погледу начина одређења и у погледу дужине трајања. У случају поништења уговора рок се одређује и на субјективан и на објективан начин може се остварити у року од годину дана од дана сазнања за разлог рушљивости односно престанка принуде, али то праву у сваком случају престаје истеком рока од три године од дана закључења уговора.⁴⁰⁵ У случају побијања рок је постављен на објективан начин и рачуна се од дана када је правна радња предузета а износи једну и три године у зависности од врсте предузете правне радње.

2.5. Рок у којем се може вршити побијање дужникових правних радњи

Иако је у погледу рокова у којима се може вршити побијање дужникових правних радњи већ било речи у образложењу посебних услова побијања, односно врсти паулијанских тужби, аутору се чини да је, због прегледности рада, потребно посебно обрадити ову тему. Рок у којем се врши побијање даје целом праву побијања специфичан карактер, обзиром да се жели нагласити то да се ово право не може користити довека, већ само до оног тренутка који законодавац препознаје и предвиђа као последњи тренутак у којем се може започети поступак.

У праву побијања је последица неподношења захтева за побијање у одређеним роковима веома ригорозна по повериоца, обзиром да по протеку рока наступа преклузија односно немогућност започињања поступка. Оваква концепција у оквиру права побијања која се односи на временско ограничење у погледу периода времена у којем се оно може вршити је заиста неопходна. Не може се ни замислити ситуација у којем право на побијање не би застаревало, обзиром да би овакво решење аутоматски проузроковало огромну правну несигурност и угрозило би читав постављени систем

⁴⁰⁵ Видети члан 117. Закона о облигационим односима

права побијања. Разуме се, у погледу дужине трајања рока за побијање дужникових правних радњи се свакако може дискутовати, а аутор овог рада је у одговарајућем делу рада образложио свој став у том погледу.

Када је реч о роковима у којима се може вршити побијање, ваљало би имати у виду да ови рокови нису постављени на начин да теку за сваког повериоца појединачно већ једнако вреде за све. То значи да се у праву побијања лоцира нека тачка од које рок који је превиђен за побијање тече, и то једнако за све повериоце. Чини се да је овакво решење добро и пожељно, имајући у виду да значајно утиче на правну сигурност, обзиром да након протеча рока за побијање одређене правне радње дужникове, та радња постаје део правног система и више не може бити оспорена. Повериоци су дужни да воде рачуна о намирењу својих потраживања и у том циљу морају детаљно бити упознати са поступцима свог дужник. Тако у случају располагања вреднијом имовином од стране дужника, основано се може очекивати да ће повериоци, који имају значајна потраживања према дужнику, имати ову информацију, обзиром да право побијања рачуна са претпоставком да повериоци ажурно врше своја права. Зато се сматра да дужина самог рока за побијање није централно питање у овом погледу већ је то само сазнање за одређену дужникову радњу која може имати елементе радње која може бити предмет побијања. Ова претпоставка је имала смисла у моменту када је само право побијања доживело своју ренесансу у Европи, у 20. веку, када је било за очекивати да махом постоје тесне везе између поверилаца и њихових дужника, односно да повериоци свакодневно мотре над дужником па би лако приметили какво располагање којим је интенција оштећење поверилаца. Данас то није случај, па се може начелно поставити питање сврхе побијања уколико поверилац тешко или јако тешко може доћи до информације да је дужник предузео одређену радњу која може бити предмет побијања.

У погледу рока у којем се може вршити побијање, односно законског уређења овог рока, можемо направити разлику између две врсте законодавстава. Са једне стране, нека законодавства предвиђају различите услове за побијање теретних и бестеретних располагања дужника па самим тим и другачије рокове за побијање. У

том смислу, овакво разликовање од стране законодавца иде за специфичним циљем, да предвиди дужи рок за побијање оних правних радњи које сматра опаснијим по повериоце. У односу теретна-бестеретна правна радња, право побијања налази да се бестеретним радњама и располагањима дужниковим значајније оштећују права поверилаца па за ту врсту располагања, поред олакшаних услова, о чему смо већ говорили, предвиђа и дужи рок у којем се може вршити побијање. У ову групу правних система се убраја и наше право, као и право свих бивших југословенских република, аустријско право, немачко право и енглеско право. Са друге стране, у појединим правним системима се оваква разлика не прави, па законодавац прописује јединствен рок за све врсте побијања, изједначавајући, у том смислу, теретна и бестеретна дужникова располагања. У ову групу правних система се убраја италијанско право, француско и белгијско право. Тако рецимо, право да се побија дужникова правна радња у Италији застарева за 5 година од дана предузимања радње која је предмет побијања.

Побијање теретних располагања дужникових је могуће у нашем праву у року од једне године а бесплатних радњи у року од 3 године, у оба случаја рачунајући од дана када је предузета правна радња која се побија, односно од дана када је требало предузети пропуштену радњу. У случају да поверилац који врши побијање поднесе тужбу након протеча рока који је предвиђен за ту врсту располагања, јасно је да такав захтев не може резултирати побијањем, односно усвајањем тужбеног захтева, међутим остаје процесно-правно питање како поступити по оваквом захтеву? Једна могућност је да сама тужба буде одбачена. Овакав став би се бранио околношћу да је захтев поднет након протеча рока дефинисаног законом. Друга могућност која постоји је да тужбени захтев буде одбијен услед пропуштања материјално-правног рока у којем је тужба морала бити поднета. Управо ове аргументе је истакао и Врховни суд у образложењу једне одлуке.⁴⁰⁶ У нашем праву, према мишљењу аутора

⁴⁰⁶ „Правилна је оцјена другоступањског суда да се ради о преклузивном року у којем се тужба за побијање може поднијети но ради се о преклузивном року материјалног права, а не процесног права, јер тужитељ протеклом прописаног рока губио право на побијање правне радње свог дужника у судском поступку. Стога уколико је протекло рок прописан одредбом чл. 285. ЗОО, тужба се не

овог рада, неће бити спорно на који начин ће суд морати да поступи у наведеном случају. Суд ће у том случају морати да одбаци тужбу као неблагоприятну доносно по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди да је тужба поднета неблагоприятно, ако је посебним прописима предвиђен рок за подношење тужбе.⁴⁰⁷

У случају побијања формалних послова, односно у вези са роковима у којима се побијање може остварити у овим случајевима важе посебна правила. Наиме, у случају када је за пуноважност неког правног посла потребно да буде закључен у одређеној форми, онда ће побијање тог посла повериоци моћи да остваре у складу са законским роковима али од тренутка када је посао почео да производи правно дејство а не од момента закључења.⁴⁰⁸ То ће нарочито бити случај уговора о промету непокретности, без обзира да ли је реч о продаји или поклону, у оба случаја рок тече од дана овере од стране јавног бележника, обзиром да тек од тада уговор производи правна дејства.⁴⁰⁹

Посебна ситуација у погледу рокова може настати у случају када се над дужником отвори стечајни поступак са једне стране, док са друге стране рокови у којима се побијање ван стечаја могло захтевати су прошли. Да ли у том случају у

одбацује већ се одбија тужбени захтјев.“ (Пресуда Врховног суда Хрватске Рев 943/07-2 од 24. маја 2008. године; Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr>).

⁴⁰⁷ Видети члан 294. ст. 1. тач. 2. Закона о парничном поступку.

⁴⁰⁸ „У конкретном случају правна радња која се побија јесте уговор о поклону који је закључен 10.08.2005. године, а потписи уговорних страна оверени код суда дана 14.12.2005. године. Рок за подношење тужбе се рачуна од дана закључења уговора, а у складу са одредбом чл. 4. Закона о промету непокретности уговор се сматра закљученим када су потписи уговорних страна оверени пред судом. Тужени је уговор о поклону оверио 14.12.2005. године, па је тужба тужиле од 10. 12. 2008. године поднета у року од 3 године од дана када је уговор о поклону оверен у суду.“ (Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 943/12 од 18. 04. 2012. године) - Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 4/2012, Интермекс, Београд.

⁴⁰⁹ „У конкретном случају правна радња која се побија јесте уговор о поклону који је закључен 10.08.2005. године, а потписи уговорних страна оверени код суда дана 14.12.2005. године. Рок за подношење тужбе се рачуна од дана закључења уговора, а у складу са одредбом чл. 4. Закона о промету непокретности уговор се сматра закљученим када су потписи уговорних страна оверени пред судом. Тужени је уговор о поклону оверио 14.12.2005. године, па је тужба тужиле од 10. 12. 2008. године поднета у року од 3 године од дана када је уговор о поклону оверен у суду.“ (Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 943/12 од 18. 04. 2012. године) - Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 4/2012, Интермекс, Београд

погледу рока за побијање треба применити одредбе материјално-правног или стечајног побијања. О овоме је расправљао и Врховни суд Србије у једном случају када је заузет да се побијање у оваквој ситуацији може остварити у складу са роковима које дефинише стечајни пропис.⁴¹⁰

Поједини правни системи познају могућност продужења рока за побијање од стране повериоца. Ово правило је било предвиђено у §9. Закона о побијању правних дела изван стечаја. Оно је гласило да веровник може, пре него што је његова тражбина постала извршном или пре него што се покаже да извршење на имовини дужниковој није довело до потпуног намирења или да до тога неће довести, судском или јавнобележничком доставом поднеска известити о својој намери да ће побијати дело онога, према коме је ово дело било учињено или његове наследнике, у овом случају рок побијања рачунаће се уназад од времена доставе, ако се има узети да извршење на имовини дужниковој не би ни у време те доставе довело до потпуног намирења веровникове тражбине, и ако је побијање учињено до протеча две године од времена те доставе.⁴¹¹ Идеја овог правила је јасна, оно је установљено у корист повериоца који у тренутку када је због преклузивно предвиђених рокова неопходно започети поступак побијања а нису испуњени услови са стране повериоца да се тако нешто и учини. Правило се односи на два случаја, ситуацију када потраживање повериоца у тренутку када је потребно започети побијање није стекло статус

⁴¹⁰ „Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, и примењујући одредбе чл. 280. до 285. Закона о облигационим односима, нижестепени судови су нашли да је тужба за побијање правне радње поднета неблагоприятно, односно по протеку рока од три године. Наиме, правна радња чије се побијање тражи извршена је 2.6.1997. године, а тужба за утврђење је поднета 3.1.2001. године. Како је протекло законски рок од три године, то је тужба неблагоприятно поднета, па је првостепени суд одбио тужбени захтев, а другостепени суд је тужбу одбацио. Врховни суд је мишљења да се у описаној правној ситуацији примењује Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, да је његова примена условљена чињеницом што је над првотуженим отворен поступак стечаја, тако да се на свако располагање имовином првотуженог примењује режим који дефинише Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Из свих ових разлога Врховни суд налази да на правне односе странака треба применити одредбе Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. А према том пропису тужба за побијање правних радњи може се поднети у року од шест месеци од дана отварања стечајног поступка, а најдоцније до рочишта за главну деобу.“ Решење Врховног суда Србије, Прев. 299/2002(3) од 29.1.2003. године - Судска пракса трговинских судова - Часопис за привредно право, бр. 2/2003 - стр. 201.

⁴¹¹ §9. Закона о побијању правних дела изван стечаја; идентично правило се налази у аустријском Закону о побијању правних послова

извршења као и на ситуацију када поверилац још увек није доказао немогућност намирења из имовине дужникове. Сам поднесак којим се обавештева потенцијални противник побијања нема посебну форму нити садржину. Ипак, неопходно је било да поднесак увек садржи следеће податке: намеру за побијањем, тално означавање субјекта побијања-тужиоца и противника побијања, тражбину ради чијег се намирења овај корак и предузима и правно дело које је предмет побијања.⁴¹²

Уопштено гледано, правило о продужењу рока за вршење побијања у модерном праву не би требало да има већи значај. Управо зато није ни предвиђено у већини правних система, као ни у и српском праву. Најпре, у односу на први разлог због којег је и било предвиђено, ситуацију када поверилац због неизвршности потраживања не може још увек вршити побијање, правило је излишно обзиром да извршност потраживања, односно постојање извршног наслова за потраживање повериоца није услов да би се приступило побијању. Побиање може вршити поверилац са доспелим потраживањем без обзира да је оно утужено или не. Међутим, у односу на други разлог, ситуацију када поверилац није још увек доказао немогућност намирења у тренутку када је неопходно, због протека рока, започети поступак побијања, ово правило би и у нашем данашњем праву побијања могло да има одређени значај. Овакав став аутор извлачи из практичне примене права побијања у нашој земљи, односно на основу анализираних одлука судова, који као општи услов побијања веома често подразумевају доказану немогућност намирења потраживања. Зато би овакво правило могло да има смисла и да заштити интерес поверилаца.

⁴¹² Божидар С. Марковић, наведено дело, стр. 141.

ДЕО ТРЕЋИ

СТЕЧАЈНО ПРАВО ПОБИЈАЊА

3.1. Опште одлике стечајног права побијања

Само право побијања у стечају за свој настанак може захвалити потреби заштите једног од најзначајнијег начела стечајног поступка-правила о равноправном положају и једнаком намирењу поверилаца. Ово правило, истина, своје дејство остварује у оквиру стечајног поступка када се жели подвући да сви повериоци имају једнак третман у поступку односно равноправан положај, међутим, може се дејство овог правила проширити и ван стечајног поступка. Наиме, управо у случају побијања правних радњи стечајног дужника начело заштите једнаког положаја поверилаца излази из стечаја у фазу пре отварања стечајног поступка и ту остварује своју сврху. Побијање у стечају је корективни механизам у оцени поступака стечајног дужника у одређеном временском периоду који претходи стечају а управо са циљем остварења начела једнакости поверилаца у стечају. Поједини аутори наводе да је право побијања супсидијарно право које се остварује када се повериоци не могу намирити из имовине стечајног дужника.⁴¹³ Ово је и разумљиво, обзиром да се намирењем једног или више поверилаца пре стечајног поступка на начин који стечајно право сматра недозвољеним, умањује или онемогућава у потпуности намирење поверилаца у стечају, па само право побијања и постоји да би се исправила ова неправилност и омогућио једнак третман поверилаца у стечају. Зато се добро у теорији примећује да сам стечајни поступак води спречавању даљих оштећења поверилаца док за „поправак и одстрањење дужникових ранијих малверзација на штету стечајних

⁴¹³ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 72; исто прихвата и Драгиша Слијепчевић, Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, стр. 17.

вјеровника“ служи, између осталих, и право побијања правних радњи стечајног дужника.⁴¹⁴

Побијање у стечајном поступку има изузетан значај јер се њиме омогућава, у многим случајевима, једина могућност намирења поверилаца. Бројни су стечајни поступци у пракси у којима стечајни дужник не поседује никакву имовину која може служити за намирење поверилаца, па од закључења стечаја у таквом случају повериоце штити само могућност побијања правних радњи које је стечајни дужник предузео пре стечајног поступка. Такође, генерална интенција сваког дужника да отуђи или у корист повезаних лица располаже вреднијом имовином пре сопствене пропасти, која је нарочито интензивна непосредно пре отварања стечаја, када стечајни дужник постаје свестан да је отварање стечајног поступка извесност у блиској будућности, рађа значајну потребу за могућност контроле његових пословних потеза, нарочито у ситуацији у којима су они предузети у циљу оштећења поверилаца.

Објекат заштите у случају стечајног побијања су, несумњиво, повериоци односно могућност намирења њихових потраживања. Али право побијања у стечају има и шире значење од прости заштите поверилаца и њихових права. Наиме, побијањем се омогућава заштита једног значајног друштвеног добра-начела савесности и поштења, а ова заштита посебно добија на важности у привредним односима у којима мора постојати појачана пажња свих учесника. Поступање дужника, које се предузима пре стечајног поступка и којим се уз намеру или грубу непажњу стечајног дужника као и лица које остварује корист из таквог поступања стечајног дужника, којим се наноси штета његовим повериоцима односно којим се онемогућава намирење њихових потраживања не сме проћи некажњено а право побијања у том смислу делује као санкција за такво несавесно поступање.

У оквирима стечајног права побијања можемо разликовати, у зависности од тога ко врши побијање, остваривање овог права у субјективном и у објективном смислу. Уколико право побијања врши неки од поверилаца стечајног дужника реч је

⁴¹⁴ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 87.

о остваривања овог права у субјективном смислу док у другом случају, када побијање врши стечајни управник говоримо о остваривању права побијања у објективном смислу. Међутим, ова подела је донекле релативована имајући у виду последицу успешног побијања у једном и у другом случају, обзиром да је она јединствена, правна радња губи правно дејство према стечајној маси а последично и према свим повериоцима стечајног дужника. Зато се може рећи да је право побијања које је омогућено и повериоцима стечајног дужника само корективни, заштитни механизам који своју сврху остварује тек онда када стечајни управник не врши своју обавезу.

3.1.1. Настанак и развој

У Европским оквирима право стечајног побијања је нешто што је предмет регулисања сваке поједине државе у оквиру прописа којим је дефинисан сам поступак стечаја. Ово је и потпуно природно решење обзир да је ипак реч о побијању у стечају. Међутим, оне земље које имају трговачки законик често материју побијања у стечају, као уосталом и целокупно стечајно право, регулишу управо у оквирима трговачког законика. Оно што је важно приметити у вези са регулативом права побијања у стечају је то да за разлику од ванстечајног побијања, побијање у стечају релативно често пролази кроз одређене измене. Разлог за ово лежи у чињеници да се за разлику од закона којим се уређују облигациони односи, стечајни закони релативно често мењају. Наиме, свака држава има снажну потребу да прилагођава своје законодавство стварним тржишним и привреним приликама што доводи до мењања правила која уређују привредно окружење. Такође, одређени број земаља, међу којима је и наша земља, додатно исказују потребу да, за потребе повећања инвестиција, нарочито страних инвестиција, прилагоде привредно-правно окружење савременим европским законодавствима, најчешће неке од земаља ЕУ. Напоследку, а у односу на материју стечајног права, ефикасност поступка стечаја у свакој од

земаља води повећању или смањењу општег утиска о могућности и брзини намирења потраживања у привредним односима од чега зависи и оцена укупног привредно-политичког система у свакој земљи.

У Италији, у III делу другог одељка Legge Fallimentare под називом *Degli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori* регулисана су правила о стечајној паулијанској тужби а чланови који о томе говоре су од 64 до 71. У Француској је стечајно побијање уређено у Code de commerce и то у делу који носи наслов *de la nullité de certains actes*, члановима од L632-1 до L632-4. У Немачкој материја побијања је регулисана Стечајним закоником- *Insolvenzordnung (InsO)*⁴¹⁵ и то параграфима од 129 до 147. а у Аустрији Стечајним закоником *Insolvenzordnung – (IO)*, параграфима од 28 до 41. У САД побијање у стечају је уређено кроз Title 11 of the United States Code или United States Bankruptcy Code из 1978. године који је у међувремену неколико пута измењен и допуњен. Материја побијања се налази у chapter 5, subchapter III §548. У Холандији, стечајно право побијања је уређено Стечајним законом у оквиру другог поглавља које говори о дејству отварања стечаја кроз чланове од 42 до 51. У Великој Британији материја побијања у стечају је уређена члановима 423-425 *Insolvency act*. Такође, Европска унија, која је донела 29.5.2000. године уредбу већа бр. 1346/2000 о стечајном поступку, која је ступила на снагу 31.5.2002. године и којом је у значајној мери хармонизовано стечајно законодавство у земљама чланицама. Међутим, ова уредба није у материји побијања креирала унификована правила, него је и даље на снази појединачни правни режим у свакој од чланица.

У правима бивших југословенских република материја стечајног побијања се налази у оквиру закона којим се регулише поступак стечаја. Тако је у Хрватској материја стечајног побијања регулисана Стечајним законом из 2015. године⁴¹⁶, у Словенији Законом о финансијском пословању, поступцима заради инсолвентности ин

⁴¹⁵ У нашој литератури овај Законик се преводи и као Закон о инсолвенцији. Донет је 5.октобра 1994. године а измењен 13. априла 2007. године.

⁴¹⁶ И то од 198. до 215. чланка овог закона.

присилнем пренехању (ZFPPPP-UPB7)⁴¹⁷, у ФБиХ Законом о стечајном поступку из 2003. године⁴¹⁸, у Републици Српској Законом о стечају из 2016. године⁴¹⁹, Македонији Законом за стечај из 2006. године⁴²⁰, док је у Црној Гори право стечајног побијања регулисано Законом о стечају из 2011. године.⁴²¹

3.1.2. Правни инструменти којима се врши побијање

Када се говори о тзв. процесно-правном побијању или праву побијања у стечају, као прво средство којим се то право може остварити, разуме се, свакако се најпре намеће тужба као општи инструмент за заштиту права у оквиру система грађанског права. У том смислу, као опште место стечајног права, истиче се да се право побијања остварује тужбом. Тако је и у нашем праву али и у другим правима. Тако се у члану 128. ст. 1. Закона о стечају истиче да се правни посао или правна радња стечајног дужника побијају тужбом.⁴²² У случају побијања правних радњи стечајног дужника ваљало би одмах напоменути да сам појам стечајни дужник у оквиру саме дефиниције појма побијања у стечају није адекватан, обзиром да би строго формално тумачење могло произвести став да је реч о радњама дужниковим које су предузете тек када је дужник постао стечајни дужник, односно тек након момента наступања правних последица стечаја у односу на конкретног дужника. Међутим, иако то није тако, под појмом стечајни дужник би требало подразумевати и радње које је предузимао дужник пре него што је над њим отворен стечајни поступак. У том смислу, а обзиром да Закон о стечају не прави ту софистицирану разлику између појма дужника и стечајног дужника, већ за оба појма користи заједнички термин стечајни дужник којим означава лице које је предузело радњу која

⁴¹⁷ Чланови од 271. до 278 овог закона.

⁴¹⁸ Чланови од 80. до 88.

⁴¹⁹ Чланови од 134. до 141.

⁴²⁰ Членови од 172. до 188.

⁴²¹ Чланови од 122. до 132.

⁴²² Идентично правило је имао и Закон о стечајном поступку у члану 106. ст. 1.

је предмет побијања, аутор овог рада ће у даљем делу текста користи искључиво термин стечајни дужник када жели да означи дужника који је предузео односно који је одговоран за радњу која је предмет побијања. Међутим, иако је тужба највише коришћен инструмент, односно средство којим се започиње поступак побијања у стечају, ово средство није усамњено као што није ни у материјалном праву побијања, јер поред њега на располагању стоје још два додатна, а то су противтужба и приговор. У нашем праву ово питање је решено изречном одредбом, правни посао или правна радња стечајног дужника могу се побијати и подношењем противтужбе или приговора у парници, у ком случају не важи рок прописан у члану 119. став 4. овог закона.⁴²³ На овом месту, аутор ће упутити критику законодавцу у погледу наслова пре члана 128. Закона о стечају којим се дефинишу средства којима се побијање може остварити. Наиме, Закон о стечају користи наслов „радње побијања“ који не одговара садржини члана који након наслова следи што упућује да је реч о редакцијској грешци коју би ваљало што пре исправити. Иако овај наслов нема непосредну практичну примену нити утиче на саму садржину права побијања, ипак он естетски умањује лепоту закона и квари логички след који Закон о стечају, као и други закони, морају поставити.⁴²⁴

3.1.2.1. Тужба

Као што смо видели, основно средство којим се врши право побијања у стечају је тужба коју подноси законом овлашћено лице против противника побијања. Ваљало би одмах напоменути да има мишљења у теорији која разликују паулијанску тужбу којом се врши побијање ван стечаја од посебне побојне тужбе која се користи

⁴²³ Члан 128. ст. 2. Закона о стечају, идентично правило садржи и Закон о стечајном поступку у члану 106. ст. 2.

⁴²⁴ У том смислу, велика је штета што овај пропуст није отклоњен новелама закона из 2014. године.

за стечајно побијање.⁴²⁵ По мишљењу аутора овог рада, нема места овом разликовању, обзиром да, као што је на почетку рада већ наведено, паулијанска тужба се као генерични појам уобичајено користи и за стечајно и за ванстечајно побијање. Када је реч о тужби за побијање, она је уопштено уређена општим правилима процесног права, у нашем праву одредбама Закона о парничном поступку. Сви општи услови тужбе су у погледу стечајног права побијања уређени на идентичан начин као и у Закону о парничном поступку. Тако је предвиђено да тужба мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак⁴²⁶. Такође, у свим парничним поступцима који проистекну из стечаја, укључујући и поступке побијања дужникових правних радњи, се примењују и друга правила парничног поступка као што је правило о вредности предмета спора која мора бити означена у тужби или о заступању. Тужба је иницијални акт којим се започиње поступак побијања.

3.1.2.2. Противтужба

Као посебно средство којим се може вршити побијање Закон о стечају наводи и противтужбу.⁴²⁷ Иначе, у наше правило противтужба, као средство којим се може остваривати побијање је уведена релативно скоро, и то изречним правилом члана 106. ст. 2. Закона о стечајном поступку 2004. године, обзиром да претходни закон којим је била регулисана материја стечаја, Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији то није учинио.

⁴²⁵ Драгиша Слијепчевић, Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, стр. 18.

⁴²⁶ Члан 192. ст. 1. Закона о парничном поступку.

⁴²⁷ Члан 128. ст. 2. Закона о стечају.

Да ли је било неопходно посебно нормирати противтужбу као средство за побијање дужникових правних радњи је питање које се основано може поставити, обзиром да се може рећи да правило да се побијање може остварити тужбом у себи конзумира и правило да се побијање може остварити и противтужбом. Генерално правило је да тужени може до закључења главне расправе да поднесе код истог суда противтужбу ако је захтев противтужбе у вези с тужбеним захтевом или ако ти захтеви могу да се пребију или ако се противтужбом тражи утврђење неког права или правног односа од чијег постојања или непостојања зависи у целини или делимично одлука о тужбеном захтеву.⁴²⁸ Могуће је да је управо разлог за предвиђање противтужбе као посебног средства којим се може вршити побијање јасно назначење да чак и случају да је парница у току по неком другом правном питању, тужени може побијати правну радњу дужникову. Међутим, потребно је датаљније размотрити ситуације у којима ће бити могуће остваривати побијање дужникових правних радњи уз помоћ противтужбе. Обзиром да активна страна у поступку побијања може бити стечајни управник у име и за рачун стечајног дужника односно стечајне масе али и повериоци покушаћемо да посебном анализом размотримо оба наведена случаја. Уколико је стечајни управник лице које жели да остварује побијање, обзиром да он то чини у име и за рачун стечајног дужника односно стечајне масе, у случају противтужбе јасно је да је претходни услов који мора бити испуњен да би тако нешто било могуће, постојање већ започетог парничног поступка у којем је стечајни дужник, односно стечајна маса тужени. Дакле, у моменту када стечајни управник у име и за рачун стечајног дужника, односно стечајне масе подноси противтужбу којом захтева побијање одређене правне радње стечајног дужника мора постојати парница у којој је стечајни дужник односно стечајна маса означена као тужени. Ипак, из овако постављеног предуслова за осваривање побијања противтужбом може се одмах уочити њено веома ограничено дејство, наиме, она се може поднети само против тужиоца. У погледу дејства противтужбе, односно спектра који она може покрити чини се да је једино њено ограничење у погледу личности тужиоца, односно да се у стечају не би применило опште правило да захтев противтужбе мора бити у вези са

⁴²⁸ Члан 198. ст. 1. Закона о парничном поступку.

тужбеним захтевом или ако да се ти захтеви могу пребити или да се противтужбом може тражити утврђење неког права или правног односа од чијег постојања или непостојања зависи у целини или делимично одлука о тужбеном захтеву. Сва ова ограничења, чини се, немају дејство у парници за побијање по поднетој противтужби, па се она може поднети уз задовољење само једног услова- да је тужилац из парнице у којој се подноси противтужба пасивно легитимисан за побијање одређене дужникове правне радње. Који ће то случајеви бити, Закон о стечају не наводи. Имајући у виду законско правило у погледу дејства наступања правних последица отварања стечаја на парничне поступке који су у току а у којима је стечајни дужник тужени, а правило је да се сви судски поступци против стечајног дужника у том случају прекидају, редован случај у којем ће стечајни управник бити у могућности да искористи противтужбу као средство побијања је случај парничног поступка који је поверилац након отварања стечаја покренуо против стечајног дужника односно стечајне масе. Најчешће ће то бити случај када је поверилац пријавио потраживање које има према стечајном дужнику које стечајни управник оспори на испитном рочишту па поверилац започне парнични поступак за утврђење потраживања. У том случају, иако се парнични поступак не односи на радњу стечајног дужника која може бити предмет побијања, већ на утврђење потраживања које поверилац има према стечајном дужнику, стечајни управник може поднети противтужбу којом ће остваривати побијање. Такође, могућ је случај разлучног повериоца којем је такође оспорено потраживање па је поднета тужба за његово утврђење. У погледу разлучног повериоца остаје отворено питање како би стечајни управник требало да се постави. Наиме, када је добио пријаву потраживања разлучног повериоца и када је утврдио да је разлучно право, на пример, успостављено на основу радње стечајног дужника која може бити предмет побијања, стечајни управник може поступити на један од два начина:

1. може одмах након утврђења ове околности, не чекајући испитно рочиште, поднети тужбу за побијање против разлучног повериоца као противника побијања. У овом случају одлука о пријављеном потраживању би дошла

нешто доцније а свакако би била у маниру да се потраживање оспорава јер је парница за побијање у току;

2. може сачекати испитно рочиште и на њему оспорити потраживање разлучног повериоца, сачекати тужбу за утврђење па у самом парничном поступку започети побијање дужникових правних радњи противтужбом.

Са друге стране, на побијање су овлашћени и повериоци па се поставља питање да ли повериоци побијање могу остваривати противтужбом? Поједини аутори сматрају да тако нешто није ни могуће и да право на противтужбу може остварити само стечајни управник, а не и остали стечајни повериоци.⁴²⁹ По мишљењу аутора овог рада, тако нешто ће само теоријски бити могуће. Наиме, да би побијање било на правилан начин постављено у случају када је активна страна поверилац а не стечајни управник у име и за рачун стечајног дужника а не стечајне масе, сам захтев побијања мора бити уперен према противнику побијања али и стечајном дужнику. Дакле, у случају противтужбе, код које је претпоставка да је поверилац већ у парници тужени, као тужиоци се никада неће појавити и противник побијања и стечајни дужник већ само једно од два наведена лица. У случају да поверилац поднесе противтужбу против тужиоца у већ започетом парничном поступку стичу се услови да суд тужбени захтев из противтужбе одбије обзиром да је реч о нужном супарничарству а у складу са правилима Закона о парничном поступку.⁴³⁰ Он додуше, може након подношења противтужбе одмах исту преиначити тако што ће означити и друготуженог, противника побијања или стечајног дужника у зависности од тога ко је тужилац у већ постојећој парници, међутим, за тако нешто ће бити потребан пристанак и лица које је до сада било тужено као и новог туженог, што је мало вероватно да ће се десити. Такође, у случају када је стечајни дужник тужени, у многим случајевима тако нешто неће бити ни могуће обзиром да у стечају важи правило о атракцији надлежности стечајног суда за све поступке који се надаље воде против стечајног дужника. Управо у вези са атракцијом надлежности, опште правило

⁴²⁹ Драгиша Слијепчевић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, стр. 40, Правни информатор 11/2005, Intermex, Београд, 2005. година.

⁴³⁰ Члан 211. ст. 2. Закона о парничном поступку.

Закон о парничном поступку да противтужба не може да се поднесе ако је за захтев из противтужбе стварно надлежан виши суд или суд друге врсте не може бити примењено јер ће се у сваком случају правило о атракцији применити и у овом погледу.

3.1.2.3. Приговор

Још једно средство које Закон о стечају изречно наводи као средство којим се може вршити побијање је приговор. За разлику од противтужбе, приговор као правно средство побијања је постојало у нашем стечајном праву и пре него што је Закон о стечају ступио на снагу. Наиме, и претходна два закона којима је био регулисан стечајни поступак и који се још увек примењују у односе на стечајеве који су отворени у тренутку када су они били на снази, су познавали приговор као средство побијања. Закон о стечајном поступку је приговор регулисао чланом чланом 106. ст. 2. док је у Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији био уређен у члану 116. ст. 5. Приговор као и противтужба захтевају да, као претходни услов, буде већ поднета тужба против лица које жели да врши побијање. Само у таквом чињеничном и правном склопу се може остварити побијање путем приговора. Теоријски гледано, побијање се може остварити приговором у следећем случају, када је на испитном рочишту један од поверилаца оспорио потраживање другог повериоца а затим и започео парнични поступак за оспоравање потраживања, а противник поред доказивања основаности сопственог потраживања истакне и приговор побијања. Међутим, и у овом случају је побијање тешко остварљиво обзиром да се приговором побијања морају обухватити како противник побијања тако и стечајни дужник. Због тога једини могући случај побијања приговором је случај када је оспорено потраживање стечајног повериоца од стране стечајног управника, након чега поверилац започиње парнични поступак за утврђење потраживања, а стечајни управник истиче у своју одбрану и приговор побијања у односу на тужиоца.

По мишљењу појединих аутора, побијање приговором ће бити могуће у случају када стечајни дужник конституисану обавезу побојном радњом није извршио до датума отварања поступка стечаја.⁴³¹ У овом случају би стечајни управник оспорио потраживање које по том основу пријави противник побијања. Међутим, по мишљењу аутора овог рада, овакав поступак стечајног управника не би довео до побијања дужникове правне радње, па би стечајни управник морао да, у парници за утврђење потраживања, која би потом уследила, право на побијање оствари противтужбом или приговором побијања. Као основано, требало би прихватити становиште према којем је побијање приговором било могуће у случају када је дужник пре стечаја отуђио неку своју ствар али је није предао трећем лицу, па треће лице у парничном поступку захтева предају наведене ствари.⁴³² У таквом случају, уколико би такав парнични поступак био дозвољен је могуће да стечајни дужник побијање оствари приговором.

Поставља се питање да ли у нашем праву услед околности, да је предвиђено да се побијање може вршити и противтужбом, уопште има места побијању на основу приговора, односно да ли су противтужба и приговор комплементарна правна средства или примена једног искључује примену другог? Након анализе овог питања, аутор овог рада је мишљења да приговор у модерном праву побијања нема више никакав значај имајући у виду да се потпуно идентичан ефекат побијања може остварити противтужбом, односно не види се јасан разлог његовог постојања у Закону о стечају. Чини се да је разлог за остављање приговора као средства побијања у Закону о стечају жеља да се очува традиција у овој области односно да се задржи дуго важеће правило по којем се побијање може остварити подједнако добро и тужбом и приговором.

⁴³¹ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 40.

⁴³² Марија Салма, Побијање правних радњи стечајног дужника, стр. 113, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XLIII 3 (2009), Нови Сад 2009. година; Томица Делибашић, наведено дело, стр. 234.

3.1.3. Активна и пасивна легитимација странака

Како се побијање мора остварити унутар поступка и то унутар парничног поступка, ваљало би детаљно испитати позиције странака. Сама легитимација странака је од пресудне важности имајући у виду строга правила парничног поступка о томе шта се дешава када у тужби нису ваљано означене странке, односно када нека од странака нема легитимацију за учешће у спору. Када говоримо о легитимацији можемо разликовати активну страну парнице, тужиоца и пасивну страну парнице, туженог. У наставку ће посебно бити анализирана активна страна парнице за побијање, односно ко је овлашћен да буде тужилац у парници за побијање али и пасивна страна односно против кога се подноси тужба за побијање дужникових правних радњи. Као и у делу у којем се говорило о побијању изван стечаја, даља анализа као и терминологија ће бити прилагођена случају када се побијање остварује тужбом, а резултати до којих се дође ће једнако вредети као и у случају да се побијање остварује противтужбом или приговором.

3.1.3.1. Активно легитимисана страна

Најпре, поставља се питања, која лица могу вршити право побијања правних радњи стечајног дужника? У нашем праву, право побијање је резервисано за стечајног управника али и за повериоце стечајног дужника. Међутим, као што ће се видети, специфичан однос постоји између ове две врсте потенцијалних побијања правних радњи стечајног дужника.

3.1.3.1.1. Активна легитимација стечајног управника

Већ на први поглед, правило које се намеће говори о томе да стечајни управник може вршити побијање дужникових правних радњи. Ово је и потпуно природно решење уколико се има у виду да је реч о професионалном органу стечајног поступка као и уколико се разуме његов задатак унутар стечаја. Задатак стечајног управника је да оствари циљ стечајног поступка а то је најефикасније могуће намирење поверилаца у стечају. Појам нејефикасније намирење у себи садржи два ужа појма а то су најбоље и најбрже намирење поверилаца. Најбоље намирење подразумева намирење потраживања поверилаца у стечају у највећој могућој мери, у највећем проценту у односу на номинални износ поверилачких потраживања према стечајном дужнику. Са друге стране, најбрже намирење подразумева временски најкраће могуће намирење рачунајући од дана отварања стечаја. У погледу брзине намирења потраживања поверилаца у стечају сам Закон о стечају садржи бројна решења, од веома кратких рокова за предузимање многих радњи у стечајном поступку до правила о делимичној деоби одмах након стицања услова за тако нешто. Закон о стечају већ у члану 2. предвиђа правило да је циљ стечаја јесте најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине, док у члану 8. прокламује начело хитности⁴³³, и тиме, за разлику од својих претходника,⁴³⁴ јасно ставља до знања свим учесницима у поступку да све своје радње прилагоде остваривању циља стечајног поступка уз поштовање начела хитности. Разумевајући циљ стечајног поступка потпуно је јасно и оправдано решење по којем је прво лице које је активно легитимисано да побија дужникове правне радње управо стечајни управник. Обзиром да је његов задатак да оствари циљ стечајног поступка и то на најбржи могући начин, логично је да ће он тако нешто моћи да учини тек уколико

⁴³³ Видети члан 8. Закона о стечају.

⁴³⁴ Закон о стечајном поступку као и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидације не садрже овакве одредбе мада, истина, и у складу са ова два прописа се правило о бзром намирењу поверилаца у највећој могућој мери мора поштовати.

изврши детаљну анализу пословања стечајног дужника у одређеном временском периоду пре отварања стечаја и дође до сазнања да ли је стечајни дужник предузимао неке радње у том периоду које би могле да буду предмет побијања у стечају. Уколико се мало детаљније погледа, управо је стечајни управник тај који има на располагању документацију стечајног дужника, обзиром да стечајни управник одмах након отварања стечаја над дужником преузима сву пословну документацију и на бази ње може увидети да ли постоје одређене правне радње стечајног дужника, предузете у прошлости, које у складу са законским одредбама могу бити предмет стечајног побијања.

Као специфично питање може се поставити следеће, да ли је право побијања само опција предвиђена законом или је стечајни управник у обавези да побија сваку правну радњу стечајног дужника за коју има информацију да би могла да буде предмет побијања? Одмах ћемо дати одговор на ово питање а у наставку и детаљно аргументовати став. Стечајни управник је у обавези да побија све оне правне радње које могу бити предмет побијања, односно за које дође до сазнања да су предузете од стране стечајног дужника у временском периоду пре отварања стечајног поступка у којем је могуће вршити побијање. О томе говори анализа неколико важних одредаба Закона о стечају. Најпре, у делу закона који говори баш о побијању када се наводи ко има активну легитимацију за ове поступке, за стечајног управника стоји да је дужан побијати правне радње увек када оцени да су испуњени услови за подношење тужбе.⁴³⁵ Дакле, Закон о стечају је на изречан начин, означавајући побијање као дужност стечајног управника, одредио његову обавезу у овом погледу. Стечајни управник, који на основу анализе пословне документације стечајног дужника али и на основу других информација које добије од поверилаца или других лица у поступку или ван њега, сазнање о правној радњи стечајног дужника која може бити предмет побијање мора материјализовати кроз подношење тужбе. Ова обавеза стечајног управника је потврђена и на другим местима у оквиру Закона о стечају, у

⁴³⁵ Видети члан 129. ст. 1. Закона о стечају.

оквиру одредбе која говори о делокругу послова стечајног управника⁴³⁶, као и у оквиру одредбе о радњама од изузетног значаја.⁴³⁷ Да је реч о обавези стечајног дужника говори и то што у Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији као и у Закону о стечајном поступку нема овако децидно предвиђених одредаба о дужности стечајног управника да врши побијање већ се искључиво говори о праву на побијање. У ова два закона, која се још увек примењују на одређене стечајне поступке, дужност побијања на страни стечајног управника није предвиђена ни у одредбама које говоре о делокругу послова стечајног управника. Заправо, Закон о стечају је донео новине у овом погледу и побијање правних радњи стечајног дужника подигао на значајно виши ниво него што је то било до његовог доношења у српском стечајном праву. Само побијање дужникових правних радњи је у нашем позитивном праву постала изузетно значајна материја у оквиру које се види потенцијална шанса за боље намирeње поверилаца а која је оличена у обавези стечајног управника да побија радње стечајног дужника које су преузете у прошлости. Стечајни управник је професионални орган стечајног поступка за који се претпоставља да на изврстан начин влада материјом стечаја, па се разумно и очекује да ће у циљу бољег или правичнијег намирења поверилаца, имати довољно стручног знања и искуства да успешно оконча започети поступак побијања. Међутим, требало би посебно имати у виду да побијање у стечају, као ни оно изван њега уосталом, није прост силогизам или математичка операција у којој ће збир факта, конкретне чињеничне ситуације, и акта, одређеног законског правила о побијању, увек резултирати успехом у спору нити је оправдано на стечајног управника поставити такав безгрешан задатак. У принципу када се остваре претпоставке за побијање, односно када су испуњени услови предвиђени законом, до побијања ће заиста и доћи, међутим, не би ваљало previdети могућност да стечајни управник, иако је реч о професионалцу, има погрешну перцепцију о правној радњи стечајног дужника као и да она може бити

⁴³⁶ У члану 27. ст. 1. тач. 1. Закона о стечају је предвиђено да је стечајни управник нарочито дужан да предузме све неопходне мере за заштиту имовине стечајног дужника, укључујући и спречавање преноса имовине, њено печатење или одузимање уколико је то неопходно, као и радње побијања, ако би се побијањем увећала стечајна маса.

⁴³⁷ У члану 28. ст. 1. Закона о стечају изречно је предвиђено да се побијање правних радњи стечајног дужника подношењем тужби или на други начин не сматра радњом од изузетног значаја.

предмет побијања. Да није реч о аутоматском непогрешивом аутоматизму говоре и бројне одлуке судова којима је одбијен тужбени захтев за побијање правних радњи стечајног дужника који је постављен од стране стечајних управника. Због чега је то тако одговор није лако дати и засигурно не постоји само један разлог који утиче да се тако нешто дешава. У сваком случају, треба имати у виду да је реч о људском фактору, јер се послом стечајног управника се у нашој земљи баве готови сви, без неких значајних квалификација за тако одговоран посао па су овакви пропусти могући и донекле очекивани. Зато би ваљало размишљати о додатној професионализацији посла стечајног управника, обуци постојећих и строжијим условима за избор нових стечајних управника. Овако нешто је потребно учинити имајући у виду шире дејство изгубљене парнице за побијање од стране стечајног управника. Наиме, иако је идеја сваког стечајног управника који започиње побијање да санира последице које је радња произвела у смислу оштећења поверилаца, а имајући у виду да успешност односно реализација побијања није безгрешна што је и разумљиво, на овом месту ће бити изложене последице изгубљеног поступка побијања. Најпре, стечајни управник ће за сваки започети поступак побијања правне радње стечајног дужника имати одређене трошкове у погледу судских такси на тужбу и пресуду а могуће је и жалбу, затим за заступање од стране адвоката, обзиром да један значајни део стечајних управника нису правници и за овакве случајеве редовно анагажују адвокате (то чак раде и стечајни управници који јесу правници) и напослетку трошкове у току поступка у виду накнаде за вештачење, таксе за прибављање одређених неопходних докумената и друге трошкове. Све те трошкове стечајни управник ће платити из средстава која се налазе на рачуну стечајног дужника, чиме ће се у првом кораку умањити стечајна маса. Међутим, то није све, у случају губитка спора, стечајни управник ће морати да надокнади све трошкове поступка друге стране у складу са правилом прокламованим у члану 153. Закона о парничном поступку. Обзиром да је реч о парничном поступку пред привредним судом, који повлачи значајно веће трошкове у односу на споровима који се воде пред судовима опште надлежности у погледу судских такси и трошкова адвоката за подношење поднесака и заступање на рочиштима, ти трошкови никако не могу бити

мали. Сваки изгубљени спор за побијање од стране стечајног управника наноси додатну штету за повериоце у стечају имајући у виду да се њихово очекивано намирење смањује и то последично у односу на смањење стечајне масе због трошкова поступка. Из свих ових разлога, од пресудног значаја је да стечајни управник, који је дужан да побија радње стечајног дужника које могу бити предмет побијања, пажљиво анализира и разматра сваки појединачни предмет и да ли се основано може очекивати да ће суд усвојити тужбени захтев. Сваки пропуст у овом одабиру кошта и то повериоце у стечају и зато би могућност грешке ваљало смањити на најмању могућу меру. Значајну улогу у том погледу може имати управо привредно судство кроз устаљену судску праксу у материји побијања, доступну јавности, која може одредити сваког стечајног управника, након упоређивања чињеничног стања са већ постојећим правним ставом у пракси, да ли ће у некој конкретној ситуацији започети поступак или не.

Када је реч о побијању од стране стечајног управника, као посебан практичан проблем се јавља проблем трошкова поступка. Парничење кошта, нарочито пред привредним судовима као надлежнима у поступцима побијања у стечају. Трошкови поступка су, у веома ретким случајевима, мањи од износа који је на располагању стечајном управнику, а веома често су и виши од износа предујма који се захтева од предлагача за отварање стечајног поступка.⁴³⁸ У таквој ситуацији побијање постаје немогуће, обзиром да стечајни управник не може изнети поступак због судских трошкова. Стечајни управник, у случају када је дошао до сазнања да постоји правна радња стечајног дужника која може бити предмет успешног побијања а нема довољно средстава на рачуну стечајног дужника да започне побијање, може о томе

⁴³⁸ Предујам је дефинисан у члану 59. ст. 1. Закона о стечају по којем је предлагач дужан да у року од пет дана од дана добијања налога од суда уплати предујам на име трошкова огласа и трошка обавештавања поверилаца из члана 27. став 1. тачка 5) овог закона, трошкова ангажовања стечајног управника и трошкова неопходних за обезбеђење имовине, у висини коју одреди стечајни судија, као и трошкова за регистрацију података о стечају у регистрима које води организација надлежна за вођење регистра привредних субјеката, у складу са прописима којима се одређује врста, висина и начин плаћања накнада за послове регистрације и друге услуге које пружа организација надлежна за вођење регистра привредних субјеката. Ставом 2. је у погледу одређених правних лица Новелом закона из августа 2014. године додатно умањен износ предујма па тако уколико се ради о правним лицима која су разврстана као микро правна лица у складу са прописима којима се уређују критеријуми за разврставање правних лица, предујам се не може одредити у износу већем од 50.000 динара.

обавестити суд као и одбор поверилаца и евентуално затражити од одбора поверилаца да предујми трошкове потенцијалног парничног поступка за побијање. Разуме се, одбор поверилаца неће имати обавезу да предујми те трошкове што може проивести последицу да, услед недостатка средстава за трошкове поступка побијања, стечајни управник коначно нема могућност да одговори на дужност побијања коју му је законодавац наметнуо. Међутим, обавештењем одбора поверилаца о правној могућности за побијање одређене дужникове правне радње, са једне стране, и фактичкој немогућности, услед недостатка средстава за подмирење трошкова поступка, са друге стране, је свакако значајна информација за повериоци, који ће након процене бенефита који се могу услед успешног побијања остварити, одлучити да ли ће поступак побијања сами започети или не. У том смислу, обавеза стечајног управника да врши побијање се остварује непосредно у ситуацији када је то фактички могуће, а посредно кроз информисање одбора поверилаца о могућности побијања.

Стечајни управник поступак побијања може започети без обавезе прибављања сагласности одбора поверилаца.⁴³⁹ Одбор поверилаца као значајан орган стечајног поступка уз помоћ којег повериоци могу остварити увид у сваки део поступка као и донекле вршити контролу самог поступка укључујући и одређена усмеравања би заиста, концепцијски гледано, а имајући у виду делокруг његових послова и овлашћења, могао имати надлежност у погледу побијања правних радњи стечајног дужника које стечајни управник намерава да предузме. Међутим, у нашем праву је заузет супротан став, Закон о стечају изречно овлашћује стечајног управника на побијање без сагласности одбора поверилаца, он је овлашћен да започне поступак чак и када се повериоци томе противе.⁴⁴⁰ Пракса говори о једном мешовитом решењу

⁴³⁹ Ово правило је изречно предвиђено чланом 129. ст. 1. Закона о стечају.

⁴⁴⁰ О овоме сведочи и став заузет од Вишег привредног суда. „Пре отварања стечаја, власник и директор стечајног дужника закључио је уговор о продаји непокретности, по очигледно ниској цени, и продао добар део имовине предузећу чији је власник и оснивач његова супруга. Део имовине који је остао у стечајној маси стечајног дужника, није довољан за потпуно намирење поверилаца. По оцени стечајног судије и стечајног управника постоје услови за побијање правне радње - располагање предметном непокретношћу. Пошто се ради о приватном предузећу - друштву са ограниченом одговорношћу и о стечају мале вредности (према вредности постојеће стечајне масе), стечајни

по којем стечајни управници заиста започињу поступке побијања правних радњи стечајног дужника самостално, без сагласности одбора поверилаца док се у погледу компликованих случајева побијања као и у случајевима веће вредности стечајни управници редовно обраћају одбору поверилаца тражећи сагласност за започињање поступка побијања. Имајући у виду могућност пропуста у процени, околности да у нашој земљи још увек није извршена потпуна професионализација саме професије стечајног управника, као и чињенице да изгубљени поступак може произвести значајне трошкове за стечајну масу односно последично повериоце са једне стране као и велика и значајна овлашћења која одбор поверилаца има, чак и погледу неких питања која су много значајнија за сам поступак стечаја од побијања, аутор овог рада је мишљења да је овлашћење стечајног управника на побијање потребно условити претходном сагласношћу одбора поверилаца. На тај начин би значајно била смањена могућност пропуста и губитка спора, имајући у виду да чланове одбора поверилаца заступају у великом броју случајева стручњаци из области стечајног права који својим знањем и искуством могу помоћи стечајном управнику приликом одлуке да ли да одређену правну радњу стечајног дужника побија или не. У крајњој линији, овакво решење би било повољније и за саме стечајне управнике који би на неки начин умањили сопствену одговорност због погрешног избора у погледу овако тешке одлуке која се ипак мора донети.

Иако није изречно предвиђено одредбама Закона о стечају, може се аналогично извући закључак да стечајни управник има овлашћење да поднесе тужбу за побијање и без сагласности скупштине поверилаца као и без сагласности стечајног судије. На овакав закључак упућује поменута одредба на основу које је стечајни

управник је, уз сагласност стечајног судије, обавестио повериоце о постојању услова за побијање правне радње, али су повериоци изричито да ту правну радњу не треба побијати. Да ли стечајни управник може и да ли је дужан да поднесе тужбу рад побијања правне радње и у ситуацији када скупштина поверилаца се томе изричито противи? За побијање правних радњи стечајног дужника овлашћени су према члану 98. Закона о стечајном поступку стечајни управник у име стечајног дужника и повериоци. За побијање учињено од стечајног управника, сагласност одбора поверилаца није предвиђена као законски услов. Из наведеног произлази да стечајни управник може да побија правне радње стечајног дужника и кад се повериоци томе противе.“ Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године) –извор база Intermex.

управник ослобођен, у случају побијања, да прибави сагласност одбора поверилаца а ако је тога ослобођен онда је још разумљивије да му није неопходна ни сагласност скупштине поверилаца нити стечајног судије. Међутим, постоје и другачија решења. Тако на пример у хрватском стечајном праву, на побијање је овлашћен „стечајни управитељ у име стечајног дужника на темељу одобрења суда.⁴⁴¹ Делокруг овлашћења које стечајни судија⁴⁴², односно скупштина поверилаца има,⁴⁴³ указује на то да ови органи стечајног поступка немају надлежност да одлучују по предлогу стечајног управника о евентуалном побијању. Такође, у погледу сагласности стечајног судије, стечајни управник је био у обавези да прибави ову сагласност по изречној одредби Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији⁴⁴⁴ а обзиром да је Законом о стечајном поступку као и Законом о стечају изостављена ова одредба, заиста се може закључити да у стечајевима који се воде уз примену ових прописа, сагласност стечајног судије, када је реч о побијању правних радњи стечајног дужника по захетву стечајног управника, није потребна.

У погледу активне легитимације стечајног управника за стечајно побијање у пракси привредних судова је отворено и једно занимљиво питање. Наиме, наше позитивно стечајно право оличено кроз Закон о стечају предвиђа да је стечајни управник легитимисан на побијање али у име и за рачун стечајног дужника односно стечајне масе. Као што се може увидети формулацијом „у име и за рачун стечајног дужника односно стечајне масе“ је заправо и оживљена дискусија⁴⁴⁵ ко се у тужби за побијање означава као тужилац, да ли стечајни управник или стечајни дужник? Ваљало би одмах напоменути да се у пракси дешавају обе поменуте опције. У нашем

⁴⁴¹ Видети чланак 212. ст. 1. Стечајног закона РХ.

⁴⁴² Видети члан 18. Закона о стечају.

⁴⁴³ Видети члан 37. Закона о стечају.

⁴⁴⁴ Члан 116. ст. 3. је предвиђено да стечајни управник може поднети тужбу за побијање правних радњи само по основу одобрења стечајног судије а судска пракса је заузела став да у супротном тужбу треба одбацити. „Како поступити са тужбом за побијање правних радњи, коју је поднео стечајни управник без подношења доказа о одобрењу стечајног судије уз исту? Треба позвати тужиоца да достави одобрење стечајног судије, а у противном тужбу одбацити. Овако поступање суда темељи се у одредбама чл. 82. и 83. Закона о парничном поступку, у вези члана 92. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.“ (Одговори утврђени на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду, 6. октобра 1999. године; Извор: правна база Paragaf lex).

⁴⁴⁵ Више о овоме Томица Делибашић, наведено дело стр.157.

праву, ово питање је имало свој живот и кроз решења закона којима је уређивана материја стечајног побијања али и кроз праксу привредних судова који су та правила примењивали. Стечајни закон из 1929. године у §36. садржи одредбу да је на побијање овлашћен управитељ стечајне масе чине је заправо и отворена дискусија да ли је у самој тужби потребно као побијача означити стечајног управника или самог стечајног дужника. Дилема је наставила да живи и кроз одредбу члана 65. Уредбе о престанку предузећа из 1953. године, чије тумачење је дао Врховни привредни суд у одлуци Сл. 99/57 у којој је истакнут супротан став од оног који је изнео првостепени суд, односно којим је речено да предузеће у ликвидацији није овлашћено да води парнице ради побијања већ да то право има ликвидациони управник.⁴⁴⁶ Доношењем Закона о принудном поравнању и стечају из 1965. године, проблем је опет био враћен на почетак јер је било предвиђено правило по којем „сваки поверилац стечајног дужника, као и сам стечајни дужник, има право побијања правних радњи.“⁴⁴⁷ Другачије правило доноси Закон о санацији и престанку организација удруженог рада који као активно легитимисано лице означава, поред поверилаца и стечајног управника.⁴⁴⁸ Од закона који се још увек примењују, сваки са собом доноси другачије правило, тако према одредби Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији овлашћени побијач дужникових правних радњи је стечајни управник у име стечајног дужника⁴⁴⁹, док Закон о стечајном поступку предвиђа да је на побијање овлашћен у име и за рачун стечајног дужника.⁴⁵⁰ Све ово указује да је и наше право дуго лутало у одабиру коме ће поклонити могућност побијања. Чини се да практично ово питање треба разрешити на следећи начин. Као побијач мора бити означен увек стечајни дужник, а побијање може започети било стечајни управник као законски заступник стечајног дужника или лице, на пример пуномоћник, које је од стране стечајног управника означено да започне поступак. Такође, поступање би било могуће и по оним тужбама код којих је као побијач означен стечајни управник у име и за рачун

⁴⁴⁶ Одлука Врховног привредног суда Сл. 99/57 од 27.5.1957. године, Збирка судских одлука, књига друга, свеска друга, 1957. година, одлука 554, стр. 305.

⁴⁴⁷ Видети члан 94. ст. 1. Закона о принудном поравнању и стечају.

⁴⁴⁸ Видети члан 161. ст. 1. Закона о санацији и престанку организација удруженог рада.

⁴⁴⁹ Видети члан 112. ст. 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

⁴⁵⁰ Видети члан 107. ст. 1. Закона о стечајном поступку.

стечајног дужника, како и гласи законска формулација. Међутим, оне тужбе у којима је као побијач означен само стечајни управник би требало одбацити јер не испуњавају формалне услове да се по њима поступа.

У случају када побијање врши стечајни управник потребно је размотрити још неколико важних правних питања. У односу на побијање правних радњи које је стечајни дужник предузео у корист трећег лица које не учествује у стечајном поступку, положај стечајног управника се не разликује од положаја поверилаца као овлашћених побијача. Међутим, побијање дужникових правних радњи предузетих у корист поверилаца у поступку може произвести одређене правне дилеме. Најпре, стечајни управник ће имати могућност код испитивања пристиглих пријава потраживања, да потраживање одређених поверилаца оспори. Уколико је потраживање пријављено на основу извршне исправе, стечајни управник је тај који ће од стране стечајног судије закључком бити упућен на парницу.⁴⁵¹ Међутим, приликом подношења тужбе за утврђење да пријављено потраживање не постоји, стечајни управник може, а често ће заправо и морати, да поднесе и тужбу за побијање одређене правне радње која је довела до настанка извршне исправе коју поверилац има према стечајном дужнику.⁴⁵² Са друге стране, међутим, стечајни управник неће моћи најпре да призна потраживање које је пријавио поверилац, а доцније да побија правну радњу која је довела до таквог потраживања, обзиром да за

⁴⁵¹ Члан 117. ст. 6. Закона о стечају.

⁴⁵² „У случају оспоравања потраживања пријављених по основу извршне исправе, стечајни судија закључком упућује стечајног управника на парницу у складу са чланом 117. став 5. Закона о стечају, ради утврђења да потраживање стечајног повериоца не постоји. Уколико стечајни управник истовремено у истој тужби постави и тужбени захтев за побијање правних радњи стечајног дужника у смислу одредаба члана 119-130. Закона о стечају, парнични суд ће проценити, у смислу одредбе члана 328. став 2. Закона о парничном поступку, да ли је целисходно и економично заједничко расправљање о тако постављеним тужбеним захтевима. Одредбом члана 328. став 2. Закона о парничном поступку, прописано је да суд може да одреди да се одвојено расправља о појединим захтевима у истој тужби и по завршетку одвојеног расправљања може да донесе посебне одлуке о тим захтевима.“ (Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда 12.11.2013. године и 13.11.2013. године, објављено у Билтену судске праксе привредних судова 3/2013, питање број 16, Привредни саветник, Београд 2013. године).

то неће имати правни интерес који је *conditio sine qua non* сваког утврђујућег тужбеног захтева.

3.1.3.1.2. Активна легитимација поверилаца

Као корективни механизам у материји стечајног побијања у погледу овлашћених субјеката за подношење тужбе за побијање уводи се правило по којем то могу учинити и повериоци стечајног дужника. Обзиром да је стечајни управник у обавези да врши побијање свих правних радњи стечајног дужника које могу бити побијене, може се поставити питање због чега је такво право дато и повериоцима? Због чега су и повериоци овлашћени на побијање када то може и мора учинити, за њихов бенефит, стечајни управник као професионални орган стечајног поступка који све радње које предузима у поступку то и чини у корист поверилаца? Чини се да одговор на ово питање може бити дат на различите начине а имајући у виду угао из којег се наведена дилема посматра.

Најпре, чини се да је развој права побијања ван стечаја ипак посредно утицао и на право побијања у стечају, па како ван стечаја централна фигура на активној страни и јесте поверилац, а концепција је крајње индивидуалистичка, у праву побијања у стечају се није могла занемарити могућност побијања од стране поверилаца. Овлашћење за побијање на страни поверилаца, у нашем праву, историјски гледано, није било опште место кроз законе који су регулисали стечајну материју. Тако се дуго сматрало⁴⁵³, а Стечајни закон из 1929. године је то и изречно предвиђао, да монопол побијања у стечају има стечајни управник.⁴⁵⁴ Након Стечајног

⁴⁵³ Правило је настало у аустријском и немачком праву.

⁴⁵⁴ Роберт Барч, Основи права поравнања и стечајног права, у преводу Др Б. Недељковића, стр. 116, Геца Кон, Београд, 1939. година.

закона из 1929. године ово постаје опште правило стечајног права.⁴⁵⁵ Са друге стране, чини се можда још и важнији аргумент у оквиру стечајног права је тај да стечајни управник као орган стечајног поступка који има право и задатак да води стечајни поступак и предузима бројне радње у остваривању крајњег циља стечаја, ипак нема неограничену слободу у поступању. У многим ситуацијама његове одлуке морају бити одобрене од стране поверилаца, односно одбора поверилаца као поверилачког органа у стечају. Наведимо само неке најважније, продајна цена код уновчења имовине стечајног дужника када је понуђена цена испод 50% код методе јавног прикупљања понуда, одлука да ли ће се стечајни дужник продавати као правно лице, да ли ће до уновчења имовине стечајног дужника доћи методом непосредне погодбе као и колико ће износити цена по којој ће стечајни управник продати имовину или њен део методом непосредне погодбе и бројне друге веома важне одлуке. Дакле, као што се види, стечајно право претпоставља да су повериоци заинтересовани да учествују у поступку, обзиром да имају нанамирена потраживања према стечајном дужнику, и због тога им даје велика овлашћења у погледу значајних одлука у самом поступку. Такође, као једно од основних права који повериоци имају, и то сваки поверилац директно и непосредно а не преко одбора поверилаца, је право да на испитном рочишту оспоре потраживање неког другог повериоца које је стечајни управник признао. И овде је реч о једном заштитном механизму, где се још једном показује одређена сумњичавост у односу на поступање стечајног управника, тиме што се омогућује да повериоци изврше контролу његове одлуке тиме што ће у посебном парничном поступку утврдити да ли потраживање које је стечајни управник признао неком од поверилаца заиста постоји или не. Слично је и код побијања, заиста стечајни управник је први позван да започне побијање, међутим, он није једини овлашћен на то, уколико стечајни управник то не жели да учини, повериоци увек могу покренути поступак побијања, и на тај начин, посредно, опет испитати одлуку стечајног управника односно извршити контролу такве одлуке. Ипак, као што смо у претходном излагању напоменули да то што је стечајни

⁴⁵⁵ Сви прописи садрже изречну одредбу по којој побијање могу вршити и повериоци стечајног дужника.

управник покренуо парницу за побијање не води без изузетка успешном побијању, тако и у овом случају, то што стечајни управник није покренуо парницу за побијање не значи да конкретна правна радња стечајног дужника не може бити побијена, односно да поверилац који започне поступак побијања неће успети у спору. Дакле, обе опције су могуће, и да се спор добије и да се спор изгуби, без обзира ко је активно легитимисано лице у тужби за побијање.

Повериоцу за покретање поступка побијања није потребна ничија сагласност, укључујући и органе стечајног поступка, поверилац ово право врши директно и непосредно, по својој вољи без ичијег одобрења. У том смислу, повериоцу за побијање није неопходна сагласност стечајног судије. Разуме се, нарочито се за побијање од стране поверилаца не тражи сагласност стечајног управника. Обзиром да је реч о два потенцијална субјекта која могу започети поступак побијања одређене правне радње стечајног дужника, може се догодити да је један парница већ у току када други субјект поднесе тужбу за побијање. Према мишљењу Томице Делибашића, уколико је стечајни управник покренуо први побојну парницу, не може се о истој ствари водити нова парница већ се поверилац може придружити управнику као умешач.⁴⁵⁶ Чини се ипак да ће процесни начин решавања овог спорног питања бити, не у форми умешања, већ кроз могућност спајања поступака коју предвиђа и наш законодавац.⁴⁵⁷

Занимљиво је и решење хрватског стечајног права у погледу могућности покретања поступка побијања од стране поверилаца. Наиме, предвиђено је најпре да стечајни управитељ може поднијети тужбу ради побијања правних радњи у року од годину и пол дана од отварања стечајнога поступка.⁴⁵⁸ Са друге стране сваки стечајни

⁴⁵⁶ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 163.

⁴⁵⁷ Чланом 328. ст. 1. Закона о парничном поступку је предвиђено да ако пред истим судом тече више парница између истих лица или више парница у којима је исто лице противник разних тужилаца или разних тужених, све ове парнице могу да се решењем суда споје ради заједничког расправљања, ако би се тиме убрзало расправљање или смањили трошкови а за све спојене парнице суд може да донесе заједничку пресуду.

⁴⁵⁸ Чланак 212. ст. 3. Стечајног закона Републике Хрватске.

поверилац има право поднијети тужбу ради побијања правних радњи за свој рачун и на свој ризик трошкова ако:

- стечајни управитељ не поднесе тужбу ради побијања правних радњи у року од три месеца од истека рока у којем може поднети тужбу, дакле у укупном року од 21 месец од дана отварања стечајног поступка;

- стечајни управитељ повуче тужбу ради побијања правних радњи – у року од три месеца од објаве правоснажног решења суда којим је утврђено повлачење тужбе на мрежној страници е-Огласна плоча судова;

- је претходно затражио изјашњење стечајног управитеља и ако се стечајни управитељ изјаснио да неће поднети тужбу ради побијања правних радњи – у року од три месеца од објаве изјашњења стечајног управитеља да неће поднети тужбу ради побијања правних радњи на мрежној страници е-Огласна плоча судова;

- је претходно затражио изјашњење стечајног управитеља и ако се стечајни управитељ није у року од три месеца изјаснио хоће ли поднеети тужбу ради побијања правних радњи – у року од три месеца од објаве позива стечајном управитељу да се изјасни хоће ли поднијети тужбу ради побијања правних радњи.⁴⁵⁹ Као што се може видети, по правилима хрватског Стечајног закона је могуће да повериоци у стечају врше побијање, међутим ексклузивно право на побијање ипак има стечајни управник. Тек уколико стечајни управник не жели или одустане од започете парнице за побијање, повериоци стичу активну легитимацију за овај поступак.

У теорији је било полемике и у вези самог наступања повериоца у побојној парници, заправо у чије име он наступа? Неколико одговора је предложено. Најпре, старија немачка и аустријска теорија је сматрала да поверилац који започиње парнични поступак за побијање то чини према ставу да побојни захтев припада

⁴⁵⁹ Чланак 212. ст. 3. Стечајног закона Републике Хрватске; у ставу 5. истог чланка је предвиђено додатно правило које конкретизује обавезе стечајног управника па тако је „стечајни управитељ дужан без одгоде доставити суду ради објаве на мрежној страници е-Огласна плоча судова правоћно рјешење којим је утврђено повлачење тужбе из ставка 4. подставка 2. овога чланка, очитовање да неће поднијети тужбу ради побијања правних радњи из ставка 4. подставка 3. овога чланка и позив стечајног вјеровника да се очитује хоће ли поднијети тужбу ради побијања правних радњи из ставка 4. подставка 4. овога чланка.“

укупном поверилаштву као јединству лица.⁴⁶⁰ Оно што би се могло приговорити оваквом ставу да је законским решењем омогућено сваком повериоцу да врши побијање правних радњи стечајног дужника и да није потребно колективизовати то право. Уколико би се ипак заузео овакав став поставило би се питање због чега законско решење не предвиђа правило по којем би побијање могао да врши само одбор поверилаца⁴⁶¹ као колективни поверилачки орган али што би значајно умањило шансе за започињањем поступка побијања? Са још мање резона би се могао бранити став да поверилац који започиње поступак побијања у ствари наступа у име скупштине поверилаца. Скупштина поверилаца као специфични поверилачки орган стечајног поступка има прецизно дефинисану надлежност. Она доноси неке од најважнијих одлука у оквиру стечајног поступка, односно бира чланове одбора поверилаца који доцније такође доноси веома важне одлуке које се тичу свих поверилаца. Међутим, и поред свега наведеног, погрешан би био став по којем поверилац који врши побијање то чини у име скупштине поверилаца, а разлог који стоји иза оваквог закључка је тај што члан скупштине поверилаца не може бити различити поверилац који, међутим, може користити бенефите успешног побијања од стране поверилаца у стечају. Због свега овога, може се закључити да повериоци у стечају имају сопствено право да воде поступке побијања правних радњи стечајног дужника, да то чине у корист стечајне масе, обзиром да тако мора бити формулисан и тужбени захтев, а да ће бенефите успешног побијања уживати како стечајни тако и различити повериоци. Такође, бенефит ће посредно уживати и стечајни управник обзиром да ће рецимо ствар на коју се побијање односи бити враћена у стечајну масу и доцније уновчена из чега ће стечајни управник имати право да наплати награду.

Поставља се као интересантно и питање које су правне последице уколико више поверилаца започне поступак побијања исте правне радње стечајног дужника. О томе наше позитивно право не садржи никакву одредбу. Чини се да у овом случају

⁴⁶⁰ Наведено према Томица Делибашић, стр. 164.

⁴⁶¹ Овакво правило је било предвиђено чланом 60. Закона о инсолвентности привредних друштава Црне Горе из 2002. године по којем „управник, дужник, одбор повјерилаца или уколико одбор повјерилаца није образован, сваки повјерилац“ имају право побијања правних радњи.

има резона да се започете парнице споје а да повериоци који су започели поступак побијања имају положај јединствених супарничара па би се и покренути парнични поступак по основу такве побојне тужбе морао решити на једнак начин према свим тужиоцима.⁴⁶² Имајући у виду да више поверилаца као побијачи имају потпуно идентичан интерес, да се утврди да је побијана правна радња стечајног дужника без дејства према стечајној маси, односно да немају никакав посебно изражени лични интерес (осим да из користи које ће се вратити у стечајну масу остваре сразмерно намирење), а тужбени захтеви би требало да им буду постављени на идентичан начин, нема резона не дозволити спајање поступака. Разлог више за то је и околност да се сви поступци у том случају, на основу атракције надлежности, морају водити у истом суду, истом оном у којем се води и поступак стечаја над стечајним дужником чија се правна радња побија. Поједина права имају изречну одредбу о оваквом случају.⁴⁶³

Слично питање се може поставити и у случају када поступак побијања, независно један од другог, започну поверилац и стечајни управник. И у том случају би ова лица имала статус јединствених супарничара, па би се и покренути парнични поступак по основу такве побојне тужбе морао решити на једнак начин према свим тужиоцима, а стечајни управник и сваки од стечајних поверилаца се и након покретања поступка побијања могу накнадно укључити у парницу као умешачи са статусом јединственог супарничара.⁴⁶⁴

Међутим, може се у погледу активне легитимације поверилаца за подношење тужбе за побијање правне радње стечајног дужника поставити неколико важних питања. Сама законска норма која говори да поверилац може бити тужилац не даје одговоре на питања која ћемо поставити, али може бити добра полазна основа уз помоћ које се могу дефинисати одређена правила, али свакако сами закључци се могу дати само након циљног тумачења целокупног система стечајног побијања.

⁴⁶² Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 38.

⁴⁶³ Видети чланак 212. ст. 5. Стечајног закона Републике Хрватске.

⁴⁶⁴ Решење Привредног апелационог суда 6 Пж 3618/12 од 25.04.2012. године; Извор: лична архива аутора.

3.1.3.1.2.1. Стечајни поверилац

У погледу стечајног повериоца а то је лице које на дан покретања стечајног поступка има необезбеђено потраживање, према стечајном дужнику⁴⁶⁵, ствар се чини неспорна, нема никакве дилеме да такав поверилац може бити тужилац у парници за стечајно побијање. Стечајни поверилац као директни бенефицијар успешног побијања има непосредан интерес да врши побијање одређене правне радње стечајног дужника, имајући у виду последицу успешног побијања, увећање стечајне масе која ће послужити за његово боље намирење. У односу на потраживање које стечајни поверилац поседује према стечајном дужнику не постоје посебни услови који би утицали на то да ли конкретни поверилац може бити активно легитимисан у парници за побијање. Тако, висина потраживања стечајног повериоца према стечајном дужнику није од значаја у материји побијања, стечајни поверилац може имати потраживање од 1 динар као и од 10 милиона динара или чак и више, свакако је овлашћен на побијање, односно сви стечајни повериоци, без обзира на износ потраживања, могу једнако побијати правну радњу стечајног дужника. Напослетку, стечајни поверилац може имати и мање потраживање од оног које је обухваћено побојном радњом, делујући у интересу свих поверилаца.⁴⁶⁶

3.1.3.1.2.2. Разлучни поверилац

Са друге стране, у погледу разлучног повериоца и његовог права на побијање ствар није тако једноставна као што је случај са стечајним повериоцем. Најпре, разлучни поверилац је поверилац који има заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге

⁴⁶⁵ Члан 48. Закона о стечају.

⁴⁶⁶ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 163.

или регистри и има право на првенствено намирење из средстава остварених продајом имовине, односно наплате потраживања на којој је стекао то право.⁴⁶⁷ Разлучни поверилац није стечајни поверилац а ако је износ њиховог потраживања већи од износа средстава остварених продајом имовине на којој су стекли различно право, право на намирење за разлику у висини тих износа остварују као стечајни повериоци.⁴⁶⁸ На први поглед се чини да различни поверилац као привилеговани поверилац који се приоритетно намирује из предмета различног права, заиста нема ни правни ни економски интерес да врши побијање дужникових правних радњи. Овакав став је заузет и у правној теорији.⁴⁶⁹ Поједини аутори право на побијање признају различном повериоцу али само у односу на поједине врсте побијања, па се тако каже да у случају постојања намерног оштећења побојну тужбу могу подићи не само стечајни, већ и различни повериоци и обрнуто, када се ради о непосредном оштећењу онда се право побијања признаје само стечајним а не и различним повериоцима.⁴⁷⁰ Међутим, аутор овог рада не дели наведене ставове. Заиста је тачно да различни поверилац очекује намирење из вредности предмета различног права и да је његов првенствени интерес да контролише и усмерава његово уновчење, што му генерално стечајно право и допушта.⁴⁷¹ Ипак, то што очекује намирење из вредности предмета различног права никако не значи да он намирење не очекује из остале дужникове имовине. Не треба заборавити да је у основи реч о повериоцу који има потраживање према стечајном дужнику а тек онда да је реч о привилегованом потраживању овог повериоца. Као што стечајни поверилац очекује намирење након уновчења дужникове имовине то очекује и различни поверилац уз додатно очекивање намирења из предмета различног права. Закон о стечају у одредби члана 49.ст.2. решава питање овлашћења различног повериоца на побијање у случају када је износ њиховог потраживања већи од износа средстава остварених продајом имовине на којој су стекли различно право, у даљем току поступка такав поверилац

⁴⁶⁷ Члан 49. ст. 1. Закона о стечају.

⁴⁶⁸ Члан 49. ст. 2. Закона о стечају.

⁴⁶⁹ Михаило Велимировић, наведено дело, стр. 132; Томица Делибашић, наведено дело, стр. 161.

⁴⁷⁰ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 374.

⁴⁷¹ Видети рецимо члан 133. Закона о стечају.

ће остваривати своја права као стечајни поверилац. Дакле, након уновчења имовине која је предмет разлучног потраживања, након чега и даље постоји дуг стечајног дужника према овом повериоцу, разлучни поверилац губи то својство, постаје стечајни поверилац, чиме свакако може остваривати побијање, обзиром да овлашћење стечајног повериоца на побијање у било којој фази поступка није уопште ни спорно. Ипак, разлучни поверилац има право на побијање и пре уновчења имовине која је предмет разлучног права. Аутор овог рада је иначе става да разлучни поверилац има право на намирење из стечајне масе и пре него што се његово разлучно право реализује, односно и пре него што се уновчи имовина која је предмет разлучног права овог повериоца. У случају да се имовина на којој не постоји разлучно право уновчи и да се у даљем току поступка приступи делимичној деоби, разлучни поверилац има права да учествује у намирењу са целокупним износом свог потраживања. У том смислу, његово процентуално намирење ће зависити од износа укупних потраживања поверилаца према стечајном дужнику као и висине износа који се добио након уновчења имовине стечајног дужника која није била предмет разлучног права. Таквим намирењем, разлучни поверилац не одустаје од примарног свог захтева и очекивања да ће потраживање намирити из вредности предмета разлучног права. Последица коју би разлучни поверилац успешним побијањем остварио се не би тичала само њега нити би само њему донела повољније намирење. Правна радња се оглашава без дејства у односу на стечајну масу што користити свим повериоцима стечајног дужника. Уколико се мало детаљније анализира, право побијања на страни разлучног повериоца ни на који начин не би угрозило намирење стечајних поверилаца. Намирење које би разлучни поверилац остварио пре него што се уновчи предмет његовог разлучног права би умањило његово потраживање па би се, након уновчења предмета разлучног права, вишак, после намирења остатка потраживања разлучног повериоца, расподелио необезбеђеним повериоцима. Имајући ово у виду, јасно је да је економски потпуно идентичан, по стечајне повериоце, ефекат редоследа по којем ће се разлучни поверилац намирити, да ли прво из стечајне масе или из предмета разлучног права, у сваком случају се не може намирити више него што износи његово потраживање, а ова околност, по мишљењу

аутора овог рада, оправдава тезу да је активно легитимисан за побијање правних радњи стечајног дужника и разлучни поверилац. Схватање по којем би разлучни поверилац самом пријавом потраживања разлучног права определио даљи ток поступка у смислу да се једино може намирити из вредности предмета разлучног права па тек уколико након тога, уколико је реч о делимичном намирењу, преостане ненамирени део потраживања, моћи своја права да оствари као стечајни поверилац не би било нимало правично према разлучном повериоцу који би на неки начин био санкционисан због постојања разлучног права. Из овог разлога, сматрамо да је боље омогућити разлучном повериоцу активну легитимацију за поступак побијања правне радње стечајног дужника којом је прозрокован неједнаки положај међу повериоцима или су повериоци оштећени. Уосталом, као аргумент да разлучни поверилац има овлашћење да започне поступак побијања дужникове правне радње говори и околност да је закон користи појам поверилац а не стечајни поверилац, јасно стављајући до знања да се активна легитимација поверилаца не може односити искључиво на стечајног повериоца. Напослетку, као *argumentum a contrario* се у овом погледу може искористити и то што сваки поверилац може побијати потраживање разлучног повериоца, заправо само успостављање разлучног права, па нема логике не омогућити и разлучном повериоцу могућност побијања.

3.1.3.1.2.3. Излучни поверилац

Следећа категорија поверилаца коју ћемо разматрати на овом месту је категорија излучног повериоца. Притом, питање остаје непромењено, има ли излучни поверилац право на побијање дужникових правних радњи? Прво, као нешто што је уобичајено, потребно је дефинисати појам излучног повериоца. То је учињено одредбом Закона о стечају по којој је излучни поверилац лице које, на основу свог стварног или личног права, има право да тражи да се одређена ствар издвоји из

стечајне масе⁴⁷², док сама ствар над којом постоји излучно право не улази у стечајну масу.⁴⁷³ Као претпоставка за постојање излучног повериоца у стечајном поступку се мора узети да се ствар на коју излучни поверилац претендује налази код стечајног дужника. Чини се да заиста излучни поверилац не учествује у стечајном поступку у смислу да очекује намирење из стечајне масе, па се посредно може закључити да нема никакав интерес ни да се стечајна маса повећа, што јесте једна од најважнијих последица побијања. За излучног повериоца је ирелевантно да ли је дошло до оштећења поверилаца тиме што је стечајни дужник умањио сопствену имовину одређеном правном радњом пре стечаја, излучни поверилац се не намирује из стечаја, њега не везује стечај са својим императивним правилима, он своја права може своје потраживање остваривати у свим судским и другим поступцима.⁴⁷⁴ Управо због овога се чини разумним ускратити право побијања излучном повериоцу у стечајном поступку, обзиром да нема правни интерес за вођење оваквог спора.

Међутим, стечајно право је предвидело правила по којима излучни поверилац, у одређеним случајевима, може своје право остварити и као стечајни поверилац. Ако је ствар на којој постоји излучно право стечајни дужник неовлашћено отуђио пре отварања стечајног поступка, излучни поверилац може захтевати да се на њега пренесе право на противчинидбу ако она још није извршена, а ако је извршена, има право на накнаду штете као стечајни поверилац.⁴⁷⁵ Дакле, у овом случају, излучни поверилац ће потенцијално своје право остваривати као стечајни поверилац чиме аутоматски стиче право на побијање дужникових правних радњи. Такође, ако је ствар на којој постоји излучно право стечајни дужник неовлашћено отуђио у току стечајног поступка, односно претходног стечајног поступка, излучни поверилац може да захтева да се на њега пренесе право на противчинидбу, ако противчинидба још увек није извршена, или да захтева противчинидбу из стечајне масе, ако се ствар из стечајне масе још увек може излучити, или да захтева накнаду тржишне вредности те

⁴⁷² Члан 50. ст. 1. Закона о стечају.

⁴⁷³ Члан 50. ст. 3. Закона о стечају.

⁴⁷⁴ Члан 80. ст. 3. Закона о стечају.

⁴⁷⁵ Видети члан 102. ст. 2. Закона о стечају.

ствари и накнаду за претрпљену штету, која се намирује као обавеза стечајне масе.⁴⁷⁶ Јасно је да и у овом случају, излучни поверилац, као поверилац стечајне масе може вршити побијање дужникових правних радњи, обзиром да има правни интерес за увећањем стечајне масе и тако посредно остваривањем веће могућности намирења сопственог потраживања.

3.1.3.1.2.4. Заложни поверилац

Новелама Закона о стечају из 2014. године озакоњен је термин заложни поверилац, који већ дуже време постоји у судској пракси. Заложни повериоци су повериоци који имају заложно право на стварима или правима стечајног дужника о којима се воде јавне књиге или регистри, а немају новчано потраживање према стечајном дужнику које је тим заложним правом обезбеђено.⁴⁷⁷ Заложни повериоци су дужни да у року за подношење пријаве потраживања обавесте суд о заложном праву, уз достављање доказа о постојању заложног права и изјаве о износу новчаног потраживања према трећем лицу које је тим правом обезбеђено на дан отварања стечајног поступка, чиме стичу својство странке.⁴⁷⁸ Дакле, реч је о повериоцу који се само условно може назвати повериоцем, притом имајући у виду да је поверилац учесник облигационо-правног односа са дужником. У случају заложног повериоца тога нема, овај поверилац се облигационо-правно гледано, ни не може довести у везу са дужником, јер је заправо овде реч о стварно-правном односу. Међутим, тај стварно-правни однос, околност да је реч о повериоцу који има заложно право на стварима или правима стечајног дужника о којима се воде јавне књиге или регистри, натерао је законодавца да детаљније уреди његова права и положај у поступку, што је ипак, чини се, много боље решење него пустити да се појам овог повериоца надаље

⁴⁷⁶ Члан 102. ст.3. Закона о стечају.

⁴⁷⁷ Члан 49. ст. 4. Закона о стечају.

⁴⁷⁸ Члан 49. ст. 5. Закона о стечају.

неконтролисано развија у пракси. Заложни поверилац, слично као и излучни поверилац, нема интерес од увећења стечајне масе јер се из ње неће ни намиривати, он ће се намирити искључиво из вредности предмета заложног права а чак и да се догоди да вредност предмета заложног права након уновчења није довољна за намирење његовог потраживања, овај поверилац наплату остатка потраживања неће ни моћи да захтева од стечајног дужника већ једино од свог дужника. Обзиром да нема правни интерес да се успе са побијањем правне радње стечајног дужника заложни поверилац не може бити побијач у парници за побијање.

3.1.3.1.2.5. Време настанка потраживања

Као и у материјалном праву побијања, аутори који су се бавили стечајним правом побијања је такође веома мучила ова проблематика, да ли побијање правне радње стечајног дужника може вршити само онај поверилац чије је потраживање настало пре него што је радња предузета или има аргумената да се то дозволи и повериоцима чије је потраживање по настанку доцније од радње која је предмет побијања? Готово све што је напоменуто у делу који се односи на побијање изван стечаја се може аналогно и овде истаћи. Начелно, и у погледу стечајног права побијања аутори заступају став да је на побијање овлашћен поверилац без обзира када је његово потраживање настало у односу на радњу која се побија. Често се том приликом користи аргументација коју је дао Божидар Марковић када је, заиста веома добро, уочио да у нормалним приликама није као подлога за намирење веровника меродавна она имовина коју дужник поседује у тренутку постанка његове тражбине, него увек она имовина која дужнику припада у тренутку наплате тражбине.⁴⁷⁹ Томица Делибашевић, прихватајући идеју да у праву побијања у стечају не постоји ограничење у погледу времена настанка потраживања у односу на радњу која се

⁴⁷⁹ Божидар С. Марковић, наведено дело, стр.136.

побија, истиче да ово решење представља значајан напредак у проширењу установе побијања као и да је наишло на прихватање у законодавствима.⁴⁸⁰ Уз све резерве које су дате у вези са овом дилемом у делу који говори о побијању изван стечаја, као додатни аргумент у прилог ставу да је време настанка потраживања значајно и утиче на процесна овлашћења односно активну легитимацију се може истаћи и околност да, за разлику од Закона о облигационим односима, Закон о стечају, а такав је случај и са ранијим стечајним законодавством у нашој земљи, није разрешио ову дилему изречном нормом. Са друге стране, чињенице да поверилац не врши побијање само у сопствену корист, већ у корист свих поверилаца стечајног дужника, а имајући у виду колективистички карактер права побијања у стечају, релативизују значај времена настанка потраживања тог повериоца у односу на време предузимања радње, јер ће готово увек постојати барем неки поверилац који ће се окористити успешним побијањем а чије је потраживање настало пре предузимања радње од стране стечајног дужника. Међутим, имајући у виду дугачке рокове за побијање који иду и до пет година уназад у односу на дан отварања стечаја односно дан подношења предлога за стечај, теоријски је заиста могућа ситуација да је дужник предузео правну радњу која се побија пре него што је настало потраживање било ког од постојећих дужникових поверилаца. У таквом случају се не поставља питање овлашћења на побијање самих поверилаца већ и стечајног управника. Зато у овом случају, сви разлози који су наведени приликом обраде овог спорног питања у делу рада који говори о праву изванстечајног побијања ће вредети и на овом месту. Међутим, приликом дефинисања правила се ипак не може разматрати свака поједина теоријском конструкцијом могућа ситуација и зато треба узети да је у нашем праву побијања у стечају, као и у праву побијања изван стечаја, омогућено побијање стечајним повериоцима без обзира када је њихово потраживање према стечајном дужнику настало, пре или након предузимања спорне правне радње од стране стечајног дужника.

⁴⁸⁰ Томица Делибашић, наведено дело, стр.162.

3.1.3.1.2.6. Поверилац недospelог потраживања

У правној теорији, историјски гледано, као значајна, у материји побијања у стечају је вођена дебата да ли поверилац недospelог потраживања може вршити побијање правних радњи стечајног дужник? Чини се да је реч о дилеми која је из права побијања изван стечаја пренета у материју стечајног права. Тако је схватање из аустријског и немачког права да само повериоци дospelог потраживања могу вршити побијање и у нашој правној теорији било дуго присутно.⁴⁸¹ Чини се да ово питање нема већи практични а ни теоријски значај у нашем праву имајући у виду правне последице отварања стечаја на потраживања поверилаца. Тако даном отварања стечајног поступка, потраживања поверилаца према стечајном дужнику, која нису дospelа, сматрају се дospelим.⁴⁸² Имајући у виду ову правну поседицу отварања стечаја на недospelост потраживања као и околност да се побијање у стечају може вршити искључиво у оквиру поступка стечаја, што претпоставља да је исти отворен, можемо закључити да се никада неће десити да побијање одређене правне радње стечајног дужника може вршити поверилац који има недospelо потраживање према стечајном дужнику, јер такав поверилац неће ни постојати, односно његово потраживање ће аутоматски дospelети даном отварања стечаја.

3.1.3.1.2.7. Поверилац неновчаног потраживања

Такође, као спорно правно питање се, историјски гледано, у теорји и пракси права побијања расправљало још и да ли поверилац неновчаног потраживања побијати правну радњу стечајног дужника или ово овлашћење искључиво припада

⁴⁸¹ Божић С. Марковић, наведено дело, стр. 130.

⁴⁸² Члан 81. ст. 1. Закона о стечају; Члан 67. Закона о стечајном поступку; Члан 100. ст. 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

повериоцу новчаног потраживања? Као што смо видели у делу који се односи на право побијања изван стечаја заиста постоје одређени аргументи који могу говорити у прилог схватања да и поверилац неновчаног потраживања може бити овлашћен да врши побијање дужникових правних радњи. Међутим, у материји стечајног права и побијања у оквиру стечаја, питање карактера потраживања повериоца као основа за процесну легитимацију за побијање правних радњи стечајног дужника је депласирано. То је из разлога што даном отварања стечајног поступка наступају и правне последице у погледу неновчаних потраживања које повериоци имају према стечајном дужнику односно како Закон о стечају изречно говори, даном отварања стечајног поступка неновчана потраживања стечајног дужника изражавају се у новчаној вредности.⁴⁸³ Имајући ово у виду, теоријски и практично је немогуће замислити ситуацију у којој ће се поставити питање да ли поверилац неновчаног потраживања може имати право на побијање правних радњи стечајног дужника, обзиром да, исто као у случају повериоца недospelог потраживања, потраживање се мора исказати у новчаној вредности а самим тим и поверилац мења свој статус и постаје поверилац са новчаним потраживањем према стечајном дужнику и као такав је свакако овлашћен на побијање.

3.1.3.1.2.8. Поверилац оспореног потраживања

Појам поверилац не говори ништа о томе на који начин ће се утврдити да ли је неко поверилац или не у односу на његов статус у самом стечајном поступку. Овај појам једнако обухвата две крајности, па тако повериоцем се може сматрати лице које је поднело пријаву потраживања као и оно лице чије је потраживање утврђено у стечајном поступку од стране стечајног суда. Разуме се, последично се могу истаћи два става по овом питању. Прво, по којем је поверилац оно лице чије је потраживање

⁴⁸³ Члан 81. ст. 2. Закона о стечају; Члан 68. ст. 1. Закона о стечајном поступку; Члан 100. ст. 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

признато у стечајном поступку.⁴⁸⁴ Дакле, потраживање је пријављено, прошло је кроз контролу од стране стечајног управника, није оспорено од стране осталих поверилаца и суд га је напослетку уврстио у листу признатих потраживања. Овакав поверилац, нема сумње, има право да побија правне радње стечајног дужника, јер заиста не постоји никаква дилема да ли он има потраживање према стечајном дужнику. Добра страна овог схватања је што спречава вођење парница у којима би могла да отпадне активна легитимација тужиоца, чиме би беспотребно била узнемиравана трећа лица. Одређени број аутора заступа овакво мишљење.⁴⁸⁵ По другом ставу, поверилац који је пријавио потраживање према стечајном дужнику такође може вршити побијање правних радњи стечајног дужника. По овом схватању се сматра да је довољно да поверилац учини вероватним постојање свог потраживања јер је побојна парница од користи за све повериоце док неуспела побојна парница не отежава положај стечајног дужника.⁴⁸⁶ Ово друго схватање обухвата повериоце који су пријавили потраживање а до дана подношења тужбе за побијање њихово потраживање још увек није испитано (рецимо из разлога што испитно рочиште још увек није ни одржано) као и оне повериоце чије је потраживање оспорено до стране стечајног управника или осталих поверилаца у стечају.⁴⁸⁷ Теорија је махом на становишту да не би требало дозволити активну легитимацију оном повериоцу који је, истина, пријавио потраживање према стечајном дужнику, али је оно оспорено од стране стечајног управника или другог повериоца. Наводи се да, ако је поверилац упућен на парницу за утврђење тражбине, не би му требало признати активну легитимацију субјекта побијања, али да то не значи да не може обавестити стечајног управника или остале повериоце да сматра да има услова да се у конкретном случају покрене побојна

⁴⁸⁴ Тако Привредни апелациони суд у једном случају наводи изречно да „активну легитимацију могу стећи само они повериоци чија су потраживања утврђена у ранијем току поступка.“ (Решење Привредног апелационог суда 6 Пж 3618/12 од 25.04.2012. године; Извор: лична архива аутора).

⁴⁸⁵ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 39.

⁴⁸⁶ Томица Делибашић, наведено дело, стр.162.

⁴⁸⁷ И овакав став има присталице у судској пракси. Тако се у једној одлуци наводи да је „првостепени суд правилно оценио да је тужилац активно легитимисан за подношење предметне тужбе, а чињеница да му је у стечајном поступку оспорено потраживање, до окончања парнице поводом утврђења основаности оспореног потраживања не утиче на постојање активне легитимације тужиоца у овом поступку, нити је овај суд овлашћен да у овом поступку испитује да ли је тужилац стечајни поверилац друготуженог, будући да је то предмет другог поступка који је у току.“ (Решење Привредног апелационог суда 1 Пж 1310/13 од 10.04.2013. године; Извор: лична архива аутора).

парница.⁴⁸⁸ Додатно, став се правда и на следећи начин, интерес поверилаца да се оспори одређена побојна правна радња није доведен у питање тиме што поједини поверилац, чије потраживање није извесно, није био у могућности да поднесе тужбу, јер су то могли урадити остали повериоци чија су потраживања макар и делимично утврђена, као и стечајни управник, који у пракси скоро искључиво и подноси побојне тужбе, јер је у ситуацији да се упозна са пословањем дужника па и побојним правним радњама.⁴⁸⁹ По мишљењу Михаила Велимировића, повериоци чија су потраживања оспорена упућује се на парницу за утврђивање, па се они не сматрају стечајним повериоцима све док се не утврди њихово потраживање, а када се та парница заврши правоснажном судском одлуком, поверилац који је доказао право потраживања стекао је право стечајног повериоца, па тиме и право побијања правних радњи стечајног дужника.⁴⁹⁰ Као што се може видети снажни аргументи опредељују ауторе да заузму став да поверилац оспореног потраживања нема активну легитимацију за побијање правних радњи стечајног дужника. Међутим, ови аутори предвиђају могућност да се такво правило злоупотреби. Наиме, обзиром да се потраживање сматра утврђеним ако није оспорено од стране стечајног управника или од стране поверилаца до закључења испитног рочишта,⁴⁹¹ односно да право на оспоравање потраживања имају сви повериоци, тако да сваки поверилац може оспорити потраживање другог повериоца, може се десити, а што се дешавало у пракси, да један поверилац којем је од интереса да спречи побијање одређене правне радње стечајног дужника, оспори потраживање свим осталим повериоцима или барем свим оним од којих се може очекивати да би покренули парницу за побијање. Разуме се, и у том случају ће и даље стечајни управник имати могућност да нивелише ствар тиме што ће започети поступак побијања јер њему заиста нико никада не може оспорити то право, међутим, онда се можемо вратити на све оне аргументе због чега је уопште и омогућено повериоцима да врше побијање, када постоји стечајни управник коме је то, уосталом, и обавеза. Дакле, у сваком случају, по мишљењу аутора овог рада,

⁴⁸⁸ Томица Делибашић, наведено дело, стр.162.

⁴⁸⁹ Ibid.

⁴⁹⁰ Михаило Велимировић, наведено дело, стр. 132.

⁴⁹¹ Члан 116. ст. 1. Закона о стечају.

активну легитимацију за побијање ће свакако имати поверилац чије је потраживање признато од стране стечајног управника а оспорено од стране неког од поверилаца. Штавише, аутор овог рада сматра да су ипак снажнији аргументи који говоре у прилог ставу да побијање правних радњи стечајног дужника може вршити и поверилац чије је потраживање оспорено од стране стечајног управника. Наиме, као што смо видели, такво побијање не може заиста никоме штетити унутар стечајног поступка, јер се не врши у корист повериоца који је покренуо поступак већ у корист свих поверилаца. Тај колективни карактер побијања у стечају, односно да последица успешног побијања користи свим повериоцима дужниковим, опредељује и аутора овог рада у ставу да поверилац оспореног потраживања, једнако као и онај чије је потраживање утврђено може побијати правне радње стечајног дужника. Разуме се, ово право би ваљало дозволити само оном повериоцу који је након оспоравања потраживања, у законском року, а у нашем праву тај рок је продужен, Новелама Закона о стечају, са осам на петнаест дана од дана пријема закључка о оспоравању потраживања, заиста и покренуо парнични поступак за утврђење потраживања. О овоме је расправљао и Виши трговински суд, а став је и даље присутан у судској пракси. Питање које је суду било постављено је гласило да ли је тужилац коме је у стечајном поступку над туженим оспорено потраживање и који је покренуо парницу ради утврђивања оспореног потраживања, активно легитимисан по тужби за побијање дужникових правних радњи? Одговор је директан и недвосмислен, а обзиром на значај пренећемо га у целости. „Сагласно одредби члана 107. став 1. Закона о стечајном поступку, тужиоци у поступку побијања могу бити стечајни поверилац и стечајни управник, у име и за рачун стечајног дужника. Одредба члана 34. дефинише статус стечајног повериоца, а одредба члана 96. став 1. поступак о оспореном потраживању. Из наведених одредби следи да поверилац који је уредно покренуо парницу ради утврђивања оспореног потраживања, има активну легитимацију за подношење тужбе за побијање дужникових правних радњи, наравно у оквиру рокова из члана 105. Закона о стечајном поступку. У случају да се парнични поступак по његовој тужби за утврђење оспореног потраживања правноснажно оконча одбијајућом пресудом, датумом правноснажности престаје и његова активна

легитимација за подношење овакве тужбе, односно за вођење овакве врсте поступка.⁴⁹²

3.1.3.1.2.9. Поверилац условног потраживања

Постоје одређени повериоци који имају условно потраживање према стечајном дужнику. Закон о стечају дефинише положај условног повериоца у поступку. Повериоцу чије је потраживање везано за одложни услов обезбеђују се одговарајућа средства из стечајне масе а ако одложни услов не наступи до правноснажности решења о главној деоби стечајне масе, потраживање везано за одложни услов се гаси, а средства се распоређују на остале повериоце, сразмерно висини њихових потраживања.⁴⁹³ Такође, потраживања везана за раскидни услов узимају се у обзир приликом деобе стечајне масе ако поверилац пружи обезбеђење да ће вратити оно што је примио из стечајне масе када наступи раскидни услов а ако раскидни услов не наступи до правноснажности решења о коначној деоби стечајне масе, сматра се да тај услов није ни постојао.⁴⁹⁴ Као што се може видети, закони којима је регулисана стечајна материја код нас не садрже никакво правило о активној легитимацији условног повериоца за побијање дужникових правних радњи. Дакле, ово питање се може разрешити једино тумачењем стечајног права као целине, обзиром да је реч о правној празнини. Најпре, требало би одмах назначити да поверилац чије је потраживање под раскидним условом је, све док услов не наступи,

⁴⁹² Одговор утврђен на седницама Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 28.10.2009. и 24.11.2009. године и Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове од 29.10.2009. године, извор: правна база Proisi.com).

⁴⁹³ Члан 87. ст. 1. и 2. Закона о стечају; Идентична правила садрже и Закон о стечајном поступку члан 71 .ст. 1. и 2. као и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији у члану 104. ст. 1. и 2.

⁴⁹⁴ Члан 87. ст. 3. Закона о стечају; Идентично правило садржи и Закон о стечајном поступку члан 71. ст. 3. док Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији у члану 104. ст. 3. садржи само правило да потраживања везана за раскидни услов узимају се у обзир приликом деобе стечајне масе ако поверилац пружи обезбеђење да ће вратити оно што је примио из стечајне масе када наступи тај услов.

поверилац са пуним капацитетом поверилачких права. Он је странка у поступку и може вршити све радње које су резервисане за повериоце у поступку стечаја, укључујући и право на побијање дужникових правних радњи. Разуме се, након започињања парнице се може догодити да раскидни услов наступи и да престане његово својство као повериоца што би аутоматски окончало парницу за побијање обзиром да тужилац не би више био поверилац. Са друге стране, знатно тежа ситуација, за дефинисање правног правила, је у случају одложног услова код којег поверилац и није поверилац све док не наступи услов којим је потраживање модификовано. Најчешћи случајеви који се срећу у пракси су пријава потраживања према стечајном дужнику као јемцу у случају да обавеза главног дужник није доспела. пријава потраживања јемца према стечајном дужнику као главном дужнику које још није намирено од јемца и др. У оваквим случајевима, заиста није лако проценити да ли је оправдано тим условним повериоцима признати право на побијање. Ипак, по мишљењу аутора овог рада, а што је у складу са проширењем дејства модерног права побијања, нарочито у стечају, има места закључку да и овакав поверилац може вршити право побијања правних радњи стечајног дужника.

3.1.3.1.2.10. Начини сазнања за правну радњу стечајног дужника

Поставља се и једно практично питање: на који начин повериоци могу сазнати да постоји нека правна радња стечајног дужника која би могла бити предмет побијања у стечају? Разуме се, сам Закон о стечају, као ни његови претходници не садрже одредбе које би дале одговор на ово питање. Практично гледано, одговор заиста зависи од случаја до случаја. Најпре, у једном броју случајева повериоци стечајног дужника, а обзиром да је реч о правном лицу то су најчешће друга правна лица са којима је стечајни дужник био у пословном, опет најчешће, уговорном односу, су до таквог сазнања дошли управо по основу пословног односа и за време његовог трајања. Ваљало би приметити да је у неким од тих случајева управо и

разлог за подношење предлога за стечај против стечајног дужника, поред испуњења неких од стечајних разлога, и околност да је стечајни дужник предузео неку правну радњу којом је оштетио своје повериоце, а све како би се таква правна радња испитала у оквирима стечајног поступка да ли испуњава услове да буде предмет побијања.

Са друге стране, повериоци ће до информације да постоји правна радња стечајног дужника која је подложна побијању доћи и у оквиру самог стечајног поступка односно за време његовог трајања, најчешће од стечајног управника. Наиме, најпре у самом економско-финансијском извештају о положају стечајног дужника који је стечајни управник дужан припремити за прво поверилачко рочиште, дакле на самом почетку стечајног поступка, повериоци ће имати могућност да провере коју имовину је стечајни управник преузео као стечајну масу и да ли нешто недостаје у односу на оно што је стечајни дужник поседовао пре стечаја. Такође, обавеза стечајног управника да опише радње стечајног дужника које се могу побијати је његова изречно предвиђена обавеза, наиме, Националним стандардима за управљање стечајном масом и то стандардом број 3 о састављању извештаја стечајног управника о економско финансијском положају стечајног дужника.⁴⁹⁵ Дакле, из самог економско финансијског извештаја, а обзиром да је то обавеза стечајног управника да уврсти у тај извештај, повериоци могу сазнати да ли постоје правне радње стечајног дужника које су подложне побијању. Међутим, а имајући у виду да је реч о самом почетку стечајног поступка јер се прво поверилачко рочиште мора одржати у року од 40 дана од дана отварања стечајног поступка⁴⁹⁶, стечајни управници често немају сазнања или још увек нису стигли да провере целокупну документацију стечајног дужника а ово ће најчешће бити случај код оних стечајних дужника који су имали велики обим пословања и пре стечаја били велико правно лице. У таквим случајевима, повериоци сазнање о правној радњи која може бити предмет побијања, могу добити у доцнијој фази поступка. У том смислу ће нарочити

⁴⁹⁵ Видети Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом, стандард број 3.

⁴⁹⁶ Члан 36. ст. 2. Закона о стечају; члан 23. ст. 1. Закона о стечајном поступку.

значај имати један други орган стечајног поступка, одбор поверилаца који може давати налоге стечајном дужнику да достави извештај о правним радњама стечајног дужника које могу бити спорне са аспекта побијања. Такав извештај стечајног управника одбор поверилаца може предати и у судске списе конкретног стечајног поступка, што омогућава другим повериоцима, онима који нису чланови одбора поверилаца, да сазнају важне информације и да на основу њих започну побијање правних радњи стечајног дужника. Напоследку али не мање важно, повериоци до сазнања могу доћи и на директан начин из докумената који су јавно доступни. Реч је најпре о подацима које је друштво, стечајни дужник, било у обавези да доставља Агенцији за привредне регистре а ова да их објављује на својој интернет страници, посебно финансијске извештаје за претходне године из којих повериоци могу сазнати да ли је било умањења имовине стечајног дужника и у којој години се такво умањење догодило што може бити одлична стартна позиција за прикупљање документације на основу које се може поднети тужба за побијање. Разуме се, из самих извештаја се не могу утврдити конкретни подаци али се може начелно изразити сумња да је реч о радњи која се може побијати и доцније таква сумња потврдити од стане стечајног управника.

3.1.3.2. Пасивна страна у побојној парници

Видели смо ко ће бити на активној страни парнице за побијање, на овом месту ће бити речи о томе против кога се врши право побијања, односно ко је пасивна страна у поступку побијања правних радњи стечајног дужника. Као и у праву побијања изван стечаја и у материји стечајног права побијања разликујемо неколико категорија лица која могу бити пасивно легитимисана у поступку побијања. Заправо говоримо о укупно пет категорија лица, а то су: лице са којим је правни посао закључен, лице према коме је правна радња предузета, стечајни дужник када тужбу није поднео стечајни управник, универзални правни следбеник противника побијања

и остали правни следбеник противника побијања. Ипак, уколико се мало боље погледа, подела која би се претходно могла извршити је на стечајног дужника са једне стране и противника побијања са друге стране. У улози противника побијања се могу јавити четири категорије лица о којима је било реч. Због тога ће анализа у овом делу и започети од стечајног дужника.

3.1.3.2.1. Стечајни дужник

Стечајни дужник заиста има специјалну улогу у поступку побијања а његов положај је помало и контроверзан. Најпре, оно што се може на први поглед уочити је да ће стечајни дужник кадкад бити у позицији тужиоца, односно на активној страни парнице за побијања док ће у другом случају бити у положају туженог. Разуме се, стечајни дужник ће бити на активној страни у поступку за побијања уколико је стечајни управник започео поступак побијања. Међутим, у случају да побијање врши неки од овлашћених поверилаца, стечајни дужник ће бити у позицији туженог. Дакле, можемо закључити да ће стечајни дужник у сваком случају бити странка у поступку побијања али се не може унапред рећи да ли ће бити на активној или пасивној страни обзиром да ова последица зависи од тога да ли поступак побијања као тужилац покреће стечајни управник или неки од поверилаца. Стечајни дужник је обавезни учесник поступка побијања.⁴⁹⁷ У сваком случају, на овом месту ће бити испитан само положај стечајног дужника као пасивно легитимисане странке у поступку. У случају када је поверилац означио и стечајног дужника као пасивно легитимисано лице, његов положај заиста јесте чудан, имајући у виду да са једне стране, за стечајног управника је ирелевантно да ли ће поступак бити окончан успехом у спору у корист тужиоца и предмет побијања, односно корист из радње која се побија враћена у стечајну масу док са друге стране, на посредан начин успех у

⁴⁹⁷ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 40.

спору може поставити и питање одговорности стечајног управника због чега он није вршио побијање, а био је обавезан да тако нешто учини. Стога, за очекивати је да стечајни дужник, односно стечајни управник као његов заступник заиста буде озбиљан противник у поступку побијања обзиром да губитак спора може имати веома значајне негативне последице по њега. У крајњој линији, губитак спора ће неизоставно генерисати одређене трошкове на страни стечајног дужника па се може очекивати да, барем због овог разлога, стечајни управник уложи адекватан напор да спор добије. На овом месту би ваљало напоменути да наши стечајни прописи не предвиђају у каквом су односу стечајни дужник и противник побијања као тужени али да по свим особинама овај однос понајвише подсећа на положај јединствених нужних супарничара.⁴⁹⁸ У односу на упоредна законодавства у окружењу се може закључити да је највећи број правних система одустао од концепције да стечајни дужник мора бити означен као тужени у тужби⁴⁹⁹, односно да се тужба за побијање у стечају подноси само против противника побијања као пасивно легитимисаног лица.⁵⁰⁰

3.1.3.2.2. Противник побијања

Имајући у виду да основна одредба у погледу пасивне легитимације у нашем стечајном праву гласи да се тужба подноси против лица са којим је правни посао закључен, односно према коме је правна радња предузета (противник побијања) и

⁴⁹⁸ Чланом 210. Закона о парничном поступку је предвиђено да ако по закону или због природе правног односа спор може да се реши само на једнак начин према свим супарничарима (јединствени супарничари), они се сматрају као једна парнична странка, тако да кад поједини супарничари пропусте неку парничну радњу, дејство парничних радњи које су извршили други супарничари односе се и на оне који те радње нису предузели.

⁴⁹⁹ Овакво правило познаје поред нашег Закона о стечају (члан 129. ст. 2. Закона о стечају), у окружењу још и македонски Закон за стечај у члену 185. ст. 3.

⁵⁰⁰ Видети чланак 212. ст. 2. Стечајног закона РХ; члан 131. ст. 2. Закона о стечају Црне Горе; члан 139. ст. 5. Закона о стечају Републике Српске; члан 85. ст. 4. Закона о стечајном поступку ФБиХ.

против стечајног дужника, ако у његово име тужбу није поднео стечајни управник⁵⁰¹, можемо одмах уочити да у првом кораку можемо разликовати две категорије противника побијања.⁵⁰² Прву категорију чине она лица са којима је правни посао закључен док друга категорија обухвата лица према коме је правна радња предузета. У теорији стечајног права ова лица се називају још и првобитним противником побијања. Одредницом „ са којим је правни посао закључен“, чини се, законодавац је желео да означи да се могу побијати уговори које је стечајни дужник закључивао пре стечаја са својим сауговорачима. По мишљењу аутора овог рада нема места другачијем тумачењу обзиром да су уговори једини правни послови који се закључују. Овде ће доћи у обзир све врсте уговора које је стечајни дужник закључио, теретни и бестеретни, једностранни и двострани, формални и неформални као и апстрактни и каузални. Сваки уговор којим је дошло до нарушавања равномерног намирења, оштећења или погодновања поверилаца може бити предмет побијања, разуме се, уколико су испуњени и остали услови да би побијање било успешно. Тако се могу побијати и уговор о продаји, поклону, размени, кредиту, закупу и други уговори које је закључио стечајни дужник а као противник побијања ће се јавити његов сауговорач. Са друге стране, наше стечајно право проширује круг противника побијања и на она лица према којима је предузета правна радња која је предмет побијања и којом се нарушава равномерно намирење, оштећују или погодују повериоци. Чини се да је наш законодавац у материји стечаја одступио од класичног и уобичајеног означавања правних радњи које могу бити предмет побијања. Такође, чини се да није било места посебном издвајању појма правни послови, јер као што се могло видети у делу у којем је обрађено побијање изван стечаја појам правне радње у себи садржи и правне послове односно уговоре које је стечајни дужник закључио пре стечаја. На овај начин долази само до разводњавања института побијања а последично може доћи и до тумачења којим би се знатно сузио простор у којем се

⁵⁰¹ Члан 129. ст. 2. Закона о стечају; Члан 107. ст. 2. Закона о стечајном поступку.

⁵⁰² Предратни аутори противника побијања називају још и дужником побијања, видети Роберт Барч, наведено дело, стр. 116; као и побојни обвезник или побојни дужник Момчиловић Хрвоје, Побијање правних радњи у стечају, стр. 94 Санација и стечај организација удруженог рада, зборник радова, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1988. година

побијање може користити. Овај проблем, иако делује тероријски, није нимало наиван, нарочито уколико се има у виду да у праву побијања у стечају у нашем праву се говори искључиво о правној радњи па се тужба може понети против лица са којим је или у чију је корист предузета правна радња која се побија. Такође, чини се да би појам „према којем је предузета радња“ могао, мало ширим тумачењем, бити схваћен управо на начин да у себи обухвата и она лица са којима је радња предузета као и она лица у чију корист је радња предузета.

У случају да је стечајни дужник правни посао закључио са више лица односно уколико је правна радња предузета према више лица, уз испуњење услова који су неопходни да би побијање било успешно, као противници побијања ће бити означени сва лица са којим је посао закључен односно према којима је радња предузета. У овом случају њихова одговорност ће бити солидарна а процесно ће имати правни положај јединствених супарничара, па ће неозначавање сваког од њих од стране побијача водити одбијању тужбеног захтева као неоснованог.⁵⁰³ Ипак, изузетак од правила о солидарној одговорности више противника побијања ће бити случај дељиве чинидбе учињене од стране стечајног дужника а у таквом случају ће побијач бити овлашћен да побијање остварује у засебним поступцима према сваком од противника побијања у односу на његов удео.⁵⁰⁴

3.1.3.2.3. Универзални правни следбеник

Тужба за побијање правног посла или правне радње може се поднети и против наследника или другог универзалног правног следбеника противника побијања.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Видети члан 211. ст. 2. Закона о парничном поступку имајући у виду да је у нашем позитивном праву, односно приликом израде важећег Закона о парничном поступку заузет овакав став да се тужбени захтев у овом случају одбија а не да се тужба одбацује, као што је махом била судска пракса до доношења закона.

⁵⁰⁴ Михаило Велимировић, наведено дело, стр.133.

⁵⁰⁵ Члан 129. ст. 3. Закона о стечају; Члан 107. ст. 3. Закона о стечајном поступку.

Слично као и код права побијања изван стечаја, право побијања у оквиру стечајног поступка се не зауставља код лица са којим је правни посао закључен, односно према коме је правна радња предузета, него иде и корак даље, лоцирајући као пасивно легитимисано лице и наследника ових лица као и другог универзалног следбеника ових лица. Дакле, у нашем позитивном праву можемо у овом погледу уочити четири врсте лица која такође могу бити пасивно легитимисана у парници за побијање, то су: наследник лица са којим је правни посао закључен, наследник према коме је правна радња предузета, други универзални следбеник лица са којим је правни посао закључен као и други универзални следбеник лица према коме је правна радња предузета. Заправо у нашем праву побијања када се говори о наследнику као пасивно легитимисаном лицу говори се о ситуацији када је првобитни противник побијања био физичко лице, односно предузетник са којим је правни посао закључен, односно према коме је правна радња предузета. У погледу другог универзалног правног следбеника се претпоставља да је првобитни противник побијања било правно лице, обзиром да физичка лица универзалну правну сукцесију могу остварити једино наслеђивањем. Може се поставити и питање да ли је било неопходно раздвајати наследника од других универзалних следбеника? Чини се заиста да није било потребе за оваквим раздвајањем имајући у виду да се појам наследник у правном значењу овог термина свакако може подвести под појам универзални правни следбеник. Наследник у ствари и јесте универзални правни следбеник оставиоца.⁵⁰⁶ Закључак је дакле да је реч о случају пренормирања обзиром да је довољно било у закону предвидети да као пасивно легитимисано лице може бити означен универзални правни следбеник првобитног противника побијања као што је то, уосталом, и учињено у нашем позитивном праву побијања изван стечаја. У сваком случају, иако наше позитивно право о томе ништа не говори, сва горе наведена лица би требало сматрати као противнике побијања, једнако као и оног који је првобитни противник побијања.

⁵⁰⁶ Михаило Велимировић, наведено дело, стр. 133.

У погледу одговорности наследника односно осталих универзалних правних следбеника, односно њиховог степена кривице, стања свести у односу на посао, односно радњу која се побија, ваљало би одмах приметити да се у том погледу не захтева испуњење било каквог услова. Ова лица одговарају само на основу околности да су наследници или остали универзални правни следбеници првобитног противника побијања. Међутим, то не значи да ће побијач успети у спору само на основу околности да је као пасивно легитимисано лице означио наследника односно другог универзалног правног следбеника. Потребно ће бити, да би се успело у спору, односно да би се остварило побијање, да побијач докаже одговарајући степен несавесности код првобитног противника побијања у тренутку предузимања правног посла односно правне радње која је предмет побијања, иако ово лице више није пасивно легитимисано у парници. Након испуњења овог задатка, побијач неће бити у обавези да доказује било какав степен несавесности на страни новог пасивно означеног противника побијања, наследника односно другог универзалног правног следбеника првобитног противника побијања, за побијање према овим лицима ће бити довољно да је испуњен објективни услов, да су та лица заиста наследник односно остали универзални правни следбеник.⁵⁰⁷

Док је за појам наследник потпуно јасно на шта је законодавац мислио прописивајући одредбу, за појам осталог универзалног правног следбеника је потребно додатно образложење. Овде бити најпре требало имати у виду све случајеве статусних промена на основу којих неко правно лице наставља правни живот свог претходника о чему је више речи било у делу рада који говори о побијању ван стечаја. Притом, побијањем се не нападају извршене статусне промене предузећа, већ се само жели одузети правна снага имовинско-правних ефеката тих промена, који су били на штету поверилаца.⁵⁰⁸ Као посебна ситуација се може догодити да је

⁵⁰⁷ Томица Делибашић наводи да је довољно да је побијање било основано против претходника да се против наследника и његових наследника може вршити без даљих формалности, као и да ово без обзира да ли је следбеник знао или могао знати за околности н којима се засновао захтев против претходника, довољно је да су код њега постојали објективни и субјективни елементи побојног чињеничног стања, наведено дело, стр.169.

⁵⁰⁸ Михаило Велимировић, наведено дело, стр.134.

првобитни противник побијања било правно лице над којим је у међувремену отворен стечајни поступак па се може поставити питање да ли се побијање може остваривати и према правном лицу у стечају? Иако је у правној теорији донекле споран однос правног лица у стечају у односу на правно лице које је постојало пре стечаја, односно да ли ту има правног претходника и правног сукцесора, чини се да нема дилеме да се побијање једнако може остваривати и према правном лицу у стечају као и према истом том правном лицу пре отварања стечаја. Ту заправо и не долази до промене у смислу права побијања, јер се сматра да се правни живот тог лица надаље наставља у оквиру стечајног поступка. Другачије ће бити у случају продаје правног лица у стечају, обзиром да ће у том случају као противник побијања моћи бити означена једино стечајно маса а не правно лице које наставља свој живот са новим власником без преузетих обавеза свог претходника.

Универзални правни сукцесор може бити директно означен као противник побијања у случају када претходно није дошло до побијања у односу на првобитног противника побијања. У случају да је већ вођен поступак побијања у односу на првобитног противника побијања, па тек онда, у току самог поступка дође до универзалне правне сукцесија, примениће се правила парничног поступка о прекиду поступка до преузимања поступка од стране универзалног правног сукцесора.

Иако се чини да је то нешто што се може подразумевати, ипак је потребно и подвући, у погледу одговорности универзалног сукцесора, право побијања се не зауставља на првом кораку, па ће тако у доцније универзалне сукцесије именовати нове противнике побијања. Дакле, у случају да универзални сукцесор првобитног противника побијања рецимо премине, у случају да је то физичко лице односно престане да постоји у случају да је то правно лице, и његови универзални правни следбеници ће једнако бити позвани на одговорност у погледу могућности побијања посла односно радње која је предузета од стране стечајног дужника у корист њиховог претходника.

3.1.3.2.4. Остали правни следбеници

Наше позитивно стечајно право омогућава побијање и у односу на правне следбеника првобитног противника побијања. Као и у праву побијања изван стечаја, појам остали правни следбеник ће бити изједначен са појмом сингуларни правни следбеник, обзиром да имају у праву побијања идентично дејство. Иако је предвиђена могућност побијања у односу на сингуларне правне сукцесоре, ипак, заиста је веома снажна тенденција да се питање њихове одговорности прецизно уреди а донекле и ограничи. Ово из разлога што неограничена одговорност сингуларног сукцесора у погледу могућности побијања, послова односно радњи учињених у корист његовог претходника, може довести до угрожавања сигурности правног промета, обзиром да се вероватно нико не би упуштао у правне послове са лицем који може бити означен као противник побијања неког посла или радње предузете у његову корист од стране стечајног дужника. Међутим, питање сигурности правног промета је само први разлог ограничавања одговорности сингуларног сукцесора а други је околност да побојни дуг није стварни дуг, већ лични дуг противника побијања, па не може бити речи о простој сукцесији и одговорности на основу дужности свог претходника. Зато је потребно направити јасну разлику између одговорности, у смислу права побијања, универзалног сукцесора првобитног противника побијања и његовог сингуларног сукцесора што је наше позитивно право начелно и учинило. Тако је у нашем стечајном праву предвиђена одредба по којој се тужба може поднети и против осталих правних следбеника противника побијања ако је:

1) правни следбеник знао за чињенице које представљају разлог за побијање правних послова или радњи његовог претходника;

2) оно што је стечено правним послом или правном радњом који се побијају правном следбенику уступљено без накнаде или уз незнатну накнаду.⁵⁰⁹

Заправо, да би сингуларни правни сукцесор првобитног противника побијања могао бити пасивно легитимисан потребно је да буду испуњена три кумулативна услова.⁵¹⁰ Први услов се тиче одговорности првобитног противника побијања, јер побијање одређеног посла који је закључен са њим, односно радње стечајног дужника која је предузета у његову корист, мора бити основано. Тек уколико је испуњен овај претходни услов, побијање се може вршити према сингуларном сукцесору првобитног противника побијања. У том случају, потребно је испуњење додатна два услова: првог, да је правни следбеник знао за чињенице које представљају разлог за побијање правних послова или радњи његовог претходника и другог, да оно што је стечено правним послом или правном радњом који се побијају правном следбенику уступљено без накнаде или уз незнатну накнаду.

Најпре, потребно је да постоји одређени степен несавесности сингуларног сукцесора првобитног противника побијања у односу на одговорност првобитног противника побијања. У нашем праву је та несавесност означена речима „знао за чињенице“ што у неком теоријском смислу упућује на кулпозну одговорност сингуларног сукцесора. Дакле, потребно је да је он знао за одређене чињенице, односно да је поступао уз свесни нехат. Неће бити довољно за побијање уколико побијач докаже околности на основу којих се може утврдити да је сингуларни сукцесор могао на основу њих могао знати да постоје разлози за побијање и у односу на првобитног противника побијања, захтева се већи степен несавесности. Међутим, у смислу доказивања несавесности сингуларног сукцесора побијач, да би доказао да је овај знао за постојање разлога за побијање у односу на првобитног противника побијања, може приближити околности услед којих је дошло до сингуларне

⁵⁰⁹ Члан 129. ст. 4. Закона о стечају; Члан 107. ст. 4. Закона о стечајном поступку.

⁵¹⁰ По мишљењу аутора овог рада услови превиђени у члану 129. ст. 4. Закона о стечају, онсоно члану 107. ст. 4. Закона о стечајном поступку за одговорност сингуларног сукцесора у погледу побијања правних радњи стечајног дужника су означени на начин да морају оба бити испуњена одједном а не да је довољно да буде испуњен било који од њих.

сукцесије, из којих се може извући закључак да је сингуларни сукцесор знао за наведене разлоге. Овде би ваљало уочити и једну логичку грешку коју је учинио наш законодавац када је навео да је неопходно да је правни следбеник знао за чињенице које представљају разлог за побијање правних послова или радњи његовог претходника, имајући у виду да оваква језичка конструкција има смисла само у односу на правне послове које је заиста предузео првобитни противник побијања. Међутим, у односу на радње његовог претходника је учињена логичка грешка приликом прописивања овог дела норме. Радњу није предузео претходник сингуларног сукцесора већ стечајни дужник у корист првобитног противника побијања. Зато је потребно у што краћем року изменити наведено правило, иако се циљним тумачењем може доћи до правилног значења ове норме.

Трећи услов укупно гледано, односно други посебни услов у случају вршења побијања у односу на сингуларног сукцесора је да је оно што је стечено правним послом или правном радњом који се побијају уступљено без накнаде или уз незнатну накнаду. Дакле, у поступак побијања може бити инволвиран само онај сингуларни сукцесор који је до користи, коју је првобитни противник побијања остварио из правног посла односно правне радње која је предузета у односу на њега, дошао послом без накнаде или уз незнатну накнаду. Посао без накнаде и на овом месту треба разумети онако како се разумеју лукративни правни послови у општој теорији облигација о чему је већ било речи. Када је реч о правним пословима уз незнатну накнаду и овде би ваљало повући аналогију са идентичним термином који је искоришћен у одредби која говори о побијању правних послова без накнаде или уз незнатну накнаду. Разуме се, *ratio legis* ове одредбе лежи у околности да стицалац без накнаде односно уз незнатну накнаду, добија нешто без постојања адекватне обавезе да заузврат да нешто друга, па у односу на ова лица прави поредак нема превише милости. Сматра се да чак и у случају да ова лица буду обавезана да врате све што су примили не наступа тако драстична последица за правну сигурност обзиром да и у том случају неће изгубити ништа или ће изгубити нешто незнатно. Дакле, да би сингуларни сукцесор првобитног противника побијања могао да буде пасивно

легитимисан у парници за побијање, потребно је да најпре постоје основани разлози за побијање одређене правне радње стечајног дужника у односу на првобитног противника побијања, а затим и да је сингуларни сукцесор знао за те разлоге а поврх свега и да је до онога што је стечено правним послом или правном радњом која се побија као бесплатна или правна радња уз незнатну накнаду. Као што се може видети реч је о једном квалификованом степену несавесности на страни сингуларног сукцесора првобитног противника побијања који заправо и оправдава могућност побијања у односу на њега. У случају када су испуњени сви предвиђени услови за одговорност сингуларног сукцесора, управо ће у поступку сингуларни сукцесор бити означен као противник побијања.⁵¹¹

Може се основано поставити питање да ли се правила о одговорности сингуларног сукцесора односе искључиво на сингуларног сукцесора првобитног противника побијања или се може проширити и на сингуларног сукцесора универзалног сукцесора првобитног противника побијања? По мишљењу аутора овог рада, може се бранити став по којем би било могуће да као пасивно легитимисано лице буде означен сингуларни сукцесор универзалног сукцесора првобитног противника побијања. Фактичка ситуација која би одговарала овом случају би била таква да је дошло до универзалне правне сукцесије између лица са којим је стечајни дужник закључио правни посао, односно према коме је правна радња предузета и његовог наследника или осталог универзалног сукцесора а након тога и до сингуларне сукцесије између ових потоњих и трећег лица, сингуларног сукцесора. Имајући у виду услове под којима је могућа одговорност сингуларног сукцесора, чини се да нема места ускраћивању могућности побијања чак и у случају када је сингуларни сукцесор предмет побијања прибавио од лица који је био универзални сукцесор првобитног противника побијања. Зато ће и у оваквим случајевима сингуларни

⁵¹¹ „У датом случају, реч је о осталим правним следбеницима и то ћерки као сингуларном сукцесору противника побијања, којој је стечено уступљено без накнаде. Изнето указује да постоји пасивна легитимација тужених у поступку без обзира што стечајни дужник није био потписник уговора о поклону, што даље подразумева да је погрешан правни закључак првостепеног суда да се могу побијати само правни послови које је закључио стечајни дужник, јер се могу побијати и послови које је закључио противник побијања са својим следбеником у праву.“ (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 9251/13 од 25. 9. 2014; Извор: правна база Paragraph lex).

правни следбеник бити пасивно легитимисан у праву побијања у стечају. Ипак, то неће променити процесни захтев за доказивање у односу на побијача, обзиром да ће он бити у обавези да докаже све што је и иначе потребно да докаже у ситуацији када побијање врши према сингуларном сукцесору а имајући у виду да се у односу на универзалног сукцесора не захтева доказивање било које чињенице, осим оне која потврђује да је до сукцесије заиста и дошло.

Као што се може уочити, као противник побијања се неће јавити лице које је до онога што је стечено правним послом или правном радњом који се побијају дошао теретним путем од првобитног противника побијања, што најдиректније, чини се, осликава потребу за заштитом правног поретка и правне сигурности промета. Ипак, немогуће је неприметити да је законодавац, у погледу стечајног права побијања, одустао од правила које постоји у праву побијања изван стечаја што је по мишљењу аутора овог рада заиста погрешно. У материјално-правном побијању правило у односу на сингуларне сукцесоре такође подлеже специјалном третману карактера правног посла којим је стицалац дошао до онога што може бити обухваћено побијањем, односно да ли је реч о теретном или бестеретном правном послу. Међутим, правило је да и у једном и у другом случају може доћи до побијања док се само прави разлика у погледу доказивања несавесности сингуларног сукцесора. Могуће да је законодавац желео да и у стечајном праву побијања буде на снази као посебно правило да се побијање може вршити у случају када је сингуларни сукцесор знао за могућност побијања у односу на његовог претходника што би побијач морао доказати у односу на правило када је реч о бестеретном стицању или стицању уз незнатну накнаду од стране сингуларног сукцесора, када је побијање увек могуће, без испуњења додатних услова у погледу несавесности. Међутим, за тако нешто би било неопходно да су посебни услови предвиђени тако да је довољно да буде испуњен само један од њих, односно алтернативно, што у нашем праву није учињено. Дакле, теретно располагање, онога на шта се односи могућност побијања, односно користи остварене од посла односно радње стечајног дужника, учињене од стране првобитног противника побијања као сингуларном сукцесору неће легитимисати сингуларног

сукцесора као новог противника побијања. Ипак, обзиром да правило нашег стечајног права побијања предвиђа као пасивно легитимисаног оног сингуларног сукцесора који је стекао оно на шта се може односити побијање правним послом уз незнатну накнаду, у сваком конкретном случају у којем постоји било каква накнада ће бити потребно утврдити да ли је реч о незнатној накнади када ће побијање бити могуће или је реч о накнади која чини тај правни посао теретним када побијање неће бити могуће. Ово неће бити лак задатак за процену али дефинитивно можемо закључити да ће бити неопходно у сваком поједином случају, на бази свих чињеница и околности док којих се у току поступка дође, донети ваљану одлуку у овом погледу.

Важно је напоменути да се правила о повезаним лицима, према важећем одредбама Закона о стечају неће односити на сингуларног сукцесора. Тако, у случају да је сингуларни сукцесор повезано лице са првобитним противником побијања, та околност неће ни у најмањој мери олакшати положај побијача у спору против сингуларног сукцесора, обзиром да се правило о повезаним лицима користи искључиво на релацији стечајни дужник-противник побијања.⁵¹²

Слично као и код универзалне правне сукцесије, и код сингуларне сукцесије право побијања се неће зауставити на првом кораку, па ће тако начелно као пасивно легитимисано лице бити препознат и сингуларни сукцесор сингуларног сукцесора као и лица која надаље стичу корист која је обуваћена односно може бити обухваћена захтевом за побијање. Разуме се, у погледу доцнијих сингуларних сукцесора, уз услов да је побијање било основано и у односу на њиховог претходника као и осталих претходника, морају бити испуњени и сви додатни субјективни услови о којима је већ било речи.

⁵¹² Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 136. Ови аутори праве разлику када је сингуларни сукцесор блиски својак противника побијања у ком случају не делује претпоставка о његовој несавесности од случаја када је сингуларни сукцесор блиски својак стечајног дужник, када ће сама претпоставка остварити правно дејство..

3.1.3.2.4.1. Обим одговорности универзалног и сингуларног сукцесора

Питање обима одговорности универзалног и сингуларног сукцесора није питање које је предмет регулисања од стране законодавца у стечајној материји, овде је потребно да буду примењена општа правила грађанског права. У том смислу, могуће је да сукцесори одговарају као савесни или као несавесни држаоци, у зависности од степена несавесности у односу на радњу која се побија, односно у односу на корист коју су дужни да врате у стечајну масу. У погледу универзалног сукцесора, ствар се чини релативно једноставном, за њега неће бити потребно утврђивати степен несавесности, обзиром да он одговара као и његов претходник. У том смислу, а обзиром да универзални сукцесор продужује правну личност претходника, он одговара у истом обиму као и претходник, па тако у случају да претходник одговара као несавесни држалац, онда ће и универзални сукцесор одговарати са истим обимом одговорности.⁵¹³ Са друге стране, у погледу сингуларног сукцесора, ствар је доста компликованија па се може поставити питање, да ли је обим одговорности сингуларног сукцесора везан за обим одговорности његовог претходника или сингуларни сукцесор може одговарати блаже или строжије од свог претходника? Основни аргумент који се може изнети у прилог првог става је да начелно у праву нико не може одговарати строжије од свог претходника. У том смислу, и први изнети став се мора модификовати, у смислу да се идентичан обим одговорности преноси аутоматски са претходника на сукцесора али да сукцесор може одговарати и у блажем обиму него претходник. Други став, по којем сукцесор може одговарати на другачији начин од свог претходника полази од чињенице да сингуларни сукцесор заиста одговара по свом основу стицања, па самим тим није везан ни основом ни степеном одговорности свога претходника. Чини се да је ово ипак правилан приступ, јер доиста обим одговорности сингуларног сукцесора ће зависити искључиво од начина стицања, а у том смислу остаје потпуно ирелевантно

⁵¹³ Слично Томица Делибашић, наведено дело, стр. 170.

колики је обим одговорности правног претходника. Међутим, у нашем праву у погледу цитираних правила Закона о стечају као и Закона о стечајном поступку, питање одговорности сингуларног сукцесора произлази из саме одредбе о генералној могућности упуцавања захтева за побијање против њега. Као што смо видели, један од кумулативно прописаних услова да би уопште и постојала одговорност сингуларног сукцесора у погледу побијања правних радњи стечајног дужника је знање за чињенице које представљају разлог за побијање у односу на његовог претходника. Управо из овог разлога, зато што је за одговорност сингуларног сукцесора, *en générale*, потребно постојање несавесности на његовој страни, сингуларни сукцесор ће у сваком случају одговарати као несавесни држалац ствари. Невезано за све до сада речено и без обзира на обим одговорности универзалног или сингуларног сукцесора, сваки од њих ће одговарати као несавесни држалац ствари од момента пријема захтева за побијање.

3.1.4. Надлежност суда

За разлику од правила која постоје у материји ванстечајног побијања, у стечајном побијању питање надлежности суда је урђено на значајно другачијој основи. Наиме, обзиром да сам поступак побијања директно произлази из стечаја, месно надлежан суд ће увек бити суд пред којим се води стечајни поступак док стварна надлежност привредног суда свакако не може бити спорна обзиром да је реч о примени правила о атракцији надлежности.⁵¹⁴ Чини се да је ово добро решење из много разлога а понајвише из разлога целисходности и ефикасности, обзиром да ће поступак достављања документације бити поједностављен и убрзан. Поступак стечајног побијања може бити двостепен или тростепен, а одговор на ово питање ће

⁵¹⁴ Гордана Станковић, Невена Петрушић, *Стечајно процесно право*, Службени лист СЦГ, Београд 2006. година

зависити од вредности предмета спора односно од околности да ли је могуће уложити ревизију или не.

Такође, ефекти побијања могу бити остварени и вансудским путем како би се избегли трошкови које парнични поступак носи са собом. Разуме се то ће бити могуће само у случају када противник побијања на то пристане, односно када прихвати да добровољно и без парнице изврши ону чинидбу, на коју би се могао осудити у судском поступку за побијање.⁵¹⁵

3.2. Услови побијања

Доследности ради, као и у погледу материјалне паулијанске тужбе на овом месту ће посебно бити обрађени неопходни услови за примену права побијања у оквиру стечајног поступка. Такође, на једнак начин ће бити извршена категоризација захтеваних услова на опште и посебне услове.

3.2.1. Општи услови

Општи услови су они услови који морају бити испуњени у сваком конкретном случају ради примене права побијања односно започињања поступка побијања одређеног правног посла или правне радње. Услови су постављени на уопштен начин, једном генералном одредбом како би могли бити прилагођени бројним различитим ситуацијама у којима ће побијање бити потребно. У нашем праву, одредба о општим условима побијања је такође дата на уобичајено уопштени начин.

⁵¹⁵ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 156.

Правне послове и друге правне радње закључене односно предузете пре отварања стечајног поступка, којима се нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца или оштећују повериоци, као и правне послове и друге правне радње којима се поједини повериоци стављају у погоднији положај, могу побијати стечајни управник, у име стечајног дужника и повериоци.⁵¹⁶

3.2.1.1. Постојање стечајног поступка

Имајући у виду да је реч о стечајном праву побијања, као *conditio sine qua non* се може утврдити постојање стечајног поступка. Без стечајног поступка нема ни стечајног права побијања. Побиање о којем је реч у овом делу рада не може бити остварено ван стечајног поступка, заправо побијање је могуће тек када је претходно испуњен услов да је поступак стечаја над дужником отворен. У том смислу, побијање се може вршити од дана отварања стечајног поступка до дана одржавања рочишта за главну деобу.⁵¹⁷ Закони којима је у нашем праву била или је још увек регулисана материја стечаја се начелно не баве дефинисањем појма дана отварања стечајног поступка, иако се бројне последице отварања стечајног поступка везују управо за овај дан. Међутим, као дан наступања правни последица стечајног поступка се узима дан када је оглас о отварању стечаја истакнут на огласној табли суда.⁵¹⁸ Имајући све ово у виду, аутор овог рада је мишљења да се термин дан отварања стечајног поступка мора изједначити са термином даном наступања правних последица стечајног поступка, па ће и у даљем току рада ова два термина бити коришћени као синоними. У том смислу, право побијања у стечају делује, односно може се остварити од дана отварања стечајног поступка, односно од дана када су наступиле правне последице стечајног поступка. Побојна тужба се неће моћи поднети пре

⁵¹⁶ Члан 119. ст. 1. Закона о стечају.

⁵¹⁷ Члан 119. ст. 4. Закона о стечају.

⁵¹⁸ Члан 73. ст. 1. Закона о стечају.

покретања стечајног поступка па последично активно легитимисан на подношење ове тужбе неће бити ни привремени стечајни управник.⁵¹⁹ Обзиром да се право побијања у стечају може остварити у оквиру стечајног поступка, ако узмемо дан наступања правних последица стечаја као почетак оквира за побијање, крај овог оквира налазимо у дану одржавања рочишта за главну деобу, што несумњиво представља сам довршетак односно последњу фазу поступка.

Иако је постојање стечајног поступка несумњиво општи услов у праву побијања у стечају, у једном случају ће, на одређено време, и овај услов бити релативизован. Заправо, реч је о томе да се побијање мора започети за време док је стечајни поступак у току, односно у временском распону између дана отварања стечаја до дана одржавања рочишта за главну деобу, али стечајни поступак не мора за све време трајања парнице за побијање бити активан, наиме из правно-техничких разлога, а понајвише из разлога смањења трошкова, стечајни поступак ће по правилу бити закључен након уновчења стечајне масе. Дакле, стечај неће чекати окончање парнице за побијање, већ ће стечајни судија након главне деобе, а на завршном рочишту донети решење о закључењу стечајног поступка.⁵²⁰ Међутим, стечајно право је, разумљиво, предвидело додатна правила у случају да се успе у парници за побијање. Ако се након закључења стечајног поступка пронађе имовина која улази у стечајну масу, стечајни судија на предлог стечајног управника или другог заинтересованог лица спроводи поступак накнадне деобе уновчењем и расподелом средстава остварених продајом те имовине. Надаље, када се имовина врати у стечајну масу, сагласност на продају накнадно пронађене имовине даје стечајни судија. Против решења о спровођењу поступка накнадне деобе није дозвољена жалба. Решење о спровођењу накнадне деобе доставља се стечајном управнику који накнадно пронађену имовину уновчава и дели на основу решења о главној деоби. О уновчењу и деоби накнадно пронађене имовине стечајни управник доставља допунски завршни рачун стечајном суду.⁵²¹ Међутим, на овом месту је важно

⁵¹⁹ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 39.

⁵²⁰ Члан 148. ст. 1. Закона о стечају.

⁵²¹ Видети члан 149. Закона о стечају; чланак 289. Стечајног закона РХ.

приметити да у случају када је побијање започео стечајни управник, закључење стечаја неће бити могуће без обзира што је за то, рецимо, испуњен услов предвиђен законом. Ово из разлога што је стечајни управник орган стечајног поступка, а стечајни дужник је већ означен као побијач, па би закључење стечаја довело и до престанка самог побијача али и до престанка овлашћења стечајног дужника да заступа стечајног дужника.

Посебно би требало обрадити правну ситуацију у којој је стечајни поступак над стечајним дужником отворен, започет је поступак побијања али је пре његовог окончања усвојен план реорганизације у стечају. По правноснажности решења о потврђивању усвајања плана реорганизације стечајни поступак се обуставља. Зато се поставља питање шта се у таквој ситуацији догађа са започетим поступком побијања? Као што је речено, као општи услов побијања је потребно да је стечајни поступак над дужником отворен, што је у овом случају испуњено али се поставља питање да ли ће обустава стечајног поступка аутоматски довести до окончања и поступка побијања. У овом случају би ваљало разликовати две ситуације. У првој ситуацији поступак побијања је започео стечајни управник. Уколико је то случај, а имајући у виду да је као тужилац означен стечајни дужник, као и да је реч о стечајном побијању и околности да је стечај окончан и да стечајни управник као орган стечајног поступка више не постоји од момента обуставе стечајног поступка, чини се да се поступак побијања не може одржати на снази. Уосталом, реч је о томе да и сам тужбени захтев у том случају одговара правилима побијања у стечају па је потпуно јасно да сада када више нема стечаја нема ни правног основа по којем би поступак побијања могао бити настављен. Додатно, веома је упитно и да ли постоји општи услов оштећења поверилаца у том случају, обзиром да је планом реорганизације предвиђен начин исплате обавеза од стране дужника. Напоследку, након окончања стечаја остаје парница за побијање у којој је сада сам дужник тужилац, а таква тужба чак и са аспекта ванстечајног побијања није дозвољена. У другој ситуацији се као побијач јавља поверилац, па је велико питање да ли се обустава стечајног поступка над стечајним дужником може негативно одразити на

судбину започете парнице. Аргументи, чини се, постоје за обе солуције која стоје на располагању. Прва солуција полази за тим да је поступак започет по правилима стечајног побијања, да је активно легитимисано лице поверилац, чији се статус не мења услед обуставе поступка стечаја над дужником и да се поступак побијања може наставити по правилима која важе за ванстечајно побијање дужникових правних радњи. Међутим, ипак се чини да је исправнија друга солуција према којој би се поступак побијања правних радњи стечајног дужника, у случају када се као побијач јавља поверилац, морао окончати у случају обустављања стечајног поступка услед усвајања плана реорганизације. Аргументација је прилично јасна, са једне стране више нема стечаја па садржина тужбеног захтева не одговара неопходној садржини коју захтевају правила ванстечајног побијања, док са друге стране, потраживање повериоца који врши побијање у моменту правоснажности решења којим се потврђује усвајање плана реорганизације стечајног дужника више не може бити доспело а доспелост потраживања је један од најзначајних услова на страни повериоца у случају ванстечајног побијања. Дакле, можемо закључити да ће се поступак стечајног побијања аутоматски окончати у случају да је у току поступка усвојен план реорганизације стечајног дужника а поступак стечаја, услед тога, обустављен. Међутим, по једном схватању, могуће је предвидети самим планом реорганизације посебне мере у смислу побијања које ће се примењивати након правоснажности решења о потврђивању плана реорганизације и када ће бити могуће спроводити поступак побијања и након стечаја.⁵²² То побијање се може вршити по општим правилима стечајног побијања само у случају реорганизације у стечају, а не и реорганизације по унапред припремљеном плану.⁵²³ Истина, могућност предвиђања побијања одрђених правних радњи планом реорганизације је могућност коју познаје наше стечајно право. Међутим, по мишљењу аутора овог рада, побијање у том случају ће остати мртво слово на папиру, јер неће бити могуће утврдити опште претпоставке побијања нити је могуће захтев усмерити према стечајном дужнику, јер он као такав, након окончања стечаја, више и не постоји.

⁵²² Драгиша Слијепчевић, Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, стр. 20..

⁵²³ Ibid.

3.2.1.2. Правни послови и друге правне радње

Као други општи услов права побијања у стечају може се истаћи сам предмет побијања, односно правни послови и друге правне радње предузете од стране стечајног дужника пре отварања стечаја. Пре детаљније анализе овог општег услова, ваљало би одмах посветити пажњу самим појмовима и њиховом развоју у оквиру стечајног права побијања. Снажан утицај аустријског права на наше право у погледу права побијања како у стечају тако и ван њега, као и преводи аустријских закона, довели су до тога да у оба закона који су се двадесетих и тридесетих година бавили уређењем материје побијања у нашој земљи, као предмет побијања буде означено поступање дужниково под генеричним појмом правног дела. Зато и не чуди да је Стечајни закон као предмет побијања означавао управо правно дело стечајног дужника.⁵²⁴ Након тога, закони су углавном користили појам дужникове правне радње у материји побијања. Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији користи у материји побијања искључиво појам правна радња. Међутим, Закон о стечајном поступку као и важећи Закон о стечају не настављају ову добру праксу. Они поред појма правна радња користе и појам правни посао. Узимајући у обзир све наведено, а обзиром да је сам појам правних радњи довољно широк да се у њега могу убројати и правни послови стечајног дужника, аутору овог рада се чини да није било посебне потребе да предмет побијања обухвата два различита појма. Заправо, чини се, као и у материјалном праву побијања да појам правна радња стечајног дужника би требало да буде једини искоришћени појам предмета побијања у стечају. У сваком случају правна радња је шири појам од правног посла и као такав више одговара потребама стечајног побијања.⁵²⁵

⁵²⁴ Видети §27. Стечајног закона.

⁵²⁵ Овакав став је истакнут и у теорији. Тако Verona-Zuglia. наводе да је „правно дјело шири појам од правног посла јер обухваћа сва очитовања воље скопчана с правним посљедицама, док правни

Права у окружењу садрже оба наведена решења. Нека од њих, као што је случај са Републиком Српском, Македонијом или Босном и Херцеговином, садрже искључиво појам правна радња која означава предмет побијања. Друга пак, као што је случај са Хрватском или Црном Гором, слично као наше законодавство користе поред појма правна радња и појам правни посао.

Међутим о недоследности нашег законодавца приликом коришћења термина „правни посао“ и „правна радња“ стечајног дужника се мора посветити додатна пажња. Аутор овог рада сматра да је недопустиво да се код посебних услова побијања, којих има пет, само једном искористи идентична терминологија у вези са предметом побијања. Тако законодавац приликом дефинисања уобичајеног намирења као предмет побијања означава правни посао или другу правну радњу⁵²⁶, код необичајеног намирења и непосредног оштећења поверилаца је то правни посао или правна радња,⁵²⁷ код намерног оштећења је то правни посао односно правна радња⁵²⁸ док је у случају побијања послова и радњи без накнаде или уз незнатну накнаду то правни посао и правна радња. Шта законодавца наводи на овакво поступање аутору није познато, иако је уложен напор за такво сазнање, али свакако ова недоследност у законском тексту заиста баца мрљу на институт побијања у стечају у нашем стечајном праву, обзиром да не постоји научно, теоријско па чак ни практично образложење због чега је тако учињено. Чини се да би у сваком од наведених случајева једноставно означавање „правне радње“ стечајног дужника као предмета побијања заиста у целости одговорило потребама регулативе а читаоцу закона, правној теорији а нарочито судовима који морају примењивати норме знатно олакшало разумевање института. Имајући све ово у виду, требало би имати у виду да, када се у даљем делу овог рада користи термин „правна радња“ стечајног дужника, он једнако обухвата и појам „правног посла“ који је предузео стечајни дужник.

послови обухватају само она очитовања воље, која на основу постојећих законских прописа служе за заснивање, укидање, мијењање и пренашање приватно правних одношаја“, наведено дело, стр. 88.

⁵²⁶ Члан 120. Закона о стечају, члан 99. Закона о стечајном поступку.

⁵²⁷ Чланови 121. и 122. Закона о стечају, члан 100. и 101. Закона о стечајном поступку.

⁵²⁸ Члан 123. Закона о стечају, члан 102. Закона о стечајном поступку.

Сам појам правне радње би, као и у материји ванстечајног побијања, требало схватити као радњу коју је стечајни дужник предузео, а која производи правне последице на његову имовину и која се може побијати из разлога што је последица таквог поступања стечајног дужника оштећење његових поверилаца. Имајући у виду да је реч о правном лицу као стечајном дужнику, по својој прилици, најчешћа правна радња којом ће дужник оштетити повериоце ће бити закључење неког правног посла из којег ће произаћи корист за одређено треће лице.

Обзиром да је реч о правној радњи стечајног дужника које је правно лице и као такво не може предузимати непосредно било коју радњу, у праву побијања ће се увек само преузимање радње правног лица поистоветити са предузимањем фактичког акта којим се тако нешто остварује од стране лица које је овлашћено да заступа стечајног дужника. То ће најпре бити директор друштва, односно други заступник друштва. Наиме, друштво може да има једног или више директора који су законски заступници друштва⁵²⁹. Такође, директор заступа друштво према трећим лицима у складу са оснивачким актом, а ако друштво има више од једног директора, сви директори заступају друштво заједнички, ако оснивачким актом или одлуком скупштине друштва није другачије одређено.⁵³⁰ У том смислу само предузимање радње од стране друштва ће заправо бити цењено, у смислу права побијања, кроз поступке једног или више директора друштва као најчешћег заступника. Поред директора, као заступник друштва се може јавити и прокуриста који је у нашем праву дефинисано као лице које има пословно пуномоћје којим га друштво овлашћује да у његово име и за његов рачун закључују правне послове и предузимају друге правне радње.⁵³¹ Напослетку, као радња друштва ће се подразумевати и она правна радња коју је предузео пуномоћник друштва у име друштва на основу уговора о пуномоћству. Акти заступника које је овај предузео у име друштва се изједначавају са актима друштва, односно сматраће се да је саму радњу предузело непосредно друштво.

⁵²⁹ Члан 218. Закона о привредним друштвима.

⁵³⁰ Члан 221. ст. 1. и 2. Закона о привредним друштвима.

⁵³¹ Члан 35. Закона о привредним друштвима.

Што се тиче саме садржине правне радње коју је дужник предузео, у материји стечајног побијања је могуће одредити две врсте правних радњи које могу бити предмет побијања у стечају. Разуме се, то су активне и пасивне радње. Тако ће бити могуће побијати све дужникове активне правне радње којима се наноси штета за повериоце. Такве радње ће најчешће бити уговорне природе али такође се у њих могу убројати и доношење одлука у оквиру зависног друштва, признање непостојећег дуга, давање обезбеђења без обавезе да се тако нешто учини. Са друге стране пасивне радње ће обухватати свадужникова пропуштања.⁵³² Ту ће бити пре свега процесна пропуштања која производе негативну последицу на дужника али и материјално-правна пропуштања. Право побијања начелно не прави разлику између активних и пасивних правних радњи стечајног дужника али у пракси у погледу доказивања ће свакако бити начињено овакво разликовање.

Правна радња је такав акт стечајног дужника који производи правне последице у односу на имовину стечајног дужника и то на начин да се актива стечајног дужника смањује односно да се пасива стечајног дужника повећава.⁵³³ Разуме се све ово утиче непосредно и на повериоце који у отвореном стечајном поступку не могу остварити повољно намирење својих потраживања управо због тога што је дужник предузимањем спорне радње умањио своју имовину. Веза између предузимања радње стечајног дужника и умањења његове имовине ће по правилу бити каузалне природе, односно између ове две ствари ће постојати узрочно-последични однос. Ипак, требало би имати у виду и да умањење имовине неће бити схваћено у свом природном значењу, обзиром да одређене радње стечајног дужника не доводе до умањења његове имовине али значајно утичу на могућност намирења стечајних поверилаца у корист других поверилаца. Само предузимање радње од стране стечајног дужника, у случају када је реч о радњи коју је могуће побити у стечајном поступку, као последицу ће имати оштећење стечајних поверилаца чије ће намирење управо због тога и изостати или ће бити умањен проценат њиховог намирења. Због тога је потребно увидети да правна радња коју је предузео стечајни

⁵³² Мирко Васиљевић, Пословно право, стр. 19 Издавач Удружење правника у привреди СЦГ 2004

⁵³³ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 186.

дужник посебну последицу производи у односу на стечајне повериоце. У односу на уговоре који је стечајни дужник закључио пре отварања стечаја, ваљало би одмах напоменути да непуноважни уговори неће никада моћи да буду предмет побијања у стечају. Побити се може само пуноважан уговор, односно онај уговор који производи правно дејство у моменту започињања поступка побијања.⁵³⁴ Такође, уколико се побија правна радња закључења уговора, такав уговор не сме престати до доношења коначне одлуке о побијању, обзиром да побијање не може остварити свој циљ и зацртано дејство уколико је реч о уговору који више није на снази. Дакле, уговор мора бити на снази и производити правно дејство како у моменту започињања поступка побијања, тако и за сво време његовог трајања. Зато у случају побијања, не настаје последица поништења одређене дужникове правне радње, јер је реч о два различита института облигационог права.⁵³⁵

3.2.1.3. Последица у односу на повериоце

Правне радње које ће бити предмет побијања у стечајном поступку утичу на повериоце односно на могућност намирења њихових потраживања у стечају. Зато су предмет права побијања све радње које умањују активу, повећавају пасиву, али и све радње које за собом повлаче отежање или одлагање уновчавања стечајне масе.⁵³⁶

⁵³⁴ Овакав став је одавно потврђен и у судској пракси: „По мишљењу Савезног суда, побијати се могу само пуноважне правне радње, док правне радње које су супротне закону не могу се побијати јер од свог настанка оне не производе правно дејство. У конкретном случају, правилно судови у побијаним пресудама оцењују да се ради о апсолутно ништавим правним пословима, по одредби члана 103. Закона о облигационим односима, јер су и деобни биланс, а и спорни уговори сачињени након утврђене забране стечајног суда о отуђењу и оптерећењу спорних непокретности.“ (Пресуда Савезног суда, Гзс. број 32/2001 од 13. децембра 2001. године; Извор: правна база Intermex).

⁵³⁵ „Дакле, када се тражи поништај уговора у поступку побијања правних радњи стечајног дужника, суд није овлашћен да поништава уговор у целини са дејством према трећим лицима, већ поништава и утврђује да је уговор без правне важности према стечајној маси.“ (Пресуда Врховног суда Србије Прев. 440/96 од 30.10.1996. године; Извор: Збирка судске праксе Савезног суда, књига 21, свеска 1, за 1996. годину).

⁵³⁶ Роберт Барч, наведено дело, стр. 111.

Повериоци након отварања стечајног поступка према дужнику пријављују своја потраживања и остварују своја права по правилима стечајног поступка. Међутим, они не могу своја права у стечајном поступку остварити на адекватан начин у случају када је стечајни дужник, у одређеном временском периоду пре отварања стечајног поступка, предузео одређене правне радње којима је смањио могућност њиховог намирења. Такве радње ће бити предмет побијања обзиром да, у најширем смислу те речи, оне доводе до оштећења поверилаца. Ако нема оштећења поверилаца, губи се мотив и смисао побијања па оно не би ни било дозвољено.⁵³⁷ Важно је приметити ову општу карактеристику права побијања у стечају, зато што само право побијања има свој ултимативни циљ, да услед његовог остварења буде спречено оштећење поверилаца стечајног дужника. Оно нема други разлог постојања осим да оствари свој циљ, па се оправдано чини да је потребно овај општи услов права побијања у стечају потребно подићи на највиши могући ниво, као крунски услов самог института. Оштећење као појам неодољиво асоцира на појам штете у свом уском значењу у грађанско-правном смислу. Међутим, као што ћемо и видети, појам оштећења поверилаца у стечајном праву побијања ипак има доста шире значење. Оштећење поверилаца је последица предузете правне радње стечајног дужника пре отварања стечаја а оно се може остварити у своја два појавна облика, најпре као директно оштећење свих поверилаца или као последица нарушавања равномерног намирења поверилаца. Међутим, постоје аутори који релативизују овакву законску поделу истичући да је смисао побијања у стечају да се спречи оштећење поверилаца ремећењем њиховог равномерног намирења⁵³⁸. Уистину говорећи, као што је већ и наведено, заиста крајњи исход предузете радње од стране стечајног дужника и јесте оштећење поверилаца, али аутор овог рада ипак сматра корисном законску поделу радњи на оне којима се оштећују повериоци и на оне којима се нарушава равномерно намирење из разлога који ће бити изложени у наставку рада.

Када је реч о форми у којој је правна радња стечајног дужника предузета, ово питање неће имати већи значај у стечајном праву побијања. Наиме, под истим

⁵³⁷ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 203.

⁵³⁸ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 203.

условима се могу побијати радње учињене у одређеној форми као и оне које су учињене без икакве форме. У том смислу могу се побијати и правни послови, правне и процесне радње на основу којих је донета извршна исправа или које су предузете по основу извршне исправе или у поступку принудног извршења, а у овом случају ако захтев за побијање буде усвојен, престаје дејство извршне исправе према стечајној маси.⁵³⁹ Побиање не спречава чињеница, да је за дело које се побија стечен извршни наслов или да је ово дело већ остварено извршењем, овако је гласило правило Стечајног закона из 1929. године.⁵⁴⁰ Међутим, важно је приметити да је у сваком случају неопходно испуњење општег услова, да је правна радња довела до умањења дужникове имовине услед којег је дошло до оштећења поверилаца. Тако је у једном случају, о којем се расправљало у судској пракси, заузет став од стране суда да околност што је до отуђења одређеног дела имовине стечајног дужника у поступку јавне лицитације није од утицаја на могућност побијања све док су испуњени општи и посебни услови.⁵⁴¹

3.2.1.3.1. Оштећење поверилаца

Када говоримо о оштећењу поверилаца ту је реч о радњама стечајног дужника којима је производна негативна последица оштећења поверилаца. Притом би требало имати у виду да појам „оштећења поверилаца“ који се користи у стечајном праву побијања нема додирних тачака са проузроковањем штете како је она схваћена у

⁵³⁹ Видети члан 119. ст. 3. Закона о стечају.

⁵⁴⁰ Видети § 27. ст. 2. Стечајног закона.

⁵⁴¹ „Тумачењем цитираних законских одредаба закључује се да истим није искључено право на подизање побојне тужбе само због тога што је побијаној правној радњи претходио поступак лицитације, како то погрешно закључује првостепени суд у побијаној пресуди. У поновном поступку првостепени суд ће, полазећи од чињенице да је предмет тужбеног захтева побијање правне радње стечајног дужника којом се уз накнаду располагало имовином стечајног дужника у последњој години пре дана отварања стечајног поступка, утврдити све одлучне чињенице, при чему ће правно-релевантним доказима, а по потреби и вештачењем, утврдити и вредност отуђеног возила на дан закључења уговора о продаји, па ће након оцене свих изведених доказа и навода странака у смислу чл. 7. и 8. Закона о парничном поступку ценити да ли су испуњени услови предвиђени цитираним законским одредбама, и донети закониту и правилну одлуку.“ (Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 10292/97 од 4. децембра 1997. године; Извор: правна база Paragraf lex).

теорији облигационог права. Оштећење поверилаца треба разумети као консеквенцу предузете правне радње стечајног дужника пре отварања стечаја која се састоји од немогућности да повериоци намире своје потраживање из вредности користи које је треће лице остварило из предузете радње. Такође, када говоримо о оштећењу поверилаца у ужем смислу речи, заправо говоримо о правним ситуацијама да је бенефицијар правне радње стечајног дужника заправо неко лице које није поверилац стечајног дужника и не учествује као странка у поступку стечаја. Класични примери радњи стечајног дужника којима се оштећују повериоци су бестеретни послови учињени у корист трећег лица, пропуштање процесних радњи у корист трећег лица, као и теретни послови којима је стечајни дужник отуђио део своје имовине а за то није добио адекватну противвредност.

Радња оштећења ће постојати у свим оним ситуацијама када је стечајни дужник пре стечаја отуђио неки део сопствене имовине у корист трећег лица и на тај начин спречио намирење поверилаца из вредности отуђене имовине. И у овом случају се мора имати у виду опште правно начело да сваки дужник одговара целокупном имовином за своје обевезе према повериоцима, па се оштећење поверилаца може утврдити у сваком поједином случају у којем је стечајни дужник располагао имовином и то на такав начин да је тим располагањем лишио повериоце могућности намирења.

Овај општи услов је веома значајан за практичну примену института побијања у стечају.⁵⁴² Наиме, може се поставити питање има ли места побијању одређене дужникове правне радње у ситуацији када стечајни дужник и након тог располагања и даље поседује имовину која је довољна за намирење потраживања свих поверилаца

⁵⁴² Важност овог услова истиче и Привредни апелациони суд у једној одлуци. „Утврдити да је правна радња стечајног дужника без дејства мора се истовремено утврдити са утврђивањем имовинске користи коју је имао противник побијања. Не може се утврдити да је радња без дејства а да се у том моменту не зна да ли је иста произвела неку имовинску корист противнику побијања и колика је та корист јер сходно чл. 130. ст. 1. Закона о стечају правна радња нема дејство према стечајној маси, а противник побијања је дужан да у стечајну масу врати сву имовинску корист стечену на основу те радње, Другим речима речено, не може се утврдити да је правна радња стечајног дужника без дејства ако није утврђено да је произвела корист као и обим те користи противнику побијања, Суштина овог правног института није одузети правно дејство радњи стечајног дужника него вратити имовинску корист од противника побијања у стечајну масу из које ће се намиривати стечајни поверици.“ (Решење Привредног апелационог суда 3 Пж 3831/11 од 16.09.2011. године; Извор: лична архива аутора).

у стечају? Дакле, реч је о фактичкој ситуацији у којој је актива стечајног дужника, и поред околности да је над њим отворен стечај, већа од пасиве, а постоје правне радње које су предузете пре отварања стечаја и које би могле бити предмет стечајног побијања. Заправо, у оваквој конструкцији која се већ и дешавала у пракси, питање је да ли уопште постоји оштећење поверилаца као општи услов побијања? По мишљењу аутора овог рада, у оваквом случају неће бити места побијању и то управо из разлога јер није испуњен општи услов да би побијање било могуће а то је оштећење поверилаца. Међутим, у погледу самог утврђења вредности имовине стечајног дужника, што је предуслов да би се та вредност и упоредила са износом укупних обавеза и на основу тога последично утврдило да ли има оштећења поверилаца или не, би ваљало бити веома опрезан. Наиме, а сходно нашим позитивним прописима, прва груба процена имовине стечајног дужника од стране стечајног управника ће бити учињена приликом израде економско-финансијског извештаја стечајног дужника у којем се износи тзв. ликвидациона вредност имовине, односно књиговодствена вредност имовине.⁵⁴³ Очигледно је да ова процена имовине заправо и није процена имовине, већ само нека претпостављена вредност која ће доцније у поступку бити потврђена или оповргнута. Ипак, важно је приметити да се у пракси изузетно ретко дешава да вредност имовине коју је стечајни управник исказао у економско-финансијском извештају за потребе првог поверилачког рочишта буде заиста и вредност по којој је имовина уновчена, а много чешћа је ситуација да имовина доцније буде уновчена по неколико пута мањој вредности у односу на вредност исказану у економско-финансијском извештају. Као што се може видети, вредност имовине која је исказана у економско-финансијском извештају не може бити репер за упоређење са износом обавеза стечајног дужника како би се утврдило да ли постоји општи услов побијања-оштећење поверилаца⁵⁴⁴. Ипак, у пракси привредних судова има и другачијих решења.⁵⁴⁵

⁵⁴³ Видети члан 109. Закона о стечају и стандард број 3 Правилника о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом.

⁵⁴⁴ Међутим, има и другачијих схватања према којима би било могуће на основу почетних утврђења утврдити да ли је дошло до оштећења поверилаца. Тако рецимо, Татјана Матковић-Стефановић сматра да „преузимањем имовине стечајног дужника у државину, стечајни управник има обавезу да попише стварикоје улазе у стечајну масу уз назначење њихове процене, да састави листу поверилаца и листу

Друга околност која може послужити као параметар утврђења да ли постоји довољно имовине која припада стечајном дужнику у односу на укупан износ потраживања поверилаца а самим тим и да ли постоји оштећење поверилаца као конститутивни услов побијања, је процена вредности имовине стечајног дужника у току трајања стечајног поступка, најчешће од стране неког стручног лица, вештака одговарајуће струке. Овај податак о вредности имовине стечајног дужника свакако је знатно поузданији од података о ликвидационој вредности до којих је дошао стечајни управник на самом почетку стечајног поступка, пре свега из разлога што је сачињен у доцнијој фази поступка и засигурно реалније осликава праву вредност имовине. Напоследку, последња околност на основу које се може утврдити да ли постоји довољно имовине стечајног дужника како би се намирили сви његови повериоци може бити само уновчење имовине стечајног дужника. У овом случају нема спора да ли је имовина уновчена, тачно се зна по којој вредности, долази до намирења поверилаца и може се недвосмислено утврдити да ли постоје повериоци чије потраживање није намирено, односно неће ни бити намирено обзиром да нема више имовине стечајног дужника из које би намирење било могуће, па уколико је то тако, јасно је да је испуњен услов оштећења поверилаца како би се могла побијати одређена правна радња стечајног дужника предузета пре стечаја. Међутим, чини се постављање границе од које се може вршити побијање правних радњи стечајног дужника на неку од доцнијих фаза поступка, као што су процена вредности имовине стечајног дужника или уновчење имовине, као опште правило би значајно пролонгирало поступак побијања а самим тим и целокупног стечајног поступка што би било противно једном од начела стечајног поступка, начелу ефикасности. Зато се

дужника и почетни стечајни биланс са активом и пасивом стечајног дужника као и обавезу састављања извештаја о економско-финансијском положају, те на основу наведених докумената и достављених пријава потраживања се може утврдити да ли је имовина стечајног дужника довољна за намирење поверилаца или не“ Побијање правних радњи стечајног дужника, http://alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/Sudija_Matkovic_Stefanovic_Pobijanje_PR.pdf, стр 2.

⁵⁴⁵ Тако Привредни апелациони суд у једној одлуци, када се поставило питање на који начин се може утврдити да ли је одређена правна радња проузроковала оштећење поверилаца заузима изречан став да „ради истог суд мора да изврши увид у стечајни предмет како би оценио колико према ЕФИ стечајног управника износи вредност стечајне масе, а колико износ пријављених потраживања, како признатих тако и оспорених.“ (Решење Привредног апелационог суда 1 Пж 1310/13 од 10.04.2013. године; Извор: лична архива аутора).

чини разумним ту границу уопште ни не постављати, већ омогућити побијање на такав начин да тужилац мора у поступку доказати општи услов побијања-оштећења поверилаца а противник побијања, разуме се, може доказивати супротно, да оштећења није ни било, односно да га нема. У сваком случају, подаци до којих стечајни управник дође у почетној фази стечаја кроз израду почетног стечајног биланса, као и увидом у пословне књиге стечајног дужника из којих се могу утврдити и његове обавезе, могу представљати иницијалну капислу за започињање поступка побијања, међутим, у самој побојној парници ће се увек водити рачуна о томе да ли је испуњен општи услов побијања-оштећења поверилаца. Разуме се, то ће најпре чинити тужени, противник побијања, који активним учешћем у поступку може истицати да је дошло до промене околности које су претходиле започињању поступка побијања. На пример, може се догодити да је поступак побијања започет пре истека рока за пријаву потраживања а да повериоци са најзначајнијим износом потраживања нису пријавили потраживање, чиме се успоставља нови баланс између износа укупних обавеза и вредности имовине стечајног дужника и то тако да је имовина довољна за намирење потраживања свих поверилаца, што би могао бити разлог који спречава побијање. Слична ситуација може бити и у случају када након започињања поступка побијања дође до уновчења имовине стечајног дужника по знатно већој вредности него што је била процењена вредност те имовине која је исказана у економско-финансијском извештају, чиме долази до намирења потраживања свих поверилаца, па у таквом случају престаје и разлог за побијање као и активна легитимација тужиоца у случају да побијање врши неки од поверилаца стечајног дужника. Према једном мишљењу, начелно постоји стварна претпоставка да стечајна маса није довољна за намирење свих поверилаца, пошто у супротном по правилу не долази до покретања стечајног поступка па из тог разлога није дужност побијача да доказује да стечајна маса није довољна за намирење свих поверилаца, штавише противник побијања треба да оповргне ову претпоставку.⁵⁴⁶ Иако логички оправдан став, а имајући у виду ситуације о којима је било речи у погледу постојања и времена уновчавања имовине стечајног дужника, он ипак садржи једну

⁵⁴⁶ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.88.

нелогичност. Не може се извести закључак да се стечајни поступак отвара искључиво у ситуацијама када стечајна маса нема довољну вредност за намирење потраживања свих поверилаца у стечају јер када би то било тако, онда не би ни била потребна правила о поступању са вишком деобне масе⁵⁴⁷ која су заиста нашла своју примену у појединим случајевима у пракси. Такође, уколико се каже да је по правилу у случају стечаја вредност стечајне масе мања од обавеза стечајног дужника, онда се на основу нечега што има изузетке не може генерисати претпоставка на страни побијача, да је дошло до оштећења поверилаца, него ће бити неопходно ипак да побијач докаже овај услов у сваком конкретном случају.

Посебан случај правне радње која може бити предмет побијања је отуђење имовине под теретом. На први поглед се може учинити да ова радња никако не би могла бити предмет побијања али ипак није тако. Овај случај обухвата у себи две подврсте. Зато је битно утврдити неколико чињеница које ће бити пресудне приликом процене да ли је реч о правној радњи која може бити предмет побијања или не. Најпре, потребно је утврдити вредност отуђене имовине, односно колико она вреди без икаквих терета. Затим, потребно је утврдити колико је оптрећење на предметној имовини, односно колико износе потраживања поверилаца која су предмет обезбеђења. Након овога је потребно упоредити вредност имовине и висине потраживања обезбеђеног повериоца. Уколико је имовина мање или исте вредности као и обезбеђено потраживање нема места побијању. У том случају, само побијање отуђења имовине не би донело никакав бољитак за стечајну масу односно за повериоце стечајног дужника, имајући у виду да би у случају продаје свакако приоритетно био намирен обезбеђени поверилац, а услед вредности имовине ништа не би преостало за намирење других поверилаца стечајног дужника. Напротив, уколико је вредност имовине већа од висине обезбеђеног потраживања, побијање ће бити могуће јер би се из њега извукла корист за стечајне повериоце, односно након уновчења имовине под теретом и намирења обезбеђених поверилаца, преостали износ би био искоришћен за сразмерно намирење стечајних поверилаца.

⁵⁴⁷ Члан 147. Закона о стечају, члан 124. Закона о стечајном поступку.

Оштећење поверилаца у нашем праву је предвиђено и као кривично дело. Тако основна одредба овог кривичног дела под називом оштећење повериоца предвиђа да "одговорно лице у предузећу или другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник, који знајући да је тај субјект постао неспособан за плаћање, исплатом дуга или на други начин намерно стави повериоца у повољнији положај и тиме знатно оштети другог повериоца, казниће се затвором од три месеца до три године.⁵⁴⁸ Међутим, повериоцу не значи много да дужник трпи само кривично правне последице и управо зато постоје правила о побијању у стечају које дозвољавају повериоцу, да у складу са правилима колективног намирења, ипак оствари неки материјални бенефит од успешног побијања.

3.2.1.3.2. Нарушавање равномерног намирења

Посебна правна ситуација је у погледу предузимања правне радње од стране стечајног дужника у корист неког лица које је, у тренутку предузимања радње, поверилац стечајног дужника али до дана отварања стечаја то лице престане да буде поверилац. Таква радња би могла, са једне стране, да буде сврстана у круг радњи којима се оштећују повериоци, обзиром да бенефицијар није поверилац у стечајном поступку док би са друге стране, ова радња могла бити схваћена и као радња којом се нарушава равномерно намирење, имајући у виду да је бенефицијар ипак лице које је било поверилац стечајног дужника. Ипак, по мишљењу аутора овог рада, сама околност да је радња која се побија предузета у корист једног повериоца, чиме долази до ремећења равномерног намирења, ипак снажније опредељује да се радња побијања у том случају подводи под појам нарушавања равномерног намирења. Ова околност уосталом и оправдава овај законски појам јер се чини да је он ипак потребан како би се нагласило да предмет побијања неће бити само правна радња дужникова којом се оштећују повериоци већ и она правна радња која је предузета у корист поверилаца али којом се нарушава основни принцип стечајног поступка,

⁵⁴⁸ Члан 232. Кривичног законика .

равномерно намирење поверилаца. Такође, на овај начин законодацац шаље веома снажну поруку да ће побијање погодити и дужниковог повериоца односно да околност што је неко лице поверилац дужников не гарантује имунитет тог лица од могућности побијања дужникових радњи које су учињене у његову корист. Такву разлику право побијања у стечају не прави нити може да прави уколико се има у виду да је циљ побијања заштита поверилаца у стечају, а та заштита је апсолутна, она последично погађа, у смислу побијања, како треће лице тако и повериоце стечајног дужника.

3.2.1.3.2.1. Погодовање поверилаца

Уколико је већ као посебан појам у односу на оштећење поверилаца у законском тексту издвојен појам нарушавања равномерног намирења, чиме се јасно ставило до знања да се побијање односи и на дужникове повериоце а не само на трећа лица, поставља се питање да ли је било потребно предвидети да се може побијати и правна радња којом се погодују повериоци? Стечајни дужник може пре стечаја предузети одређену радњу којом издваја одређеног повериоца у односу на остале, услед чега тај поверилац из таквог деловања дужниковог извлачи одређену материјалну корист. Каква год да је дужникова правна радња која је предмет побијања а учињена је у корист повериоца она за последицу мора имати поред погодовања поверица и нарушавање равномерног намирења. Из наведеног аргумента, по мишљењу аутора овог рада, чини се да нема посебне потребе за законским предвиђањем да предмет побијања могу бити и радње дужникове којима се остварује погодовање поверилаца а имајући у виду да појам нарушавања равномерног намирења у себи већ садржи појам погодовање поверилаца као једну од својих подкатегорија.

3.2.1.4. Посебни услови

Поред општих услова који морају бити испуњени да би побијање могло бити могуће, потребно је да у сваком конкретном случају буде испуњен и неки од посебних услова. У нашем стечајном праву, као што је то учињено и у упоредном праву, посебни услови су постављени на алтернативан начин односно довољно је да у сваком поједином случају буде испуњен било који од посебних услова да би се успело у парници за побијање. Међутим, није немогуће да одређена правна радња стечајног дужника која је предузета пре отварања стечајног поступка одговара не само једном већ више посебних услова, када ће, разуме се, такође бити омогућено побијање. У погледу одређених посебних услова побијања, фактичке ситуације ће и бити најчешће такве да се могу уклопити у више различитих посебних услова побијања.

Развој стечајног права у нашој земљи је последично и проширио могућност побијања, што се најбоље може уочити упоређењем посебних услова, разлога побијања кроз развој стечајног законодавства. Тако, Закон о стечишном поступку познаје само могућност побијања поклона као једне врсте располагања стечајног дужника без накнаде.⁵⁴⁹

Под утицајем развоја стечајног права у Аустрији и Немачкој, Стечајни закон за Краљевину Југославију познаје пет посебних услова побијања:

1. побијање због намере оштећења;⁵⁵⁰
2. побијање због отуђивања имовине у бесцење;⁵⁵¹
3. побијање бесплатних и њима изједначеним располагања;⁵⁵²
4. побијање због погодавања веровника;⁵⁵³

⁵⁴⁹ §26. Закона о стечишном поступку.

⁵⁵⁰ § 28. Стечајног закона.

⁵⁵¹ § 29. Стечајног закона.

⁵⁵² § 30. Стечајног закона.

5. побијање због знања за неспособност плаћања.⁵⁵⁴

Закон о принудном поравнању и стечају је познавао два посебна услова побијања:

1. побијање правних радњи којима се ремети равномерно намирење поверилаца (оштећење поверилаца), односно којима се поједини повериоци стављају у повољнији положај (погодовање поверилаца), ако је друга страна према којој су те радње предузете знала или морала знати за неповољно економско-финансијско стање стечајног дужника;

2. побијање правних радњи којима се без накнаде или уз незнатну накнаду врши пренос ствари које чине основна средства и средства заједничке потрошње, којима су извршена давања односно друге услуге, као и свако друго располагање без накнаде.⁵⁵⁵

Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији познаје такође два посебна услова побијања и то:

1. Побијање правних радњи којима се ремети равномерно намирење поверилаца (оштећење поверилаца), односно којима се поједини повериоци стављају у повољнији положај (погодовање поверилаца) ако је друга страна према којој су те радње предузете знала или морала знати за неповољно економско-финансијско стање дужника;

2. побијање правних радњи којима се без накнаде или уз незнатну накнаду располаже имовином дужника.⁵⁵⁶

Посебних услова побијања у нашем позитивном праву има пет⁵⁵⁷ и они су хронолошки предвиђени нашим позитивним прописима у стечајној материји

⁵⁵³ § 31. Стечајног закона.

⁵⁵⁴ § 32. Стечајног закона.

⁵⁵⁵ Члан 95. Закона о принудном поравнању и стечају, идентично правило је познавао и Закон о санацији и престанку организација удруженог рада из 1980. године у члану 161. ст. 3, као и Закон о принудном поравнању и стечају.

⁵⁵⁶ Члан 112. ст. 3. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

следећим редом: уобичајено намирење, неуобичајено намирење, непосредно оштећење поверилаца, намерно оштећење поверилаца и послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду.⁵⁵⁸

3.3. Врсте стечајних паулијанских тужби (и приговора)

Постојање посебних услова побијања, од којих један мора бити испуњен, једнако као и општи услови, да би побијање било могуће, генерише потребу за теоријско уобличење различитих врста стечајних паулијанских тужби, односно приговора. Примена одговарајуће стечајне паулијанске тужбе ће зависити од фактичке ситуације која је претходила њеном подношењу односно од саме садржине правне радње стечајног дужника која је предмет побијања као и савесности, односно степена несавесности противника побијања као и самог стечајног дужника. Међутим, на овом месту је важно приметити да ће погрешна правна квалификација, односно погрешан одабир одређене стечајне паулијанске тужбе водити одбијању захтева јер суд у парничном поступку одлучује у границама захтева који су постављени у поступку.⁵⁵⁹ У том смислу, практично је могуће, а понекад ће то бити и веома корисно, саму тужбу одредити на такав начин да она предвиђа испуњење више посебних услова побијања, када ће такође бити довољно да суд усвоји тужбени захтев и да је задовољен, односно доказан само један од њих, било који. На тај начин се повећава могућност добијања парнице за побијање, а чини се да стечајни управници то веома добро и разумеју, јер се у пракси готово свака тужба за побијање правних радњи стечајног дужника базира на неколико посебних услова побијања. У сваком случају, петитум тужбе ће бити идентичан, односно главна последица усвајања тужбеног

⁵⁵⁷ Закон о стечају је у погледу посебних услова користио концепцију разрађену у немачком стечајном праву .

⁵⁵⁸ Заправо ово је систематика коју познају Закон о стечајном поступку и Закон о стечају.

⁵⁵⁹ Члан 3. ст. 1. Закона о парничном поступку.

захтева ће бити идентична без обзира о ком се посебном услову побијања у конкретном случају ради.

На овом месту би такође ваљало истаћи да све врсте паулијанских тужби које познаје наше право се односе на теретна располагања која је дужник предузео, разуме се, осим квазипаулијанске процесне тужбе која се односи на располагања без накнаде или уз незнатну накнаду. У том смислу може се закључити да су у нашем стечајном законодавству врсте паулијанских тужби дефинисане по принципу *numerus clausus*, обзиром да се свака дужникова правна радња може уклопити, у смислу побијања, у одређену врсту паулијанске тужбе која стоји на располагању овлашћеним побијачима. Чак и оне правне радње које изречно не помиње наш законодавац, а постоје рецимо у другим законодавствима у којима су предвиђене изречном законском нормом у оквиру права побијања, се свакако могу подвести под неку од пет врста стечајних паулијанских тужби у нашем праву.

3.3.1. Уобичајено намирeње или обезбеђење

Као први посебни услов побијања који може бити искоришћен да би се започео поступак побијања одређене дужникове правне радње, наше позитивно стечајно право препознаје уобичајено намирeње. Иначе, овај посебни услов побијања је у нашем праву под овим именом познат од скоро, заправо тек одредбом члана 99. Закона о стечајном поступку се помиње назив уобичајено намирeње. Реч је о погодовању поверилаца а у теорији је још прецизније дефинисана ова врста побијања као погодовање у субјективном смислу.⁵⁶⁰ Германска традиција у стечајном праву, које се јасно држао наш Стечајни закон из 1929. године је ову врсту побијања препознавао као погодовање веровника у коју је, поред уобичајеног намирeња било

⁵⁶⁰ Видети Томица Делибашић, наведено дело, стр. 225; Робер Барч, наведено дело, стр. 114.

укључено још и неуобичајено намирење.⁵⁶¹ Такође, важећи Закон о стечају препознаје овај, на овакав начин формулисани, посебни услов побијања па га предвиђа и уређује одредбом члана 120. Основно правило уобичајеног намирења као посебног услова за побијање гласи да се правни посао или друга правна радња предузети у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење на начин и у време који су у складу са садржином његовог права (уобичајено намирење), могу побијати ако је у време када су предузети стечајни дужник био неспособан за плаћање, а поверилац је знао или морао знати за његову неспособност плаћања.⁵⁶² Дакле, као што се види, сам појам уобичајеног намирења или обезбеђења је заправо творевина законодавца, имајући у виду да законска одредба у својој садржини не предвиђа овај термин, већ након утврђивања околности на који се односи генерише појам уобичајеног намирења или обезбеђења. Ипак, то није учињено случајно, реч је о институту које је у наше право унето из упоредног права у којем се најчешће означава као конгруентно намирење односно обезбеђење.⁵⁶³

Када се говори о уобичајеном намирењу важно је напоменути да могућност побијања дужникових правних радњи у овом правцу не значи да се повериоци не могу намиривати пред стечај, већ да то не могу чинити на штету осталих поверилаца.⁵⁶⁴ Међутим, важно је уочити да ће сваки конкретан случај са собом донети посебну потребу да суд детаљно испита све околности које су претходиле намирењу поверилаца као и да ли се тиме оштећују повериоци. Тек након оцене свих релевантних доказа, суд ће бити у могућности да донесе исправну одлуку.

Сам законски појам уобичајено намирење није адекватан ономе што је садржина овог посебног основа побијања. Заправо, није реч у уобичајеном намирењу

⁵⁶¹ Уобичајено намирење је у Стечајном закону из 1929. године предвиђено §32. ст. 2. а неуобичанео намирење §31. ст. 1.

⁵⁶² Члан 120. ст. 1. Закона о стечају.

⁵⁶³ Видети чланак 199. Стечајног закона РХ; §130. немачког InsO.

⁵⁶⁴ Томица Делибашић, наведено дело, стр.3; Душко Медић, Побијање правних радњи стечајног дужника, Зборник радова са регионалне конференције о стечају, стр. 33 Бања Лука 14. и 15. фебруар 2008. године, издавач ГТЗ, стр. 33-42, Бања Лука, 2008. година

већ о уобичајеном намирењу или обезбеђењу па аутор овог рада налази за сходно да овај термин користи у наставку овог рада. Могуће је да је законодавац подразумевао, а то није обележје само нашег права, и да ће само обезбеђење које је поверилац добио пре стечаја, на крају служити за намирење његовог потраживања, јер обезбеђења потраживања има акцесорни правни карактер и није само себи циљ. Ипак, обзиром да се овај посебни услов побијања подједнако односи на уобичајено намирење као и на уобичајено обезбеђење, правилно би било да је и законодавац овакву могућност побијања означио као уобичајено намирење или обезбеђење.

3.3.1.1. Услови

Ради јасније слике овог посебног услова побијања можемо утврдити одређене услове који чине уобичајено намирење. Упрошћујући законску одредбу можемо утврдити следеће услове који морају бити испуњени да би могло бити речи о уобичајеном намирењу, односно да је у питању:

1. правна радња стечајног дужника;
2. у време предузимања правне радње стечајни дужник је био неспособан за плаћање;
3. поверилац је знао или морао знати за његову неспособност плаћања.

Најпре, уобичајено намирење садржи у себи поновљен општи услов побијања, односно да је реч и правном послу или другој правној радњи стечајног дужника. У овом случају законодавац заправо потврђује ранији изнети став аутора овог рада о томе да правни посао заправо представља врсту дужникове правне радње у смислу права побијања и да је као такав заиста непотребан, обзиром да би се означањем само правне радње стечајног дужник у потпуности обухватили и његови правни послови. Само означање предмета побијања као правне радње стечајног дужника условљено је

одређеним атрибутима. Са једне стране постоји временски атрибут, јер је реч о радњама које су предузете у року од шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка⁵⁶⁵, док са друге стране постоји и садржајни атрибут, имајући у виду да је реч о правној радњи стечајног дужника којом се једном повериоцу омогућава обезбеђење или намирење на начин и у време који су у складу са садржином његовог права.

Када је реч о врстама правних радњи које улазе у ову категорију права побијања, важно је напоменути да саме радње, нити примери радњи нису дати у законском тексту, већ ће свака конкретна фактичка ствар генерисати које су радње које задовољавају критеријуме које предвиђа уобичајено намирење или обезбеђење. То ће, у сваком случају, бити различите радње стечајног дужника којим он намирује свој дуг према неком повериоцу односно који потраживање одређеног повериоца својим делањем обезбеђује. То између осталог може бити и закључење поравнања са повериоцем.⁵⁶⁶

Као што се може уочити, посебни услов побијања, уобичајено намирење или обезбеђење, се везује за правне радње које је стечајни дужник преузео у одређеном временском периоду. За разлику од општег правила које централну временску одредницу, у односу на коју се посматра могућност побијања, дефинише кроз моменат отварања стечајног поступка односно наступања правних последица отварања стечаја, законодавац приликом одређивања уобичајеног намирења или обезбеђења полази од другог временског момента, дана подношења предлога за покретање стечајног поступка. Имајући у виду да дан подношења предлога за покретање стечајног поступка логички и неминовно претходи дану отварања

⁵⁶⁵⁵⁶⁵ Наведена одредба Закона о стечају као и Закона о стечајном поступку користи одредницу последњих шест месеци, односно три месеца пре подношења предлога за покретање стечајног поступка у којој је реч „последњих“ вишак јер се сврха постиже и без њеног коришћења, свакако ће се разумети да је реч о року од шест месеци који претходе подношењу предлога за покретање стечајног поступка.

⁵⁶⁶ У једном случају из судске праксе суд је заиста усвојио тужбени захтев којим је тражено да се огласи без правног дејства у односу на стечајну масу закључење поравнања на основу којег је један дужников поверилац у целости намирио своје потраживања услед поравнања. (Пресуда Привредног апелационог суда 4 Пж 5029/11 од 14.07.2011. године; Извор: лична архива аутора).

стечајног поступка, јасна је интенција законодавца да временски прошири могућност побијања у овом случају. Међутим, свакако би требало имати у виду да је и у овом случају од значајан сам појам отварања стечајног поступка, обзиром да је реч о праву побијања у стечају па без постојања стечаја нема ни могућности побијања. У случају да постоји одређена радња која испуњава услове који су предвиђени за побијање уобичајеног намирења или обезбеђења, а предлог за отварање стечаја буде повучен од стране предлагача или буде одбијен од стране суда као неоснован, нема места побијању. Као дан подношења предлога за покретање стечајног поступка се може разумети дан када је овлашћени предлагач послао предлог за отварање стечаја или када је сам предлог запримљен у суду надлежном за поступање. Иако постоје аутори који сматрају да је релевантан у овом погледу дан када је предлог запримљен у суду⁵⁶⁷, чини се да овде има места примени општег процесног правила да се дан подношења поднеска упућеног суду преко поште препорученом пошиљком или упућеног телеграфским путем сматра као дан подношења суду.⁵⁶⁸ У односу на овај датум, код уобичајеног намирења или обезбеђења, време предузимања радње се рачуна уназад, а као рок је дат рок од шест месеци⁵⁶⁹. Дакле, све оне радње које је стечајни дужник предузео у року од шест месеци пре подношења предлога за отварање стечаја, под условом да стечај буде и отворен над стечајним дужником, могу бити предмет побијања као радња уобичајеног намирења.

Временско одређење предузимања правне радње стечајног дужника, односно везивање рачунања рока од шест месеци за дан подношења предлога за отварање стечајног поступка проширено је додатним правилом у нашем стечајном праву. Наиме, правни посао или друга правна радња уобичајеног намирења могу се побијати и када су предузети после подношења предлога за покретање стечајног поступка, ако је поверилац знао или је морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање

⁵⁶⁷ Франц Цимерман, Јасминка Обућина, Иван Миловановић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, стр.75.

⁵⁶⁸ Члан 104. ст. 2. Закона о парничном поступку.

⁵⁶⁹ Ово је рок који је предвиђен Законом о стечају, међутим, требало би имати у виду да је Закон о стечајном поступку предвидео рок од три месеца, па ће примена уобичајеног намирења зависити од околности који од ова два закона се примењује на конкретан случај.

или је знао да је поднет предлог за покретање стечајног поступка.⁵⁷⁰ Циљ ове норме се заправо крије на њеном самом крају. Идеја је да у случају када је поднет предлог за стечај, побијање намирења или обезбеђења које је стечајни дужник учинио неком од поверилаца је могуће, и то кроз форму дужникове радње уобичајеног намирења или обезбеђења уколико је поверилац знао да је поднет предлог за покретање стечајног поступка. Као што се може видети доказивање субјективног услова на страни противника побијања ће бити вишеструко олакшано, што ће повећати примену овог начина побијања у оваквим случајевима.

Садржински атрибут дужникове правне радње у случају уобичајеног намирења се састоји у томе да је реч о радњи дужниковој којом се којом се једном повериоцу омогућава обезбеђење или намирење на начин и у време који су у складу са садржином његовог права. Дакле, у овом случају имамо остварење општег услова побијања као оштећење поверилаца или као поговорање једног повериоца. Иако сам посебни услов носи назив уобичајено намирење, које би на неки начин упућивало на то да је реч о акту повериоца који остварује намирење, заправо није тако, реч је о правној радњи стечајног дужника која може бити предмет побијања. Правна радња стечајног дужника ће се у овом случају односити на омогућавање намирења или обезбеђења потраживања које поверилац има према стечајном дужнику. Реч је о повериоцу који има законито потраживање према стечајном дужнику а радњом стечајног дужника се омогућава намирење тог потраживања односно његово обезбеђење. У овом случају може бити речи како о активној правној радњи стечајног дужника тако и о пасивном његовом поступању. По правилу, давање намирења ће представљати активну радњу стечајног дужника и представљаће случај када дужник добровољно измирује обавезу према повериоцу, плаћајући његово потраживање. Међутим, овде може бити речи и о пасивној радњи стечајног дужника, односно пропуштању којим се омогућава намирење повериоцевог потраживања. Поред давања намирења, уобичајено намирење у себи обухвата и случај када стечајни дужник пружа обезбеђење једном повериоцу, па и такву радњу означава као могући

⁵⁷⁰ Члан 120. ст. 2. Закона о стечају, члан 99. ст. 2. Закона о стечајном поступку .

предмет побијања. Пружање обезбеђења ће подразумевати све случајеве у којима дужник даје неки део своје имовине као обезбеђење потраживања једног повериоца, као што су успостављање хипотеке и залог на покретним стварима, давање ручне залог, залог на потраживању, давање јемства ради обезбеђења туђег дуга или издавање меница. Појам једног повериоца овде не треба схватити уско, он се може односити и на више различитих повериоца који су погодовани једном правном радњом стечајног дужника. Тако у случају када је једном заложном изјавом проведена правна последица обезбеђења потраживања више поверилаца стечајног дужника, и таква радња може бити предмет побијања.

Као битна одредница, можда чак и централна одредница уобичајеног намирења или обезбеђења се може означити да је реч о повериоцу који остварује намирење или чије потраживање се обезбеђује а што се чини на начин и у време који су у складу са садржином његовог права. Овако прописано правило рађа многе дилеме. Поставља се питање да ли се ово правило односи само на новчане обавезе стечајног дужника или може бити речи и о испуњењу односно обезбеђењу неновчане обавезе стечајног дужника према повериоцу? Чини се да не постоје уверљиви аргументи који би примену правила о уобичајеном намирењу ограничили само на новчане обавезе стечајног дужника па се може закључити да се оно односи како на новчане тако и на неновчане обавезе стечајног дужника. Садржина права повериоца је у начелу дефинисана самом природом потраживања, а основно право које поверилац има је да намири сопствено потраживање према дужнику. Обзиром да дужник одговара целокупном имовином за своје обавезе, последично поверилац може остварити, односно наплатити потраживање из било ког дела дужникове имовине.

Међутим, у случају уобичајеног намирења је потребно да поверилац своје право на намирење остварује на начин и у време које је дефинисано самим потраживањем. Ту се пре свега мисли на време и место испуњења потраживања од стране стечајног дужника. У том смислу је потребно применити општа правила облигационог права. Тако, ако рок није одређен, а сврха посла, природа обавезе и

остале околности не захтевају изванредан рок за испуњење, поверилац може захтевати одмах испуњење обавезе⁵⁷¹, док поверилац има право захтевати испуњење и пре рока ако му дужник није дао обећано обезбеђење или ако на његов захтев није допунио обезбеђење смањено без његове кривице, као и кад је рок уговорен искључиво у његовом интересу.⁵⁷² У сваком случају, у односу на време испуњења обавезе, радња уобичајеног намирења ће се по правилу односити на случај у којем је обавеза измирена након њене доспелости. Са друге стране, у односу на време пружања обезбеђења и генерално садржине права на пружање обезбеђења на страни повериоца није јасно која је интенција законодавца била предвиђајући ово правило. Најпре, само време пружања обезбеђења ће у веома малом броју случајева бити дефинисано на изречан начин неким споразумом између повериоца и дужника. Такав случај ће постојати онда када пре предузимања одређеног посла, поверилац и дужник договоре да ће се потраживање повериоца обезбедити на одређен начин од стране дужника. Могућ је, разуме се и случај, да након настанка потраживања повериоцевог, дужник пружи обезбеђење. Чини се ипак да правило о уобичајеном намирењу подразумева само случај када је већ унапред уговорено да ће дужник пружити извесно обезбеђење повериоцевог потраживања па то и учини у року од шест месеци пре подношења предлога за стечај. У односу на начин остваривања повериоцевог права такође се примењују општа правила облигационог права па је тако дужник дужан испунити обавезу, а поверилац примити испуњење у месту одређеном правним послом или законом а кад место испуњења није одређено, а не може се одредити ни по сврси посла, природи обавезе или осталим околностима, испуњење обавезе врши се у месту у коме је дужник у време настанка обавезе имао своје седиште, односно пребивалиште, а у недостатку пребивалишта, своје боравиште.⁵⁷³ Са друге стране, новчане обавезе испуњавају се у месту у коме поверилац има седиште односно пребивалиште, а у недостатку пребивалишта, боравиште а ако се плаћање врши вирманом, новчане обавезе се испуњавају у седишту организације код које се воде

⁵⁷¹ Члан 314. Закона о облигационим односима.

⁵⁷² Члан 316. Закона о облигационим односима.

⁵⁷³ Члан 319. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима.

повериочева новчана средства.⁵⁷⁴ У односу на начин на који се пружа обезбеђење односно правило да је неопходно да то буде учињено у складу са садржином права које поверилац има, произлази да је законодавац имао у виду само онај случај када такво право повериоца постоји, односно када је оно већ постојало у моменту настанка потраживања. У односу на саму садржину права које поверилац има као и на саму предузету радњу од стране стечајног дужника, пракса је склона да та два појма повеже на узрочно-последичан начин тако да радња стечајног дужника произлази из обавезе коју је стечајни дужник преузео према свом повериоцу. Тако је у једном случају резонувао и Високи трговачки суд Републике Хрватске када је утрђивао да је реч о уобичајеном намирењу које се у хрватском стечајном праву означава као конгруентно намирење.⁵⁷⁵ Дакле, као што се може видети, иако је реч о радњи стечајног дужника која би могла бити побијана и из других посебних разлога

⁵⁷⁴ Члан 320. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима.

⁵⁷⁵ „У претходном поступку, стечајни управитељ (тада привремени стечајни управитељ) је између осталог навео: "Дужник не посједује никакву имовину, јер је темељем чл. 5. Споразума између Д. Ц. д.д. Дарувар као матице и дужника, извршено поравнање обвеза, на терет укупне имовине дужника". То је остало потпуно неразјашњено. Уз извјешће привременог стечајног управитеља приложен је и тај споразум од 15. 03. 2000. године, у којем стоји: "Овим споразумом уговара се измирење обвеза подружнице према матици затеченом имовином (финанцијском, материјалном и нематеријалном) подружнице". Из тога произлази да је стечајни дужник једноставно пренио сву своју имовину члану (оснивачу) и одмах након два дана (17. 03. 2000. године) поднио приједлог за отварање стечајног поступка. Поступак стечајног дужника (или боље речено његовог оснивача) да на овакав начин "изигра" вјеровнике, није неочекиван, премда је неприхватљив, али је потпуно необјашњиво да стечајни управитељ и суд једноставно то прихватају. Стечајна маса обухвата цјелокупну имовину дужника у вријеме отварања стечајног поступка, те имовину коју он стекне тијekom стечајног поступка (чл. 67. ст. 1. Стечајног закона (Народне новине бр. 44/96 и 29/99). Стечајни управитељ је требао дакле узети у обзир и имовину коју ће дужник стећи тијekom стечајног поступка. Ако је било каква имовина темељем споразума од 15. 03. 2000. године пренесена на Д. Ц. д.д. Дарувар, онда она чини стечајну масу. Више је наима него вјеројатно да су испуњене претпоставке за побијање правних радњи стечајног дужника. Правна радња подузета у посљедња три мјесеца прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка којом се једном стечајном вјеровнику даје или омогућава осигурање или намирење на начин и у вријеме у складу са садржајем његова права (конгруентно намирење), може се побијати ако је у вријеме када је подузета, дужник био неспособан за плаћање и ако је вјеровник у то вријеме знао за ту неспособност (чл. 128. ст. 1. СЗ). Особа према којој је правна радња подузета (Д. Ц. д.д. Дарувар) једина суђелује у капиталу дужника (он је једини оснивач и члан), па се његово знање за инсолвентност дужника пресумира (чл. 136. ст. 2. точ. 1. СЗ). Више је дакле него очито да су испуњене претпоставке за побијање из чл. 128. СЗ, тј. када је у питању конгруентно намирење, па није ни потребно утврђивати ради ли се о инконгруентном намирењу (чл. 129. СЗ) или пак о радњама којима се вјеровници изравно оштећују (чл. 130. СЗ) или се намјерно оштећују (чл. 131. СЗ), или неком другом случају побијању правних радњи стечајног дужника. У овом случају споразум је склопљен свега три дана прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка, па су разлози за побијање више него очито.“ (Решење Високог трговачког суда РХ ПЖ 3986/00 од 19. септембра 2000. године Извор: <http://www.vtsrh.hr/>).

побијања, суд сматра да је у случају када је на основу споразума између дужника повериоца стечајни дужник отуђио део своје имовине у корист повериоца, обзиром да је испуњен и субјективни услов на страни повериоца, наведену радњу потребно побијати као уобичајено намирење.

Такође, може се поставити питање да ли предмет побијања могу бити правне радње стечајног дужника услед којих долази до намирења потраживања поверилаца у извршном поступку. Дакле, у одређеном периоду пре стечаја дужника, неки од поверилаца је започео судски поступак намирења потраживања и судским путем наплатио потраживање према стечајном дужнику. Овакво намирење може бити предмет побијања као уобичајено намирење сходно правилима стечајног побијања. Међутим, важно је приметити да предмет побијања неће бити само намирење поверилаца већ правна радња стечајног дужника која је до тога довела. Такође, дужникова правна радња може бити предмет побијања само уколико задовољава опште услове побијања. Свакако то не значи да ће свако намирење потраживања моћи да буде предмет побијања, а имајући у виду разлоге заштите правне сигурности. Рецимо, уколико поверилац започне извршни поступак против дужника ради намирења потраживања из његове покретне и непокретне имовине и у томе успе, што је касније довело до отварања стечајног поступка, могућност побијања ће постојати само у односу на правне радње стечајног дужника које су довеле до самог намирења а не намирење као радња коју је спровео суд. Уколико је само извршно потраживање настало редовним и законитим путем (рецимо на основу пресуде након судског поступка између повериоца и дужника) онда ће као потенцијални предмет побијања бити једино пасивно држање дужника у извршном поступку, уколико је то заиста био и случај. Ипак, уколико дужник није искористио неко правно средство које му је стајало на располагању, на пример приговор на решење о извршењу, то не значи да је то правна радња која може бити предмет успешног побијања у сваком случају, већ је потребно утврдити да ли је дужник могао истаћи основан приговор, који би довео до другачијег окончања извршног поступка. Уколико би предмет побијања могло да буде било које намирење поверилаца у одређеном периоду пре

стечаја, онда би то довело до озбиљног угрожавања правне сигурности и могућност злоупотребе права.⁵⁷⁶ У судској пракси поводом ове спорне ситуације нема новијих одлука, док је суд у једној одлуци из 1969. године стао на супротно а по мишљењу аутора овог рада, погрешно становиште, према којем је побијање могуће, иако је намирење извршено у судском извршном поступку.⁵⁷⁷ У другом случају из старије судске праксе, суд је истакао аргумент да наплата потраживања од стране поверилаца у судском извршном поступку „представља истовремено исплату дуга од стране стечајног дужника, а то испуњење обавезе представља правну радњу која производи последицу да се дуг угаси“.⁵⁷⁸ Чини се да овакав закључак није правно одржив имајући у виду да приликом принудне наплате потраживања од стране суда у извршном поступку, сам дужник не предузима никакву ни активну нити пасивну радњу да до тога дође, До намирења долази услед принудних радњи суда а такве радње не могу бити предмет побијања. У сваком случају, уколико је до намирења потраживања одређеног повериоца дошло у судском извршном поступку, за оцену да ли је постоји могућност побијања, од значаја неће бити поступање извршног повериоца или суда већ искључиво самог извршног дужника. Побијање ће бити могуће само у погледу правних радњи дужника, односно уколико дужник није искористио одређено правно средство које би, да је било искоришћено, довело до другачијег исхода поступка.

⁵⁷⁶ Злоупотреба права би се огледала у томе што би сваки дужник или дужников поверилац могао да осујети намирење извршног повериоца тиме што би иницирао стечајни поступак над дужником.

⁵⁷⁷ У овом случају, суд утврђује да је противник побијања био несавестан када је спровео намирење свог потраживања из целокупне покретне и непокретне имовине стечајног дужника, јер је морао претпоставити да ће то довести до дужниковог стечаја. Међутим, суд у овом случају као предмет побијања, погрешно означава не неку правну радњу стечајног дужника већ саму наплату потраживања од стране повериоца. Тако суд наводи да „према члану 97. Закона о принудном поравнању и стечају околност да је побијана наплата извршена у извршном поступку, нема утицаја на могућност побијања правне радње, ако иначе за то постоје услови.“ (Пресуда Врховног привредног суда П 114/68 од 5. фебруара 1969. године).

⁵⁷⁸ „Није битно да ли је та исплата дуга друготуженом, којом је у ствари смањена стечајна маса, извршена добровољно или судским путем, јер у смислу члана 97. цитираног Закона побијати се могу и правне радње за које већ постоји извршни наслов и које су спроведене у поступку принудног извршења,“ (Пресуда Савезног суда Гзс 25/76 од 27. маја 1976. године; Извор: Збирка судских одлука, кљифа друга, свеска трећа из 1977. године)

Обзиром да се уобичајено намирење може односити и на случај кад стечајни дужник пружа обезбеђење повериоцу, као и да таква радња може бити побијена под одређеним условима уколико је предузета у року од шест месеци пре дана подношења предлога за отварање стечаја против стечајног дужника, потребно је направити дистинкцију између овог случаја и случаја када обезбеђење може престати *ex lege*. Наиме, наше позитивно стечајно право познаје правило према којем сва обезбеђења која је стечајни дужник дао у одређеном року пре дана отварања стечаја, у тзв. сумњивом периоду, престају даном отварања стечаја. Заправо, само правило је и ширег карактера па се односи поред обезбеђења и на друге основе разлучног права. Тако, разлучна права стечена извршењем или обезбеђењем за последњих 60 дана пре дана отварања стечајног поступка ради принудног намирења или обезбеђења престају да важе и такви повериоци нису разлучни повериоци а на основу решења стечајног судије, надлежни орган који води одговарајуће јавне књиге, дужан је да изврши брисање овако стечених разлучних права.⁵⁷⁹ Дакле, у случају када је стечајни дужник дао обезбеђење одређеном повериоцу а након 60 дана се отвори стечај над стечајним дужником, без обзира што би таква радња можда могла бити предмет побијања, наступа аутоматска последица коју заповеда стечајно право, па такво обезбеђење, односно разлучно право успостављено у корист одређеног повериоца престаје даном отварања стечаја, па је излишно водити поступак побијања. Само пружање обезбеђења од стране стечајног дужника може бити предмет побијања само онда када доводи до оштећења поверилаца па се тако неће моћи побијати успостављање обезбеђења над дужниковој имовини у случају када је већ сам предмет обезбеђења оптерећен залогама па је очигледно да нови обезбеђени поверилац свакако не може остварити намирење из њене вредности.

Следећа два услова уобичајеног намирења се односе на стране у предузетој правној радњи, стечајног дужника и противника побијања. На страни стечајног дужника је потребно да је у тренутку предузимања правне радње, која је предмет побијања, стечајни дужник био неспособан за плаћање. Дакле, као што се може

⁵⁷⁹ Члан 49. ст. 3. Закона о стечају; видети и члан 38. ст. 5. Закона о стечајном поступку и члан 117. ст. 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

видети, на страни стечајног дужника се не захтева неки посебни степен несавесности, довољно је да је у тренутку предузимања правне радње он био неспособан за плаћање. Што се тиче несавесности самог стечајног дужника, она се у случају уобичајеног намирења претпоставља обзиром да је стечајни дужник свакако несавестан улолико се налази у таквом положају да је у тренутку предузимања правне радње која се побија био неспособан за плаћање а ипак, и поред тога, предузима одређену правну радњу којом се оштећују повериоци. Неспособност за плаћање ће се у оквирима уобичајеног намирења или обезбеђења схватити у смислу који сам законски текст даје овом појму. Притом, потребно је имати у виду да је реч о објективном услову који мора бити испуњен да би побијање било могуће. Најпре, потребно је рећи да неспособност за плаћање није термин који изречно познаје наше стечајно право. Зато донекле чуди законска интенција у погледу Закона о стечају да баш овакву терминологију искористи у материји побијања и на тај начин препусти правној теорији стечајног права као и судовима тумачење шта ће се сматрати неспособношћу за плаћање што, разуме се, последично може довести до арбитражности у поступцима побијања. У овом случају је потребно утврдити да ли постоји неки сродни термин у оквиру законских прописа. У том смислу је важно напоменути да Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији познаје термин трајније неспособности за плаћање што изједначава са инсолвентношћу која је стечајни разлог.⁵⁸⁰ Са друге стране, Закон о стечајном поступку познаје баш појам „неспособности за плаћање“ па предвиђа да ће се сматрати да је стечајни дужник неспособан за плаћање ако:

- 1) не може одговорити својим обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе;
- 2) је потпуно обуставио своја плаћања у периоду од 30 дана;
- 3) учини вероватним да своје већ постојеће обавезе неће моћи да испуни по доспећу - претећа неспособност за плаћање.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ Видети члан 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

⁵⁸¹ Члан 2. Закона о стечајном поступку.

Напоследку, важећи Закон о стечају познаје термин трајније неспособности плаћања која постоји ако стечајни дужник:

1) не може да одговори својим новчаним обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе;

2) потпуно обустави сва плаћања у непрекидном трајању од 30 дана.⁵⁸²

Заправо, у нашем позитивном стечајном пропису, Закону о стечају, није предвиђен појам неспособности плаћања који се користи у материји побијања. Творци закона су желели да измене класичан стечајни разлог неспособност плаћања у трајнију неспособност плаћања што је и учињено у самом законском тексту. Међутим, а на жалост, много мање иновативности су творци Закона о стечају имали у погледу права побијања дужникових правних радња па тако сам Закон о стечају у овом делу садржи бројна идентична решења као и његов претходник, Закон о стечајном поступку. Управо због овакве неусклађености се и дошло у позицију да је сам стечајни разлог измењен а да није последично измењена терминологија у осталом делу Закона о стечају. У том смислу се може поставити питање да ли је неспособност плаћања садржински блажи услов, са аспекта финансијског положаја стечајног дужника од појма трајније неспособности плаћања која је стечајни разлог? Такође, да ли је интенција законодавца заправо била да предвиди неспособност плаћања као услов који је могуће доказати у случају када дужник не може да одговори својим новчаним обавезама у року краћем од 45 дана од дана доспелости обавезе, можда чак и одмах након доспелости обавезе, односно уколико потпуно обустави сва плаћања у непрекидном трајању краћем од 30 дана? Имајући у виду да је реч о правној празнини, она може бити попуњена и на такав начин да је довољно само да је дужник задоцнио са испуњењем обавезе по њеном доспећу, односно да је потпуно обуставио своја плаћања неvezано за временски период у којем се то догодило. Међутим, циљним тумачењем, по мишљењу аутора овог рада се може доћи до адекватног значења појма неспособност за плаћање у материји побијања. Чини се да правило које је предвиђено Законом о стечајном поступку као теоријско правило

⁵⁸² Члан 11. ст. 3. Закона о стечају.

може бити коришћено и приликом примене института побијања према Закону о стечају, односно према којем ће термини трајније неспособан за плаћање и неспособан за плаћање бити изједначени. Неспособност за плаћање ће постојати у оним случајевима у којима постоји стечајни разлог, односно када стечајни дужник не може да одговори својим новчаним обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе или када потпуно обустави сва плаћања у непрекидном трајању од 30 дана.

У односу на стечајног дужника, мора постојати у тренутку предузимања правне радње која је предмет побијања, неспособност за плаћање па ће се, према мишљењу одређених аутора сматрати да овај услов није испуњен у случају када на страни стечајног дужника постоји претећа неспособност за плаћање⁵⁸³, иако је овај разлог предвиђен као стечајни разлог према одредбама Закона о стечајном поступку. Претећа неспособност плаћања постоји ако стечајни дужник учини вероватним да своје већ постојеће новчане обавезе неће моћи да испуни по доспећу.⁵⁸⁴ Према мишљењу аутора овог рада, правна радња која је предузета од стране стечајног дужника у тренутку када је постојала претећа неспособност плаћања, у смислу који законски пропис даје овом термину, ће моћи бити предмет побијања као радња уобичајеног намирења. Ово из разлога што претећа неспособност плаћања логички претходи поднетом предлогу за отварање стечаја, а радња је предузета после тог тренутка, па је нелогично ускратити могућност побијања у овом случају наведене правне радње као радње уобичајеног намирења.

Са друге стране, на страни повериоца, противника побијања, да би одређена дужникова правна радња могла бити предмет побијања кроз посебни услов уобичајеног намирења, потребно је да постоји одређени степен несавесности. Реч је о једином субјективном услову у оквиру овог посебног услова, односно уобичајеног намирења. Потребно је да је поверилац знао или морао знати да је у време предузимања радње стечајни дужник био неспособан за плаћање. Управо из овог разлога је потребно подвући да се неће свако намирење поверилаца у року који

⁵⁸³ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 76.

⁵⁸⁴ Члан 11. ст. 4. Закона о стечају.

одговара овом услову побијања сматрати уобичајеним намирењем, за тако нешто је потребно испуњење субјективног услова на страни повериоца као противника побијања.⁵⁸⁵

По степену несавесности реч је о умишљају односно свесном нехату на страни повериоца, дакле поверилац зна да је стечајни дужник неспособан за плаћања па ипак прихвата намирење односно обезбеђење које му стечајни дужник пружа. Та његова несавесност, разуме се, уз објективну околност неспособности плаћања која постоји на страни стечајног дужника, генерише потребу за побијањем таквих радњи. Несавесност мора постојати у тренутку предузимања радње од стране стечајног дужника, дакле у тренутку намирења или обезбеђења потраживања, што ће конкретно значити, да је то моменат када дужник плаћа односно предузима неопходну правну радњу да би се обезбеђење успоставило а не тренутак када поверилац прима намирење односно када се обезбеђење заиста правно гледано и успоставља. Разуме се, поверилац не мора сазнати да је стечајни дужник неспособан за плаћање у самом тренутку предузимања правне радње која је предмет побијања, довољно ће бити да он то сазнање има или мора имати у тренутку предузимања радње од стране стечајног дужника, без обзира колико је раније сазнао да постоје околности које потврђују овакву објективну чињеницу. Ипак, у сваком поједином

⁵⁸⁵ Тако се у једној судској одлуци истиче да неће баш свако сазнање, чак и када је реч о ноторној чињеници, довести до закључка да противник побијања зна за неповољно економско-финансијско стање. чак и када оно објективно постоји: “Међутим, чињеница да је тужени наплатио доспелу камату дана 11. марта 1993. године, тј. на дан доспелости и то на шалтеру банке у Ш, тј. на уобичајени начин и у уобичајено време, када су грађани не само нормално подизали своје доспеле улоге и камате него неки вршили и поновне уплате, без обзира на чињеницу што је 8. марта 1993. године саопштено да је власник банке Ј.В, дан пре тога отишао из земље, уз истовремено именовање другог одговорног лица које ће га у његовом одсуству замењивати, не указује да је тужени знао или морао знати за неповољно економско-финансијско стање тужиоца.“ (пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3286/94 од 19. октобра 1994. године, Извор: правна база Intermex); „Из списка предмета произилази да су странке закључиле уговор о орочавању девизне штедње и да је прва камата у износу од 60 ДЕМ доспела за плаћање 11. марта 1993. године када је и тужени на уобичајен начин на шалтеру тужиоца подигао износ доспеле камате. Виши привредни суд је нашао да је првостепени суд правилно применио материјално право када је нашао да нису испуњени услови из чл. 112. став 3. тачка 1. и 113. став 2. тачка 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији за побијање правне радње, јер је тужени примио исплату свог доспелог потраживања од тужица на уобичајен начин када је на шалтеру тужиоца подигао износ доспеле камате чиме се не ремети равномерно намирење осталих поверилаца, нити се тужени ставља у повољнији положај.“ (Пресуда Вишег привредног суда у Београду Пж. 3533/94 од 30. септембра 1994. године; Извор: правна база Intermex).

случају ће се субјективни елемент на страни противника побијања ценити на основу свих околности које указују на његово држање приликом предузимања спорне дужникове правне радње.⁵⁸⁶ Законско правило, као што смо видели, изједначава случај када је поверилац знао за дужникову неспособност за плаћање са ситуацијом када је тако нешто морао знати.⁵⁸⁷ Који су случајеви када је поверилац морао знати да постоји неспособност плаћања на страни стечајног дужника наше позитивно стечајно право не наводи изречно⁵⁸⁸, али, ваљда свесно да ће доказивање овог субјективног

⁵⁸⁶ Ово је уочио и Виши трговински суд у једном случају. „Сагледавањем целокупне чињеничне ситуације јасно произилази да је тужилац-противтужени и поред својих сазнања за блокаду рачуна туженог - противтужиоца и његову тешку финансијску ситуацију није очекивао покретање стечајног поступка против туженог, јер је тужени радио до отварања стечаја, а тужилац - противтужени му је готово до задњег момента испоручивао неопходне сировине за одвијање производње. Међу странкама није спорно да је и у ранијим случајевима тужени-противтужилац своје добављаче измиривао контра испорукама својих готових производа и то како тужиоца - противтуженог тако и остале пословне партнере на шта указују саслушани сведоци. Надаље и чињеница да се роба коју је тужилац - противтужени купио од туженог-противтужиоца затекла у складишту готових производа туженог – противтужиоца, управо указује да тужилац није знао за могућност покретања стечајног поступка против истог, јер да му је то било познато сигурно би своју робу одмах по закључењу купопродајног уговора купио и однео и на тај начин засигурно избегао покретање овог поступка. Код таквог стања ствари, правилан је став првостепеног суда да у конкретной ситуацији за испуњење прописаних услова у члана 99. за побијање предузетих правних радњи стечајног дужника у уобичајеном намирењу није довољно да су се стекли само формално правни услови побијања, већ да је неопходно да је на страни повериоца стечајног дужника у време закључења спорног посла уобичајеног намирења у законом утврђеном периоду који је претходио покретању стечајног поступка над стечајним дужником, постојао и субјективни однос повериоца према предузетој радњи уобичајеног намирења свог потраживања, из ког односа би се могло утврдити да је поверилац правни посао везан за намирење свог потраживања закључио искључиво у функцији намирења свог доспелог потраживања, јер му је било познато да против дужника предстоји покретање стечајног поступка, па предузимањем радње уобичајеног намирења свог потраживања жели да избегне последице везане за намирење свог потраживања у стечају, а истовремено предузетом радњом нарушава равномерно намирење свих стечајних поверилаца. (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 935/07 од 07.05.2008. године; Извор: правна база Paragraf lex).

⁵⁸⁷ У неким случајевима, за доказивање овог субјективног елемента, побијач може искористити и личност противника побијања. „Погрешан је закључак првостепеног суда да тужени као поверилац није знао нити је морао знати за неповољно економско-финансијско стање дужника, а ово због тога што је тужени као банка односно као специјализована финансијска организација знао и морао знати за неповољно финансијско стање стечајног дужника.“ (Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4059/94; Извор: Збирка судских одлука, књига деветнаеста, свеска прва за 1994. годину, Савезни суд).

⁵⁸⁸ у судској пракси се овај услов често доказивао посредним путем, тако се у једној одлуци истиче: „Испуњен је и увјет побијања да је ревидент као друга страна према којој су правне радње подузете знао, односно морао знати за неповољно економско финансијско стање дужника туженика З. подузећа С. у стечају. Наиме, код утврђења да је ревидент био пословна банка дужника и да су правне радње које су предмет побијања подузете ради осигурања потраживања ревидента по основи више уговора о кредиту склопљених између туженика у раздобљу од 1985. до 1990. године, нижеступањски судови су основано закључили да је ревидент који је као пословна банка дужника имао увид у пословање свог комитента, не само могао знати, већ и знао за његово неповољно економско финансијско стање.“

услова бити проблематично у пракси, предвиђа додатно правило по којем ће се сматрати се да је поверилац знао или морао знати за неспособност плаћања стечајног дужника или за предлог за покретање стечајног поступка ако је знао за околности из којих се на несумњив начин може закључити да постоји неспособност плаћања, посебно ако је рачун дужника био у непрекидној блокади у трајању од најмање 30 дана, односно да је стављен предлог за покретање стечајног поступка.⁵⁸⁹ Дакле, у оквиру уобичајеног намирења се уводи додатна правна претпоставка којом се успоставља однос између конкретне фактичке ситуације и очекиване несавесности на страни противника побијања, а повериоца из основног посла са стечајним дужником. Ова претпоставка се састоји од једне уопштене формулације субјективно-објективне природе и две формулације чисто објективне природе али аутор овог рада ће више пажње посветити овим формулацијама у делу који говори о терету доказивања. За сада је потребно напоменути да је још старија теорија у објективизацији услова на страни противника побијања препознала потребу за олакшањем процесног положаја побијача. Тако се наводи да „пошто је у већини случајева врло тешко утврдити када је наступила неспособност за плаћање односно презадуженост, узео је овдје закон у помоћ један други моменат, који ће бити у сваком случају тачно одређен, а то је моменат кад се поднесе приједлог за отварање стечаја, дакако у претпоставци, да је услијед таквог приједлога доиста дошло до отварања стечаја.“⁵⁹⁰ У сваком случају, субјективно стање свести, односно одређени степен несавесности мора постојати на страни повериоца и то у тренутку предузимања правне радње од стране стечајног дужника или се његова несавесност претпоставља у случају постојања објективних околности које говоре о томе да је дужник неспособан за плаћање.

(пресуда Врховног суда Хрватске, II Рев 5/1996-2 од 8.маја 1996. године, Извор: <http://sudskapraksa.vsrh.hr/>.

⁵⁸⁹ Члан 120. ст. 3. Закона о стечају, члан 99. ст. 3. Закона о стечајном поступку с тим да правило овог закона не обухвата и део „посебно ако је рачун дужника био у непрекидној блокади у трајању од најмање 30 дана“.

⁵⁹⁰ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 108..

3.3.1.2. Терет доказивања

Према општем правилу у материји доказивања, терет доказивања ће бити на страни онога ко је поступак и започео, побијача, који се у материји побијања правних радњи стечајног дужника може појавити у виду стечајног управника или повериоца. Са друге стране, у процесној позицији туженог ће се наћи противник побијања, треће лице или поверилац стечајног дужника, које је остварило корист из одређене правне радње стечајног дужника која је предмет побијања. Дакле, као противник побијања, у случају уобичајеног намирења ће бити лице које је било поверилац па је том радњом стечајног дужника у целости намирило сопствено потраживање и више није поверилац стечајног дужника или лице које је само делимично намирило потраживање према стечајном дужнику услед правне радње која је предмет побијања а за преостали износ потраживања учествује у стечајном поступку дужника као поверилац. У случају када се правна радња стечајног дужника састоји у пружању обезбеђења, онда ће противник побијања свакако бити лице које је поверилац у стечајном поступку, имајући у виду да обезбеђење нужно претпоставља постојање потраживања.

Активна страна у поступку побијања, стечајни управник или поверилац стечајног дужника, неће имати лак задатак да докаже радњу уобичајеног намирења која може бити предмет побијања. Најпре, разуме се, потребно је доказати опште услове побијања. Затим, потребно је утврдити да је радња која је предмет побијања и којом се трећем лицу даје намирење или пружа обезбеђење предузета у року од 6 месеци пре подношења предлога за стечај над стечајним дужником. У овом делу, доказивање неће бити превише захтевно. Међутим, након тога, да би се успело у парници потребно је доказати објективну чињеницу постојања неспособности плаћања на страни стечајног дужника у моменту предузимања правне радње која је предмет побијања, односно субјективни услов, постојање једног од два захтевана степена насевесности. У погледу доказивања неспособности плаћања на страни

стечајног дужника, потребно је доказати да је дужник у тренутку предузимања правне радње која је предмет побијања, имао макар једну обавезу чија је доспелост наступила најмање 45 дана пре дана предузимања спорне правне радње. У том смислу од значаја ће бити анализа пословне документације стечајног дужника у периоду од шест месеци пре подношења предлога за стечај. За потребе утврђења овог услова неће бити од значаја према ком повериоцу је постојала обавеза стара најмање 45 дана од њеног доспећа, нити колики је њен износ, битно је само њено постојање које генерише постојање стечајног разлога. Такође, овај услов може бити задовољен у случају када побијач успе да докаже да је стечајни дужник у захтеваном периоду времена обуставио сва своја плаћања и то у непрекидном року од 30 дана. По мишљењу одређених аутора, код случајева неспособности плаћања треба имати на уму да појединачна, мања плаћања појединачним повериоцима не доводе до искључивања трајније неспособности плаћања, пошто од неспособности плаћања треба поћи и онда када дужник највећим делом не може да одговори својим новчаним обавезама.⁵⁹¹ Аутор овог рада у потпуности дели изложени став иако су привредни судови у појединим случајевима другачије пресуђивали.⁵⁹² Побијач ће у сврху доказивања неспособности плаћања моћи да користи и доказе који служе за утврђење колико је ликвидних средстава стечајни дужник имао у моменту предузимања радње уобичајеног намирења као и колико су биле његове обавезе, нарочито доспеле обавезе према повериоцима. У том смислу, најчешће ће се ово утврђивати из дневника благајне и извода са рачуна стечаног дужника.

У погледу последњег али најтежег услова који чини склоп уобичајеног намирења, несавесности на страни противника побијања, нема сумње да ће то бити тежак задатак за побијача. Дакле, потребно је доказати да је противник побијања знао да је стечајни дужник у тренутку предузимања правне радње која је предмет

⁵⁹¹ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 77.

⁵⁹² Тако се у једној новијој одлуци наводи да „сама блокада текућег рачуна стечајног дужника, без обзира што је непрекидна и што траје дуже од 30 дана, није разлог за утврђивање стечајног разлога трајније неспособности плаћања из члана 11. став 3. тач. 1. Закона о стечају јер то не значи да није било исплата са текућег рачуна стечајног дужника а након евентуалног прилива на његов рачун.“ (Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 795/15 од 13.01.2016. године; Извор: лична архива аутора).

побијања био у стању неспособности плаћања, односно да је морао знати за такву околност. У обзир може доћи било која околност која нужно упућује на закључак о неспособности плаћања.⁵⁹³ Побијач ће имати велику слободу да докаже да је противник побијања знао за овакву околност, међутим за само знање ће му бити потребан одређени непобитни доказ да је то заиста тако и било. Обзиром да је реч о околности која се прецизно може утврдити једино уз непосредан увид у пословну документацију стечајног дужника, мало је вероватно да ће у неком конкретном случају побијач моћи да докаже да је противник побијања имао такав директан и непосредан увид у податке из којих недвосмислено може уочити постојање стечајног разлога. Због тога ће се у пракси, од стране побијача, много чешће доказивати лакши услов, да је противник побијања морао знати да на страни стечајног дужника постоји неспособност за плаћање. По једном мишљењу, за доказивање ове околности може се поставити правни стандард па у односу на одступање који тај правни стандард предвиђа дефинисати да ли постоји несавесност. Противник побијања мора имати позитивна сазнања о стварним околностима, на основу којих се уз правилну правну процену може закључити да је морао знати за неспособност плаћања на страни стечајног дужника, при чему неће бити од значаја да ли је противник побијања извео и правно исправан закључак о наступелој неспособности плаћања, односно није меродавна субјективна визиura противника побијања већ непристрасног повериоца са просечним пословним искуством.⁵⁹⁴ У том смислу, побијач ће морати да докаже постојање одређених околности из којих је противник побијања морао имати знање о постојању неспособности плаћања. Тако рецимо се може доказати да је противник побијања имао сазнања да стечајни дужник нема довољно средстава да измири своје обавезе према повериоцима јер је на основу пословне сарадње дошао до таквог податка или да постоји одређени извршни поступак из којег се може утврдити да

⁵⁹³ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.89.

⁵⁹⁴ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.89, ови аутори наводе још и да ако би такав поверилац уз познавање чињеница без озбиљне сумње пошао од неспособности плаћања дужника, онда се противник побијања који је знао за ове чињенице у складу са овим објективним мерилем неоспориво третира као да је и сам знао за неспособност плаћања.

постоји доспела неизмирена обавеза стечајног дужника према неком од поверилаца која представља стечајни разлог односно генерише неспособност плаћања.

Такође, блокада рачуна стечајног дужника у дужем временском периоду а што је јавни податак може послужити као доказ да је противник побијања морао знати за неспособност плаћања на страни стечајног дужника а у одређеним случајевима и подаци из кредитног бироа у којем је забележена доспела неизмирена обавеза може послужити као доказ у ово сврху, наравно само уколико побијач докаже да је противник побијања имао сазнања о овоме обзиром да није реч о јавно доступном податку. Затим, започињање извршног поступка од стране самог противника побијања према стечајном дужнику може у одређеним ситуацијама произвести правну последицу, односно доказ да је противник побијања морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање, обзиром да се стечајни разлог у том случају по правилу може креирати и на основу потраживања које је предмет тог извршног поступка. Међутим, и у овом случају се мора доказати да само потраживање испуњава услове за стечајни разлог неспособности плаћања.

У односу на пореске органе се такође може доказивати да су знали за неспособност плаћања на страни стечајног дужника. Тако, уколико стечајни дужник има дуговања по основу пореза у року које је неходан да би се генерисао стечајни разлог, а одређеном правном радњом се оствари радња побијања у односу на порески орган као противника побијања, таква правна радња ће бити предмет побијања, имајући у виду да је противник побијања морао знати, на основу њему доступних података о висини и броју дана кашњења у односу на дан доспелости одређеног пореског дуга. У односу на правне радње које су предузете после подношења предлога за покретање стечајног поступка, процесни положај и тужиоца и туженог ће бити идентичан с тим да ће побијач морати да докаже да је у том случају поверилац знао или је морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање или је знао да је поднет предлог за покретање стечајног поступка. Дакле, у погледу правних радњи стечајног дужника које су предузете након подношења предлога за отварање стечаја положај побијача ће бити олакшан тиме што ће поред могућности да докаже да је

противник побијања знао односно морао знати за неспособност плаћања на страни дужника, имати могућност да докаже да је знао да је поднет предлог за отварање стечаја. Као што се може видети, законодавац не оставља могућност доказивања слабијег степена несавесности у овом случају, да је поверилац морао знати да је поднет предлог за отварање стечаја над стечајним дужником, вероватно водећи се околношћу да је по среди чисто објективна околност која се или зна или не зна. У том смислу је важно приметити, да ће несавесност противника побијања постојати и у случају када је он сам поднео предлог за отварање стечајног поступка над дужником а након тога примио правну радњу стечајног дужника која садржински представља радњу уобичајеног намирења. То ће бити случај чак и када је предлог за отварање стечаја поднет од стране противника побијања повучен али је доцније ипак отворен стечајни поступак над дужником по предлогу неког другог повериоца или по новом предлогу противника побијања.

Закон о стечају Републике Српске из 2016. године садржи новину у погледу субјективног услова који је потребно да буде испуњен на страни противника побијања да би се дужникова радња могла побити као радња уобичајеног намирења. Наиме, у члану 135. овог закона је предвиђено да је за побијање потребно да је противник побијања знао за платежну неспособност дужникову или то из грубе непажње није знао. У погледу доказивања, део одребе „или то из грубе непажње није знао“, ће имати велики практични значај. Наиме, побијач неће више морати да доказује субјективи услов, знање за неспособност плаћања на страни противника побијања, довољно је да објективизује околности под којима је радња дужникова предузета и на основу њих утврдити да је противник побијања, уз разумевања правног стандарда доброг привредника, ипак морао знати за околност дужникове платежне неспособности плаћања. Реч је о томе да сваки поверилац, понашајући се као добар привредник, ипак мора имати барем посредна сазнања у каквом финансијском положају се налази његов дужник и каква је његова платежна способност. У том смислу, не треба заборавити да се управо уз помоћ правног стандарда доброг привредника уноси извесност у правни промет, будући да нису

релевантне личне околности учесника, нити пажња коју оии поклањају у сопственим пословима.⁵⁹⁵ Уколико тако нешто поверилац који је примио намирење или добио обезбеђење, у роковима који су предвиђени за уобичајено намирење или обезбеђење, ипак није знао, такво његово незнање ће се, у највећем броју случајева, приписати његовој грубој непажњи.

Значајну вредност у поступку доказивања има правно правило које је законодавац предвидео у оквиру уобичајеног намирења по којем ће се сматрати да постоји несавесност противника побијања.⁵⁹⁶ Наиме, ово правило генерише одређену правну претпоставку и пребацује *onus probandi* на другу страну у парници за побијање. Претпоставка ће се односити на то да је поверилац знао или морао знати за неспособност плаћања стечајног дужника или за предлог за покретање стечајног поступка⁵⁹⁷ па обухвата како оне правне радње стечајног дужника које су преузете до дана подношења предлога за отварање стечајног поступка тако и оне које су предузете у периоду од дана подношења предлога за отварање стечајног поступка до дана отварања стечајног поступка. Тако сматраће се да је испуњен субјективни услов на страни противника побијања уколико се докаже да је знао за околности из којих се на несумњив начин може закључити да постоји неспособност плаћања. Питање је уопште колико оваква претпоставка олакшава положај побијача, имајући у виду да ће опет бити неопходно доказати у поступку постојање околности из којих се може закључити да постоји неспособност плаћања. Чини се да је законодавац, прописујући да се ове околности морају доказати на несумњив начин, чак и подвукао да је неопходно у сваком конкретном случају предочити такву слику да наведене околности постоје, да ту не сме бити никакве сумње.

⁵⁹⁵ Мирко Васиљевић, Трговинско право, стр. 55, Правни факултет, Београд 2012. године.

⁵⁹⁶ Члан 120. ст. 2. Закона о стечају; Новелама Закона о стечају из 2014. године је придодато правило по којем се ова претпоставка остварује и посебно ако је рачун дужника био у непрекидној блокади у трајању од најмање 30 дана.

⁵⁹⁷ Овде се може уочити још једна законска недоследност, имајући у виду да у односу на предлог за отварање стечајног поступка основно правило из претходног става Закона о стечају не предвиђа могућност да је поверилац морао знати за наведени предлог.

Такође, никакво додатно олакшање процесног положаја побијача не доноси ни претпоставка о постојању субјективног услова на страни противника побијања у случају ако је рачун дужника био у непрекидној блокади у трајању од најмање 30 дана. Околност да је рачун дужника био у непрекидној блокади у трајању од најмање 30 дана представља стечајни разлог уз помоћ чијег доказивања побијач свакако може остварити неопходну последицу, да докаже да је противник побијања морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање, обзиром да, као што је већ и наведено, блокада рачуна представља јавни податак о којем би сваки поверилац стечајног дужника морао имати сазнања, нарочито уколико се има у виду да је реч о привредним активностима. Једино олакшање процесног положаја побијача доноси правна претпоставка да ће се сматрати да је противник побијања несавестан у мери коју захтева уобичајено намирење, је околност да је стављен предлог за покретање стечајног поступка. Реч је о објективној чињеници, самом постојању предлога за отварање стечаја који је од стране одређеног повериоца послат у суд, па неће бити неопходно доказивати да противник побијања зна да је овај предлог заиста и поднет. У овом случају, ће се аутоматски претпоставити да је противник побијања несавестан, што ће, уз испуњење општих услова побијања заиста довести до побијања правне радње стечајног дужника. У односу на ову правну претпоставку, она ће бити, по својој правној природи, необорива, јер ће се увек сматрати да је противник побијања несавестан када постоји предлога за отварање стечајног поступка поднетог од стране повериоца стечајног дужника.

Поред наведеног, другу објективизацију субјективног услова на страни противника побијања Закон о стечају је предвидео у виду правила да ће се сматрати да је лице које је било повезано са стечајним дужником у време предузимања правног посла или друге правне радње знало или морало знати за неспособност за плаћање или за предлог за покретање стечајног поступка, што могућност побијања своди на објективне услове уобичајеног намирења и обезбеђења.⁵⁹⁸ Ово правило које генерише

⁵⁹⁸ Видети члан 120. ст. 4. Закона о стечају.

необориву правну претпоставку⁵⁹⁹ о несавесности противника побијања у судској пракси значајно олакшава побијачима положај у поступку и најчешће у пракси води успешном побијању одређене правне радње стечајног дужника.⁶⁰⁰

Историјски гледано, побијање намирења или обезбеђења потраживања поверилаца непосредно пред стечајни поступак, односно инсолвентност, је било могуће још веома давно. Тако је у енглеском праву чувен *Twyne's Case* из 1601. године који управо говори о побијању уобичајеног намирења од стране дужника. Наиме, у овом случају је извесни *Pierce* позајмио од повериоца *C.* износ од 200 фунти али након тога се задужио и према *Twyne* за износ од 400 фунти. Када је *C.* започео поступак намирења, *Pierce* је на име намирења потраживања према *Twyne* уступио сву своју имовину⁶⁰¹ али је остао у њеном поседу. Када се приступило извршењу на његовој имовини ради намирења потраживања *C.* констатовано је да имовина више не припада дужнику већ трећем лицу. Међутим, суд који је одлучио о случају- *the Star Chamber* састављен од судија *Sir Thomas Egerton*, *Chief Justice Popham* и *Anderson* истиче да је намирење потраживања које *Twyne* има према дужнику учињено уз превару обзиром да је крајњи циљ таквог дужниковог поступка био онемогућавање другог повериоца да своје потраживање намири. Из овог разлога такво намирење остаје без правног дејства и то на основу *Fraudulent Conveyances Act 1571*.⁶⁰²

⁵⁹⁹ Према одредби §31. Стечајног закона из 1929. године, ова претпоставка је била оборива па се могло доказивати супротно.

⁶⁰⁰ „Овим вансудским поравнањем је констатовано да стечајни дужник дугује туженом као повериоцу износ од Еур 461.460,51 те да се на име тог дуга врши пренос власничког удела стечајног дужника на туженог као повериоца у правном лицу Х доо. Значи, уговор о преносу удела је предузет после подношења предлога за покретање стечајног поступка, дан пре отварања стечајног поступка и закључен је са туженим као лицем које је било повезано са стечајним дужником у време предузимања тог правног посла, због чега се сматра да је тужени знао или морао знати за неспособност за плаћање или за предлог за покретање стечајног поступка.“ (Пресуда Привредног апелационог суда 1 Пж 8171/12 од 26.09.2012. године; Извор: лична архива аутора).

⁶⁰¹ „made a general deed of gift of all all his goods and chattels, real and personal whatsoever”.

⁶⁰² *Jonh William Smith, A selection of leading cases on various branches of the Law with notes*, стр. 33 и 34, T. & J. W. Johnson & co., Philadelphia, 1872. година, доступно на <https://books.google.rs/>.

3.3.1.3. Рок предузимања радње која је предмет побијања

Као објективни услов у оквиру уобичајеног намирeња или обезбеђења дефинише се рок у којем је радња морала бити предузета. Овај рок се обично у закону који регулише стечајну материју поставља двојачко: дефинисањем одређеног временског периода у којем је радња морала бити предузета пре решења о отварању стечаја или дана подношења предлога за отварање стечајног поступка, са једне стране, или предвиђањем да се правило односи на правне радње дужникове које су предузете након подношења предлога за отварање стечаја, са друге стране. У нашем праву је доношењем Закона о стечају из 2009. године могућност побијања уобичајеног намирeња или обезбеђења значајно повећана у односу на правила која су до тада била на снази. У односу на свог претходника, Закон о стечајном поступку, важећи закон је продужио рок у којем радња уобичајеног намирeња или обезбеђења може бити предузета, и то са три на шест месеци. Правило о периоду од шест месеци у оквиру уобичајеног намирeња махом је прихваћена у правима бивших југословенских република.⁶⁰³

3.3.2. Неуобичајено намирeње или обезбеђење

Други посебни основ побијања који ћемо обрадити је оно што законодавац назива неуобичајено намирeње. Правни посао или правна радња којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирeње које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето, могу се побијати ако су предузети у последњих дванаест месеци пре подношења предлога

⁶⁰³ Видети члан 81. ст. 1. тач. 1. Закона о стечајном поступку ФБиХ; члан 123. ст. 1. Закона о стечају Црне Горе; са друге стране Стечајни закон РХ у чланку 199. ст. 1. као и Закон за стечај Републике Македоније у члену 173. ст. 1. предвиђају рок од три месеца за уобичајено намирeње а Закон о стечају Републике Српске рок од дванаест месеци у члану 135. ст. 1. тач. 1.

за покретање стечајног поступка.⁶⁰⁴ Као и код уобичајеног намирења или обезбеђења реч је о томе да је један поверилац у одређеном року пре подношења предлога за отварање стечаја правном радњом стечајног дужника остварио намирење или добио обезбеђење свог потраживања а такво поступање стечајног дужника није било у складу са његовом обавезом. Дакле, примена овог основа побијања ће бити могућа само у односу на већ постојеће повериоце стечајног дужника, односно на радње стечајног дужника намењене испуњењу обавезе или обезбеђења потраживања таквих поверилаца. У старијој теорији ова врста паулијаске стечајне тужбе се назива и побијањем објективног погодовања поверилаца.⁶⁰⁵

Као и код уобичајеног намирења, сам законски наслов неуобичајено намирење не одговара сврси, обзиром да побијање ових врсти правних радњи стечајног дужника се подједнако односи на намирење повериоца као и на обезбеђење његовог потраживања.

3.3.2.1. Услови

Код неуобичајеног намирења или обезбеђења ствар је прилично јасна, па се захтева постојање само два услова и то да је у питању:

1. правна радња стечајног дужника;
2. да је радња предузета у року од дванаест месеци пре подношења предлога за отварање стечаја.

Дакле, код неуобичајеног намирења такође имамо услов који се односи на правну радњу стечајног дужника. Као и до сада под појмом правне радње стечајног дужника, аутор овог рада ће подразумевати и оно што законодавац посебно истиче, правне

⁶⁰⁴ Члан 121. Закона о стечају.

⁶⁰⁵ Роберт Барч, наведено дело, стр. 114.

послове предузете од стране стечајног дужника. Реч је о квалификованој правној радњи стечајног дужника, и то таквом којом се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето. У погледу терминологије коју законодавац користи, појам пружања обезбеђења и давања намирења треба разумети на идентичан начин као и код уобичајеног намирења, као сваки могући и допуштени начин измирења обавезе делимично или у целости, односно обезбеђења потраживања неким од могућих средстава обезбеђења.

Са друге стране, а то је и оно што чини срж овог посебног основа побијања, реч је о намирењу повериоца или обезбеђењу његовог потраживања које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето. Однос између повериоца и дужника у привредним односима је најчешће дефинисан уговором. У том смислу, правила која садржи уговор који је закључен између уговорних страна дефинише будуће њихово поступање. Међутим, у материји облигационог права у смислу квалификације и дејства обавезе се не прави разлика између обавеза које настају из закона и оних које настају из уговора. Зато се и каже да је уговор „мали закон“ за стране уговорнице, *contractus contrahentibus lex esto*. Дакле, оно на шта се дужник обавезао и испунио према повериоцу у року од 12 месеци пре дана подношења предлога за стечај се неће сматрати неуобичајеним намирењем обзиром да је дужник поступио у складу са начелом *pacta sunt servanda*. Међутим, сва она поступања дужника у наведеном року, односно радње предузете у смислу намирења потраживања повериоца која нису предузета у складу са правилима који су уговором дефинисани, могу бити предмет побијања у стечајном поступку као радња неуобичајеног намирења.

Да би се у конкретном случају утврдило да ли је дужник поступио у складу са обавезом коју је раније преузео, најчешће неће бити проблема имајући у виду да је реч о одредбама које су по својој садржини прецизне и одређене. Међутим, у одређеним случајевима ствар може бити компликованија па ће се до утврђења доћи тумачењем одговарајуће одредбе уговора, уз истраживање намере уговорних страна у

погледу ефеката које су желеле наведеном одредбом да постигну. У погледу намирења застарелог потраживања, може се поставити питање да ли је ту реч о давању намирења повериоцу које је он имао право да тражи? Несумњиво, гледајући из угла дужника, обавеза је обавеза па чак иако је она застарела. Међутим, уколико дужник измирује обавезу која је постала само натурална облигација а поверилац нема механизам намирења такве обавезе принудним путем, онда се заиста у материји побијања може закључити да је реч о намирењу које поверилац није могао да тражи, па ће таква радња стечајног дужника бити предмет побијања. Неки аутори иду и корак даље, предвиђајући да ће се свако измирење натуралне облигације сматрати бесплатном правном радњом уколико се тиме не испуњава каква морална дужност или захтев пристојности у висини као је примерена околностима.⁶⁰⁶ У случају условног потраживања које поверилац има према стечајном дужнику, намирење таквог потраживања пре испуњења услова од којег зависи ће представљати радњу неуобичајеног намирења доступну побијању.

Према једном мишљењу, неуобичајена су и плаћања према повериоцу која се врше на основу најављених мера, од стране повериоца, принудног намирења или уз претњу да ће поверилац поднети предлог за покретање стечаја над дужником, обзиром да поверилац нема право на испуњење чинидбе од стране дужника под притиском принудног намирења односно стечаја.⁶⁰⁷ Према мишљењу аутора овог рада, ово је погрешан приступ. У моменту када потраживање доспе за наплату поверилац је овлашћен, без посебних услова, да донесе одлуку да ли ће намирење свог потраживања остваривати принудним путем, кроз извршни поступак или подношењем предлога за стечај, уколико је испуњен неки од стечајних разлога, или ће сачекати да дужник добровољно испуни обавезу, разуме се, ризикујући да до тога уопште и не дође. Зато најаву принудних мера не утиче, у погледу побијања, на квалификацију доцнијег измирења обавезе од стране дужника, па се такво намирење неће сматрати неуобичајеним намирењем и остаће имуно на побијање.

⁶⁰⁶ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 109.

⁶⁰⁷ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.99.

Такође, могуће је да обавеза дужника према повериоцу проистиче директно из закона, па ни намирење овог законског повериоца неће бити предмет побијања, све док се оно врши у складу са садржином права које поверилац има односно у складу са законски прописаном обавезом дужника. Законске обавезе су оне обавезе које за дужника настају директно на основу закона или неког другог општег правног акта. Ту би требало убројати и обавезе по основу испоруке електричне или топлотне енергије као и пореске обавезе стечајног дужника. Начелно, измирење таквих обавеза од стране стечајног дужника неће моћи да буде предмет побијања у стечајном поступку као радња неуобичајеног намирења, под условом да је реч о доспелим обавезама и да је намирење учињено у складу са садржином права које поверилац има.

Неуобичајено намирење обухвата и оне правне радње стечајног дужника којима се даје намирење повериоцу које је он, истина, имао право да тражи али не на начин и у време када је учињено. У односу на начин и време када је намирење учињено, утврђење да ли је реч о правној радњи дужника која је имуна на побијање ће бити могуће тек након утврђења када је дужник имао обавезу и на који начин да намири потраживање свог повериоца. У сваком случају, намирење недospelог потраживања ће се сматрати као радња неуобичајеног намирења која може бити предмет побијања. То ће нарочито бити случај када је намирење недospelог потраживања учињено на месту које за то није уобичајено⁶⁰⁸ или на неуобичајен начин.⁶⁰⁹ Поједини аутори, чини се основано, сматрају да ће намирење на неуобичајен

⁶⁰⁸ Тако се у једној судској одлуци истиче: „Наиме, претпоставља се да је тужени знао, односно морао знати за неповољно економско-финансијско стање стечајног дужника ако је своја девизна средства која је оочио код дужника подигао пре рока доспелости, а исплата орочених исплата није извршена на уобичајен начин, дакле није извршена у пословници где је раније вршена уплата девизних средства, већ на другом месту - у трезору тужиоца. Чињеница је да исплата извршена у трезору тужиоца у поподневним часовима по телефонском позиву не може носити назнаку уобичајености, без обзира на неспорне медицинске индикације туженог које су постојале и пре орочавања средстава на девизну штедњу код тужиоца.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 620/95 од 10. јануара 1996. године, Извор: правна база Intermex)

⁶⁰⁹ „Правилно је првостепени суд утврдио да је тужени као радник "Ј." ДД подигао своје штедне улоге пре доспелости, и то не на шалтеру тужиоца, што је уобичајени начин, него из руку шефовице, а што јасно упућује да су испуњени услови из члана 113. наведеног Закона.“ (Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3733/94 од 10. октобра 1994. године; Извор: правна база Paragraf lex); „И сам начин подизања средстава преко заједничког пуномоћника, који је био радник код тужиоца у

начин бити и случај када је поверилац наплатио своје потраживање преузимањем робе уместо наплате новчаног износа (*datio in solutum*), а поготову ако је преузео робу коју иначе не купује.⁶¹⁰ Овакво намирење може утицати и на утврђење несавесности противника побијања,⁶¹¹ иако се у модерном праву побијања овај услов не захтева у случају неуобичајеног намирења. Заправо, свако намирење које по логици ствари није уобичајено намирење уз испуњење додатних услова може бити побијано као неуобичајено намирење у складу са правилима стечајног права.

У односу на правне радње којима се пружа обезбеђење у смислу неуобичајеног намирења, чини се да је ствар прилично јасна, односно да нема дилема када је реч о обезбеђењу које поверилац није имао права уопште ни да тражи. То ће бити сваки онај случај у којем је дужник заиста обезбедио потраживање повериоца а на то није био обавезан ниједним правним актом, споразумом са повериоцем или законом. Сматра се чак, а чини се да је овакав став исправан, да чак ни генерално означавање обавезе дужника да у одређеном будућем периоду обезбеди потраживање повериоца, без спецификације шта ће конкретно бити предмет и средство обезбеђења, није довољно да би се радња стечајног дужника којом он заиста пружа обезбеђење потраживања повериоца сматрала као радња која је имуна на побијање као радња неуобичајеног обезбеђења.⁶¹² Тек онда када је споразумом између дужника и повериоца назначено да ће дужник пружити обезбеђење потраживања повериоца,

експозитури, указује да је правна радња учињена у облику и на начин који није уобичајен.“ (Решење Врховног суда Србије, Прев. 349/95 од 13. септембра 1995. године; Извор: правна база Intermex); „Наиме, из чињенице да тужени нису пријавили потраживање у стечајну масу могло би се закључивати да за то нису ни имали разлога уколико су подигли штетне улоге у критично време (у ноћи између 10. и 11. марта 1993. године). Такође, чињеница да се оригинали уговора не налазе у притежању туженика указује на исплату недоспелих потраживања тужених штедиша, извршену на неуобичајен начин.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 167/97 од 23. априла 1997. године; Извор: правна база Intermex).

⁶¹⁰ Золтан Биро, Петар Шурлан, Закон о принудном поравнању и стечају, стр.112, Савремена администрација 1965. година; Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 111.

⁶¹¹ У старијим судским одлукама се из оваквог намирења извлачио закључак о постојању субјективног услова на страни противника побијања. „Сама околност да је поверилац за своје потраживање намирен „давањем уместо испуњења“ (*datio in solutum*) значи да је он знао или морао знати да ће наплатом свог потраживања на тако неуобичајен начин оштетити остале повериоце, односно пореметити њихово равномерно намирење.“ (Пресуда Врховног привредног суда Сл-1286/61 од 13. јула 1961. године; Извор Золтан Биро, Петар Шурлан, наведено дело, стр.113).

⁶¹² Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 94.

рецимо означавањем одређене непокретности чији је он сопственик као предмета будуће хипотеке, правна радња стечајног дужника којом се то и чини не може бити предмет побијања у стечајном поступку. У том смислу, побијање дужникових правних радњи којима се обезбеђује потраживање банке у складу са одредбом уговора о кредиту, који је закључен између дужника и банке, не би било могуће, јер се не би сматрало да је реч о неуобичајеном обезбеђењу.

У односу на пружање обезбеђења такође је могућа ситуација да је дужник био обавезан да тако нешто учини али је то учинио на начин који по времену када је учињено а ни по начину на који је учињено не одговара садржини његове обавезе. Тако, у случају да поверилац добија обезбеђење али не оно које је предвиђено обавезом стечајног дужника, таква правна радња стечајног дужника ће бити квалификована као радња неуобичајеног обезбеђења која ће моћи да буде предмет побијања у стечају. Међутим, уколико се накнадно уговори обезбеђење тј. додатно уз првобитан уговорни односи, а у року од 12 месеци према члану 121. Закона о стечају, ту ће бити речи о неуобичајеном обезбеђењу.⁶¹³ Притом, уколико је потраживање повериоца већ обезбеђено одређеним средством обезбеђења, као неуобичајено обезбеђење ће моћи да буде побијано додатно обезбеђење истог потраживања повериоца другим средством обезбеђења. Разуме се, у случају када поверилац има више основа потраживања према стечајном дужнику па је једно већ обезбеђено, неуобичајено обезбеђење ће представљати и обезбеђивање другог основа потраживања тог повериоца истим или другим предметом обезбеђења. Притом, неће бити од значаја да ли се самом правном радњом стечајног дужника којом се пружа обезбеђење потраживања повериоца у мањој или већој мери имајући у виду вредност предмета обезбеђења као и висину потраживања тог повериоца, ова околност неће имати никакву важност у поступку побијања.

⁶¹³ Ibid.

3.3.2.2. Терет доказивања

Код неубичајеног намирења и обезбеђења, разуме се процесни положај тужиоца дефинише његову обавезу доказивања да је одређено намирење потраживања повериоца. Разуме се, и овде ће се на место противника побијања наћи поверилац стечајног дужника уколико је реч о побијању радње којом се даје делимично намирење потраживања пре стечаја или радњи којом се пружа обезбеђење, односно о трећем лицу у случају када је његова улога као повериоца престала правном радњом стечајног дужника којом је у целости намирено његово потраживање. Побижач ће имати могућност да користи сва она доказна средства којим се доказује да је одређено намирење или обезбеђење потраживања повериоца, учињено од стране стечајног дужника било неубичајено. Обзиром да се код овог посебног услова побијања не доказује ниједан субјективни услов, како на страни стечајног дужника тако ни на страни противника побијања, односно несавесност неке од две наведене стране, па је сама инконгруентност довољан разлог за побијање.⁶¹⁴ Посао побижача ће утолико бити олакшан тиме што ће, зарад успеха у спору, бити у обавези да докаже објективну чињеницу, да је правном радњом стечајног дужника дато намирење односно пружено обезбеђење које се, у смислу права побијања у стечају, може квалификовати као радња неубичајеног намирења односно обезбеђења. На који начин побижач то може учинити? Најпре, могуће је на основу садржине обавезе коју је стечајни дужник имао према противнику побијања утврдити да ли је само давање намирења или пружање обезбеђења у датом тренутку било нешто што је дужник морао да учини односно да ли таква радња одговара ономе што је садржина његове обавезе. У погледу уговорних обавеза, којих ће по правилу бити највише када се говори о неубичајеном намирењу, тумачење правног акта из којих оне проистичу, као што је већ речено, ће бити одсудно за утврђење да ли је дужник поступио у складу са њима или не. Такође, важно је напоменути да побижач у овом

⁶¹⁴ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 112.

случају неће бити у прилици да користи било какву правну претпоставку на основу које би се сматрало да је у одређеним ситуацијама радња неубичајена, односно на основу које би доказивање уобичајености намирења или обезбеђења било пребачено на противника побијања, обзиром да такве одредбе у нашем позитивном стечајном праву нема.

Побијач ће моћи да користи и другу документацију уз помоћ које ће моћи да докаже да је одређена радња стечајног дужника представљала неубичајено намирење односно обезбеђење потраживања противника побијања. Међутим у пракси се често дешавају случајеви у којима је документација стечајног дужника уништена или је нестала па се ове чињенице не могу са сигурношћу претпоставити. Зато се може, у одређеним случајевима искористити документација коју је противник побијања, уколико је још увек поверилац, доставио приликом подношења пријаве потраживања, јер се из такве документације такође може утврдити да је одређено намирење потраживања овог повериоца или његово обезбеђење заправо радња неубичајеног намирења која може бити предмет побијања.

3.3.2.3. Рок предузимања радње која је предмет побијања

У нашем праву је превиђено правило по којем правна радња стечајног дужника којом се остварује неубичејно намирење мора бити предузета у последњих дванаест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. У погледу самог рока у којем радња мора бити предузета, ваљало би истаћи да је Закон о стечају донео новину у односу на свог претходника. Наиме, према одредби Закона о стечајном поступку рок у којем је морала бити предузета радња неубичејног намирења од стране дужника је износио шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. На овај начин, Закон о стечају је показао јасну интенцију да омогући шире поље за примену овог основа побијања.

Правило о побијању радње неуобичајеног намирења је, у погледу рока у којем је она морала бити предузета, различито дефинисано у законима бивших југословенских република. Тако је рок предузимања радње у хрватском Стечајном закону дефинисано тројако па је речено да је побијање могуће у односу на дужникову радњу намирења или обезбеђења:

- “1. ако је подузета у посљедњем мјесецу прије подношења приједлога за отварање стечајнога поступка или након тога или
2. ако је подузета тијekom трећег или другог мјесеца прије подношења приједлога за отварање стечајнога поступка, а дужник је у то вријеме био неспособан за плаћање или
3. ако је радња подузета тијekom трећег или другог мјесеца прије подношења приједлога за отварање стечајнога поступка, а вјеровник је у вријеме њезина подузимања знао да се њоме оштећују стечајни вјеровници.”⁶¹⁵

Поређењем ових правила са нашим позитивним правом се може доћи до закључка да је у погледу побијања неуобичајеног намирења или обезбеђења наш законодавац омогућио значајно већу могућност побијања у погледу рока када је радња стечајног дужника морала бити предузета. Наиме, рок у којем је радња морала бити предузета да би се могла побијати као неуобичајено намирење, без субјективних услова, у нашем праву је 12 месеци пре подношења предлога за стечај, док се у правима околних земаља овај рок креће између једног месеца и деведесет дана.⁶¹⁶

Међутим, законодавцу се може упутити и критика у погледу рока у којем радња мора бити предузета да би могла бити предмет побијања по основу неуобичајеног намирења или обезбеђења. Наиме, реч је о томе да је законодавац у овом члану пропустио да предвиди период од подношења предлога за покретање стечајног поступка до самог отварања стечаја над стечајним дужником, а реч је о

⁶¹⁵ Чланак 200. ст. 1. Стечајног закона РХ; исто правило предвиђа немачки InsO у §131. а слично Закон о стечајном поступку ФБиХ у члану 81. ст. 2. као и Закон за стечај Републике Македоније у члену 171. ст. 1.

⁶¹⁶ Рок од 90 дана је предвиђен у Закону о стечају Републике Српске.

периоду у којем такође неки од поверилаца може остварити намирење или обезбеђење од стечајног дужника. Ово је велики пропуст законодавца, а такав случај је био и са претходним законом.⁶¹⁷ Свакако би ваљало у што је могуће краћем року исправити наведени недостатак кроз измене постојеће одредбе закона.

3.3.3. Непосредно оштећење поверилаца

Наше позитивно право познаје као посебни услов побијања и такво располагање стечајног дужника којим се остварује непосредно оштећење поверилаца. Непосредно оштећење поверилаца је релативно нов посебни услов побијања у нашем стечајном праву. Наиме, ова одредба постоји тек од Закона о стечајном поступку из 2004. године. Разуме се, а имајући у виду неукротиву тежњу права побијања за додатним простором и проширењем поља примене, и важећи Закон о стечају је предвидео ову могућност побијања, шта више, проширио је појам деловања овог основа у односу на правило Закона о стечајном поступку. Тако, важећа одредба гласи да се правни посао или правна радња стечајног дужника којим се повериоци непосредно оштећују може побијати ако је:

1) предузет у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, а у време закључења посла стечајни дужник је био неспособан за плаћање и ако је саговорач стечајног дужника знао за његову неспособност плаћања;

2) посао закључен после подношења предлога за покретање стечајног поступка, а саговорач стечајног дужника је знао или је морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање или да је стављен предлог за покретање стечајног поступка;

⁶¹⁷ Видети члан 100. Закона о стечајном поступку.

3) у питању предузимање или пропуштање предузимања правне радње стечајног дужника којом он губи неко своје право или због које он то право више не може остварити, а радња је предузета или пропуштена у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.⁶¹⁸

Оно што се може уочити је да, иако је реч о једном законском правилу, заправо постоје три подврсте непосредног оштећења поверилаца. Оно што је заједничко за све три подврсте је то што се у сваком од ових случајева претпоставља да је противник побијања неко треће лице а не поверилац стечајног дужника.

3.3.3.1. Услови

У погледу услова овог посебног основа побијања може се, следствено наведеном да постоје три подврсте непосредног оштећења поверилаца, дефинисати један општи услов и три алтернативно постављена услова, од којих је довољно да буде испуњен било који да би побијање било успешно. Разуме се, и они услови које смо претходно дефинисали као опште услове побијања свакако морају бити испуњени да би побијач успео у спору.

Као општи услов непосредног оштећења поверилаца је потребно утврдити да је реч о правној радњи стечајног дужника којом се повериоци непосредно оштећују. У погледу самог појма правне радње и у случају непосредног оштећења она се мора схватити на начин како је то већ речено у досадашњем излагању. Међутим, потребно је приметити да је у нашем позитивном праву доста забуне само одређење предмета побијања у Закону о стечајном поступку и Закону о стечају. Најпре, Закон о стечајном поступку у члану 101. предвиђа као предмет непосредног оштећења стечајних поверилаца⁶¹⁹ правни посао којим се повериоци непосредно оштећују, док

⁶¹⁸ Члан 122. ст. 1. Закона о стечају.

⁶¹⁹ Није јасно због чега се на овом месту прецизира да је реч о оштећењу стечајних поверилаца а не само поверилаца као што је код других основа побијања, нпр. намерног оштећења поверилаца. У

Закон о стечају предвиђа у поменутом члану 122. ст. 1. као предмет побијања правни посао или правну радњу стечајног дужника којим се повериоци непосредно оштећују. У погледу формулације непосредно оштећење такође није јасно због чега је она у овом облику искоришћења и на који начин се разликује од формулације оштећења поверилаца која је општи услов побијања. Да ли је законодавац прописујући овакву формулацију посебног услова желео да укаже на правне радње стечајног дужника које значајније угрожавају и оштећују интересе поверилаца у стечајном поступку, односно којим се квалитативно или квантитативно наноси већа штета за повериоце? На тај начин би овај услов побијања издигао у односу на друге посебне услове, као што су уобичајено или неуобичајено намирење. По мишљењу аутора овог рада, према самој структури ове норме, временском периоду у којем радња мора бити предузета да би могло бити речи о побијању, положају странака у поступку у смислу терета доказивања као и по самим последицама успешног побијања не постоји значајна разлика на основу које би се овакво оштећење могло квалификовати као непосредно оштећење поверилаца. Могуће је да је интенција законодавца била да укаже да је у овом случају реч о оштећењу поверилаца до којег долази радњом дужника из које корист извлачи треће лице, па је због тога непосредно за разлику од радњи уобичајеног и неуобичајеног намирења које заправо представљају погодовање једног повериоца у односу на остале и на тај начин посредно оштећење поверилаца. Чини се да ни овај аргумент, иако оправдан, не успева да објасни *ratio legis* појма непосредног оштећења поверилаца. Реч је о творевини немачког права која је реципирана и у нашем праву.⁶²⁰ И поред свега наведеног, чини се да сама квалификација оштећења поверилаца као непосредног и поред нејасне слике шта се тиме желело постићи, неће значајније утицати на саму примену непосредног оштећења поверилаца у пракси.

Као прва подврста непосредног оштећења је препозната она права радња која је предузета у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање

самом наставку одредбе се говори о оштећењу поверилаца тако да треба узети да је реч о техничкој, редакцијској неусклађености закона.

⁶²⁰ Иначе, сама реч непосредно долази од превода немачке речи *Unmittelbar*, која може значити још и директно.

стечајног поступка, а у време закључења посла стечајни дужник је био неспособан за плаћање уколико је сауговорач стечајног дужника знао за његову неспособност плаћања.⁶²¹ Дакле, услови који се односе на ову подврсту су:

1. да је реч о правној радњи стечајног дужника која је предузета у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка;
2. да је у време предузимања радње стечајни дужник био неспособан за плаћање;
3. да је сауговорач стечајног дужника знао за његову неспособност за плаћање.

Овај случај, дакле, подразумева два објективна и један субјективан услов. Објективни услови се односе на саму радњу стечајног дужника односно време њеног предузимања и његовог економско-финансијског стања у том тренутку док се субјективни услов односи на стање свести, односно степен несавесности сауговорача стечајног дужника. У односу на саму радњу стечајног дужника ваљало би напоменути да је Закон о стечају изменио норму свог претходника, Закона о стечајном поступку, у погледу рока у којем инкриминисано понашање дужника може бити предмет побијања. Према одредби Закона о стечајном поступку тај рок је био три месеца пре покретања стечајног поступка, док је према важећем Закону о стечају шест месеци, а рок се неће рачунати унатраг од дана отварања стечаја него од дана подношења предлога за покретање стечајног поступка. Ово практично значи да је рок у којем је радња морала бити предузета не само удвостручен већ је и дан од којег ће се рок рачунати измештен у корист поверилаца, односно права побијања. Ово је веома значајно имајући у виду околност да претходни стечајни поступци неретко трају дужи временски период иако је императивном законском нормом предвиђено да претходни стечајни поступак може трајати најдуже 30 дана од дана подношења

⁶²¹ И на овом месту се види недоследност законодавца, који као општи услов наводи правни посао или правну радњу а код прецизирања додатних услова предвиђа правило које се односи само на правни посао, али по мишљењу аутора нема сметњи да се тумачи да је законодац једнако прописао ово правило у односу на сваку правну радњу стечајног дужника која задовољава прописане услове; Такође, на овом месту се може приметити да је члан 122. ст. 1. тач. 1. Закона о стечају заправо пресликана одредба члана 102. ст. 1. тач. 1. Закона о стечајном поступку у погледу предмета побијања, а творци Закона о стечају су изгледали испустили из вида да је промењена терминологија у општем делу ове норме са „правни посао“ на „правни посао или правна радња“.

предлога за покретање стечајног поступка од стране овлашћеног предлагача. Измена овог правила у односу на правило из Закона о стечајном поступку доноси још једну повољност за повериоце, да у случају када имају одређене сумње да постоји правна радња дужника којом је дошло до оштећења поверилаца, односно која задовољава услове који су предвиђени за непосредно оштећење поверилаца, могу, уколико имају доспело потраживање према дужнику, поднети предлог за отварање стечајног поступка и на тај начин фиксирати дан од којег ће се унатраг рачунати рок у којем је радња била предузета и на тај начин доцније утврдити да ли је реч о правној радњи која може бити предмет успешног побијања. Са друге стране, правило Закона о стечајном поступку, који се у пракси привредних судова примењује на бројне стечајне поступке који су покренути за време његовог важења, о дану отварања стечаја над дужником као дану који се узима као полазна тачка за рачунање рока у којем је радња морала бити предузета, оставља спретном дужнику, пролонгира трајање претходног поступка и на тај начин избегне могућност побијања одређене сопствене правне радње. Дужник би то могао учинити уз помоћ различитих могућности као што су оспоравање стечајног разлога, избегавање пријема позива за рочиште за испитивање стечајног разлога или на други начин. У погледу престала два услова, да је у време предузимања радње стечајни дужник био неспособан за плаћање односно да је сауговорач стечајног дужника знао за његову неспособност за плаћање примениће се *mutatis mutandis* све што је речено у делу који се односи на уобичајено намирење. Међутим, важно је приметити да је у судској пракси разматрана ситуација отуђења ствари стечајног дужника кроз поступак јавне лицитације у односу на субјективни услов на страни противника побијања, Поставило се правно питање, да ли ће и у том случају постојати знање противника побијања за дужникову неспособност плаћања? Аутори који су разматрали ово питање су заузели став да се не могу побијати радње стечајног дужника којима је претходио поступак лицитације⁶²², а наведени став је прихватила већински и судска пракса.

⁶²² Владимир Козар, Принудно поравнање, стечај и ликвидација предузећа и банака, стр. 45 Савремена пракса, број 3, Савремена администрација, 1999. година.

Друга подврста непосредног оштећења поверилаца подразумева следеће додатне услове:

1. да је посао закључен после подношења предлога за покретање стечајног поступка,
2. да је стечајни дужник неспособан за плаћање или да је стављен предлог за покретање стечајног поступка
3. да је сауговарач стечајног дужника је знао или је морао знати за неку од ових околности.

Дакле, овај случај непосредног оштећења поверилаца, према изречно законској одредби, покрива период од дана подношења предлога за отварање стечаја. Оно што се не може не приметити је да закон у овој подврсти непосредног оштећења поверилаца не користи термин правна радња или алтернативно правни послови или правне радње, као што то чини приликом креирања општег услова непосредног оштећења поверилаца, већ само појам правног посла, па се може поставити питање да ли је реч о интенцији законодавца да у овом случају, сузи поље примене побијања само на правне послове стечајног дужника, имајући у виду да је појам правног посла значајно ужи од појма правне радње стечајног дужника? Додатну забуну уноси појам сауговарача стечајног дужника који упућује да је реч само о уговорима који је стечајни дужник закључио након подношења предлога за стечај. Ипак, обзиром да не стоји ниједан разлог који томе иде у прилог, према мишљењу аутора овог рада, оваква интенција законодавца није постојала већ је, као и у многим случајевима до сада напоменутим, реч о техничком пропусту односно лошој редакцији самог законског текста.⁶²³ Иако то, чини се, није била идеја законодавца, а имајући у виду правило по којем се изузеци уско тумаче, требало би имати у виду да ће према одредбама Закона о стечају само правни послови стечајног дужника које је он предузео у периоду од дана подношења предлога за отварање стечајног поступка до дана када је стечајни поступак заиста и отворен моћи побијати као непосредно

⁶²³ Поједини аутори ни не примећују овај проблем већ сматрају да се као предмет побијања може означити правна радња стечајног дужника, видети у Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 107.

оштећење поверилаца а не и друге његове правне радње. И одредба Закона о стечајном поступку у погледу могућности побијања правних послова стечајног дужника као непосредног оштећења поверилаца није била формулисана на адекватан начин. Наиме, ова норма се односила на посао закључен после подношења предлога за покретање стечајног поступка, а сауговорач стечајног дужника је знао или је морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање или да је стављен предлог за покретање стечајног поступка⁶²⁴, али су поједини аутори одлично приметили да су ови олакшани субјективни услови на страни сауговорача стечајног дужника у случају правних послова предузетих након подношења предлога за отварање стечаја у односу на оне који су предузети у року од 3 месеца пре дана отварања стечаја, само формално-правне природе, обзиром да суштинске разлике по том питању нема.⁶²⁵ Такође, основано се наводи да ће се период после подношења предлога за покретање стечајног поступка увек подударати с тромесечним периодом пре његовог покретања а то је последица чињенице да тромесечни период пре покретања стечајног поступка кумулира и време предстечајног поступка које настаје након подношења предлога за његово покретање и максимално траје тридесет дана.⁶²⁶

Последња подврста непосредног оштећења поверилаца предвиђа следеће услове:

1. да је реч о предузимању или пропуштању предузимања правне радње од стране стечајног дужника;
2. да услед тога он губи неко своје право или због које он то право више не може остварити;
3. да је радња предузета или пропуштена у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.

За непосредно оштећење поверилаца учињено предузимањем или пропуштањем правне радње стечајног дужника довољно је само постојање објективног услова исказаног као губитак или немогућност остварења његовог

⁶²⁴ Члан 101. ст. 1. тач. 2. Закона о стечајном поступку.

⁶²⁵ Слијепчевић, Спасић, Наведено дело, стр.371.

⁶²⁶ Ibid.

права.⁶²⁷ Дакле, у случају када је испуњен објективни услов који се односи на саму правну радњу стечајног дужника, односно да њеним предузимањем или пропуштањем наступа правна последица да стечајни дужник губи неко право или због које он то своје право више не може остварити, као и да је она предузета односно пропуштена у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, побијање такве радње ће бити могуће. Ова подврста непосредног оштећења која је предвиђена Законом о стечају се разликује од оне која је била предвиђена Законом о стечајном поступку, у том погледу што одредба члана 101. ст. 1. тач. 3. Закона о стечајном поступку није предвиђала рок у којем је морало доћи до предузимања или пропуштања правне радње стечајног дужника. Међутим, поједини аутори су сматрали да се ова празнина у погледу рока мора попунити општим правилом, односно роком који иначе фигурира код непосредног оштећења поверилаца.⁶²⁸ Такође, потребно је уочити да ова подврста непосредног оштећења поверилаца предвиђа исте објективне и субјективне услове као што је то и код уобичајеног намирења, али је важно приметити да је уобичајено намирење, односно уобичајено обезбеђење резервисано само за случај када је противник побијања поверилац стечајног дужника. У случају непосредног оштећења поверилаца противник побијања је треће лице, а не поверилац стечајног дужника, које извлачи корист из предузимања односно пропуштања одређене правне радње стечајног дужника, а на штету осталих његових поверилаца. Ради се о губитку права које је припадало стечајном дужнику или он то право због закљученог правног посла и предузете или пропуштене правне радње више не може остварити па ће у тим случајевима стечајни дужник увек бити поверилац, односно титулар одређеног права према трећем лицу, за разлику од уобичајеног намирења када се налази у правном статусу дужника, односно обвезника туђег права.⁶²⁹ Ова одредба, односно подврста непосредног оштећења поверилаца, подразумева испуњење претходног услова, да дужник има одређено право према трећем лицу које престаје услед његовог невршења односно које се више не може остварити. Зато се и каже да би пропуштање

⁶²⁷ Слијепчевић, Спасић, неведено дело, стр.372.

⁶²⁸ Ibid.

⁶²⁹ Ibid.

предузимања радње било изједначено са правном радњом у смислу побијања, оно мора довести до губитка у имовини дужника а дужник треба да буде свестан и вољан да његово нечињење производи штетна дејства.⁶³⁰ Притом, овде би требало обухватити једино случај када до немогућности остварења права које стечајни дужник има према трећем лицу дође услед његовог пропуштања или активне радње на основу које долази до немогућности остварења а не када то право престане из објективних разлога. Као примери ове подврсте непосредног оштећења поверилаца се могу навести случајеви опроста дуга дужнику стечајног дужника, пропуштање законског рока за подизање паулијанске тужбе, неподизање нове тужбе у законом прописаном року када је иста одбачена због процесних недостатака услед чега је наступила застарелост потраживања стечајног дужника, неистицање приговора у законом прописаном року за уочене скривене недостатке купљене ствари или пропуштање рока за подношење тужбе због скривених недостатака по основу уговора о делу и уговора о грађењу.⁶³¹

3.3.3.2. Терет доказивања

У погледу терета доказивања, као и код осталих врста паулијанских тужби у стечају, побијач ће морати да докаже законом предвиђене услове. Обзиром да у нашем праву непосредно оштећење поверилаца, као услов побијања, садржи у себи три своје подврсте за сваку од подврста, побијач ће морати да докаже услове које законодавац захтева. Најпре, побијач ће морати да докаже да је реч о правној радњи стечајног дужника којом се повериоци непосредно оштећују. У сваком конкретном случају непосредно оштећење поверилаца ће добити своју конкретизацију али се уопштено може узети да оваква одредница значи да је потребно доказати да постоји директна каузална веза између предузете радње и оштећења поверилаца. Након тога, побијач мора доказати да је правна радња која је предмет побијања предузета у

⁶³⁰ Марија Салма, наведено дело, стр.103.

⁶³¹ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр.372.

периоду од шест месеци пре подношења предлога за покретање стечаја или након подношења предлога. Ово су све објективни услови које побијач релативно једноставно може доказати. Када то учини, побијач, да би успео у спору, мора доказати и постојање субјективних услова на страни стечајног дужника и противника побијања. Међутим, у зависности од тога када је радња која је предмет побијања предузета од стране стечајног дужника, зависиће и које субјективне услове побијач мора доказати. Најједноставнији случај за побијача ће бити случај побијања правне радње стечајног дужника која је предузета после подношења предлога за покретање стечајног поступка. У том случају, потребно је доказати да је стечајни дужник био неспособан за плаћање као и да је противник побијања знао или морао знати за ту околност или да је поднет предлог за отварање стечајног поступка над дужником. Уколико је радња, пак, предузета у року од шест месеци пре подношења предлога за стечај, побијач ће морати да докаже да је дужник у време предузимања радње био неспособан за плаћање и да је противник побијања то знао. Напослетку, уколико је реч о предузимању или пропуштању предузимања правне радње од стране стечајног дужника којом он губи неко своје право или због које он то право више не може остварити, довољно је да побијач докаже ову околност као и да је радња предузета или пропуштена последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Овај последњи случај чини један потпуно објективан склоп непосредног оштећења у којем се побијање може остварити.

3.3.3.3. Рок предузимања радње која је предмет побијања

У погледу рока у којем је радња стечајног дужника била предузета, као што је већ и наведено, наш законодавац се определио за рок од највише 6 месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, идентично као код уобичајеног намирања. Међутим, овде би ваљало приметити да је Закон о стечају донео измену у погледу рока у којем је радња морала бити предузета за овај случај

побијања, у односу на свог претходника а у корист поверилаца. По одредби члана 101. Закона о стечајном поступку побијање правних радњи стечајног дужника по основу непосредног оштећења поверилаца је било могуће у односу на оне радње које су предузете најдуже три месеца пре покретања стечајног поступка. Такође, важно је приметити да у погледу последње подврсте непосредног оштећења поверилаца, случаја предузимања или пропуштања предузимања правне радње стечајног дужника којом он губи неко своје право или због које он то право више не може остварити, према одредби Закона о стечајном поступку, није био везан за рок у којем је правна радња предузета или пропуштена.⁶³²

3.3.4. Намерно оштећење поверилаца

Један од разлога настанка права побијања је да се стане на пут дужниковим поступцима којима се оштећују повериоци. У односу на саме поступке, радње које дужник предузима, посебно место имају оне којима се врши намерно оштећење поверилаца. У нашем стечајном праву, за разлику од материјалног права, намерно оштећење поверилаца задржава класичан облик *Actio Pauliana dolosa*.

У нашем праву готово сви прописи су садржавали посебну одредбу о намерном оштећењу поверилаца. Тако рецимо, Стечајни закон из 1929. године је предвиђао правило о долозној паулијанској тужби на следећи начин: „Побијати се могу сва правна дела која је стечајни дужник учинио за време последњих десет година пре отварања стечаја у намери да оштети своје веровнике, а та је намера другој страни била позната.“⁶³³ Према одредби Закона о стечају, правни посао односно правна радња закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка или после тога, са намером оштећења једног или више поверилаца, могу се побијати ако је сауговарач стечајног

⁶³² Видети члан 101. ст. 1. тач. 1. Закона о стечајном поступку.

⁶³³ §28. ст. 1. тач. 1. Стечајног закона.

дужника знао за намеру стечајног дужника. Знање намере се претпоставља ако је сауговорач стечајног дужника знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и да се радњом оштећују повериоци.⁶³⁴

Имајући у виду концепцију намерног оштећења поверилаца у нашем праву може се закључити да овај посебни услов има троструко ограничење у својој примени, обзиром да се најпре односи само на уговоре које је закључио стечајни дужник и то само на теретне уговоре које је он закључио а у намери оштећења својих поверилаца са противником побијања који је треће лице а не његов поверилац. Такође, ваља напоменути и да се намерно оштећење, према изречној одредби Закона о стечају, може односити и на оне правне радње које је стечајни дужник предузео после подношења предлога за покретање стечајног поступка. Међутим, чини се да ће таква могућност остати само мртво слово на папиру, будући да се у истом периоду и под далеко лакшим условима може остварити исти циљ на темељу одредбе о непосредном оштећењу поверилаца,⁶³⁵ па је за очекивати да ће побијачи, без изузетка, користити пре овај основ побијања..

3.3.4.1. Услови

Из саме садржине норме може се издвојити неколико услова који морају бити испуњени да би се радило о намерном оштећењу поверилаца а то су:

1. намера оштећења једног или више поверилаца;
2. знање за намеру оштећења противника побијања;
3. да је радња којом се оштећују повериоци предузета у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка или после тога.

⁶³⁴ Члан 123. ст. 1. Закона о стечају; идентичну одредбу је имао и Закон о стечајном поступку у члану 102.

⁶³⁵ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр.39.

Пре него што буду обрађени сви услови појединачно, чини се важним напоменути да су прва два услова субјективне природе док је последњи услов постављен на објективан начин.

Први услов, намера оштећења поверилаца је уједно и крунски услов овог разлога побијања. Намера мора постојати на страни стечајног дужника. Она је уперена и резултира оштећењем једног или више поверилаца. Реч је о унутрашњем стању свести на страни стечајног дужника који предузима одређену правну радњу са знањем и жељом да оштети своје повериоце. Он је свестан какву последицу ће правна радња коју предузима произвести у односу на повериоце и на њу пристаје. Дакле, неће бити неопходно да су на страни стечајног дужника задовољени услови и свести, да је свестан последица своје правне радње, као и жеље, да ту последицу жели, већ је довољно да на њу пристаје. Наша предратна теорија је, коментаришући, долозну паулијанску тужбу из Стечајног закона из 1929. године истицала да „није потребна баш намера у смислу кривичног закона, која би садржавала у себи смјер воље управљен на становити успјех (овде на оштећење веровника) и жељу да тај успјех насупи, довољан ће бити и умишљај у смислу §16. к.з. тј. предвиђање последица, које могу да наступе из дотичног правног дела без обзира на то, да ли је дужник баш желио да те последице наступе или не.“⁶³⁶ Ови наведени разлози вреде и данас. Ово нарочито из разлога што, када говоримо о стечајном праву побијања, заправо говоримо о поступањима у привредним односима, у којима поред општег начела да у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења⁶³⁷, вреди и правило по којем је страна у облигационом односу дужна да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа, односно у привредним односима са пажњом доброг

⁶³⁶ Antun Verona и Srećko Zuglia, Стечајни закон, Закон о принудном поравнању и Закон о увођењу у живот тих закона с коментаром, судским рјешидбама и додатком споредних правних прописа, стр.93, Тисак Југословенске штампе д.д. Загреб, наклада Југословенско накладно д.д. „Обнова“, Загреб, 1930. година..

⁶³⁷ Члан 12. Закона о облигационим односима.

привредника.⁶³⁸ Ова начела генеришу и потребу за санкционисање поступака дужника којима долази до њихове повреде. Према томе, у односу на намеру оштећења, иако је ово услов који је најтеже доказати у целокупној материји права стечајног побијања, довољно ће бити доказати да је, према околностима конкретног случаја, дужник знао да ће услед предузимања одређене правне радње са његове стране, за повериоце наступити штета која се огледа о немогућности или смањеној могућности намирења потраживања.

Сама намера мора постојати на страни стечајног дужника. Међутим, обзиром да је стечајни дужник, без изузетка, правно лице, није баш сасвим јасно на који начин ће се утврдити његова намера. Чини се заправо да тако нешто неће ни бити могуће, обзиром да правно лице нема самосталну ни вољу ни свест. Зато ће анализа бити пренета на нижи ниво, на ниво заступника друштва који исказују вољу правног лица кроз своје деловање. Најпре, ту ће бити речи о директору као статутарном, законском заступнику, али у појединим случајевима ће бити говора и прокуристи или пуномоћнику. Заправо, у односу на сваку поједину правну радњу коју је стечајни дужник предузео ће се утврдити посредством ког лица је то учињено, а у зависности од одговора на ово питање ће бити анализирано да ли је на страни стечајног дужника постојала намера оштећења.

Утврђење намере оштећења на страни стечајног дужника може бити спроведено на различите начине. Најпре, непосредно, када се може утврдити да је дужник предузео одређену правну радњу којом је део своје имовине отуђио противнику побијања или њом располагао у његову корист, услед чега нема довољно имовине из које би се могла намирити потраживања поверилаца у стечају. Такав случај је релативно лако и доказати. Међутим, намера оштећења може постојати и посредно, када сама садржина радње по изгледу не одговара таквој рђавој намери дужниковој. У том смислу, могуће је да дужник отуђи део своје имовине у циљу спречавање отуђења неког другог њеног дела. Рецимо, случај комплекска који

⁶³⁸ Члан 18. ст. 1. Закона о облигационим односима.

обухвата неколико објеката па дужник отићи само један од њих или више, уколико је реч о објектима без којих куповина осталих неће бити успешна и не може бити успешна. Други случај који се може десити је да дужник отуђи важан део одређене машине или линије а услед тога више нико неће бити заинтересован да ту непокретност купи. Напоследку, намера оштећења ће постојати у случају када рецимо дужник, који је из производног дела привреде, непосредно пред стечај располаже одређеном делом имовине који је од значаја за наставак производње и генерално за могућност намирења поверилаца у стечају као што је случај, на пример, са жиговима регистрованим на име стечајног дужника. Пример таквог понашања је отуђење машине или уређаја из састава производне линије која због тога губи производну функцију услед чега се њена прометна вредност своди на цену отпадног гвожђа.⁶³⁹

Законодавац намеру везује за оштећење једног или више поверилаца. Није јасно због чега је таква формулација искоришћена на овом месту у Закону о стечају.⁶⁴⁰ Ипак, наше право није једино које је предвидело овакво правило, заправо постоји читав спектар решења у погледу везивања намере и оштећења поверилаца. Тако Закон о стечају Републике Српске користи једнину односно одредницу „са намјером да оштети повјериоца“⁶⁴¹, Стечајни закон Хрватске множину па предвиђа „с намјером да оштети своје вјеровнике“⁶⁴², слично чини и Закон за Стечај Македоније док Закон о стечају Црне Горе предвиђа идентично правило у овом смислу „са намјером оштећења једног или више повјерилаца.“ Чини се да би се одредницом намера оштећења поверилаца која мора постојати на страни стечајног дужника на задовољавајући начин покриле све могуће ситуације. Радња коју је стечајни дужник предузео пре отварања стечаја којом се оштећује један поверилац, односно дозвољавање побијања такве радње у стечају би донекле нарушило једно од основних начела стечајног поступка, што је заправо и *differentia specifica* стечајног

⁶³⁹ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 38.

⁶⁴⁰ Идентична ситуација је била и Закону о стечајном поступку.

⁶⁴¹ Видети члан 137. Закона о стечају Републике Српске; видети и члан 83. Закона о стечају ФБиХ.

⁶⁴² Видети чланак. 202. ст. 1. Стечајног закона РХ.

поступка, а то је правило о колективном намирењу. У стечају се не штите појединачни интереси поверилаца нити се може остварити индивидуално намирење. Од тренутка када је стечај отворен, у начелу⁶⁴³, није могуће водити други поступак намирења потраживања, већ ће повериоци бити принуђени да своја права остварују у стечају. Такође, правила стечајног права су конципирана тако да на поверилачкој страни она не разазнају појединачне повериоце и њихове интересе, већ се они посматрају као једна маса, која очекује намирење у зависности од висине потраживања сваког појединог повериоца у односу на укупан износ потраживања. Напоследку, намера оштећења једног повериоца од момента отварања стечајног поступка се и фактички изједначаје са намером оштећења свих поверилаца. Ово из разлога што ће последица оштећења једног повериоца, по природи ствари, представљати његову немогућност односно смањену могућност намирења потраживања, што ће од момента отварања стечаја, недвосмислено произвести ефекат да ће тај поверилац са целокупним својим потраживањем партиципирати у намирењу из преостале стечајне масе, што последично доводи до тога да ће намирење потраживања осталих поверилаца бити у мањем износу у односу на ситуацију да до тога није дошло. Из свих ових разлога, чини се да је по среди техничка грешка у законском тексту када је назначено да се намера стечајног дужника односи на једног или више поверилаца и да би ваљало ову норму тумачити у класичном смислу права стечајног побијања као намеру оштећења поверилаца. Да је то тако, по мишљењу аутора овог рада, сведочи и наслов који претходи овом члану Закона о стечају а то је намерно оштећење поверилаца а не повериоца и поверилаца.

Други услов превиђен овим основом побијања је такође субјективне природе а односи се на противника побијања. Наиме, потребно је да је на страни противника побијања постојало знање за намеру оштећења поверилаца. Реч је такође о одређеном стању свести у односу на предузету правну радњу, овог пута на страни противника побијања. Међутим, стање свести ће се односити не само на правну радњу стечајног дужника, већ и на последицу која се том правном радњом остварује. Тако, противник

⁶⁴³ Изузетак представља случај укидања забране извршења и намирења у складу са условима из члана 93. Закона о стечају.

побијања мора знати за намеру стечајног дужника да правном радњом коју предузима у његову корист оштећује своје повериоце. Потребно је да чињенични, одосно психолошки склоп намера оштећења поверилаца буде познат противнику побијања. Законодавац се не задовољава формулацијом да је сауговарачу стечајног дужника морала бити позната намера оштећења поверилаца већ захтева директно знање за намеру оштећења. Директно знање за намеру оштећења представља висок степен несавесности на страни противника побијања. Дубља анализа показује да је ово стање свести које мора постојати на страни противника побијања, са једне стране, слична оној која постоји у случају непосредног оштећења иако се са друге стране и разликује од ње обзиром да у случају непосредног оштећења не постоји намера стечајног дужника да се оштете повериоци.

На овом месту је важно напоменути да је законодавац оивичио примену основа намерног оштећења у погледу радње извршења као и у односу на то ко може бити противник побијања у овом случају. Наиме, законско правило говори о сауговарачу стечајног дужника као противнику побијања, што непосредно ограничава овај основ на уговоре које је закључио стечајни дужник са противником побијања, а посредно и на теретне уговоре као правне радње које се могу побијати. Дакле, у случају намерног оштећења, а обзиром да ће противник побијања бити сауговарач стечајног дужника, у погледу правне радње која ће бити предмет побијања, говоримо искључиво о закључивању уговора. Међутим, овде неће бити речи само о уговорима у писаној форми, још мање о формалним уговорима, па у складу са општим начелом да се уговори у нашем праву у начелу закључују *solò consensu*, закључује се да ће овај основ побијања имати широк спектар, понајвише јер се пословање у привреди и заснива на уговорним односима између страна. Такође, ваљало би имати у виду да противник побијања може бити сауговарач стечајног дужника из билатералног уговора, што ће бити најчешћи случај, али је могуће да у питању буде и мултилатерални уговор, али је у том случају неопходно да противник побијања буде та уговорна страна која извлачи корист из уговора из дужникове имовине. Имајући у виду текст закона који у вези са намерним оштећењем

поверилаца као противника побијања препознаје само сауговарача стечајног дужника, само назначење да се намерно оштећење поверилаца може учинити правним послом односно правном радњом је неодрживо. Очигледно је да је законодавац мислио да се намерно оштећење поверилаца може извршити само закључењем правног посла односно уговора од стране стечајног дужника па је тако требало и извршити редакцију овог члана. Ова нелогичност и недоследност Закона о стечају би свакако требала бити исправљена у следећим изменама закона или ће бити неопходно да се томе посвети посебна пажња приликом доношења будућег закона којим ће се уредити стечајна материја у нашој земљи. Са друге стране, намерно оштећење ће бити могуће само у случају теретних уговора обзиром да ће се побијање бестеретних уговора спроводити на основу посебног основа побијања, који захтева знатно блаже услове које побијач мора доказати у току поступка, па је за очекивати да ће, иако не мора, одабрати тај пут за остварење права побијања. Такође, у односу на сауговарача стечајног дужника, противника побијања, у случају намерног оштећења, који претпоставља тежи облик несавесности на страни противника побијања, треба напоменути да у начелу то неће бити поверилац стечајног дужника по неком основу који постоји пре закључења уговора као предмета побијања. У случају да је реч о постојећем повериоцу стечајног дужника у моменту закључења уговора којим се намирује његово потраживање према стечајном дужнику, такво располагање стечајног дужника ће бити предмет побијања од стране побијача из разлога уобичајеног или неубичајеног намирења или обезбеђења. Тек уколико је уговор између стечајног дужника и противника побијања закључен пре више од годину дана пре дана подношења предлога за отварање стечног поступка, такво располагање ће бити предмет побијања по основу намерног оштећења поверилаца.

Трећи услов је, као што смо напоменули објективне природе, реч је ограничавању рока у којем је потребно да је правна радња стечајног дужника предузета да би уопште могло бити речи о намерном оштећењу поверилаца. Тако законодавац прописује рок у којем је потребно да је правна радња предузета од стране стечајног дужника. Тај рок износи 5 година пре подношења предлога за

покретање стечајног поступка. Као што се може видети, реч је о прилично дугачком року, најдужем у нашем и материјалном и стечајном праву побијања, који ће омогућити стечајном управнику и повериоцима значајне могућности за анализу пословања стечајног дужника знатно пре него што је поднет предлог за отварање стечаја. И у овом случају наш законодавац користи као полазну тачку предлог за покретање стечаја а не само покретање стечаја, што указује на његову жељу да додатно продужи рок у којем ће радња бити предузета да би се радило о намерном оштећењу. Такође, објективни услов обухвата и правне радње које је стечајни дужник предузео после подношења предлога за покретање стечајног поступка, односно све оне правне радње које је стечајни дужник предузео у међувремену, од дана подношења предлога за покретање стечајног поступка до дана када је стечајни поступак и отворен. Међутим, а како су добро приметили одређени аутори, ретко када ће било која правна радња стечајног дужника која је предузета након подношења предлога за покретање стечајног поступка бити предмет побијања као намерног оштећења поверилаца, односно да ће та могућност остати „мртво слово на папиру“, будући да се у истом периоду и под далеко лакшим условима може остварити исти циљ на темељу одредбе о непосредном оштећењу поверилаца.

3.3.4.2. Терет доказивања

Идеја да побијач мора доказати све услове побијања добија свој посебан значај у случају намерног оштећења поверилаца. Наиме, овде је терет доказивања такође на страни побијача, али је његов задатак најтежи у целокупном праву побијања правних радњи стечајног дужника. Ово је последица околности да је за успешно побијање правне радње која представља намерно оштећење поверилаца потребно доказати не један већ два субјективна услова, од којих сваки за себе носи одређену тежину у смислу доказивања. На жалост побијача, доказивање једног од

субјективних услова не претпоставља да је аутоматски доказан и други, него се сваки засебно мора доказати.

Најпре, а то је уједно и најлакши задатак на страни побијача, потребно је доказати објективни услов, да су правни посао односно правна радња закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка или после тога. Уколико је поднет предлог за покретање стечајног поступка, а то ће бити дан када је предлог запримљен у суду, а правна радња стечајног дужника је предузета након тог дана, побијач ће имати лак задатак у погледу доказивања овог објективног услова. Ништа тежи терет за доказивање неће бити ни ситуација када је правна радња предузета у о року од пет година пре него што је предлог поднет. У оба случаја је потребно да побијач достави доказе којим се потврђује тврдња о дану предузимања правне радње од стране стечајног дужника, а то ће, обзиром да у односу на овај основ побијања говоримо само о уговорима, бити дан када је уговор закључен, односно када су испуњени услови за његову пуноважност, а ако је за пуноважност неког правног посла потребан упис у земљишну књигу или у регистар бродова, ваздухоплова или патената, односно у другу јавну књигу или регистар, сматра се да је правни посао закључен онда када је захтев за упис поднет одговарајућем органу.⁶⁴⁴

У односу на први субјективни услов, намеру оштећења поверилаца, осим напомене да ће то бити изузетно тешко доказати, ваљало би одмах скренути пажњу да иако је наизглед потребно да побијач докаже само намеру оштећења, посредно он ће морати да докаже и намеру и саму штету за повериоце. У односу на штету, за успех у спору, побијач ће и иначе морати да докаже да је дошло до оштећења поверилаца обзиром да је то општи услов побијања. Када се говори о намери оштећења поверилаца под тим појмом се подразумева такав психички однос стечајног дужника према закљученом уговору са противником побијања под којим он зна да ће услед тог посла наступити штета за његове повериоце. Као што је већ

⁶⁴⁴ Члан 127. ст. 1. Закона о стечају.

напоменуто, није неопходно да стечајни дужник жели да та штета наступи, довољно је да он на њу пристане, али је свакако потребно да зна да ће се то догодити, да има свест о томе. Заправо, постојање овог услова се доказује тако што се докаже да је стечајни дужник био свестан да ће услед закљученог правног посла наступити штета за повериоце, неvezано од тога да ли он ту штету жели и планира или је само прихвата односно пристаје на њу. Због тога поједини аутори истичу да „ће довољно бити, ако је стечајни дужник предузимајући дотично правно дјело предвиђао, а ће из њега по редовном току ствари по својој прилици наступити оштећење његових вјеровника, па је ипак то дјело предузео.“⁶⁴⁵ Обзиром да је реч о привредним активностима и да је стечајни дужник правно лице, постојаће одређене претпоставке у погледу његовог знања и уопште о могућности да утврди стварну вредност одређене његове имовине. Тако обзиром да је потребно доказати да је намера стечајног дужника и остварена у захтеваној последици, односно да је заиста закључењем уговора наступила и штета за повериоце, то ће се на посредан начин и претпоставити обзиром да свако умањење имовине стечајног дужника пре стечаја води као смањеној могућности намирења, односно оштећењу поверилаца у стечају. Претпоставља се да стечајни дужник зна за своје обавезе према повериоцима, колико оне износе и која је њихова структура са једне стране, као и за реалну вредност имовине коју уговором у корист трећег отуђује за одређену накнаду, са друге стране. Имајући ово у виду, располагања која стечајни дужник чини у корист противника побијања у случају када је свестан да има обавезе према повериоцима, да је преостала имовина, укључујући и накнаду или противвредност коју добија од противника побијања, није довољна за намирење његових поверилаца, као и да је вредност по којој се врши отуђење упадљиво већа од противнакнаде која се добија, сматраће се да постоји намера оштећења на страни стечајног дужника. По једном мишљењу, као индицију намере оштећења треба оценити и случај када се правна радња предузима у посебној журби, нарочито у временском контексту економске кризе дужника која се назире.⁶⁴⁶ И по мишљењу аутора овог рада ће неповољан

⁶⁴⁵ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 93-94.

⁶⁴⁶ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 121.

економски положај стечајног дужника или закључење одређеног правног посла непосредно пре финансијског краха бити од значаја за утврђење намере на страни стечајног дужника да оштети своје повериоце. Међутим, околност да је стечајни дужник, на пример, отуђио део своје имовине да би обезбедио средства неопходна за стабилизацију пословања или измирење одређених обавеза према повериоцима, у начелу, неће представљати намеру оштећење поверилаца. Ово је из разлога што би супротан став практично онемогућио било ког привредног субјекта да отуђује своју имовину у циљу економског опоравка, или би могао то да учини али под претњом да ће такво располагање моћи да буде предмет побијања у евентуалном доцнијем стечајном поступку, што би дестимулисало остале привредне субјекте да са њим сарађују а паралелно би довело до правне несигурности. Одређени аутори сматрају да околност да је стечајни дужник поступао са намером оштећења тужилац не мора директно ни тврдити нити доказивати већ се то пресумира из настале штете а ствар је туженика да докаже да стечајни дужник није имао намере оштећења.⁶⁴⁷ По мишљењу аутора овог рада, доказивање саме штете неће аутоматски повући и претпоставку да је доказана и намера стечајног дужника да оштети своје повериоце. Међутим, такву намеру је могуће доказати директно, што ће бити случај непосредне околности да је дужник изјавио или на други непосредни начин показао да правни посао закључује у намери да оштети своје повериоце, или посредно, што је знатно вероватније да ће се десити у пракси, на већ споменут начин, преко доказивања вредности отуђене имовине и постојања обавеза према повериоцима.

Међутим, важно је приметити да се намера оштећења на страни дужника неће претпоставити у било ком случају. Наиме, ово намеру побијач мора доказати обзиром да чак и када је испуњен субјективни услов на страни противника побијања то не претпоставља да је истовремено постојала намера дужника да оштети своје повериоце. О овоме је и судска пракса заузела јасан став.⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 95.

⁶⁴⁸ „Осим тога, чињеница да је овде тужени знао да је тужилац неспособан за плаћање не значи да је постојала намера тужиоца да оштети друге повериоце и не значи да ја тужени за ту намеру знао, ако је она уопште постојала, обзиром да постојање намере да се оштете повериоци представља субјективни однос стечајног дужника према његовим повериоцима, и он не мора постојати чак ни у ситуацији када

Други субјективни услов који је потребно доказати у случају намерног оштећења поверилаца је услов који се односи на стање свести противника побијања, наиме, он мора знати за намеру оштећења поверилаца од стране стечајног дужника. Законодавац, наизглед, олакшава позицију побијача у погледу овог субјективног услова претпоставком да се знање намере претпоставља ако је сауговарач стечајног дужника знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и да се радњом оштећују повериоци. У односу на саму претпоставку она ће постојати у случају испуњења два услова, оба субјективне природе, односно да је противник побијања знао:

1. да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и
2. да се радњом оштећују повериоци.

Међутим, творци закона и на овом месту чине технички пропуст па тако уместо да закон говори приликом дефинисања претпоставке о знању за намеру он користи неодређену формулацију „знање намере“.⁶⁴⁹ Претпоставка је коципирана од два засебна услова која су постављена на кумулативан начин, односно да би се могла користити од стране побијача, морају се доказати оба услова у сваком конкретном случају. Дакле, побијач најпре мора доказати да је противник побијања знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања. На који начин ће се то доказати законодавац не говори, па је закључак да је то фактичко стање које се у свакој конкретној ситуацији мора доказати у зависности од околности конкретног случаја. По једном мишљењу пример таквог стања је узимање новог кредита у ситуацији када се ни по протеклу уговореног рока нису испуниле обавезе по раније закљученом уговору у кредиту.⁶⁵⁰ Чини се да овај случај заиста може верно осликати законски услов из овог посебног начина побијања, међутим аутор овог рада сматра да се

је тужени, односно стечајни дужник, пословао са финансијским тешкоћама, односно када му је рачун био у блокади, већ је потребно да је тај субјективни однос изражен као намера да се оштете повериоци. У конкретном случају, тужилац није доказао чињенице које упућују на закључак да је код његовог правног претходника постојала намера да се оштете повериоци.“ (Пресуда Привредног апелационог суда Пж 7752/2012 од 3.4.2013. године; Извор: лична архива аутора).

⁶⁴⁹ Реч је о преписаном решењу из члана 102. Закона о стечајном поступку.

⁶⁵⁰ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 38

овакав закључак не може извући на оваквом генералном, општем нивоу већ се мора анализирати чињенично стање које претходи оваквом располагању. Такође, само на основу околности сваког појединог случаја би се могло утврдити да је противник побијања знао да се радњом коју предузима стечајни дужник оштећују повериоци. Потребно би било, за испуњење овог услова, доказати да је противник побијања имао свест о томе да стечајни дужник има ненамирене повериоце као и да се закључењем правног посла они оштећују, што посредно значи да је потребно да се докаже и да противник побијања има прецизну информацију о томе да ће дужник отуђењем предмета на који се правни посао који са њим закључује односи, остати са имовином која није довољна да би се повериоци намирили. Притом, све то му је морало бити познато у тренутку закључења правног посла. Према једном схватању, приликом утврђења да ли је испуњена ова претпоставка, потребно је искористити правни стандард објективног трећег лица, па кроз одговор на питање да ли је то лице на основу датих околности са довољном сигуношћу могло или морало да изведе закључак о макар претећој неспособности плаћања дужника.⁶⁵¹ Заиста, правни стандард би се могао искористити и на страни противника побијања, међутим, проблем може представљати околност да се на страни противника побијања може појавити како правно тако и физичко лице. Обзиром да је, у начелу, реч о привредним односима, могло би и у овом случају доћи до примене правила о пажњи доброг привредника. Ипак, постављање овако тешког услова на страни противника побијања, који притом није значајно олакшан ни уз помоћ претпоставке, резултирао је тим да је у теорији речено да је битно уочити да закон захтева истовремено постојање субјективних услова, на страни стечајног дужника и његовог сауговорача, па је изражен став да је код намерног оштећења поверилаца у питању заједничка намера стечајног дужника и друге стране да се закљученим правним послом оштете повериоци стечајног дужника.⁶⁵² Овај став је прихваћен готово једнодушно и у пракси привредних судова у последњих десетак година.⁶⁵³ Међутим, посебно је

⁶⁵¹ Цимерман, Обућина, Миловановић, стр. 122.

⁶⁵² Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 374.

⁶⁵³ Тако у једном случају Привредни апелациони суд јасно потврђује овакво схватање. „Из цитиране законске одредбе произлази да је за намерно оштећење поверилаца неопходно постојање заједничке

потребно имати у виду да несавесност дужника или противника побијања не повлачи аутоматски и несавесност друге стране, већ је реч о два засебна услова која се морају доказати.⁶⁵⁴

3.3.4.3. Рок у којем радња мора бити предузета

По правилу, случај намерног оштећења поверилаца красе изразито дуги рокови у којима радња која је предмет побијања може бити предузета а рачунато пре дана подношења предлога за покретање стечајног поступка или пре самог стечаја. Развој стечајног права у нашој земљи је довео и до промене у погледу рока у којем је радња могла бити предузета а у вези са намерним оштећењем поверилаца. Тако, Стечајни закон познаје рок од 10 година али се он рачуна у односу на период пре отварања стечаја,⁶⁵⁵ док Закон о стечајном поступку познаје рок од 5 година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.⁶⁵⁶

Према одредбама Закона о стечају постоје два рока у којима је правна радња стечајног дужника могла бити предузета да би било речи о намерном оштећењу поверилаца и то:

1. општи рок од пет година пре подношења предлога за покретање стечаја;
2. посебни рок од годину дана пре отварања стечаја.

намере оштећења на страни стечајног дужника и сауговарача, односно да је сауговарач знао или морао знати да стечајном дужнику прети неспособност плаћања. То значи да је, како правилно закључује првостепени суд на тужиоцу био терет доказивања да је стечајни дужник закључењем Уговора о залози и Анекса тог уговора учинио у намери оштећења поверилаца као и да је тужени знао за намеру стечајног дужника, односно знао да истом прети неспособност плаћања.“ (Пресуда Привредног апелационог суда 4 Пж 9352/10 од 15.11.2011. године;Извор: лична архива аутора).

⁶⁵⁴ Овакав став је изречно изражен у једној судској одлуци. „Чињеница да је тужени имао сазнање да стечајном дужнику прети неспособност плаћања, не значи аутоматски и претпоставку да постоји намера стечајног дужника да се оштете повериоци.“ (Решење Привредног апелационог суда Пж 9718/2012 од 12.06.2013. године; Извор: правна база Paragraf lex),

⁶⁵⁵ §28. ст. 1. тач. 1. Стечајног закона

⁶⁵⁶ Члан 102. Закона о стечајном поступку

У односу на општи рок, о њему је било речи у досадашњем излагању о намерном оштећењу поверилаца. Посебни рок је дефинисан Новелама Закона о стечају из августа 2014. године и то одредбом која гласи: „ако је стечајни дужник у последњој години пре отварања стечаја вратио кредит или зајам лицу повезаном са стечајним дужником у смислу овог закона, осим лицу које се у оквиру своје редовне делатности бави давањем кредита, сматраће се да је извршио радњу намерног оштећења поверилаца која је подобна за побијање.“⁶⁵⁷ У односу на ово правило је потребно најпре препознати да је реч о посебном року у којем се враћање кредита или зајам повезаном лицу сматрати радњом намерног оштећења. Тај рок износи годину дана али се рачуна у односу на дан отварања стечаја. Многе лексичке замерке се могу упутити законодавцу у погледу ове норме али оно што се најпре може приметити је то да је законодавац нарушио јединство које је постојало у Закону у стечају⁶⁵⁸ у погледу почетне тачке за рачунање рокова у којима су правне радње морале бити предузетем обзиром да у свим осталим случајевима, односно посебним условима побијања, се тај рок рачуна од дана подношења предлога за покретање стечајног поступка. Међутим, питање је уопште да ли ће ова одредба остварити своју примену. Ова сумња постоји из разлога што правна радња која је њом дефинисана заправо представља радњу уобичајеног намирења, иако је предвиђен нешто дужи рок у којем је она могла бити предузета да би могла бити предмет побијања. Ипак, познавајући праксу привредних судова, као и околност да неретко временски период од дана подношења предлога за отварање стечаја до дана отварања стечаја траје дужи временски период, могуће је да ова могућност побијања ни са аспекта дужине рока неће остварити своју примену. Међутим, а имајући у виду да ово правило генерише необориву правну претпоставку о намерном оштећењу, за очекивати је да заинтересована лица, у случају да се одлуче за побијање радње враћања кредита или зајма повезаном лицу, ипак искористе ово и на релативно једноставан начин, уз доказивање општих услова, и тиме остваре побијање таквог дужничковог располагања. Уколико је враћање кредита или зајма повезаном лицу учињено пре

⁶⁵⁷ Члан 123. ст. 3. Закона о стечају.

⁶⁵⁸ А иначе сам Закон о стечају се не може похвалити систематичношћу и прецизношћу у материји побијања.

више од годину дана пре отварања стечајног поступка, таква радња стечајног дужника може бити, под нешто строжијим условима, предмет побијања као намерног оштећења поверилаца.

На овом месту је потребно указати и на још једну одредбу Закона о стечају која је унета Новелама из августа 2014. године. Према овој одредби обезбеђење које је стечајни дужник дао за зајам, односно друге правне радње које у економском погледу одговарају одобравању зајмова, лицу повезаном са стечајним дужником, у смислу овог закона, осим лица које се у оквиру своје редовне делатности бави давањем кредита или зајмова, у тренутку када је било трајније неспособно за плаћање у смислу овог закона или у року од годину дана пре дана отварања стечајног поступања над друштвом, не производи правно дејство у поступку стечаја над друштвом.⁶⁵⁹ По мишљењу аутора овог рада, ово је веома нејасна одредба са једне стране, а и њено место у закону је на погрешан начин одабрано, са друге стране. Најпре, није сасвим јасно на шта је законодавац мислио када је предвиђао овакво правило, ко представља уговорне стране у односу на који се одредба односи, као и да ли изузетак у погледу лица које се у оквиру своје редовне делатности бави давањем кредита или зајмова подразумева да је то лице поверилац из основног посла или дужник. Ипак, имајући у виду да је реч о одредби која суштински не припада праву побијања, обзиром да предвиђа да таква правна радња не производи правно дејство а не да се може побијати, неће бити предмет детаљнијег разматрања у овом раду.

Посебна ситуација, која није непозната ни у пракси, постоји када стечајни дужник отуђује део своје имовине тако што сопствену имовину уноси у друго правно лице и постаје члан тог правног лица. Строго формално гледано, у наведеном случају нема оштећења поверилаца обзиром да је дужник само конвертовао право на својој имовини у удео у другом привредном друштву. Међутим, то није тако. Најпре, са финансијског аспекта није иста вредност имовине као и вредност удела дужника у другом правном лицу. Ово је из разлога што се вредност удела не одређује само на

⁶⁵⁹ Члан 123. ст. 2. Закона о стечају.

основу вредности унете имовине, већ се морају имати у виду и сва права и обавезе тог друштва. Разуме се, могућа је ситуација у којој је вредност удела, због добрих пословних резултата друштва, већа од вредности унете имовину па у таквом случају побијање неће бити могуће. Ипак, знатно чешћи случај ће бити ситуација у којој уношењем одређене имовине у неко привредно друштво, дужник оштећује своје повериоце обзиром да удео који заузврат добија има мању вредност него унета имовина. У оваквом случају, најчешће ће бити реч о намерном оштећењу поверилаца у којем је уз стечајног дужника учествовало и природно друштво у које је унет капитал од стране дужника. Такође, често се у оваквим преносима огледа и намера дужника да на други начин изврши оштећење поверилаца.⁶⁶⁰

3.3.5. Послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду

Као последњи посебни услов побијања у нашем стечајном праву заузима побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду. Реч је о класичном разлогу за побијање који је садржао и први стечајни пропис у нашој земљи. Наиме, у Закону о стечајном поступку из 1861. године је било предвиђено да поклони, које је пропалица на 14. дана пре отвореног стечајног ма коме учинио, према поверитељима уништавају се, и оно, што би за то време поклоњено било, пада у стечајну масу, а

⁶⁶⁰ Тако је у једном случају то учињено са намером промене структуре класе поверилаца. Дужник је отуђио на овај начин имовину друштва која је била предмет обезбеђења ових поверилаца како би елиминисао класу разлучних поверилаца, односно како би таквог повериоца који има потраживање према стечајном дужнику али који више нема разлучно потраживање сврстао у класу стечајних поверилаца у којој би значајно лакше добио већину која му је неопходна како би се план реорганизације усвојио. Ово питање, и могућност злоупотребе је разрешио Привредни апелациони суд када је заузео следећи став о постојању заложног повериоца, што је нешто доцније и озакоњено кроз Новеле Закона о стечају: „Специфичност њихове позиције је у томе што у случају предлагања и гласања о плану реорганизације, исти не може бити у истој класи са другим стечајним повериоцима који нису ни на који начин обезбеђени заложним правима на имовини трећих лица, јер је управо због извесности њихове наплате реализацијом заложних права на имовини трећег лица, њихова позиција знатно другачија од других стечајних необезбеђених поверилаца, па стога они морају бити издвојени у посебну класу управо због свог специфичног положаја и интереса.“ (Одговор усвојен на седницама одељења Привредног апелационог суда од 8. и 22.11.2011. године; Извор: правна база Intermex).

поклонопримци долазе у пети ред.⁶⁶¹ Уз намерно оштећење поверилаца овај посебни услов побијање представља и разлог због којег су законодавства уређивала могућност побијања правних радњи дужника, па и стечајног дужника у оквирима стечајног поступка. Зато правила о побијању ових врста правних радњи стечајног дужника су присутна у свим модерним стечајним законодавствима. Наше поитивно стечајно право предвиђа одредбу по којој правни посао и правна радња стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду се могу побијати ако су закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.⁶⁶²

У нашем праву заправо постоје два посебна основа побијања, то су побијање правних радњи стечајног дужника које су предузете без накнаде као и побијање правних радњи стечајног дужника које су предузете уз незнатну накнаду. Када се говори о правним радњама које су предузете без накнаде, воља стечајног дужника да му ништа не буде дато као противувредност, једини је критериј који је меродаван за питање да ли је неко правно дело бесплатно или не.⁶⁶³ Реч је о таквим правним радњама које је предузео стечајни дужник на основу којих је умањена његова имовина у корист трећег лица а за узврат стечајни дужник није остварио никакву накнаду. Бесплатна располагања стечајног дужника обухватају све правне радње које он предузима а друга страна за то не даје ништа као противвредност. Зато се у теорији права побијања основано указује да је појам бестеретне правне радње шири од појма поклон.⁶⁶⁴ Уговор о поклону је само једна од могућности остварења бесплатног располагања од стране стечајног дужника. Међутим, то је могуће учинити и посредством једностранних правних послова, отпуштања дуга, пропуштањем права или уништењем хартија од вредности. Зато се бестеретним располагањем сматра свака радња којом се умањује стечајна маса за пренету вредност на другог из имовине дужника без накнаде, односно неунету вредност од другог у имовину

⁶⁶¹ §26. Закона о стечишном поступку.

⁶⁶² Видети члан 124. Закон о стечају.

⁶⁶³ Ф. Горшић, наведено дело, стр.135.

⁶⁶⁴ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 376; Ф. Горшић, наведено дело, стр.135.

стечајног дужника. Дакле, као што се може видети бестеретна правна радња се може остварити кроз активну или пасивну радњу, односно пропуштање вршења радње од стране стечајног дужника, битно је само да је радња остварена без обавезе друге стране да за то преда одговарајућу противвредност. Колика је морала бити та противвредност, разуме се, зависиће од околности сваког појединог конкретног случаја, али је несумњиво да ће се располагањем без накнаде свакако сматрати ситуација у којој стечајни дужник не добија никакву противвредност од друге стране.

Идеја за санкционисање бесплатних располагања стечајног дужника у случају отварања стечајног поступка стара је колико и сама установа побијања. Наиме, у римском праву је важило правило *neo videtur injuria affici is, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur*, односно да је интерес поверилаца пречи у односу на интерес прибавилаца бестеретним путем. Зато правни систем, кроз право побијања дужникових правних радњи, па и у стечају, жртвује другу страну, остављајући је без адекватне заштите. Наиме, сматра се да се никаква правна заштита не треба пружити оној страни која, у имовинском смислу, само нешто добија од стечајног дужника, а ништа не даје заузврат, а притом таквом радњом стечајног дужника долази до умањења његове имовине која проузрокује немогућност намирења потраживања његових поверилаца.

Основно питање ове врсте побијања тиче се ширине његовог опсега, тј. у којој мери треба отворити врата овом начину побијања.⁶⁶⁵ Заиста, прешироко постављена правила у погледу побијања бесплатних правних радњи стечајног дужника, као уосталом и код других посебних услова побијања, може довести до поремећаја односа снага у оном троуглу који смо на почетку рада поставили, односно последично и до угрожавања правне сигурности. Међутим, баш у погледу побијања бесплатних правних радњи стечајног дужника, таква опасност је знатно мања него у погледу осталих основа побијања. Засигурно такав став се може извући из опште тенденције да се мора обезвредити оштећење поверилаца које је стечајни дужник

⁶⁶⁵ В. Радовић, *Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку*, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 1/2003, стр. 76.

учинио пре стечаја па још и бестеретним располагањем. Међутим, према мишљењу Вука Радовића, постоје још три додатна разлога која оправдавају санкционисање бесплатних располагања стечајног дужника. Најпре, то је разлог мање потребе за заштитом друге стране, имајући у виду да друга страна ниште не даје за то што добија од стечајног дужника, затим, то је претпоставка оштећења поверилаца и напослетку, то је дестимулисање вршења одређених правних радњи уочи стечаја.⁶⁶⁶ Прихватимо овакав став у потпуности уз још један додатни разлог. Наиме, пракса показује да се најчешће побијање правних радњи без накнаде односи на она располагања која је стечајни дужник учинио пре стечајног поступка у корист својих повезаних лица. Зато је додатно потребно дестимулисати ову врсту располагања. Реч је о таквим располагањима стечајног дужника којима се оштећују повериоци а поврх свега су учињена у корист његових повезаних лица којима заиста, у таквој ситуацији, не би требало пружити ни најмањи степен правне заштите.

Међутим, постоји један специфични разлог због чега је право побијања најмање осетљиво на потребу заштите противника побијања у случају бесплатних правних радњи које је стечајни дужник предузео у његову корист. Одсуство накнаде, и околност да противник побијања само нешто добија а ништа не даје или даје незнатно у односу на оно што добија са једне стране, као и смањење имовине стечајног дужника са друге стране, доводе до закључка да никакве посебне услове није потребно задовољити у случају побијања бесплатних правних радњи стечајног дужника или оних уз незнатну накнаду.

Готово свако привредно друштво у свом пословању има успоне и падове, пролази кроз периоде финансијског благостања и доброг пословања али и кроз кризне моменте од којих поједини доведу и до потпуне пропасти друштва и отварања стечаја. Разлози за то су бројни, недовољно добро обучен менаџмент компаније, лоше пословне одлуке, погрешна селекција највећих дужника, неадекватан избор стратешких добављача, економске кризе или недовољно добро управљање обавезама.

⁶⁶⁶ В. Радовић, наведено дело, стр. 76 и 77.

Ипак који год да је разлог од наведених, када говоримо о побијању правних радњи стечајног дужника, неки разлог је морао постојати који је довео до стечаја друштва. Ипак, у одређеном периоду времена пред стечај, и то најчешће онда када се финансијска пропаст дужника већ наслућујеили и пре него што постоје такви показатељи, могуће је да ће власници стечајног дужника предузимати ризичније, чак и хазадерске пословне одлуке које резултирају оштећењем поверилаца.

По једном мишљењу, бестереним располагањем се сматра и куповина ненаплативог потраживања.⁶⁶⁷ Заиста у овом случају се може закључити да је реч о бестеретом располагању. Међутим, да би се могао извести овај закључак, потребно је да се заиста и утврди да је реч о ненаплативом потраживању. Такво утврђење, у зависности од околности самог случаја, може бити непосредно или посредно. Посредно се може утврдити ненаплативост потраживања уколико је реч о потраживању које се више не може остварити, рецимо потраживање према дужнику који је у стечају а није пријављено у законом предвиђеном року, застарело потраживање или у случају потраживања под условом који се не може остварити. Такође, ненаплативост се може утврдити и на непосредан начин, кроз судски поступак намирења који се довршава без успеха. Тек након утврђења да је реч о ненаплативом потраживању, а то утврђење мора бити објективне природе, стичу се услови за побијање саме куповине потраживања. Ово из разлога што све док постоји могућност да купљено потраживање буде наплаћено, постоји и могућност да је уговор о куповини тог потраживања теретан уговор закључен између стечајног дужника и дотадашњег повериоца из купљеног потраживања.

Јавно обећање награде, такође, представља једнострану добротину правни посао, под условом да радња трећег лица не представља корист за дужника.⁶⁶⁸ У случају када је ипак на основу радње трећег лица остварена нека корист за стечајног дужника, таква правна радња, и то сама исплата награде ће моћи да се побија по другим основима, уколико су испуњени субјективни услови, како на страни стечајног

⁶⁶⁷ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 376.

⁶⁶⁸ В. Радовић, наведено дело, стр. 80.

дужника тако и на страни трећег лица, а у одређеним случајевима и као располагање уз незнатну накнаду, уколико постоји очигледна несразмера између давања уговорних страна.

Бесплатним располагањем у смислу правила о побијању могу се сматрати и накнаде члановима управе дате без правног основа.⁶⁶⁹ У нашој земљи, на жалост, чести су случајеви у којима друштво грца у дуговима, а члановима управе друштва, ужем или ширем менаџменту се исплаћују високи бонуси, увећане зараде или друге накнаде. Овај случај ће бити могућ код сваког вида варијабилног дела накнаде за менаџмент компаније као што су рецимо златни или дијамански падобрани.⁶⁷⁰ Међутим, да би се таква радња сматрала радњом без накнаде, мора бити испуњен есенцијални услов, а то је да је тако нешто учињено а да од друге стране није примљена никаква противвредност. Тако у случају да је заиста лоша економска ситуација у друштву а да менаџмент компаније и други запослени заиста предузимају одређене радње да се таква ситуација поправи, исплата бонуса у случају добрих резултата неће моћи да буде предмет побијања као бесплатног располагања стечајног дужника. Оцена о датој противнакнади у овим случајевима мора бити дата искључиво на основу објективних критеријума а када се утврди да тога ипак није било, такво дужниково располагање ће бити предмет побијања као бесплатна правна радња. Такође, под истим условима се може побијати и исплата дивиденди акционарима.

Уговор о корист трећег лица ће такође, по правилу бити правни посао без накнаде у смислу правила стечајног побијања. Реч је о радњи коју предузима стечајни дужник на основу које само умањује своју имовину а ништа не добија з узврат. Као најзначајнији уговор у корист трећег лица потребно је анализирати случај уговора о осигурању живота у корист трећег. Иако ова ситуација неће бити честа у пракси, имајући у виду да стечајни дужник не може бити физичко лице нити предузетник, важно је напоменути да се теретност или бестеретног овог уговора мора

⁶⁶⁹ В. Радовић, наведено дело, стр.81.

⁶⁷⁰ Више о садржају варијабилне накнаде видети Мирко Васиљевић, Корпоративно управљање, изабране теме стр. 254, Удружење правника у привреди Србије, Београд 2013. година.

ценити у односу три лица: стечајног дужника као уговарача осигурања, осигуравајућег друштва као осигуравача и трећег лица, као корисника, односно бенефицијира осигурања. У том смислу је потребно уочити сваку могућу релацију између ова три лица пре оцене да ли у односу на стечајног дужника постоји радња која је учињена без накнаде. Уговор о осигурању јесте теретан уговор али његова теретност произлази најпре из обавеза уговарача осигурања и осигуравача. Сама околност да је уговор о осигурању теретан није довољна за његово сврставање у наплативе правне послове, у смислу права побијања, јер дужник (уговарач осигурања) не добија никакву противвредност за плаћене премије.⁶⁷¹

Правном радњом стечајног дужника без накнаде сматра се и пропуштање улагања жалбе, приговора, одговора на тужбу или изостанак са рочишта, ако је сауговарач стечајног дужника стекао неку имовинску корист.⁶⁷² Чини се да је у погледу ових примера, који су чак и законом изречно наведени, прилично јасно због чега се сматрају правном радњом без накнаде. Никакве противвредности у корист стечајног дужника нема у случају оваквих пропуштања, Међутим, важно је приметити одредницу да ће се овакве правне радње стечајног дужника сматрати правним радњама без накнаде само ако је сауговарач стечајног дужника стекао неку имовинску корист. У односу на речено, потребно је најпре, још једном, указати на недоследност законодавца. Одредица „сауговарач стечајног дужника“ упућује на то да по среди мора бити неки спор између страна а по основу права и обавеза из одређеног уговора, То неће бити тако, јер ће се пропуштање предузимања процесних радњи сматрати правним радњама без накнаде и у случајевима када је друга страна у поступку лице које није сауговарач стечајног дужника. Тако рецимо уколико стечајни дужник води парнични поступак за накнаду штете па изостане са рочишта као тужилац услед чега наступи последица да се тужба сматра повученом, оваква правна радња ће бити правна радња стечајног дужника коју је могуће побијати као бесплатно располагање, без обзира на околност што је имовинску корист стекло треће лице а не сауговарач стечајног дужника као тужени у поступку. Такође, важно

⁶⁷¹ Вук Радовић, наведено дело, стр. 81.

⁶⁷² Видети члан 124. ст. 2. Закона о стечају.

је приметити да услов, да је противна страна у поступку услед пропуштања процесне радње стечајног дужника стекла неку имовинску корист, није било ни неопходно изречно предвиђати а имајући у виду да ће то увек бити случај. Могао би се узети као пример парнични поступак који стечајни дужник води против неког туженог, у којем ће изостанак са рочишта произвести последице али не толико драстично да ће дужник због тога изгубити неко право па се може учинити да том случају ова радња неће моћи да буде предмет побијања. Ипак, и у овом случају постоји корист за другу страну у виду трошкова поступка које ће стечајни дужник морати да накнади чиме долази до оштећења поверилаца па ће побијање и у овом случају бити могуће. У погледу процесних пропуштања и проглашењу таквих дужникових радњи за бестеретне радње, што готово извесно води последици побијања, мора се ипак бити веома опрезан. Разлог за то је једноставан, друштво и правни систем теже ипак да коначне судксе одлуке ипак пронађу своје место у правном животу и зато била каква њихова измена мора бити учињена само из веома значајних разлога. Тај разлог је у праву побијања спречавање оштећења поверилаца, па у случају испуњености овог услова, као и осталих захтеваних услова, побијање ће бити могуће, али ће се увек, у свакој конкретној ситуацији добрано водити рачуна о томе да се приликом доношења одлуке о побијању што мање угрози правна сигурност, која је ипак вредност која се мора, пре свега, чувати.

Правном радњом без накнаде ће се сматрати и дужникови поступци којима се оштећују повериоци а своју манифестацију остварују кроз уништавање вредностних папира. До побијања увек може доћи када дужник противправно уништи меницу, коносман или складишницу и тако онемогући остварење права из тих исправа.⁶⁷³ У овом случају, наведена правна радња уништења вредносних папира се може побијати као располагање дужниково без накнаде јер друга страна добија нешто, односно ослобађа се обавезе према стечајном дужнику а према њој се надаље не може остварити никакво дужниково право.

⁶⁷³ Драгиша Слијепчевић, Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, стр. 19.

Изречним законским прописом одрицање од наследства сматра се правном радњом стечајног дужника без накнаде.⁶⁷⁴ Реч је о правилу које је у наше позитивно стечајно право увео Закон о стечају мада није јасан разлог због чега је овај посебан случај бестеретног располагања законски предвиђен, нарочито уколико се има у виду тенденција законодавца да, начелно, не предвиђа посебне случајеве и модалите располагања имовином без накнаде или уз незнатну накнаду већ да предвиди правило и остави судовима да кроз примену овог института дефинише у којим све случајевима је његово дејство могуће. Чини се да је ово учињено под дејством материјално-правног прописа, Закона о облигационим односима, који, истина, садржи изречну одредбу по којој се као бесплатним располагањем има сматрати одрицање од наследства⁶⁷⁵ али и под дејством жеље законодавца за симетријом у погледу материјалног и процесног права побијања у овом смислу. У овом случају, реч је о одрицању од наследства које је учињено пре отварања стечајног поступка а одрицањем ће се сматрати и оно које је произвело дејство да се сматра да стечајни дужник никада није ни био наследник⁶⁷⁶ као и оно које је учињено у корист одређеног наследника.⁶⁷⁷ У првом случају као противници побијања ће бити означени остали наследници којима је припао наследни део стечајног дужника док ће у другом случају улогу противника побијања понети наследник у чију корист је учињено одрицање од наслеђа од стране стечајног дужника.⁶⁷⁸ Међутим, требало би на овом месту нагласити да неће свако одрицање од наслеђа бити правна радња која је подложна побијању као правна радња учињена без накнаде. Наиме, у одређеним случајевима, када је декујус толико задужен да би у случају прихватања наслеђа стечајни дужник преузео и обавезе које превазилазе вредност наслеђене имовине или су у износу идентичне као и она, само одрицање од наслеђа се неће сматрати правном радњом која се може побијати ни по једном основу. Ово је из разлога што у

⁶⁷⁴ Члан 124. ст. 4. Закона о стечају.

⁶⁷⁵ Члан 281. ст. 4. Закона о облигационим односима.

⁶⁷⁶ Члан 213. ст. 3. Закона о наслеђивању.

⁶⁷⁷ Члан 216. ст. 1. Закона о наслеђивању.

⁶⁷⁸ Закон о наслеђивању у члану 216. ст.2. изједначује ову правну радњу са поклоном у моменту пријема уступљеног дела тако да у овом случају нема дилеме да је реч о располагању стечајног дужника које је учињено без накнаде.

наведеном случају неће бити испуњен општи услов које право побијања у стечају, а и ван стечаја захтева, а то је оштећење поверилаца. У случају када правна радња стечајног дужника не производи негативно дејство на његову имовину, она неће бити предмет побијања чак и у случају када је бестеретна. Разуме се, о овоме ваља водити рачуну у сваком случају када се испитују могућности побијања, обзиром да без оштећења поверилаца нема ни разлога за вођењем поступка јер би таквом поступку недостајао циљ.

Као спорно, теорији и пракси привредних судова се поставило питање правне природе уговора о јемству и могућност побијања закључења овог уговора, као правне радње дужника која је предузета без накнаде. Дакле, уговором о јемству се стечајни дужник као јемац обавезао да ће измирити обавезу главног дужника уколико овај то не учини. Стручна дискусија о природи обавезе по јемству стечајног дужника траје и данас. Са једне стране, поједини аутори заступају схватање по којем је закључење уговора о јемству правни посао без накнаде.⁶⁷⁹ Такође, привредни судови су ближи ставу да је закључење уговора о јемству правни посао без накнаде. Тако, на саветовању привредних судова у септембру 2014. године а нешто доцније и на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржане 26.11.2014. године и 27.11.2014. године, као одговор на питање бр. 54 је заузет став да се уговор о јемству у принципу сматра правни послом без накнаде односно бестеретним уговором.⁶⁸⁰ Истом приликом, овај суд додаје и да међутим, правном радњом без накнаде се неће сматрати давање обезбеђења од стране матичног друштва за кредит који узима зависно друштво, иако је ова правна радња на први

⁶⁷⁹ Овакав став заступа Вук Радовић, који је пошао путем доказивања да је јемство бестеретни правни посао додуше не именујући сам уговор о јемству већ општом формулацијом да испуњење, преузимање или обезбеђење туђег дуга, без добијања противвредности, представља добротину правну радњу, наведено дело, стр. 80, и 81; Ово није усамљени теоријски став, тако у приручнику Побијање правних радњи стечајног дужника аутори Франц Зиммерманн, Јасминка Обућина и Иван Миловановић наводе “се на основу члана 124 ЗС може побијати јемство дужника за обавезе трећег лица или преузимање саодговорности за такве обавезе, ако заузврат није извршио противчинидбу у корист дужника односно дужничког привредног друштва.” ; видети и Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, наведено дело стр. 647

⁶⁸⁰ Овакав став суд је поновио и у Билтену судске праксе привредних судова 4/2015, Одговори на питања Привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015., 4.11.2015. и 26.11.2015. године, питање број 41, стечајни поступак, Правни саветник, 2015. година

поглед бестеретна јер матично друштво од ње ипак има или може имати користи које су евидентне кроз повећање вредности акција зависног друштва. Према наведеном ставу, такође, закључење уговора о јемству ради обезбеђења кредита матичног друштва од стране зависног друштва или једног зависног друштва за обавезе другог зависног друштва, би се међутим, сматрало бестеретним, јер давалац јемства нема никакве конкретне користи од закључења наведеног уговора. Са друге стране одређени аутори, међу којима је и аутор овог рада, су бранили становиште по којем уговор о јемству у привреди не може бити правни посао без накнаде а његово закључење не може бити предмет побијања по одредби члана 124. Закона о стечају.⁶⁸¹ По мишљењу аутора овог рада, постоје бројни аргументи који говоре у прилог тези да у случају закључења уговора о јемству, а реч је о јемству у привреди, не може бити речи о бесплатном располагању стечајног дужника. Најпре, јемац приликом закључивања уговора о јемству нема намеру дарезљивости (*intentio liberalis*) која је карактеристична за бесплатна располагања. Такође, уговор о јемству као акцесорни правни посао, мора следити правну природу главног посла, који је начелно теретног карактера. Међутим, један аргумент се посебно истиче а то је персонална суброгација која настаје као последица намирења потраживања од стране стечајног дужника као јемства чиме јемац постаје поверилац главног дужника. Тешко је објаснити јемство као бестеретни посао у погледу природе регресног права обзиром да код добротних уговора једна страна преузима обавезу без икакве накнаде или надокнаде.⁶⁸² Најважнија особина уговора без накнаде је да су они без накнаде а у овај појам се свакако не може никако уклопити регресно право, могућност да јемац све што је платио, увећано за законску затезну камату до намирења, наплати од главног дужника. Чини се да је стручну дискусију у погледу правне природе уговора о

⁶⁸¹ Драгор Хибер, Побијање уговора о јемству у стечајном поступку, Анали Правног факултета у Београду, 1/2015, стр. 64 и даље; Михајло Живковић, Јемство у привреди и могућност побијања овог правног посла на основу члана 124. Закона о стечају, Правни информатор број 9/2015, стр. 20-29

⁶⁸² Привредни апелациони суд изречно тврди да „уколико је стечајни дужник као јемац стекао право регреса од главног дужника, то право се не може сматрати накнадом за дато обезбеђење банци“, у Билтен судске праксе привредних судова 4/2015, Одговори на питања Привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015., 4.11.2015. и 26.11.2015. године, питање број 41, стечајни поступак, Правни саветник, 2015. година.

јемству разрешио Врховни касациони суд у једној скорашњој одлуци. Овај суд у образложењу наводи „стога, иако је у начелу тачно да јемство није теретни правни посао,, већ да он то само изузетно представља, у привреди би се морала прихватити супротна претпоставка према којој је јемство по правилу теретни правни посао, предузет у циљу стицања директне или индиректне добити за јемца, управо због специфичности уговора у привредном праву, чија је једна од главних карактеристика претпоставка теретности истих.“⁶⁸³

Сличне проблеме као и са јемством у пракси изазива правна ситуација у којој је стечајни дужник сопственом имовином путем залогe обезбедио потраживање повериоца према његовом дужнику. И у овом случају се пред привредно судство у пракси поставило питање да ли се такво располагање стечајног дужника може побијати као бесплатно располагање? Одговор на ово питање разуме се може бити двојак. По првој опцији, овакво располагање дужниково ће се сматрати његовом бесплатном правном радњом. Главни аргумент, разуме се, је околност да дужник не добија никакву накнаду од повериоца нити од дужника приликом оптерећења своје имовине за туђи дуг. Привредни апелациони суд, на генералном нивоу разматра ову тему па истиче: „давање залогe на непокретности у корист банке од стране привредног друштва као обезбеђење туђег потраживања, уколико давалац залогe није за то примио адекватну противвредност, представља бестеретно располагање.“⁶⁸⁴ Такође, у једном конкретном случају о којем је расправљао и Привредни апелациони

⁶⁸³ Решење Врховног касационог суда Прев 23/2015 од 15.09.2015. године; Извор: лична архива аутора. Овај суд у образложењу решења истиче и додатне аргументе у прилог овог става. „Закључењем уговора о јемству, у којем је јемац привредно друштво, претпоставља да је оно извршило процену да ће од наведеног уговора директно или посредно преко повезаних послова или повезаних привредних друштава имати позитиван ефекат од наведеног поступања, јер је то основни циљ и мотив предузимања свих правних радњи привредног друштва па и давања јемства (или залогe). Стога иако је у начелу тачно да јемство није теретан правни посао, већ да он то само изузетно представља, у привреди би се морала прихватити супротна претпоставка према којој је јемство по правилу теретан правни посао, предузет у циљу стицања директне или индиректне добити за јемца, управо због специфичности уговора закључених у привредном праву, чија је једна од главних карактеристика претпоставка теретности истих. Како, према становишту овог суда, за уговоре о привреди важи претпоставка о теретности истих, супротно би се морало доказивати.“

⁶⁸⁴ Билтен судске праксе привредних судова 4/2015, Одговори на питања Привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 3.11.2015., 4.11.2015. и 26.11.2015. године, питање број 42, стечајни поступак „Правни саветник, 2015. година.

суд тужбом је захтевано побијање заложне изјаве на основу које је уписана хипотека на непокретностима стечајног дужника а ради обезбеђења потраживања које поверилац има према трећем лицу, дужнику. Побивање је захтевано, између осталог, и из разлога предвиђених чланом 124. Закона о стечају. Након усвајања тужбеног захтева од стране првостепеног суда и опредељењем да је реч о радњи стечајног дужника без накнаде, Привредни апелациони суд потврђује овај став уз образложење да располагање без накнаде подразумева чинидбу стечајног дужника за коју исти није примио одговарајућу противвредност а чиме долази до смањења или оптерећења стечајне масе а у конкретном случају давање обезбеђења представља располагање без накнаде.⁶⁸⁵ Као друга опција, може се закључити да овакво дужничково располагање није у начелу бестеретна правна радња а изузетак би био потврђен или оповргнут у зависности од правне природе главног посла између повериоца и дужника. Тако у случају да је правни посао између повериоца и главног дужника теретне природе, онда би и само давање обезбеђења, као акцесорни посао следио правну природу главног посла. Ово питање је од изузетног значаја за стабилност банкарског система, имајући у виду да је веома честа ситуација у пракси да банка пласира кредит главном дужником а да обезбеђење за такав кредит учини треће лице као заложни дужник. Проглашавањем у таквој ситуацији располагање заложног дужника као правну радњу без накнаде, која се, без већих проблема, може побити у стечају заложног дужника, може произвести ефекат да потраживања банака остану необезбеђена, чиме ће значајно бити отежано њихово намирење и даље функционисање, што може на дуже стазе повећати број ненаплативих кредита и довести до краха банкарског система. Управо због тога, аутор овог рада сматра да наведену ситуацију треба посматрати на широј основи и у сваком конкретном случају испитати да ли је бенефит коју заложни поверилац ужива тиме што има успостављену залогу на имовини стечајног дужника скопчано са било каквом његовом жртвом, а у случају када је реч о томе да је поверилац ипак у корист дужника заузврат учинио кредит или какву другу противвредност, заузети став да оптерећење имовине стечајног дужника није правни посао без накнаде. У оваквим случајевима, потенцијални побивачи би своје право

⁶⁸⁵ Пресуда Привредног апелационог суда 1 Пж7715/13 од 11.02.2015. године, извор: лична архива

могли да остваре кроз посебне услове непосредног или намерног оштећења поверилаца, разуме се, уколико су за то испуњени неопходни услови. И о овом питању је Врховни касациони суд заузео правни став у корист мишљења да се у начелу обезбеђење туђег дуга не може сматрати правном радњом без накнаде истичући да „у привредном пословању постоји претпоставка да се однос хипотекарног и реалног дужника не заснива на неком доброчном правном послу већ да за то постоји и комерцијални интерес, осим ако се супротно не докаже.“⁶⁸⁶

Правни посао без накнаде ће се под одређеним условима сматрати и уговор о продаји. Реч је о случају симулованог уговора о продаји који у севи крије поклон. У случају када дужник под маском уговора о продаји у ствари поклоном отуђи део своје имовине у корист трећег лица, онда се закључење таквог уговора о продаји може сматрати као радња коју је стечајни дужник предузео без накнаде. Овакав случај је расправљан и у судској пракси.⁶⁸⁷

Као посебан начин побијања може се издвојити у оквиру истог законског члана и побијање правних радњи које су предузете од стране стечајног дужника уз незнатну накнаду коју је дао противник побијања. Међутим, сама дефиниција рађа посебан проблем у примени овог начина побијања. Наиме, као што се може уочити, закон није дефинисао механизме или критеријуме по којима ће се испитивати да ли је накнада коју је противник побијања дао незнатна или је реч о правном послу који ипак не може бити предмет побијања по овом основу. Законодавац није предвидео ни у апсолутном износу нити у одређеном проценту који накнада мора задовољити у погледу износа да би се сматрала знатном у односу на оно што противник побијања добија од стечајног дужника. Иако се чини да је ово можда пропуст законодавца, детаљнијом анализом се долази до закључка да би било какво предвиђање унапред одређеног износа или процентуално одређење накнаде на основу које не би била

⁶⁸⁶ Решење Врховног касационог суда Прев. 123/2015 од 12.11.2015. године; Извор: лична архива аутора

⁶⁸⁷ „У ситуацији када тужени не доказује да је имао потраживање према тужиоцу које би се могло предбијати са потраживањем тужиоца по основу цене предметних ствари, то значи да је закључени уговор правни посао који је стечајни дужник закључио без накнаде.“ (Пресуда Привредног апелационог суда Пж 1920/12 од 29.02.2012. године;Извор: лична архива аутора).

могућа примена овог начина побијања било недовољно ефикасно а вероватно би у одређеном броју случајева довело до погрешне примене основних начела права побијања. Немогуће је предвидети све фактичке ситуације а постављање таблица са апсолутним износима или процентима у праву побијања би могло произвести контрапродуктивне ефекте. Зато се чини много разумнијим оставити генерално уопштено правило а оставити судовима да приликом примене овог начина побијања, на основу околности самог случаја, оцене да ли се правна радња, коју је стечајни дужник предузео и која је предмет побијања, може подвести под појам правна радња без накнаде. Мана оваквог опредељења је свакако могућност арбитрерности приликом доношења одлука од стране суда, међутим, по мишљењу аутора овог рада, то је вредност који би требало жртвовати да би се добио успешан и ефикасан механизам побијања по овом основу. Ипак, нема дилеме да побијање дужникових правних радњи предузетих уз незнатну накнаду коју даје друга страна је могуће искључиво у погледу уговора. Дакле, фактичка ситуација у којој је могућа примена овог начина побијања би била таква да је између стечајног дужника и противника побијања закључен неки уговор по којем стечајни управник умањује своју имовину у корист противника побијања који заузврат даје одређену накнаду, али у тој мери да се она има сматрати незнатном. Незнатност мора бити у односу на оно што стечајни дужник предузетом правном радњом даје. Заправо, у сваком конкретном случају ће бити процењивано да ли је оно што је противник побијања добио, у економском смислу, од стечајног дужника у сразмери са оним што је у тој трансакцији дао. На пример уколико је стечајни дужник, у одређеном периоду времена пре стечаја отуђио неку своју непокретност, а противник побијања је платио тржишну цену или неку цену која је близу тржишне вредности, такав правни посао стечајног дужника неће моћи да буде предмет побијања по овом основу. Ипак, уколико је реч о толикој разлици у престаацијама стечајног дужника и противника побијања, уз претходно оцењење општих услова побијања, таква располагања могу бити, односно по правилу, и јесу правни послови уз незнатну накнаду. У једном случају о којем је суд расправљао је заузет став да накнада од 25% тржишне вредности ствари представља

незнатну накнаду што генерише могућност побијања по овом основу.⁶⁸⁸ Међутим, у одређеним случајевима ни располагања која је дужник учинио пре стечаја а за коју је добио незнатну накнаду неће моћи да буду предмет побијања у случај када је то учињено из нужде и како би се спречила још већа штета, како непосредно за дужника тако, посредно, и за повериоце. То су ситуације када се продаје испод цене кварљива роба, роба којој истиче рок употребе или демодирана роба, а на шта је сваки добар привредник понекад принуђен⁶⁸⁹ када се сматра да је овакво располагање уз незнатну накнаду оправдано⁶⁹⁰ и не може бити предмет побијања.

3.3.5.1. Услови

Традиционално побијање правних радњи стечајног дужника учињених без накнаде, према правилима која важе у стечајним законодавствима не предвиђају неке посебне услове да би побијање било успешно. Довољно је постојање само једног посебног услова уз испуњење свих општих услова. Тај једини посебан услов је да је реч о правној радњи стечајног дужника која је предузета без накнаде или за коју је стечајни дужник добио незнатну накнаду од стране противника побијања. У поређењу са осталим посебним условима побијања, односно врстама паулијанских тужби у оквирима стечајног поступка, реч је о најједноставнијој ситуацији. Међутим, ваљало би имати у виду да је примена ове паулијанске тужбе могућа само када је испуњена таква фактичка ситуација да је дужник правну радњу предузео без накнаде

⁶⁸⁸ „Дакле, постоји, бестеретно располагање сингуларног сукцесора и располагање његовог правног претходника уз незнатну накнаду који је у конкретном случају ствар прибавио од стечајног дужника за 500.000,00 динара, а сам стечајни дужник непосредно пре тога купио је за око 2000.000,00 динара. Такође из образложења правноснажне пресуде првостепеног суда П. 3460/12 произлази да је била процењена од стране надлежне пореске управе на износ од око 4.500.000,00 динара, што се може поистоветити са предузетом радњом стечајног дужника уз незнатну накнаду, све у вези са одредбом члана 124. Закона о стечају.“ (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 9251/13 од 25. 9. 2014; Извор: правна база Paragraf lex).

⁶⁸⁹ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр.39.

⁶⁹⁰ Душко Медић, наведено дело, стр. 39.

или уз незнатну накнаду, у осталим случајевима активно легитимисана лица, стечајни управник и повериоци, ће моћи да искористе неку другу стечајну паулијанску тужбу. Такође, као што се може видети, у овом случају се не захтева никакво посебно стање свести противника побијања, то ће бити потпуно ирелевантно. Наиме, није од значаја околност да ли је противник побијања, имао намеру да оштети повериоце, да ли је знао, морао или могао знати да је то намера, односно последица грубе или обичне непажње стечајног дужника, све то је неважно, јер је сама бестеретна радња стечајног дужника или она правна радња која је предузета уз незнатну накнаду је сасвим довољна за успешно побијање. На неки начин, у случају побијања правних радњи без накнаде односно уз незнатну накнаду ће на страни противника побијања постојати специфична претпостављена несавесност, а та претпоставка, шире гледано је необорива обзиром да противник побијања неће имати могућност да доказује супротно. Чак и уколико би противник побијања успео да у току поступка побијања докаже своју савесност ни то му не би било довољно да се спасе од тешких последица побијања.

Такође, у случају побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду се не захтева никакав психички однос према самој радњи, као ни према оштећењу поверилаца које из ње произлази, на страни стечајног дужника. Дакле, и у овом случају ће бити ирелевантно стање свести стечајног дужника приликом предузимања правне радње која је предмет побијања, неважно ће бити да ли је он намерно оштетио повериоце, односно да ли је знао, морао или могао знати да ће услед његове радње наступити оштећење поверилаца као последица.

3.3.5.2. Терет доказивања

Уколико је речено да је код намерног оштећења поверилаца најтежи задатак на страни побијача у смислу доказивања, код побијања радњи без накнаде и радњи уз

незнатну накнаду, положај побијача је најлакши у целокупном праву побијања. Наиме, у овом случају побијач ће морати, зарад успешног побијања, да докаже само да је правна радња која је предмет побијања заправо радња коју је стечајни дужник предузео а за њу није добио никакву накнаду или је добио несразмерну накнаду. Појам накнаде би у овом случају, као у осталом и у целокупном праву стечајног побијања, ваљало схватити не само као новчани износ који је противник побијања платио стечајном дужнику. Наиме, у појам накнаде се може уврстити и друга противредност или противкорист коју је стечајни дужник добио од противника побијања. Обзиром да није потребно доказивати никакве субјективне услове, како на страни стечајног дужника тако и на страни противника побијања, успешност побијања у овом случају ће зависти искључиво од објективне околности, да ли је правна радња коју је стечајни дужник предузео и која је предмет побијања од стране овлашћеног побијача радња без накнаде или радња уз незнатну накнаду. Када се докаже та околност, поступак доказивања се завршава, обзиром да је задатак побијача испуњен а побијање ће последично бити успешно.

На који начин се може доказивати да је правна радња коју је стечајни дужник предузео у ствари правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду? Када је реч о првом случају, правној радњи без накнаде, сам поступак доказивања у поступку ће бити веома једноставан при чему ће од значаја бити околност да ли је дужник остварио одређену корист од предузете правне радње или не, што је објективна околност која ће се по правилу једноставно доказати. У другом случају, правних радњи уз незнатну накнаду, од значаја ће бити околности сваког конкретног случаја, односно да ли дата накнада од стране противника побијања задовољава услов знатности.

Са друге стране, противник побијања такође има јасан положај у поступку. Његов задатак је да, уколико жели да успе у поступку, односно да одбије захтев за побијање, докаже да правна радња стечајног дужника која је предмет побијања није правна радња без накнаде или правна радња која је предузета уз незнатну накнаду. Да би у овоме успео, разуме се, најбољи аргумент који противник побијања може

понудити је да је исплатио накнаду која одговара вредности, у економском смислу гледано, дужникове правне радње. Имајући у виду да је на неки начин, самом формулацијом овог основа побијања, терет доказивања пребачен на противника побијања, обзиром да ће побијач најчешће изнети тврдњу да стечајни дужник није примио никакву противвредност за предузету правну радњу, противник побијања ће морати да докаже да је такву противвредност дао. Иако је тешко замислива ситуација у којој ће стечајни управник или неки од поверилаца започети поступак побијања правне радње по овом основу у случају када је противник побијања исплатио накнаду, у таквом случају, противник побијања ће моћи једноставним доказом да је извршио извршио уплату уговорене накнаде да добије спор. Чини се, ипак, да су у пракси много чешће ситуације у којима постоји спор о томе да ли је правна радња коју је предузео стечајни дужник и која је предмет побијања уопште правна радња без накнаде. Разуме се, посебан проблем постоји у случајевима у којима је дата накнада али постоји спор између страна у погледу њене висине, односно да ли је она сразмерна или не у односу на правну радњу који је предузео стечајни дужник, или у односу на корист коју је противник побијања извукао из такве правне радње стечајног дужника. У таквом случају уз помоћ различитих доказних средстава се може утврдити комплетно чињенично стање на основу којег ће суд имати могућност да донесе правни закључак да ли је реч о располагању које је стечајни дужник учинио уз незнатну накнаду или не.

3.3.5.3. Рок предузимања радње која је предмет побијања

У погледу рока у којем се може вршити побијање дужниковић правних радњи које су учињене без накнаде или уз незнатну накнаду, наш законодавац не прави разлику између ова два начина побијања већ прописује јединствен рок. У том смислу правна радња која је предмет побијања мора бити предузета од стране стечајног дужника у року од пет година рачунајући уназад од дана подношења предлога за

стечај. Законодавац се приликом доношења Закона о стечају определио и у овом случају за изузетно дугачак рок, заправо најдужи у целој материји стечајног побијања. Тиме је значајно одступио од својих претходника. Наиме, према одредби Закона о стечајном поступку којом је регулисан овај начин побијања рок у којем је правна радња стечајног дужника морала бити предузета је износио две године пре подношења предлога за стечај,⁶⁹¹ док је према одредби Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији правна радња морала бити предузета у последњој години пре отварања стечаја.⁶⁹² Историјски гледано, Закон о стечају предвиђа до сада најдужи рок у којем је радња морала бити предузета како би могла да буде мета побијања по овом основу. Ово је учињено из два разлога, првог да је чињеница да се побијање правних радњи стечајног дужника најчешће спроводи као побијање правних радњи учињених без накнаде или уз незнатну накнаду и другог, да веома често повериоци не подносе предлоге за стечај против дужника који су у потпуности обуставили своја плаћања или чији су рачуни блокирани дужи временски период, што значајно умањује могућност побијања. Такође, није логично да побијање по овом основу има, у погледу рока у којем је радња морала бити предузета, мање могућности да буде искоришћено од других основа побијања, обзиром да заиста делује да најмању заштиту право, поред противника побијања из намерног оштећења, треба да пружи противнику побијања који је до користи од дужника дошао или без накнаде или уз незнатну накнаду.

⁶⁹¹ Члан 103. Закона о стечајном поступку.

⁶⁹² члан 112. ст. 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

Напослетку, преглед свих услова стечајних паулијанских тужби у нашем праву можемо видети из следећег графикана:

ВРСТА СТЕЧАЈНОГ ПОБИЈАЊА	САДРЖИНА ПРАВНЕ РАДЊЕ	УСЛОВИ НА СТРАНИ ДУЖНИКА	УСЛОВИ НА СТРАНИ ПРОТИВНИКА ПОБИЈАЊА	РОК ПРЕДУЗИМАЊА РАДЊЕ
УОБИЧАЈЕНО НАМИРЕЊЕ ИЛИ ОБЕЗБЕЂЕЊЕ	пружање обезбеђења или давање намирења противнику побијања на начин и у време који су у складу са садржином његовог права	неспособност за плаћање	да је знао или морао знати за дужникову неспособност за плаћање или је знао да је поднет предлог за стечај	до шест месеци пре подношења предлога за стечај
НЕУОБИЧАЈЕН О НАМИРЕЊЕ ИЛИ ОБЕЗБЕЂЕЊЕ	пружање обезбеђења или давање намирења противнику побијања које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето	/	/	до дванаест месеци пре подношења предлога за стечај
НЕПОСРЕДНО ОШТЕЋЕЊЕ ПОВЕРИЛАЦА	радња непосредног оштећења поверилаца	неспособност за плаћање	да је знао или морао знати за дужникову неспособност за плаћање	до шест месеци пре подношења предлога за стечај
	радња непосредног оштећења поверилаца	неспособност за плаћање или је поднет предлог за стечај	да је знао или морао знати за дужникову неспособност за плаћање или је знао или морао знати да је поднет предлог за стечај	после подношења предлога за стечај
	предузимање или пропуштање дужника којом он губи неко своје право или због које он то право више не може остварити	/	/	до шест месеци пре подношења предлога за стечај
НАМЕРНО ОШТЕЋЕЊЕ ПОВЕРИЛАЦА	правне радње предузете са намером оштећења	намера оштећења поверилаца	да је знао за дужникову намеру оштећења	до пет година пре подношења предлога за стечај
	обезбеђење зајма или посла који одговара зајму дато повезаном лицу стечајног дужника	трајнија неспособност за плаћање	/	до годину дана пре отварања стечаја
	враћање кредита или зајма повезаном лицу	/	/	у последњој години пре отварања стечаја
ПРАВНЕ РАДЊЕ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ	правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду	/	/	до пет година пре подношења предлога за стечај

3.4. Немогућност побијања

Као и у праву побијања изван стечаја, и процесно право побијања препознаје одређене радње стечајног дужника које не могу бити предмет побијања. Изузеци се тичу природе и значаја одређених правних радњи за платни промет, тако да су законодавства налазила за сходно да се у одређеним случајевима искључи право побијања.⁶⁹³ Правна традиција у нашој земљи подразумева да сам закон којим се уређује стечајни поступак предвиди на изречан начин које правне радње које је предузео стечајни дужник не могу бити предмет побијања. У теорији се основано наводи да се ово чини у интересу правног саобраћаја.⁶⁹⁴ Међутим, важно је напоменути да је реч о правним радњама стечајног дужника, које би по својим особинама могле бити предмет побијања по неком од посебних услова о којима смо говорили али сам закон их изузима из такве могућности, односно сам закон чини те радње дужникове имуним од побијања. Обзиром да се на тај начин аболира одређено дужничково понашање што последично, барем теоријски умањује могућности поверилаца за намирењем у стечајном поступку, сам законодавац мора бити веома опрезан и пажљив прописијући ово правило.

Изузимање одређене правне радње од могућности побијања у нашем праву је први пут учињено кроз параграф 33. ст. 1. Стечајног закона који је предвиђао да се не може тражити повраћај онога што је стечајни дужник платио по меници, ако је друга страна по меничном закону морала примити исплату, да не би изгубила право на регрес против осталих меничних обвезаника. Правило је било допуњено ст.2. којим је било дефинисано да веровник.којему припада право на побијање. може тражити накнаду исплаћене меничне своте од последњег регресног обвезаника или, у случају да је овај издао меницу за рачун трећег лица, од тог лица, ако су тај последњи регресни обвезаник у време када је меница стављена у промет, или поменуто треће

⁶⁹³ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 256.

⁶⁹⁴ Роберт Барч, наведено дело, стр. 116; Драгиша Слијепчевић, Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, стр. 20.

лице у време, кад је дало налог да се меница стави у промет, знали или морали знати да их стечајни дужника намерава погодовати према осталим веровницима, или да је стечајни дужник неспособан за плаћање, или да је против њега поднесен предлог за отварање стечаја.

Жеља законодавца у нашој земљи да самим законом предвиди шири круг правних радњи стечајног дужника које не могу бити предмет побијања је новијег датума. Наиме, тек Законом о санацији и престанку организација удруженог рада из 1980. године је била предвиђена одредба којом су набројане радње стечајног дужника које не могу бити предмет побијања.⁶⁹⁵ Овакав тренд је настављен и Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији,⁶⁹⁶ Законом о стечајном поступку⁶⁹⁷, а прихватио га је и важећи Закон о стечају. Дакле, сва три закона која су још увек у примени дефинишу случајеве у којима побијању неће бити места. Иако је овако предвиђено правило процесног карактера, норма има и шире дејство, односно она производи и материјално-правне последице. Реч је о томе да радње које су законом дефинисане као радње које се не могу побијати представљају неку врсту изузимања у односу на стрелу побијања. Материјално-правно дејство норме се може уочити и по одлуци коју ће суд донети у случају да стечајни управник или неко од поверилаца започне поступак побијања. Таква тужба не би била одбачена као недозвољено, већ би се по њој водио поступак, а ако би се утврдило да је реч о радњи која не полаже побијању, тужба би била одбијена као неоснована.

Наше право је донекле остало у мањини оних правних система који законом предвиђају радње које су изузете из општег режима побијања. На простору бивших југословенских земаља такво правило има још само Црна Гора.⁶⁹⁸

Према основној одредби Закона о стечају у овом делу је предвиђено да се не могу побијати правни послови закључени односно правне радње предузете ради:

⁶⁹⁵ члан 163. ст. 1. тач. 4. Закона о санацији и престанку организација удруженог рада.

⁶⁹⁶ члан 114. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

⁶⁹⁷ члан 104. Закона о стечајном поступку.

⁶⁹⁸ члан 129. Закона о стечају Црне Горе.

- 1) извршења усвојеног плана реорганизације стечајног дужника предузете после отварања стечајног поступка;
- 2) настављања послова предузетих после отварања стечајног поступка;
- 3) исплате по меницама или чековима ако је друга страна морала примити исплату да не би изгубила право на регрес против осталих меничних односно чековних обвезника.

Реч је о идентичној одредби која је постојала и у члану 104. Закона о стечајном поступку, међутим у примени у оквиру Закона о стечају ова одредба добија донекле другачије значење.

Први изузетак је, чини се, заиста и оправдан, па се тако не могу побијати правне радње предузете ради извршења усвојеног плана реорганизације стечајног дужника предузете после отварања стечајног поступка.⁶⁹⁹ Дакле, реч је о правним радњама које је стечајни дужник предузео у циљу извршења усвојеног плана реорганизације. Реорганизација стечајног дужника у оквиру стечајног поступка је поред банкротства, други пут којим може поћи поступак стечаја. Уколико овај поступак буде успешно окончан, односно уколико већински повериоци по класама прихвате предложену реорганизацију, тако нешто се спроводи уз помоћ плана реорганизације који, када је усвојен представља трајно редефинисање односа између стечајног дужника по класама. Једном када је усвојен, план реорганизације надаље спроводи стечајни дужник, а праћење врши стручно лице које ће пратити спровођење плана у интересу свих поверилаца обухваћених планом и које ће обавештавати повериоце о спровођењу плана реорганизације.⁷⁰⁰ Од момента почетка примене плана реорганизације, који се најчешће у пракси дефинише као петнаести дан од дана правоснажности решења суда којим се план потврђује, свако даље поступање стечајног дужника мора бити на основу правила која су дефинисана самим планом реорганизације. Тако планом може бити предвиђено предузимање одређених правни

⁶⁹⁹ Изузетак познају и Закон о стечајном поступку у члану 104. као и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији који говори у члану 114. о немогућности побијања правних радња које дужник обави ради извршења закљученог принудног поравнања.

⁷⁰⁰ Члан 156. ст. 1. тач. 10. Закона о стечају.

радњи које би према општем правилу могле бити радње склоне побијању у стечају. Ипак, обзиром да ће постојати вео око свих поступања стечајног дужника која су у складу са усвојеним планом реорганизације, што у крајњој линији има за циљ заштиту правне сигурности, ове правне радње неће моћи да буду предмет побијања. Тако се реорганизација може спровести и отписом појединих дуговања стечајног дужника која представљају потраживања само поверилаца одређеног исплатног реда, исто тако планом реорганизације се може повериоцима појединих исплатних редова одобрити потпуно намирење њиховог потраживања а допуштено је и да се у реорганизацији стечајног дужника поједином исплатном реду поверилаца допусти и намирење њихових потраживања у износу већем од номиналног дуга стечајног дужника.⁷⁰¹ Као што се може видети, реч је о правним радњама којима се одређени повериоци фаворизују у односу на друге повериоце али управо због тога што је то учињено на основу усвојеног плана реорганизације, за који су гласали већински повериоци по класама, такве радње неће бити предмет побијања. Тако на пример, планом реорганизације може бити предвиђено и отуђење одређеног дела имовине стечајног дужника, најчешће је у питању тзв. непословна имовина која неће утицати на даље пословање стечајног дужника, па у случају да се тако нешто и догоди, побијање таквог поступања стечајног дужника може доћи у обзир само у случају да је само отуђење учињено на начин који није предвиђен усвојеним планом реорганизације. Ово је веома важно и због трећих лица које ће имати пословну сарадњу са стечајним дужником и након усвајања плана реорганизације. Како за план реорганизације гласају повериоци у посебном судском поступку, било би супротно начелу заштите поверилаца да се суду омогући накнадно побијање њихове воље да се дужник реорганизује, уместо да престане.⁷⁰² Обзиром да и реорганизација и право побијања као свој крајњи циљ имају заштиту поверилаца, не постоји ниједан аргумент по којем би се праву побијања дала предност у односу на реорганизацију, нарочито уколико се има у виду да реорганизацију, својим гласањем, садржински креирају управо повериоци. Стога, све док се дужник креће оним путем који је самим

⁷⁰¹ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 377.

⁷⁰² Милена Јовановић-Затила, наведено дело, стр.258.

планом реорганизације осликан од стране поверилаца, право побијања ће морати да се повуче, чак и када је реч о таквим поступањима стечајног дужника која по својим особинама улазе у делокруг у којем побијање, по редовном току ствари, дејствује.

Међутим, потребно је нагласити да одредба Закона о стечају која говори о немогућности побијања правних радњи предузетих ради извршења усвојеног плана реорганизације стечајног дужника после отварања стечајног поступка представља у ствари „мртво слово на папиру“ и не може остварити своје дејство у пракси. Ово је из разлога што законодавац приликом доношења Закона о стечају није посветио посебну пажњу самом праву побијања правних радњи стечајног дужника па у највећем делу законска решења представљају *expressis verbis* копију одредаба Закона о стечајном поступку. Тако је и у погледу овог правила, које своје дејство може остварити само у оном систему стечаја у којем се реорганизација обавља у оквиру стечајног поступка, што је, доиста, случај са реорганизацијом у оквиру Закона о стечајном поступку.⁷⁰³ Насупрот овом решењу, где је реорганизација само део стечајног поступка, према одредбама Закона о стечају, поред тога што је могуће подношење и усвајање унапред припремљеног плана реорганизације код којег ће ако се план на рочишту усвоји, стечајни судија решењем истовремено отворити стечајни поступак, потврдити усвајање унапред припремљеног плана реорганизације и обуставити стечајни поступак⁷⁰⁴ док доношењем решења о потврђивању усвајања плана реорганизације из стечаја престају све последице отварања стечајног поступка, а у називу стечајног дужника брише се ознака "у стечају".⁷⁰⁵ Такође, непоступање по усвојеном плану реорганизације, како унапред припремљеном тако и оном из стечајног поступка над дужником, представља стечајни разлог.⁷⁰⁶ Све ово говори о томе да је концепција нашег Закона о стечају таква да се реорганизација обавља и

⁷⁰³ Тако је чланом 133. ст. 5. Закона о стечајном поступку предвиђено да стечајни управник врши надзор над применом одредаба плана реорганизације и има право приговора суду и обавештавања суда и поверилаца о поступањима која су супротна усвојеном плану реорганизације, такође на основу члана 139. се може обуставити примена плана опет у оквиру самог стечајног поступка у којем је план и усвојен.

⁷⁰⁴ Члан 160. ст. 4. Закона о стечају.

⁷⁰⁵ Члан 167. ст. 4. Закона о стечају.

⁷⁰⁶ Члан 11. ст. 2. тач. 4. Закона о стечају.

спроводи ван стечајног поступка. Имајући ово у виду, одредба по којој побијање одређене радње која је предузета ради извршења усвојеног плана реорганизације стечајног дужника али после отварања стечајног поступка нема никакав смисао, обзиром да таква правна ситуација није ни могућа. Уколико дужник не испуњава обавезе у складу са планом реорганизације, могуће је да ће неко од стечајних поверилаца иницирати стечајни поступак над дужником, али у том случају, надаље неће више бити спровођења било које мере реорганизације јер од тренутка отварања стечаја, више ни нема плана реорганизације па последично ни обавеза стечајног дужника у складу са планом.

Као други изузетак у погледу правних радњи које не могу бити предмет побијања Закон о стечају предвиђа радње које се односе на настављање послова предузетих после отварања стечајног поступка.⁷⁰⁷ Дакле, реч је о правним пословима које је стечајни дужник, преко свог законског заступника, стечајног управника, предузимао након отварања стечајног поступка. Узрок оваквог нормативног уређења је стварање реалних правних претпоставки за вођење и окончање стечајног поступка.⁷⁰⁸ Одлуку о наставку започетих послова стечајног дужника доноси стечајни управник уз учешће поверилачког органа-одбора поверилаца. Додуше законска правила говоре о томе да одбор поверилаца даје мишљење о настављању започетих послова стечајног дужника а не сагласност⁷⁰⁹, али се у материји побијања рачуна са тим да стечајни управник у случају негативног мишљења у погледу наставка започетих послова неће учинити супротно. Сам изузетак има смисао у томе што се на тај начин спречава могуће наступање штете по стечајну масу која би свакако настала када би се започети производни процеси могли стопирати побојном

⁷⁰⁷ Изузетак познају и Закон о стечајном поступку у члану 104. као и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији који говори у члану 114. о немогућности побијања радње из члана 28. овог закона које је извршио дужник у оквиру текућег пословања и послови које обави на основу одобрења управника принудног поравнања.

⁷⁰⁸ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр.378.

⁷⁰⁹ Члан 40. ст. 1. тач. 2. Закона о стечају; члан 27. ст. 1. тач.2. Закона о стечајном поступку; члан 69. ст.1. тач. 6. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

тужбом.⁷¹⁰ Разуме се, ни у овом случају сама немогућност побијања неће произвести такво правно дејство да се сама тужба за побијање неће ни моћи поднети, тако да ће свако заинтересовано лице, а заправо поверилац стечајног дужника, моћи да кроз побојну тужбу провери да ли је конкретна правна радња, која је предмет побијања, заиста заштићена од ове последице или не, односно да ли је реч о правној радњи која је законом дефинисана као изузетак од правила побијања.

Као могућност која је предвиђена законским одредбама на страни стечајног управника стоји и опција узимања кредита или зајма, без обезбеђења или уз обезбеђење на имовини која чини стечајну масу⁷¹¹, што представља радњу од изузетног значаја за коју је неопходна сагласност одбора поверилаца.⁷¹² Ове правне радње предузете од стране стечајног управника неће моћи да буду предмет побијања. Такође, не могу се побијати ни утврђена потраживања поверилаца у стечајном поступку. Разуме се, након пријаве потраживања свако потраживање поверилаца може бити оспорено од стране стечајног управника односно другог повериоца а потраживање се сматра утврђеним тек ако није оспорено од стране стечајног управника или од стране поверилаца до закључења испитног рочишта.⁷¹³ Одлуке донете на рочишту по принципу обавезности важе за све⁷¹⁴, па не могу бити предмет даљег побијања. Заправо реч је о томе да стечајно право начелно уопште и не дозвољава могућност побијања правних радњи предузетих од стране стечајног дужника за време стечаја. Тако нешто није могуће, јер се сматра да довољну контролу, у смислу заштите интереса поверилаца, обезбеђују сама правила стечајног поступка, по којим за сваку значајнију радњу стечајног дужника, односно стечајног управника, је потребно одобрење стечајног судије или одбора поверилаца а кадкад и оба ова органа стечајног поступка.

⁷¹⁰ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр.378; ови аутори наводе и то да одлука о корисности појединих правних послова по повериоце мора представљати израз општих, а не појединачних интереса па се зато одлука о наставку започетих послова донета од стране стечајног управника уз сагласност одбора поверилаца мора изузети од могућности побијања.

⁷¹¹ Члан 27. ст. 2. Закона о стечају; члан 17. ст. 2. Закона о стечајном поступку.

⁷¹² Члан 28. ст. 1. Закона о стечају.

⁷¹³ Члан 116. ст. 1. Закона о стечају.

⁷¹⁴ Милена Јовановић-Затила, наведено дело, стр.258.

Посебно правило је дефинисано Законом о стечају у погледу унапред припремљеног плана реорганизације. Тако, ако је унапред припремљеним планом реорганизације обухваћено непостојеће потраживање или потраживање у износу који је веће од стварно постојећег потраживања, стечајни дужник, повериоци обухваћени усвојеним планом, као и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања плана, а који нису обухваћени планом, могу у року од годину дана од дана доношења решења о потврђивању усвајања унапред припремљеног плана реорганизације тужбом, противтужбом или истицањем приговора у парници оспорити такво потраживање.⁷¹⁵ Као што се може видети реч је о томе да је судском одлуком, решењем о потврђивању унапред припремљеног плана реорганизације поднетог од стране стечајног дужника, валидирано потраживање одређеног повериоца, али закон изречно дозвољава побијање тако учињене радње. О томе говори наставак наведеног члана, на предузимање радњи оспоравања потраживања из унапред припремљеног плана реорганизације и дејства таквог оспоравања сходно се примењују одредбе овог закона о предузимању радњи побијања и дејству побијања. Није јасно која је правна радња која ће бити предмет побијања, вероватно је законодавац мислио на правну радњу стечајног дужника али питање остаје, на коју правну радњу стечајног дужника се односи наведено правило? Уколико се детаљније анализира замишљени случај о којем говори ова норма долази се до тога да ће радња стечајног дужника бити заправо сама радња подношења унапред припремљеног плана реорганизације у којем је потраживање одређеног повериоца приказано у износу који је веће од стварно постојећег потраживања или је приказано непостојеће потраживање, чиме заиста долази до смањења могућности намирења потраживања осталих поверилаца. Ово произлази имајући у виду да свако повећање укупних обавеза дужника доводи неминовно до процентуалног смањења његове могућности да те обавезе и намири. Међутим, заиста није јасна идеја законодавца да пропише да ће се само оспоравање таквог потраживање одигравати по правилима побијања дужникових правних радњи. Прво што се одмах може уочити је да се у овом случају уводи неки парапобојни поступак у односу на правне радње стечајног дужника а ван самог стечаја. Случај

⁷¹⁵ Члан 167. ст. 5. Закона о стечају.

који претпоставља ова норма је случај у којем стечајни дужник више не постоји у том облику, чак није ни постојао ни у једном моменту обзиром на начин на који се спроводи усвајање унапред припремљеног плана реорганизације што последично води томе да стечајно право побијања дејствује ван стечаја, што је апсурдно. Стечајни поступак је, као што смо видели у досадашњем делу рада, *conditio sine qua non* права побијања правних радњи стечајног дужника. Чини се да је ово још једна од последица увођења, по мишљењу аутора овог рада потпуно неприпремљеног увођења, могућности реорганизације на основу унапред припремљеног плана у наше стечајно право. Иако веома потребан механизам, који показује значајне предности у односу на реорганизацију у оквиру стечаја, он показује и бројне слабости пре свега из разлога што је уведен у наш правни систем као страног тело, без претходне детаљније анализе од стране законодавца и прилагођавања остатка закона овом институту. Дакле, као што се може видети, аутор овог рада сматра да је потребно додатно преиспитати наведену норму, имајући у виду да она може произвести своје дејство у пуном обиму и без поистовећивања са поступком за побијање дужникових правних радњи.

Трећи изузетак од могућности побијања, који познају сва три закона која су још увек у примени у нашој земљи, су исплате, од стране стечајног дужника, по меницама или чековима ако је друга страна морала примити исплату да не би изгубила право на регрес против осталих меничних односно чековних обвезника.⁷¹⁶ Овај изузетак се оправдава оправданим разлогом због којег стечајни дужник мора предузети радњу исплате. Потребно је да буду испуњена три кумулативна услова, односно: 1) да стечајни дужник има статус меничног дужника, односно акцептанта или издаваоца менице, 2) да се исплата мора извршити у виду готовинског плаћања које је уследило након доспелости меничне обавезе и 3) да се исплата мора примити како се у складу меничног права не би изгубило право на регрес против осталих меничној односно чековних обвезника.⁷¹⁷ Старо је право меничног и чековног права

⁷¹⁶ Члан 126. ст. 1. тач. 3. Закона о стечају; члан 104. ст. 1. тач. 3. Закона о стечајном поступку; члан 114. ст. 1. тач. 4. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

⁷¹⁷ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр.379.

да ималац доспеле менице или чека не сме одбити пријем исплате, јер у том случају неће моћи да подигне протест због неисплате, а у том погледу се његов положај разликује од других стечајних поверилаца, јер ако ови одбију пријем исплате, не губе право да траже исплату од главних или регресних дужника.⁷¹⁸ Управо из ових разлога, стечајно право дозвољава овакву правну радњу стечајног дужника јер њом стечајни дужник предузима такав акт који је, шире гледано, чак можда и у интересу поверилаца.

Закон о стечају садржи и два додатна правила о правним радњама које не могу бити предмет побијања која до сада нису постојала у стечајном праву. Реч је заиста о специфичним одредбама које отварају бројне дилеме у њиховој практичној примени.

Најпре, правна радња односно правни посао који се сматра уобичајеним, односно неуобичајеним намирењем у смислу овог закона не може се побијати ако је стечајни дужник истовремено или у кратком периоду пре или после извршеног правног посла односно правне радње примио једнаку вредност у виду противнакнаде од повериоца или другог лица, за чији рачун је извршен правни посао односно правна радња. Као што се може видети, циљ овог правила је да се искључи могућност побијања оних радњи које по својој садржини представљају уобичајено и неуобичајено намирење и обезбеђење у случају када је и сам дужников поверилац који је био погодовано лице, дао једнаку вредност у виду противнакнаде. Важно је приметити и да противнакнада мора бити дата истовремено или у кратком периоду пре или после извршеног правног посла односно правне радње. На овај начин, закон омогућава нормално пословање стечајног дужника до дана отварања стечаја, обзиром да заштићује дужникове саговораче из двостраних теретних послова. Тако се неће дододити случај да поверилац стечајног дужника из двостраног теретног посла у одређеном временском периоду пре отварања стечаја изрши своју обавезу као и стечајни дужник па да након отварања стечајног поступка извршење обавезе стечајног дужника као правна радња буде побијено, чиме би поверилац морао да

⁷¹⁸ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 256.

врати оно што је примио у стечајну масу, а са друге стране не би могао да захтева да се њему врати оно што је он дао стечајном дужнику извршавајући своју обавезу. На пример, у случају уговора о продаји којим је стечајни дужник продао одређену непокретност непосредно пред отварање стечаја а поверилац је платио тржишну цену, последица успешног побијања би била да поверилац врати ствар коју је примио а притом не би могао да оствари повраћај цене, већ би као и остали стечајни повериоци партиципирао у намирењу из стечајне масе. Овако нешто не би било правично и зато је и дефинисан овај изузетак. Овај изузетак на неки начин аболира повериоца стечајног дужника који је у одређено време пред отварања стечаја примио какву престацију од стране стечајног дужника, иако је имао сазнања да је дужник неспособан за плаћање, односно да је поднет предлог за стечај. Међутим, иако је јасна законска идеја, није извесно да се ради о оправданом законском правилу. Може се поставити питање који је разлог због којег би чак и поверилац који је дао одређену противнакнаду и тиме остварио намирење потраживања кроз радњу уобичајеног намирења, која подразумева одређени степен његове несавесности, био заштићен од могућности побијања, и шта је то по чему је његово потраживање које се намирује различито од потраживања других поверилаца, од којих су можда неки и дали противнакнаду стечајном дужнику али не истовремено или у кратком периоду пре или после извршеног правног посла и у одређеном року пре отварања стечаја. Идентично питање, можда са још више оправдања, се може поставити у случају неуобичајеног намирења. Такође, не види се јасан разлог због чега је у правило унето друго лице за чији рачун је извршен правни посао односно правна радња, када у случају уобичајеног, па и неуобичајеног намирења, односно обезбеђења, дужник правну радњу која може бити предмет побијања чини искључиво у корист свог повериоца. Оправдање за овај изузетак се може пронаћи једино у томе што се правном лицу које је пред стечајем ипак омогућава каква таква могућност пословања односно закључење одређених правних послова или предузимање одређених правних радњи којима се, истина, умањује имовина за будуће намирење поверилаца у стечају али се истовремено или у кратком периоду пре или после предузимања акта, стечајном дужнику од стране повериоца даје противнакнада, што, барем теоријски,

успоставља баланс у дужниковој имовини. Тај баланс у дужниковој имовини, који на посредни начин елиминише оштећење поверилаца као конститутивни услов побијања, је и *ratio legis* прописивања овог изузетка у материји стечајног побијања. Поједини аутори овај изузетак називају и „готовинским послом“ желећи да подвуку у овом случају прилив у будућу стечајну масу исте вредности коју је и стечајни дужник дао свом суконтрагенту.⁷¹⁹ Имајући у виду правило о појачаној пажљи у материји привредних односа, која имплицира да сваки привредни субјект на неки начин мора проверити финансијски положај свог пословног партнера, непредвиђање оваквог изузетка би довело до тога да привредно друштво које доспе у финансијске проблеме не може даље обављати делатност обзиром да нико не би желео да послује са њим уколико би свака његова радња водила побијању у случају будућег стечајног поступка. Као примери у којима може деловати наведени изузетак се наводе случајеви исплате хонорара консултанту за санацију привредног друштва или адвокату који израђује план реорганизације дужника али и случај кредита које друштво узима ради санације свог неповољног финансијског положаја.⁷²⁰ У овом последњем случају, без постојања овог изузетка, се може десити да банка исплати кредит а да обезбеђење које је дужник дао буде правна радња која ће бити предмет доцнијег побијања, што би дестимулисало банке да дају кредите у оваквим случајевима што би последично довело до тога да одређени број привредних субјеката, без финансијских средстава неопходних за стабилизацију пословања, не може да одговори својим обавезама, што повлачи и стечај тих привредних субјеката. Закључак је да изузетак предвиђен овим правилом има своје оправдање које се понајвише односи на околност да у том случају и нема оштећења поверилаца, обзиром да дужник предузима радњу за коју добија противнакнаду што претпоставља неутралан утицај на његову имовину која служи за намирење поверилаца.

⁷¹⁹ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 144

⁷²⁰ Ibid, стр. 147. Ови аутори наводе и случај факторинга када дужник на стандардизован начин прода својопотраживања у односу на трећа лица предузећу за факторинг, пошто се овде дужнику преноси пуна вредност потраживања, чиме се искључује оштећење поверилаца.

Као спорно, у теорији се поставило питање да ли предмет побијања по основу уобичајеног намирења или обезбеђења, могу бити сва намирења односно обезбеђења која је стечајни дужник извршио у року који је предвиђен законом и која задовољавају све законске услове у том погледу, или је ипак потребно направити одређене изузетке у односу на намирење или обезбеђење које се пружа одређеним повериоцима? Питање је заиста сложено а одговор може бити дат на два начина, најпре, анализом законских норми, у смислу да ли оне предвиђају било какав изузетак у погледу одређених поверилаца, или, са друге стране, одређеним правно-политичким разлозима кроз образложење због чега би одређени повериоци уживали бенефит односно имунизацију од оваквог правила. За потребе анализе овог проблема говорићемо о три категорије поверилаца и њиховом намирењу, пре свега, у року које обухвата одредба о уобичајеном намирењу, а то су: пружаоци услуга од јавног значаја, Пореска управа и запослени.

Пре анализе сваког појединог случаја, ваљало би одмах рашчистити ствар око садржине норме. Наиме, норма о уобичејаном намирењу или обезбеђење је постављена на такав начин да не предвиђа никакве изузетке од правила које генерише. У том смислу ниједан од три наведена повериоца не може истицати аргумент да је управо законодавац у норми којом креира правило о уобичајеном намирењу или обезбеђењу предвидео изузетак у погледу његовог потраживања. Међутим, као што се може видети, изузетак постоји у другој одредби Закона о стечају. Најпре, у односу на све три категорије поверилаца, радња уобичајеног обезбеђења ће моћи да бити предмет побијања а имајући у виду да у погледу уобичајеног обезбеђења не важи наведени изузетак у односу на могућност побијања. У односу на пружаоце услуга од јавног значаја и њиховог потраживања према стечајном дужнику које је настало након извршене противнакнаде (испоручене противуслуге) од стране овог повериоца према стечајном дужнику и то у кратком периоду пре или после извршене правне радње од стране дужника, такво намирење не би могло предмет побијања. Када је реч о другом специфичном повериоцу, Пореској управи, и радњи дужниковој којом је извршено уобичајено намирење, овај изузетак не би имао дејство, па би заправо свака дужникова радња којом је извршено

намирење овог повериоца под условима које Закон о стечају дефинише за уобичајено намирење могла бити предмет побијања. Разлог за то је околност да Пореска управа као поверилац не даје никакву противнакнаду стечајном дужнику, тај однос је једносмеран, искључиви дужник је стечајни дужник. Као последња категорија поверилаца коју ћемо на овом месту разматрати издвајају се запослени стечајног дужника. Наиме, и у односу на запослене као повериоце ће бити могућа примена овог изузетка, обзиром да и запослени, начелно гледано, дају стечајном дужнику одређену противнакнаду за намирење које од њега добијају. Та противнакнада је рад па намирење ових поверилаца у том случају ће бити имуно на побијање у стечају. Други додатни изузетак који садржи Закон о стечају је следеће правило: “Правна радња односно правни посао који представља уобичајено или неуобичајено намирење поверилаца, односно којим се повериоци непосредно оштећују не може се побијати ако је радња предузета, односно посао закључен:

- 1) пре подношења предлога за покретање стечајног поступка;
- 2) на основу оквирног уговора из члана 82. став 3. овог закона;
- 3) у складу са уобичајеном пословном праксом за извршавање уговора такве врсте.“

У односу на услове који су постављени овим правилом потребно је напоменути да је реч о кумулативно постављеним условима који сви морају бити испуњени да би одређена правна радња била изузета од побијања. Дакле, битно је да је у питању правна радња која је предузета пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, да је она предузета на основу оквирног уговора⁷²¹ и у складу са

⁷²¹ Сам појам оквирног уговора предвиђен је чланом 82. ст. 3. и 4. Закона о стечају који говори о изузетку од правила када се може вршити побијања и којих потраживања према стечајном дужнику. У случају права и обавеза из једног или више финансијских уговора у којима је једна од страна стечајни дужник, а који су закључени на основу оквирног уговора између истих страна и то у периоду пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, право на пребијање (нетирање) ће постојати искључиво у погледу таквих међусобних права и обавеза и ако је поверилац у складу са таквим оквирним уговором право на пребијање (нетирање) стекао после подношења предлога за покретање стечајног поступка, али најкасније у тренутку отварања стечајног поступка, аутоматски или путем достављања обавештења о томе стечајном дужнику које мора бити уручено стечајном дужнику

уобичајеном праксом за извршавање уговора такве врсте. Реч је о изузетку везаном искључиво за могућност пребијања потраживања у стечајном поступку и то само у односу на обавезе из финансијских уговора, па ову одредбу ваља применити веома рестриктивно. Слично као и код претходног изузетка, може се поставити питање да ли је оправдано прописивање оваквог изузетка у материји побијања у стечају, обзиром да се радња односи на уобичајено, неуобичајено или непосредно оштећење поверилаца⁷²² а у сва три наведена случаја се подразумева одређени степен несавесности потенцијалног противника побијања. Такву дилему законодавац није имао када је прописао овај изузетак као случај који ће бити имун на могућност побијања у стечају.

Напоследку, и у материји стечајног побијања као што је то учињено и у Закону о облигационим односима, је предвиђено правило по којем се не могу побијати уобичајени пригодни дарови, наградни дарови, као ни дарови учињени из захвалности нити издвајања у хуманитарне сврхе, под условом да су у време када су учињени били сразмерни финансијским могућностима стечајног дужника и уобичајени за привредну грану којој стечајни дужник припада.⁷²³ Као што се може видети реч је о бесплатним располагањима које је учинио стечајни дужник пре стечаја, али је финансијски утицај таквих располагања на имовину стечајног дужника односно њено умањење, мањег значаја, што оправдава ово правило. Реч је о различитим врстама даровања која су ограничена једним субјективним и једним објективним условом. Субјективни услов се огледа у томе што свако од наведених располагања мора бити учињено сразмерно финансијским могућностима стечајног дужника. Ово заправо значи да ће бити могуће да само располагање које је стечајни

најкасније у року од три дана од дана отварања стечајног поступка, и то по основу постојања стечајног разлога, подношења предлога за покретање стечајног поступка или отварања стечајног поступка. Финансијским уговором сматра се уговор који предвиђа обавезу једне или обе уговорне стране на вршење неког плаћања или испоруку одређене робе, који за предмет има трансакцију са финансијским дериватима попут свопова, опција, фјучерса, форварда и других неименованих деривата, репо трансакцију или зајам хартија од вредности, а који је закључен у писаној форми или усмено уколико о садржини таквог усменог финансијског уговора постоји писани траг у складу са уобичајеном пословном праксом за закључивање уговора такве врсте.

⁷²² Такође, није јасно по ком критеријуму радња непосредног оштећења може бити предмет овог изузетка, обзиром да ту не долази до поговорања повериоца што оквирни уговор претпоставља.

⁷²³ Члан 124. ст. 3. Закона о стечају.

дужник учинио буде и у нешто већем износу, и даље би такво располагање било заштићено од могућности побијања све док је испуњен услов, да је у моменту када је оно учињено било сразмерно дужниковом финансијском стању. Тако ће свако бесплатно располагање које је дужник учинио у моменту финансијске кризе или непосредно пред стечај, моћи да буде предмет побијања, без обзира што је учињено у хуманитарне сврхе или је реч о пригодном дару који је стечајни дужник учинио. Са друге стране, правило предвиђа и један објективан услов а то је да је само располагање било уобичајено за привредну грану којој стечајну дужник припада. Реч је о конкретизацији и прилагођавању правила које гарантује да ће изузетак бити примењен на оне случајеве када се само бесплатно располагање које је дужник учинио може оправдати рационалним разлозима да би било заштићено од могућности побијања. Из свега наведеног у погледу изузимања одређених правних радњи стечајног дужника, може се закључити да правила нашег стечајног права не одговарају потребама које су пред њих постављене. Стога би било корисно преиспитати постојећа решења, прилагодити их осталим одредбама стечајног права и утврдити да ли је реч о основаним изузецима од правила да све правне радње стечајног дужника могу бити предмет побијања.

3.5. Тајно друштво

У правима које у оквиру свог компанијског права, односно његовог законског уређења познају појам тајног друштва, у материји стечајног побијања најчешће предвиђају одређене правне радње стечајног дужника учињене у корист тајног члана као основ за побијање. Тако је рецимо учињено у хрватском праву. Наиме, у овом праву је појам тајног друштва уређен законом а оно „настаје уговором којим једна особа (тајни члан) улаже неку имовинску вриједност у подузеће друге особе (подузетника), те на темељу тога улога стјече право судјеловања у добити и у

губитку подузетника.⁷²⁴ Улог који тајни члан улаже постаје имовина друштва а може се састојати у новцу, стварима или правима која се могу новчано исказати, а тајни члан учествује и добити као и у губитку које друштво оствари. Логична последица коју отварање стечаја над друштвом носи је да се преиспитају намирена тајног члана друштва од стране стечајног дужника као уосталом и сва дужникова располагања према тајном члану. Реч је о правилу које је формулисано још у немачком Трговачком законнику (Handelsgesetzbuch) од 10. маја 1897. године према којој тајни другар у стечају имаоца трговачког друштва мора вратити извесна давања стечајног дужника.⁷²⁵ У том смислу правна радња стечајног дужника која ће бити предмет побијања ће се састојати или у делимичном или потпуном враћању улога са једне стране, или у делимичном или потпуном опросту дуга по основу губитка. Међутим, ове радње неће бити временски неограничено подложне побијању, потребно је установити одређени рок у којем би оне морале бити предутете. Тако у хрватском праву одредба гласи да је „побојна правна радња којом је тајном члану друштва улог у потпуности или дјеломично враћен или којом му је његов удио у насталом губитку у потпуности или дјеломично опроштен, ако је споразум на којему се радња темељи склопљен у посљедњој години прије подношења приједлога за отварање стечајнога поступка над трговачким друштвом или након тога. Исто вриједи и ако се у свези са споразумом тајно друштво ликвидира.“⁷²⁶ Као што се може видети, рок је одређен на годину дана пре подношења предлога за стечај. Међутим, постоји и додатни разлог за изузимање од побијања а то ће бити случај ако је разлог за отварање стечајнога поступка настао тек након споразума.⁷²⁷ У оквирима права бивших југословенских република ово правило је још предвиђено у македонском стечајном праву а формулисано је на потпуно идентичан начин као и у Стечајном закону РХ.⁷²⁸ Правило је такође предвиђено и у немачком праву.⁷²⁹ У

⁷²⁴ Чланак 148. Закона о трговачким друштвима РХ.

⁷²⁵ Иначе и наше право је познавало ово правило, реч је о одредби §499. Трговачког закона из 1937. године, више о овоме Роберт Барч, наведено дело, стр. 115.

⁷²⁶ Чланак 205. ст. 1. Стечајног закона РХ.

⁷²⁷ Чланак 205. ст. 2. Стечајног закона РХ.

⁷²⁸ Чидети член 178. Закона за стечај Републике Македоније.

⁷²⁹ Видети §136. InsO.

нашем праву, иако нема законске дефиниције, оваква радња стечајног дужника би могла да буде предмет побијања, као радња неуобичајеног намирења или намерног оштећења, што ће зависити од околности случаја.

3.6. Зајам којим се надомешта капитал

Права која познају, у оквирима свог компанијског права, правила о зајму којим се надомешта капитал, последично предвиђају правила у материји побијања под којим условима ће бити могуће враћање таквог зајма од стране дужника. У хрватском праву које познаје ово правило, у материји компанијског права је дефинисан статус зајма којим се надомешта капитал. Члан који тако нешто учини аутоматски прихвата да потраживање које има према потенцијално будућем стечајном дужнику оствари као поверилац последњег исплатног реда и зато не може имати повољнији статус од осталих поверилаца друштва.⁷³⁰ Ово правило је и дефинисано нашим Законом о стечају који је на основу Новела из августа 2014. године предвидео да у четврти исплатни ред спадају потраживања настала две године пре дана отварања стечајног поступка по основу зајмова, као и других правних радњи које у економском погледу одговарају одобравању зајмова, у делу у којем ти зајмови нису обезбеђени, а који су стечајном дужнику одобрени од стране лица повезаних са стечајним дужником, осим лица која се у оквиру своје редовне делатности баве давањем кредита и зајмова.⁷³¹

У хрватском праву правило је предвиђено на следечи начин: „члан који друштву у вријеме кад је оно у кризи умјесто да му прибави властити капитал, када би му га иначе уредни господарственици требали прибавити, даде зајам, може у стечајном поступку остваривати захтјев за поврат зајма само као стечајни вјеровник

⁷³⁰ Душко Медић, наведено дело, стр. 40.

⁷³¹ Видети члан 54. ст. 4. тач. 3. Закона о стечају.

нижег исплатног реда.⁷³² Међутим, има и другачије формулисаних правила. Тако рецимо у Републици Српској правило гласи „зајам којим се надокнађује капитал постоји ако неки члан друштва, односно треће лице коме члан друштва да неко обезбјеђење за враћање зајма, у одређеном времену када је наступила криза друштва, друштву одобри зајам, умјесто да му чланови друштва унесу властити капитал.“⁷³³

Сама конкретизација правила о побојности располагања стечајног дужника у погледу зајма којим се надомешта капитал иде за тим да се као предмет побијања узима свако располагање дужника у циљу намирења или обезбјеђења потраживања члана друштва по основу оваквог зајма. Тако ће предмет побијања у хрватском праву бити располагање које је стечајни дужник учинио у односу на потраживање члана друштва по основу зајма којим се надомешта капитал, а којим се:

1. даје осигурање, и то ако је радња подузета у посљедњих пет година прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка или након тога;
2. јамчи намирење, ако је радња подузета у посљедњој години прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка или након тога.⁷³⁴

Наш закон о стечају познаје ово правило, додуше нешто другачије формулисано и то у оквиру одредби које говоре о намерном оштећењу. Наиме, овим одредбама је предвиђено да:

1. Обезбјеђење које је стечајни дужник дао за зајам, односно друге правне радње које у економском погледу одговарају одобравању зајмова, лицу повезаном са стечајним дужником, у смислу овог закона, осим лица које се у оквиру своје редовне делатности бави давањем кредита или зајмова, у тренутку када је било трајније неспособно за плаћање у смислу овог закона или у року од годину дана пре дана отварања стечајног поступања над друштвом, не производи правно дејство у поступку стечаја над друштвом⁷³⁵;
2. ако је стечајни дужник у последњој години пре отварања стечаја вратио кредит или зајам лицу повезаном са стечајним дужником у смислу овог

⁷³² Чланак 408. ст. 1. Закона о трговачким друштвима РХ.

⁷³³ Члан 138. ст. 1. Закона о стечају Републике Српске.

⁷³⁴ Чланак 204. Стечајног закона РХ.

⁷³⁵ Видети члан 123. ст. 2. Закона о стечају

закона, осим лицу које се у оквиру своје редовне делатности бави давањем кредита, сматраће се да је извршио радњу намерног оштећења поверилаца која је пододна за побијање.⁷³⁶

Анализа ових одредаба Закона о стечају је већ учињена у делу рада који говори о намерном оштећењу поверилаца.

3.7. Третман повезаних лица

Право побијања правних радњи стечајног дужника посебну пажњу посвећује третману лица које законски текст назива повезаним лицима са стечајним дужником. Непосредни циљ дефинисања круга лица која ће се у смислу стечајног права сматрати лицима повезаним са стечајним дужником јесте да се за одређене случајеве побијања, односно одређене посебне услове побијања, пропише правна претпоставка о њиховој несавесности. Наиме, реч је о кругу лица за које закон претпоставља да имају сазнања о финансијском положају стечајног дужника, што генерише њихову несавесност у појединим случевима када долази до оштећења поверилаца приликом предузимања одређене правне радње од стране стечајног дужника.

Важно је напоменути да су ова правила добила неку врсту оживљавања приликом доношења Закона о стечају, обзиром да после Стечајног закона из 1929. године за Краљевину Југославију, ниједан пропис о стечају, све до доношења Закона о стечају 2009. године није предвиђао изречно правило о повезаним лицима у материји побијања. Стечајни закон је то учинио кроз одредбу §34, у којој је дефинисано ко се сматра за „блиског својака“. Правило гласи да се као блиски својаци сматрају брачни друг и лица, која су у односу сродства или тазбине са стечајним дужником или његовим брачним другом у правој линији или до четвртог степена побочне линије; затим посинак или поћерка, поочим или помајка, хранитељ

⁷³⁶ Видети члан 123. ст. 3. Закона о стечају.

или храненик или онај који живи са стечајним дужником у ванбрачној заједници. Правило је допуњено нормама да се ванбрачно сродство изједначава с брачним ако је стечаји дужник друштво с ограниченом одговорношћу онда се чланови тога друштва и њихови блиски својаци у односу према друштву сматрају као блиски својаци. Сам појам блиских својака затим Стечајни закон користи у свим посебним случајевима побијања када жели да претпостави несавесност противника побијања.⁷³⁷

Према одредбама Закона о стечају, правна претпоставка која се односи на несавесност противника побијања, када је реч о повезаном лицу, је у материји побијања искоришћена на три места. Први пут код уобичајеног намирења и обезбеђења је предвиђено да ће се сматрати да је лице које је било повезано са стечајним дужником у време предузимања правног посла или друге правне радње знало или морало знати за неспособност за плаћање или за предлог за покретање стечајног поступка, што могућност побијања своди на објективне услове уобичајеног намирења и обезбеђења.⁷³⁸ Други пут у случају намерног оштећења у погледу зајма или друге правне радње које у економском погледу одговарају одобрењу зајмова које стечајни дужник даје повезаном лицу.⁷³⁹ Трећи пут, такође код намерног оштећења и то предвиђајући норму по којој се дужничково располагање према повезаном лицу сматра извршењем радње намерног оштећења поверилаца која је подобна за побијање.⁷⁴⁰

Међутим, ваљало би напоменути и да дефинисање појма повезаних лица нема значај искључиво у материји права побијања правних радњи стечајног дужника већ да своје дејство остварује у бројним случајевима које предвиђа стечајно право. Тако је и у нашем праву, па Закон о стечају користи појам „повезаних лица“ и када

⁷³⁷ У §28. приликом дефинисања намерног оштећења поверилаца, затим у §30. код бесплатних и њима изједначеним располагањима, такође у §31. који говори о поговорању веровника и напослетку у §32. који говори о знању за неспособност плаћања.

⁷³⁸ Члан 120. ст. 4. Закона о стечају.

⁷³⁹ Члан 123. ст. 2. Закона о стечају.

⁷⁴⁰ Члан 123. ст. 3. Закона о стечају.

предвиђа ко не може бити стечајни управник⁷⁴¹, затим и када дефинише ко може бити члан одбора поверилаца⁷⁴², такође у случају предвиђања ко чини четврти исплатни ред⁷⁴³ и напослетку у материји која говори о реорганизацији.⁷⁴⁴

Притом би ваљало одмах имати у виду да се појам повезаних лица у материји побијања правних радњи стечајног дужника у одређеним деловима разликује од истог појма у оквиру компанијског права. У члану 62. ст. 2. Закона о привредним друштвима је предвиђено да се повезаним лицем у смислу овог закона у односу на одређено правно лице сматра:

⁷⁴¹ У члану 21. Закона о стечају је предвиђено да за стечајног управника не може бити именовано лице које је сродник по крви у правој линији без обзира на степен или у побочној линији до четвртог степена сродства, сродник по тазбини до другог степена сродства или брачни друг стечајног судије, односно директора, власника или члана органа управљања стечајног дужника или лица повезаног са стечајним дужником; солидарни дужник са стечајним дужником или лицем повезаним са стечајним дужником; директор, власник или члан органа управљања или надзорног органа стечајног дужника или лица повезаног са стечајним дужником у последње две године пре отварања стечајног поступка; било запослено код стечајног дужника или лица повезаног са стечајним дужником у последње две године пре отварања стечајног поступка; поверилац стечајног дужника или лица повезаног са стечајним дужником или је код таквог лица било запослено у последњих шест месеци пре отварања стечајног поступка; дужник стечајног дужника или лица повезаног са стечајним дужником или је код таквог лица било запослено у последњих шест месеци пре отварања стечајног поступка; радило као саветник стечајног дужника или лица повезаног са стечајним дужником у пословима везаним за имовину стечајног дужника или лица повезаног са стечајним дужником у последње две године пре отварања стечајног поступка.

⁷⁴² У члану 38. Закона о стечају је предвиђено да повериоци који су лица повезана са стечајним дужником, у смислу овог закона, осим лица која се у оквиру своје редовне делатности баве давањем кредита, не могу бити чланови одбора поверилаца као и да ако се на првом поверилачком рочишту не формирају поверилачки органи, дужност одбора поверилаца врши пет поверилаца, осим лица повезаних са стечајним дужником, у смислу овог закона, чија су појединачна необезбеђена потраживања највећа према прегледу потраживања формираном за потребе гласања на првом поверилачком рочишту.

⁷⁴³ Ово правило је уведено Новелама Закона о стечају из 2014. године а сада чини члан 54. ст. 4. тач. 4. Закона о стечају у којој се каже да у четврти исплатни ред спадају потраживања настала две године пре дана отварања стечајног поступка по основу зајмова, као и других правних радњи које у економском погледу одговарају одобравању зајмова, у делу у којем ти зајмови нису обезбеђени, а који су стечајном дужнику одобрени од стране лица повезаних са стечајним дужником, у смислу овог закона, осим лица која се у оквиру своје редовне делатности баве давањем кредита и зајмова.

⁷⁴⁴ Тако је у члану 156. ст. 2. предвиђено да независно стручно лице које ће пратити спровођење плана у интересу свих поверилаца не може бити лице које је запослено код стечајног дужника или лица које је повезано са стечајним дужником, у смислу овог закона, као ни лице које је повезано са стечајним дужником, у смислу овог закона; у члану 165. ст. 7. је предвиђено да лица повезана са стечајним дужником чине посебну класу поверилаца и да не гласају о плану реорганизације док у случају плана реорганизације поднетог у стечајном поступку, потраживања повезаних лица намирују се на исти начин и под истим условима као потраживања из класе стечајних поверилаца према исплатном реду у које је разврстано њихово потраживање.

1) правно лице у којем то правно лице поседује значајно учешће у капиталу, или право да такво учешће стекне из конвертибилних обвезница, вараната, опција и слично;

2) правно лице у којем је то правно лице контролни члан друштва (контролисано друштво);

3) правно лице које је заједно са тим правним лицем под контролом трећег лица;

4) лице које у том правном лицу поседује значајно учешће у капиталу, или право да такво учешће стекне из конвертибилних обвезница, вараната, опција и слично;

5) лице које је контролни члан тог правног лица;

6) лице које је директор, односно члан органа управљања или надзора тог правног лица.

Такође у оквиру компанијског права је предвиђено да се у односу на одређено физичко лице повезаним лицем сматра:

1) његов крвни сродник у правој линији, крвни сродник у побочној линији закључно са трећим степеном сродства, супружник и ванбрачни партнер ових лица;

2) његов супружник и ванбрачни партнер и њихови крвни сродници закључно са првим степеном сродства;

3) његов усвојилац или усвојеник, као и потомци усвојеника;

4) друга лица која са тим лицем живе у заједничком домаћинству.⁷⁴⁵

Повезаним лицима стечајног дужника у смислу Закона о стечају сматрају се:

1) директор, члан органа управљања или органа надзора стечајног дужника;

2) члан стечајног дужника који за његове обавезе одговара целокупном својом имовином;

3) члан или акционар са значајним учешћем у капиталу стечајног дужника;

⁷⁴⁵ Члан 62.ст.1. Закона о привредним друштвима.

- 4) правно лице које стечајни дужник контролише у смислу закона којим се уређују привредна друштва;
- 5) лица која због свог посебног положаја у друштву имају приступ поверљивим информацијама или имају могућност да се упознају са финансијским стањем стечајног дужника;
- 6) лице које је фактички у позицији да врши значајнији утицај на пословање стечајног дужника;
- 7) лице које је сродник по крви у правој линији без обзира на степен или у побочној линији до четвртог степена сродства, сродник по тазбини до другог степена сродства или брачни друг физичких лица из тач. 1), 2), 3), 5) и 6) овог члана.⁷⁴⁶

Иако разлике нису превелике, заиста чуди околност постојања двоструког правног ражима у погледу одређених лица која се сматрају повезаним правним лицима. Чини се да је неусклађеност два правила последица околности да је закон којим се уређује област компанијског права, важећи Закон о привредним друштвима донет након доношења Закона о стечају. Без обзира на ово, у смислу правила о побијању правних радњи стечајног дужника правила Закона о стечају представљају *lex specialis* у односу на општи режим у погледу регулисања повезаних лица из Закона о привредним друштвима па ће, по начелу *lex specialis derogat legi generali*, остварити своју примену. Сама нумерација повезаних лица у стечајном праву говори о томе да је реч о лицима која имају посебне могућности за деловање због чињенице да имају приступ информацијама или због утицаја на имовинске односе дужника из личних разлога или разлога компанијског права.⁷⁴⁷ Заиста, реч је о специјалним релацијама између самог стечајног дужника и повезаних лица, које рађају сумњу у случају располагања које стечајни дужник чини у њихову корист, па је потребна посебна доза подозрења у анализи ових односа. Међутим, у стечајном праву се полази од тога да није потребно утврђивати у сваком поједином случају да ли постоји нешто неуобичајено у располагању које стечајни дужник чини у корист повезаног

⁷⁴⁶ Члан 125. Закона о стечају.

⁷⁴⁷ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 137.

лица, тако нешто се претпоставља и санкционише тиме што ће се сматрати да постоји несавесност на страни трећег лица у парници за побијање.

Анализу цитраног члана 125. Закона о стечају ћемо започети назначењем да у суштини постоје две групе повезаних лица о којима овај члан говори. Прва група обухвата она повезана лица која су такво својство стекла на бази правила која су дефинисана у смислу компанијског права док друга група обухвата лица која су у блиским родбинским односима са стечајним дужником. У наставку рада ће бити, на уопштен начин, обрађена свака категорија повезаних лица о којима говори члан 125. Закона о стечају.

Прву категорију повезаних лица ће чинити директор, члан органа управљања или органа надзора стечајног дужника. У питању су лица која имају обавезе према друштву, стечајном дужнику, па заиста сва располагања која стечајни дужник учини у њихову корист заиста изазивају сумњу, а када услед таквих располагања дође до оштећења поверилаца, побијање би морало бити омогућено под најједноставнијим, објективним условима. То се најпре односи на директора друштва као његовог законског заступника али и на друге чланове управљања друштвом. Правило се може аналогично проширити и на све заменика чланова управљања стечајним дужником као и друге заступнике друштва и прокуристе. Реч је о томе да ова лица, као и чланови надзорног или неког другог одбора који обављају посао надзора у односу на пословање стечајног дужника, имају приступ свим информацијама које се тичу самог стечајног дужника. Ова категорија повезаних лица је позната и у правима бивших југословенских република а најчешће обухвата иста лица као и у нашем праву,⁷⁴⁸ односно извршног директора и чланове одбора директора⁷⁴⁹ или су ова лица обухваћена широм формулацијом чланови управних или надзорних тела⁷⁵⁰

⁷⁴⁸ Видети члан 141. ст. 1. тач. 1. Закона о стечају Републике Српске.

⁷⁴⁹ Видети члан 128. ст. 1. тач. 1. Закона о стечају Црне Горе.

⁷⁵⁰ Видети чланак 207. ст. 2. тач. 1. Стечајног закона РХ; член 180. ст. 2. тач. 1. Закона за стечај Републике Македоније; члан 87. ст. 2. тач. 1. Закона о стечајном поступку ФБиХ; иначе и ово је правило немачког права из §138. ст. 2. тач. 1. InsO.

Другу категорију повезаних лица представља члан стечајног дужника који за његове обавезе одговара целокупном својом имовином. Дакле, ово правило подразумева да је стечајни дужник правно лице које по својој правној форми мора бити организовано на такав начин да његов члан буде лице које за обавезе друштва одговара целокупном својом имовином. У нашем праву, ово правило ће се односити на случајеве друштва лица, односно када је стечајни дужник ортачко друштво или командитно друштво. Обзиром да је ортачко друштво друштво два или више ортака који су неограничено солидарно одговорни целокупном својом имовином за обавезе друштва⁷⁵¹, правило из члана 125. ст. 1. тач. 2. ће се односити на сваког од ортака унутар друштва. За разлику од ортачког друштва, командитно друштво је привредно друштво које има најмање два члана, од којих најмање један за обавезе друштва одговара неограничено солидарно (комплементар), а најмање један одговара ограничено до висине свог неуплаћеног, односно неунетог улога (командитор). Имајући ово у виду, повезано лице у смислу стечајног права ће се сматрати само комплементар командитног друштва.

Трећу категорију чини члан или акционар са значајним учешћем у капиталу стечајног дужника. Ова категорија ће се односити на друштва капитала али и на случај командитора у командитном друштву. Реч је о примени правила компанијског права на основу којег значајно учешће у основном капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 25% права гласа у друштву-стечајном дужнику.⁷⁵² Исто правило, мада другачије исказано садрже поједина права бивших југословенских република⁷⁵³ али има и другачијих решења. Тако је праг, односно проценат учешћа у капитал друштва од стране лица

⁷⁵¹ Члан 93. ст. 1. Закона о привредним друштвима.

⁷⁵² Члан 62. ст. 3. Закона о привредним друштвима.

⁷⁵³ Формулација је лице које у капиталу дужника учествују са више од једне четвртине, видети чланак 207. ст. 2. тач. 1. Стечајног закона РХ; член 180. ст. 2. тач. 1. Закона за стечај Републике Македоније; иначе и ово је правило немачког права из §138. ст. 2. тач. 1. InsO.

које ће се сматрати повезаним лицем у Црној Гори 20%⁷⁵⁴ а у Републици Српској и Босни и Херцеговини чак 10%.⁷⁵⁵

Четврта категорија повезаних лица о којој говори овај законски члан обухвата правно лице које стечајни дужник контролише у смислу закона којим се уређују привредна друштва. Контрола у смислу овог члана подразумева право или могућност једног лица, самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, да врши контролни утицај на пословање другог лица путем учешћа у основном капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора.⁷⁵⁶ Такође, сматра се да је одређено лице контролни члан друштва увек када то лице самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва, а заједничко деловање постоји када два или више лица, на основу међусобног изричитог или прећутног споразума, користе гласачка права у одређеном лицу или предузимају друге радње у циљу вршења заједничког утицаја на управљање или пословање тог лица.⁷⁵⁷ Ову категорију лица у правима бивших југословенских република обухватају још само Црна Гора и Република Српска.⁷⁵⁸

Пета категорија повезаних лица чине она лица која због свог посебног положаја у друштву имају приступ поверљивим информацијама или имају могућност да се упознају са финансијским стањем стечајног дужника. У овом случају реч је о лицима који имају фактичку могућност да се упознају са економско-финансијским стањем стечајног дужника, па због те могућности, у случају када су остварили одређену корист на основу правне радње коју је предузео стечајни дужник, у парници за побијање имају статус повезаног лица које значајно умањује њихове шансе да изађу као победници из парнице. У круг лица које имају ову фактичку могућност спадају сва лица унутар самог привредног друштва која у оквиру

⁷⁵⁴ Видети члан 128. ст. 1. тач.3. Закона о стечају Црне Горе.

⁷⁵⁵ Видети члан 141. ст. 1. тач.3. Закона о стечају Републике Српске и члан 87. ст. 2. тач. 1. Закона о стечајном поступку ФБиХ.

⁷⁵⁶ Члан 62. ст. 5. Закона о привредним друштвима.

⁷⁵⁷ Члан 62. ст. 6. и 7. Закона о привредним друштвима.

⁷⁵⁸ Видети члан 128. ст. 1. тач. 4. Закона о стечају Црне Горе и члан 141. ст. 1. тач. 4. Закона о стечају Републике Српске.

обављања послова долазе у посед информација финансијске природе које могу одредити положај у којем се друштво налази. То ће најпре бити носиоци руководећих функција у друштву и то оних која не потпадају под правило које је предвиђено тачком 1. овог става, односно која улазе у прву категорију повезаних лица. Поред носилаца руководећих функција у ову групу повезаних лица ће бити убројана и она лица која обављају послове за стечајног дужника као запослени а долазе у посед информација које се односе на финансијско стање самог друштва као што су запослени у рачуноводству, људским ресурсима или интерној контроли. Важно је напоменути да лица на које се ово правило односи не морају заиста и доћи у посед информација о финансијском положају стечајног дужника, за њихово инкриминисање у круг повезаних лица је довољно да на основу свог посебног положаја у друштву имају приступ таквим информацијама без обзира да ли је сам приступ реализован и њиховим сазнањем. По мишљењу одређених аутора, на основу формулације из члана 125. ст. 1. тач. 5. Закона о стечају следи да између повезаног лица и дужничког правног лица не мора нужно постојати заснован радни однос па се његова примена односи и на екстерне ревизоре, пореске саветнике и књиговође, у мери у којој они на основу својих уговорних односа имају могућност комплетног информисања о пословању дужника.⁷⁵⁹ По мишљењу аутора овог рада, овакав закључак не произлази из језичког значења правила из члана 125. ст. 1. тач. 5. Закона о стечају које јасно говори о лицима која због свог посебног положаја у друштву имају приступ поверљивим информацијама или имају могућност да се упознају са финансијским стањем стечајног дужника. Дакле, реч је искључиво о лицима која имају одређен положај у друштву што подразумева да су запослени у друштву-стечајном дужнику. Међутим, свакако да и екстерни сарадници друштва који у обављању послове са друштвом имају приступ информацијама из којих се може извући закључак о финансијском положају стечајног дужника морају бити укључени у круг повезаних лица у смислу права побијања, па је потребно изречно допунити

⁷⁵⁹ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.140.

наведено правило. Ова категорија лица се сматра повезаним лицем односно блиском особом и у правима бивших југословенских република⁷⁶⁰ као и у немачком праву.⁷⁶¹

Шесту категорију повезаних лица чини лице које је фактички у позицији да врши значајнији утицај на пословање стечајног дужника. Ово правило је, чини се, последица жеље законодавца да једном општом формулацијом обухвати сва она лица која нису била обухваћена претходним категоријама а реч је о лицу које може утицати на пословање стечајног дужника. Међутим, у нашем праву није изречно предвиђено на који тачно утицај се правило односи, обзиром да је формулација таква да дефинише само значајнији утицај што може у одређеним случајевима довести до арбитерности у примени норме. Поједина права приближавају дефиницију тог утицаја, односно предвиђају да је реч о утицају који је изједначен са утицајем члана друштва са већинским уделом или органа за заступање. Иако у нашем праву нема оваквог законског решења, требало би узети да оцена да ли постоји значајнији утицај одређеног лица на пословање дужника бити у надлежности суда који одлучује у конкретном поступку а чини се да ће одлука у сваком случају подоста зависити од околности случаја. Међутим, као параметар се свакако може узети да ће значајнији утицај постојати у случајевима када је реч о утицају који се може изједначити са утицајем члана друштва са већинским уделом или органа за управљање. Према једном мишљењу, лице које врши значајнији утицај на пословање стечајног дужника може бити и његова пословна банка или главни добављач, уколико на основу околности могу непосредно да одреде судбину дужника.⁷⁶² Иако је тачно да пословна банка или главни добављач или више њих на фактички начин утичу на пословање привредног друштва односно стечајног дужника, што ће нарочито бити случај када постоји велики износ потраживања ових лице према стечајном дужнику, аутор овог рада је ипак мишљења да ова лица не би могла бити сматрана повезаним лицем стечајног дужника само из овог разлога. Међутим, уколико би ова лица заиста имала

⁷⁶⁰ Видети чланак 207. ст. 2. тач. 2. Стечајног закона РХ; член 180. ст. 2. тач. 2. Закона за стечај Републике Македоније; члан 141. ст. 1. тач.3. Закона о стечају Републике Српске; члан 87. ст. 2. тач. 1. Закона о стечајном поступку ФБиХ; видети члан 128. ст. 1. тач. 5. Закона о стечају Црне Горе.

⁷⁶¹ Видети §138. ст. 2. тач. 2. InsO.

⁷⁶² Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 140.

утицај на управљање самог друштва, да ли кроз неку врсту замене испуњења тако што би постали акционари или удеоничари друштва или на неки други фактички начин, онда би заиста било основа да се и ова лица сматрају повезаним лицима стечајног дужника. Само потраживање која ова лица имају према друштву генеришу одређена поступања друштва (рецимо уколико ова лица врше притисак да се измири мањи или већи део дуга) али тај утицај се ипак не може подвести под законски појам значајнијег утицаја на пословање друштва.

Последњу, седму категорију представља лице које је сродник по крви у правој линији без обзира на степен или у побочној линији до четвртог степена сродства, сродник по тазбини до другог степена сродства или брачни друг физичких лица из претходних категорија повезаних лица. Као што се може уочити, стечајно право побијања се не задржава само на физичким лицима која се сматрају повезаним лицима, већ правило проширује и на њихове сроднике. Најпре, овде би ваљало направити краће поређење са правилом које је предвиђено у Закону о облигационим односима у погледу породичне паулијанске тужбе. У том смислу, закључак који се може извести је да је правило стечајног права побијања на идентичан начин предвидела круг лица која чине *familia suspecta* као и наше материјално право побијања.⁷⁶³ У том смислу идентична критика круга који „сумњива породица“ обухвата која је изнета у претходном делу овог рада у погледу права побијања изван стечаја стоји и на овом месту. Поједина права су већ осавременила и проширила појам *familia suspecta* тако да он обухвата и ванбрачног друга наведених повезаних лица или животног партнера⁷⁶⁴ ако је брак или животно партнерство склопљено тек након правне радње или ако је престало у последњој години пре предузимања радње, односно ако је ванбрачна заједница настала након правне радње или је престала у последњој години пре предузимања радње.⁷⁶⁵ Такође, круг *familia suspecta* у односу

⁷⁶³ Једина разлика је што се у Закону о стечају говори о брачном другу а у Закону о облигационим односима од супругу.

⁷⁶⁴ Рецимо у немачком праву је правило о животно партнеру наведених лица добило законско уређење кроз измене закона, а сада је предвиђено у § 138. ст. 1. тач. 1а. InsO .

⁷⁶⁵ Правило предвиђа чланак видети чланак 207. ст. 1. тач. 1. Стечајног закона РХ; док член 180. ст. 1. тач. 1. Закона за стечај Републике Македоније и члан 87. ст. 1. тач. 1. Закона о стечајном поступку

на лица која се сматрају повезаним лицима је проширен у неким правима брачним⁷⁶⁶, ванбрачним или животним партнерима њихових сродника у правој или побочној линији.⁷⁶⁷ Најзад, у упоредном праву се може наћи и формулација да у круг *familia suspecta* улазе и лица која са лицима која се сматрају повезаним лицима живе у заједничком домаћинству или су у заједничком домаћинству живела у последњој години која је претходила предузимању правне радње која је предмет побијања од стране стечајног дужника.⁷⁶⁸

3.8. Дејства побијања

И летимичан поглед на дејство које успешно побијање производи доводи до закључка да је циљ целокупног права побијања правних радњи стечајног дужника управо она правна последица која настаје као плод успешног побијања. Побиање се и започиње да би се остварило дејство које се у најширем смислу огледа у заштити поверилаца стечајног дужника. Узрок побијања је правна радња стечајног дужника којом се оштећују повериоци а последица побијања је отклањање штете по повериоце стечајног дужника. У дејству побијања се огледа *ratio legis* могућности да одређене правне радње, које је стечајни дужник учинио пре стечаја, буду оспорене како би се заштитили повериоци тог стечајног дужника. Међутим, правила о дејству побијања се разликују у разлитим правним системима, а и у нашем стечајном праву отварају бројне дилеме о којима ће бити речи у овом раду. Ако захтев за побијање правног посла или друге правне радње буде правноснажно усвојен, побијени правни посао односно правна радња немају дејства према стечајној маси, а противник

ФБиХ превиђају правило по којем се повезаним лицем сматра само брачни друг без обзира да ли је брак закључен након предузимања радње или је престао у последњој години пре предузимања радње

⁷⁶⁶ Видети член 180. ст. 1. тач. 2. Закона за стечај Републике Македоније и члан 87. ст. 1. тач. 2. Закона о стечајном поступку ФБиХ.

⁷⁶⁷ Видети чланак 207. ст. 1. тач. 2. Стечајног закона РХ; §138. ст. 1. тач. 2. InsO.

⁷⁶⁸ Видети чланак 207. ст. 1. тач. 3. Стечајног закона РХ; §138. ст. 1. тач. 3. InsO.

побијања је дужан да у стечајну масу врати сву имовинску корист стечену на основу побијеног посла или друге радње.⁷⁶⁹ Ово правило је заправо конкретизација онога о чему је већ било речи, односно да сам захтев за побијање садржи увек два захтева у себи, утврђујући, који се у материји стечајног побијања састоји у томе да правна радња нема дејство према стечајној маси, и обавезујући, којим се одређује да противник побијања врати сву имовинску корист стечену од побијене радње у стечајну масу.⁷⁷⁰ Такође, важно је одмах напоменути да ће пресуда за побијање увек имати облигационо-правно дејство чак и у случају када у себи садржи обавезу противника побијања да врати примљено на основу побијене правне радње стечајног дужника.⁷⁷¹

3.8.1. Правна радња остаје без дејства према стечајној маси

Прва последица коју производи успешан захтев за побијање је да побијени правни посао нема дејства према стечајној маси. Аутор овог рада налази за сходно, да одмах на овом месту укаже на термилошку недоследност оваквог правила. Наиме, стечајна маса као појам само виртуелно постоји и служи само за дефинисање самог намирења поверилаца у стечају. Стечајна маса је целокупна имовина стечајног дужника у земљи и иностранству на дан отварања стечајног поступка, као и имовина

⁷⁶⁹ Члан 130. ст. 1. Закона о стечају.

⁷⁷⁰ Уколико је више лица учествовало у дужниковој правној радњи а само једно од њих је стекло корист, онда ће захтев за побијање у првом ставу обухватити сва та лица, док ће обавезујући захтев погодити само оно лице које је дужно да врати стечену корист. „С обзиром на горе изнето, тужба за побијање увек мора да садржи два посебна захтева. Тужбом за побијање пре свега се тражи да се утврди да одређени правни посао, односно правна радња, не производи правно дејство према стечајној маси. У том делу - тужбом морају бити обухваћена сва лица која су учествовала у закључењу тог правног посла. Међутим, тужбом за побијање се такође тражи и враћање у стечајну масу имовинске користи која је стечена на основу побијеног посла или друге радње. Стога, други део тужбеног захтева - мора односити само на оно лице код кога се имовинска корист налази, јер он је једини пасивно легитимисан у овом делу тужбеног захтева да имовинску корист врати у стечајну масу.“ (Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда 3.11.2015. године, 4.11.2015. године и 26.11.2015. године, објављено у Билтену судске праксе привредних судова 4/2015, питање број 37, Привредни саветник, Београд 2015. године).

⁷⁷¹ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 157.

коју стечајни дужник стекне током стечајног поступка,⁷⁷² док стечајну масу за поделу стечајним повериоцима (деобну масу), чине новчана средства стечајног дужника на дан отварања стечајног поступка, новчана средства добијена настављањем започетих послова и новчана средства остварена уновчењем ствари и права стечајног дужника, као и потраживања стечајног дужника наплаћена у току стечајног поступка.⁷⁷³ Дакле, стечајна маса нема правни субјективитет па је упитно да ли је адекватно правило права побијања да правна радња нема дејства према стечајној маси. Ово правило заиста одговара сврси у случају када постоји стечајна маса као субјект права, а то је могуће у случају када је дошло до продаје стечајног дужника као правног лица, када се стечајна маса региструје се у регистру стечајних маса који води орган надлежан за вођење регистра привредних субјеката и заступа је стечајни управник.⁷⁷⁴ Постоји могућност по којој би правило могло да гласи да правна радња нема дејста у односу на стечајног дужника. Мањкавост ове опције је управо продаја стечајног дужника као правног лица када стечајни дужник у тој форми престаје да постоји. Због свега наведеног, ово правило треба разумети као да правна радња нема дејства у односу на стечајног дужника уколико није дошло до продаје стечајног дужника као правног лица, односно у односу на стечајну масу. Разуме се, у овом раду ће бити узето у обзир законско одређење да је последица побијања да правна радња нема дејства према стечајној маси па ће тако бити и коришћено.

Иако је у нашем праву правило дефинисано тако да побијена права радња нема дејства према стечајној маси, заправо у случају усвајања захтева за побијањем, побијена правна радња остаје без дејства према стечајној маси. Разлика је у томе што је правна радња, пре него што је побијач успео са захтевом за побијање, производила дејство према стечајној маси, и то негативно дејство, обзиром да је реч о акту на основу којег је стечајна маса умањена, односно спречено је њено увећање. Управо због тога што је наведена радња производила одређено дејство према стечајној маси је и започет поступак побијања, да би се стечајна маса ослободила тог дејства, па је

⁷⁷² Члан 101. ст. 1. Закона о стечају.

⁷⁷³ Члан 138. ст. 1. Закона о стечају.

⁷⁷⁴ Члан 136. ст. 4. Закона о стечају.

неопходно захтев за побијањем формулисати на начин да суд прогласи да радња која је предмет побијања остаје без дејства у односу на стечајну масу. У односу на овај део цитиране норме, захтев који побијач поставља је утврђујући захтев за који је неопходно постојање правног интереса на страни тужиоца.⁷⁷⁵ У случају побијања, тај правни интерес је неспоран, он је изречно препознат у стечајном праву и законски децидно регулисан.

Сама околност да правна радња остаје без дејства у односу на стечајну масу декларише специфичан карактер права побијања у стечају. Наиме, стечајна маса као појам у стечајном праву обухвата сву имовину коју стечајни дужник поседује, а која ће служити за намирење стечајних поверилаца. Заправо, уколико се мало детаљније анализира сама сврха стечајне масе, па након тога и сврха самог побијања, дејство усвојеног побојног захтева дефинише да је сама правна радња која је била предмет побијања без даљег дејства према повериоцима, односно да ће повериоци остварити намирење, у одређеном проценту у односу на висину њихових потраживања према укупном износу обавеза стечајног дужника, из вредности коју је стечајни дужник остварио услед побијања. Овако формулисана одредба је била инкорпорирана у Стечајном закону у §27. у којем је било речено да по наређењима овог одсека могу се побијати и прогласити, да су без учинка према стечајним веровницима сва правна дела, која се тичу имовине стечајног дужника а учињена су пре отварања стечаја. Нема никакве дилеме да суштински правна радња која је била предмет побијања губи дејство према повериоцима стечајног дужника, па се чини да је ово довољан разлог да се преиспита формулација законске норме која говори о дејству успешног побијања.

Међутим, у једој одлуци Привредног апелационог суда је релативизовано овако законски формулисано дејство побијања. Наиме, у овом случају побијач који је тужбом захтевао побијање је у тужбеном захтеву тражио утврђење да је без дејства одређена правна радња стечајног дужника међутим пропустио је да означи да

⁷⁷⁵ Члан 194. ст. 2. Закона о парничном поступку.

последица наступа према стечајној маси. Дакле, тужбом се само захтевало да суд утврди да је правна радња дужникова уопштено ван дејства, што је првостепени суд прихватио и тако формулисао петитум пресуде. По изјављеној жалби туженог другостепени суд истиче „последица побијања је да предузета правна радња остаје без дејства према стечајној маси. Насупрот жалбеним наводима, тужени је тужбени захтев управо формулисао у складу са одредбама чл. 119. Закона о стечају, а чл. 130. закона је регулисано да побијање дужникових правних радњи има дејство према стечајној маси.“⁷⁷⁶ Према мишљењу аутора овог рада овакав став другостепеног суда није оправдан. Разлог за то је да ма колико све одлуке у стечају на неки начин имају колективно дејство, у праву побијања се ипак мора индивидуализовати последица. Међутим, и тај индивидуални карактер дејства пресуде за побијање је на неки начин колективизован, обзиром да се правна радња оглашава без дејства према стечајној маси а не неком одређеном побијачу. Управо зато оваква последица ипак мора произаћи из пресуде суда а не из самог закона, обзиром да законске норме своје дејство управо остварују кроз судске одлуке. Само означавање да је правна радња без дејства, само побијање приближава институту ништавости што никако не може бити случај. Зато је неопходно било у тужби означити управо да правна радња губи дејство према стечајној маси.

По једном мишљењу специфичан карактер права побијања дужникових правних радњи води томе да правна радња стечајног дужника, за коју је утврђена да је без дејства према стечајној маси, остаје пуноважна односно не губи правну снагу према повериоцима стечајне масе.⁷⁷⁷ По мишљењу аутора овог рада, овакав став је последица разумевања идентичног дејства паулијанске тужбе у материјалном праву као и паулијанске тужбе стечајног права. Међутим, чини се да је неопходно указати на разлику, барем у погледу законског уређења последица успешног побијања. Наиме, члан 284. Закона о облигационим односима говори о томе да правна радња која је била предмет побијања, губи дејство само према тужиоцу и то само у оној

⁷⁷⁶ Пресуда Привредног апелационог суда 1 Пж 7715/13 од 11.02.2015. године, извор: лична архива аутора.

⁷⁷⁷ Слијепчевић, Спасић, неведено дело, стр. 385.

мери у којој је потребно односно неопходно ради испуњење његовог потраживања. За разлику од ње, успешно побијање у стечајном поступку делује у односу на стечајну масу, односно све повериоце стечајног дужника. У том смислу, није спорно да побојна тужба у стечају нема за циљ да прогласи правну радњу без дејства уопште, али уколико она губи дејство према стечајној маси, односно према стечајном дужнику и његовим повериоцима, поставља се питање, у односу на која лица правна радња остаје на снази? Уколико је правна радња без дејства у односу на стечајну масу, ова последица делује *ex nunc* а не ретроактивно и *ab initio*.⁷⁷⁸ Зато Томица Делибашић истиче да се за побијање, као правно дејство стечаја, може рећи да је ретроактивне природе, јер захвата односе из времена пре наступања правних последица отварања стечаја, али то не значи да, када се успе са тужбом, побојност делује ретроактивно, већ се, напротив, ради о последицама које се везује за будуће намирење поверилаца из стечајне масе.⁷⁷⁹

У односу на постављени захтев за побијања, често се указује да је заправо реч о два захтева, првом, деклараторном, којим се захтева да се одређена правна радња стечајног дужника огласи без дејства према стечајној маси, и другом, кондемпнаторном, да се обавезе противник побијања да врати све користи које је остварио из правне радње стечајног дужника. Добро је још у старијим теоријским делима примећено да ће деклараторни захтев бити довољан онда када је побојном правном радњом само настала обавеза за стечајног дужника којој се тиме одузима учинак, али ако је на основу такве обавезе одређена имовинска вредност већ изашла из масе, деклараторни захтев неће бити довољан, већ ће бити потребно да се кондемпнаторним захтевом потражује повраћај.⁷⁸⁰

Међутим, у теорији је изнета и дилема, да ли је деклараторан захтев уопште и потребан или сам кондемпнаторан захтев у себи садржи и захтев за утврђење? У теоријском смислу заиста се може бранити став да усвајањем кондемпнаторног

⁷⁷⁸ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 385; Томица Делибашић, наведено дело, стр. 236.

⁷⁷⁹ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 236.

⁷⁸⁰ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 87 и 88.

захтева за повраћај онога што је стечајни дужник дао противнику побијања у себи посредно садржи и последицу да је правна радња стечајног дужника која је била предмет побијања без даљег дејства у односу на стечајну масу.⁷⁸¹ Међутим, по мишљењу аутора овог рада, садржина захтева за побијање је дефинисано самом одредбом која говори о дејству побијања. Овом одредбом се генерише правило о садржини тужбеног захтева, па се чини да је заиста неопходно предвидети два захтева, деклараторни и кондемтанорни.

У одређеним случајевима право побијања ће се задржати само на овом деклараторном захтеву, да се прогласи без правног дејства према стечајној маси одређена радња стечајног дужника. То ће бити у случају када противник побијања ништа још увек није стекао али је за стечајног дужник настала обавеза која ће морати да се изврши, довољно ће бити, ради заштите интереса поверилаца да се таква правна радња огласи без дејства у односу на стечајну масу, даља последица неће бити неопходна. У том случају, тужба има прејудицијални захтев, превентивна је и деклараторне природе.⁷⁸²

Друга последица коју ће произвести усвојени захтев за побијање је обавеза противника побијања да у стечајну масу врати сву имовинску корист стечену на основу побијеног посла или друге радње. Ово је и логичан след у односу на прву последицу. Када је радња стечајног дужника остала без правног дејства, онда се оно што је противник побијања примио на основу побијене правне радње налази у његовом поседу без правног основа, па је неопходно да све то врати у стечајну масу.

У теорији права побијања се истиче да пресуда по правилу делује *inter partes*, али у случају побијања то правило не важи, већ се правоснажност проширује на друга лица, све стечајне повериоце.⁷⁸³ Према мишљењу аутора овог рада, овакав став не може опстати из неколико разлога. Најпре, заиста свака пресуда делује само

⁷⁸¹ Овакав став је истицао Михајло Дика, *Стечајно право и право присилне нагодбе*, стр. 157, Загреб, 1976. година.

⁷⁸² Томица Делибашић, наведено дело, стр. 234.

⁷⁸³ Томица Делибашић прихавата овај став који је изнео Јухарт, наведено дело, стр.235.

између страна које су у том спору и учествовале па се њено дејство не може непосредно проширити на друга лица. Такође, у праву побијања, успешно побијање делује између страна у спору, побијача и противника побијања. Једини изузетак ће бити случај када се на месту побијача нађе неки од поверилаца стечајног дужника који има активну легитимацију за побијање. Међутим, чак и у овом случају, право побијања тера тужиоца да тужбени захтев формулише на начин да правна радња остаје без дејства у односу на стечајну масу. Дакле, чак и у овом случају непосредно дејство пресуда остварује у односу на стечајну масу и противника побијања. Са друге стране, не сме се сметнути са ума да побијана правна радња стечајног дужника има велико и значајно дејство у односу на повериоце у стечају, али то не значи да директно дејство сама пресуда остварује у односу на стечајну масу.

Као што се може видети, наше право не прави никакву разлику у случају када побијање врши стечајни управник у односу на случај када повериоци врше побијање. Идентична последица наступа без обзира на то ко је био активно легитимисано лице у парници за побијање. У случају усвајања захтева се правна радња оглашава без дејства према стечајној маси, што у крајњој инстанци значи према свим повериоцима. У односу на стечајног управника као активно легитимисано лице, заиста последица која проистиче из успешног побијања је нешто што је и логички и правно оправдано. Међутим, може се поставити питање да ли је оправдано, да у случају да побијање врши поверилац, правно дејство успешног захтева делује према свим повериоцима а не само према њему? Заиста, уколико се мало дубље анализира овај случај, поверилац који врши побијање мора уложити одређени, често не мали напор, затим потребно је уложити и одређена средства јер парничење кошта, односно из самог поступка настају трошкови на име судских такси за тужбу и пресуду, трошкови вештачења и адвоката, а такође и сам поступак захтева одређену посвећеност и утрошак времена. Због тога се чини оправдано питање, које се додуше у нашој теорији до сада није ни било постављено, да ли је праведно да идентичну корист од побијања имају поверилац који је као тужилац водио парнични поступак против противника побијања и у њему успео, као и други повериоци стечајног

дужника? У случају потврдног одговора, које уосталом и даје наше стечајно право, повериоци стечајног дужника остварују намирење само због тога што су повериоци, они ниједном својом радњом нису утицали на то да дође до побијања одређене правне радње стечајног дужника а последично и до увећања стечајне масе за користи које је противник побијања био дужан да врати. Реч је дејству стечаја као колективног намирења поверилаца које се прилива и на случај побијања дужникових правних радњи. Поверилац који је водио поступак побијања правних радњи стечајног дужника, иако остварује корист, јер ће партиципирати у намирењу из увећане стечајне масе, у начелу поступа по принципу „један за све“, никакав додатни беневит не може извући због тога што је баш он утицао да до побијања уопште и дође. Да апсурд буде још већи, у случају успешног побијања када је побијач поверилац стечајног дужника, у погледу трошкова поступка примениће се правило да трошкове сноси страна која је изгубила спор, што последично значи да чак ни овај трошак поверилац неће моћи да намири из користи коју ће противник побијања вратити у стечајну масу, него ће намирење морати да оствари директно од противника побијања, односно зависиће од солвентности противника побијања да ли ће трошкови поступка бити намирени или не. Када се направи кратко поређење стечајног побијања од стране повериоца са побијањем ван стечаја, које такође врши поверилац, разлика у дејству је заиста очигледна, у првом случају, успешно побијање доноси беневит за све повериоце стечајног дужника док у другом сва беневит успешног побијања припада искључиво повериоцу који је успео у поступку. Напоследку, околност да поверилац који врши побијање не остварује за себе никакав додатни беневит у односу на остале повериоце, који не желе или не могу да побијају одређену правну радњу стечајног дужника, дестимулативно утиче у пракси на остваривање побијања од стране поверилаца, односно очекивање да ће побијање остварити стечајни управник. Због свих наведених разлога, можда би ваљало додатно размислити о измени правила о последицама побијања у стечају у случају када само побијање врши поверилац стечајног дужника а не стечајни управник. Овакав модел већ постоји у Хрватској, обзиром да је Стечајним законом РХ из 2015. године предвиђено да: „ако суд у парници прихвати захтјев за побијање правне радње,

противна страна дужна је све имовинске користи стечене на основи побијене радње вратити у стечајну масу а након враћања новчане користи стечене на основи побијене радње у стечајну масу, тужитељи стечајни вјеровници имају право првенственог намирења из користи враћене у стечајну масу размјерно висини њихове утврђене тражбине.⁷⁸⁴ Дакле, као што се може видети, законско правило је такво да у случају да побијање врши поверилац, и ако успе у спору, последица није да се корист врати у стечајну масу и да од тога бенефит имају сви повериоци стечајног дужника сразмерно висини свог потраживања, већ се омогућава право првенственог намирења из користи враћене у стечајну масу. Имајући у виду да ће услед овог правила побијање постати знатно атрактивније за повериоце, обзиром да је поверилац који успе са побијањем награђен за свој успех могућношћу првенственог намирења, Стечајни закон као додатно правило предвиђа и да стечајни вјеровници који су поднијели тужбу ради побијања правних радњи имају положај јединствених супарничара⁷⁸⁵ као и већ поменуту норму да „стечајни вјеровници имају право првенственог намирења из користи враћене у стечајну масу сразмерно висини њихове утврђене тражбине.“⁷⁸⁶

Уколико се побијање правне радње стечајног дужника врши приговором, што подразумева ситуацију да је ствар на коју се односи правна радња стечајног дужника која је предмет побијања и даље у стечајној маси, у случају добитка спора последица је да ствар остаје у стечајној маси, будући да из ње није ни излазила.⁷⁸⁷ У том случају, право побијања се такође задовољава деклараторним тужбеним захтевом којим ће бити дефинисано да побијена правна радња стечајног дужника остаје без дејства према стечајној маси, па нема потребе обавезивати противника побијања да нешто врати у стечајну масу јер ништа није ни примио од стечајног дужника.

⁷⁸⁴ Чланак 212. ст. 10. Стечајног закона РХ.

⁷⁸⁵ Чланак 212. ст. 6. Стечајног закона РХ.

⁷⁸⁶ Ibid.

⁷⁸⁷ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 385.

3.8.2. Реституција

Као што се могло видети, друга последица коју успешно побијање производи, поред основне да побијена правна радња остаје без дејства у односу на стечајну масу, је реституција, односно обавеза на страни противника побијања да врати у стечајну масу оно што је примио на основу побијене правне радње, *Pauliana actione revocantur, quae in fraude creditorum alienata sunt*. Повраћај ствари се реализује натуралном реституцијом.⁷⁸⁸ Заиста, не постоји ништа природније него да, након оглашавања да је правна радња стечајног дужника на основу које је противник побијања нешто стекао без дејства у односу на стечајну масу, противник побијања врати оно што је примио на основу те правне радње и на тај начин успостави првобитно стање које је постојало пре него што је предметна правна радња и предузета. Наиме, сам циљ побијања и јесте да анулира последице правне радње коју је стечајни дужник предузео пре стечаја а на штету својих поверилаца, а први корак за тако нешто је да противник побијања врати, у натуралном облику оно што је примио од стечајног дужника.

Стечајна маса мора да се доведе управо у оно стање које је постојало пре него што је радња предузета. Зато, враћање треба да се спроведе на такав начин да се отуђена ствар у целокупном обиму врати у стечајну масу.⁷⁸⁹ У теорји се још добро наводи да се обим побијања не управља по томе колико је побијани добио, примио или стекао дотичним правним делом него колико је услед њега умањена стечајна маса.⁷⁹⁰ Поставља се занимљиво питање, да ли обим враћања ствари коју је противник побијања примио на основу побијене правне радње зависи од висине потраживања поверилаца у стечајном поступку? Може се теоријски замислити ситуација у којој је износ укупних обавеза стечајног дужника не претерано велик, а у поступку за побијање се успе па је потребно да противник побијања врати одређену

⁷⁸⁸ Ibid.

⁷⁸⁹ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.155.

⁷⁹⁰ Видети *Verona-Zuglia*, наведено дело, стр. 138.

ствар у стечајну масу. Да ли ће се у овом случају утврђивати колико износе укупне обавезе стечајног дужника како би се на основу тога утврдио и обим враћања или ће се враћање ствари спровести у пуном обиму без обзира на висину укупних обавеза стечајног дужника? Питање добија на значају ако се има у виду и да у случају побијања ван стечаја нема класичне реституције, већ правна радња дужника губи дејство у односу на тужиоца али само у оној мери колико је то неопходно да би се намирило његово потраживање. У том смислу се можда може повући и паралела са стечајним правом побијања, а позицију тужиоца из побијања изван стечаја могу заузети сви повериоци у стечајном поступку са укупним износом свог потраживања. У том случају заправо не би ни било реституције као последице побијања, већ би се омогућило намирење потраживања свих поверилаца у посебном извршном поступку, који би био инициран од стране стечајне масе, односно стечајног дужника. У нашој судској пракси није било примера оваквих одлука али у упоредном праву јесте.⁷⁹¹ Чини се, ипак, да наведена последица није адекватна за стечајни поступак, обзиром да се могу десити бројне ситуације у којима ће бити много повољније да се одређена ствар врати у стечајну масу како би доцније била уновчена као део целокупне имовине стечајног дужника. Такав случај ће нарочито бити са делом основних средстава стечајног дужника који је отуђен противнику побијања, и који чини важан део пословне имовине без којег остатак имовине стечајног дужника значајно губи на вредности. Рецимо, нека непокретност у оквиру фабричког комплекса, је важан део у оквиру неке линије за производњу или одређени део опреме без којег циклус производње не може бити заокружен, што значајно умањује вредност преостале имовине стечајног дужника, па се у сваком другом случају, осим у случају натуралне реституције, не би постигла адекватна заштита интереса поверилаца стечајног дужника. Према томе, чини се оправдан став који је изнет у теорији да чак и у

⁷⁹¹ Овакав став је заузео италијански Касациони суд када је истакао следеће-„Поводом тужбе стечајног управитеља којом је учињено побијање противник побијања био је пресуђен да врати у стечајну масу дио имовине који је захваћен побијањем или да плати његову вредност. Касациони суд је укинуо пресуду. Побивањем у стечају стечајни управитељ има само могућност да проведе у интересу стечајне масе извршење на одређеном предмету. Насупрот томе трећи не може бити обавезан на било какве чинидбе.“ Corte di Cassazione, пресуда од 13.7.1977. године, Nr 3135 Giurisprudenza italiana,1979,I,1 358, Информатор, бр. 2657 од 25.8.1979. године, стр.8-цитирано према Томица Делибашић, наведено дело, стр. 237.

случају да целокупан приход од уновчавања побојног отуђеног предмета није потребан за намиривање стечајних поверилаца, цео предмет мора да се врати у стечајну масу.⁷⁹² Једини изузетак који би могао да се направи у овом погледу је случај када је противник побијања дужан да врати одређени износ у стечајну масу који је већи или значајно већи од износа укупних обавеза стечајног дужника. У таквом случају циљ побијања ће бити остварен уколико противник побијања врати ураво онај износ који је потребан за намирење свих поверилаца стечајног дужника. Међутим, када се каже свих поверилаца онда се мисли на намирење свих исплатних редова укључујући и чланове друштва или акционаре у оквиру четвртог исплатног реда.

Разуме се, натурална реституција ће бити могућа само у оним случајевима у којима је стечајни дужник противнику побијања дао неку ствар која се може вратити. У случају када је реч о дужниковом пропуштању, или уступању одређених права, последица побијања наступа у нешто другачијем облику. Међутим, требало би приметити да обавеза противника побијања на повраћај онога што је примио по основу побијене правне радње није постављена као нека *facultas alternativa* код које он може бирати да ли ће вратити ствар или исплатити њену противвредност. Када год то фактичка ситуација дозвољава, противник побијања ће бити у обавези да врати тачно оно што је примио на основу побијене правне радње и нема могућности да бира неко алтернативно решење.

У случају да се радња која је предмет побијања новац, противник ће бити у обавези да исплати одговарајући износ. Уколико се радња побијања односи на непокретност или неку покретну ствар, противник побијања ће бити у обавези да ствар врати у стечајну масу, односно да државину на тој ствари препусти стечајном управнику. Потраживања која су уступљена побијаном радњом стечајног дужника, морају поново да се врате стечајном дужнику⁷⁹³, разуме се уколико још увек нису

⁷⁹² Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр. 155.

⁷⁹³ Ibid, стр. 156.

реализована. Уколико су побојном радњом пренесени удели у одређеном правном лицу или акције, противник побијања ће бити у обавези да их врати у стечајну масу.

Правило о натуралној реституцији ће се у материји побијања у односу на противника побијања остваривати на идентичан начин како се то чини по општим правилима облигационог права, као што се то чини и код других института као што су раскид или ништавост уговора. Тако, у случају да је предмет побијане правне радње била индивидуално одређена ствар, реституција ће подразумевати њено враћање а уколико је то била ствар одређена по роду, онда се има вратити исти број, врста или количина те ствари.

Обавезу враћања ствари ће имати противник побијања, односно лице које је остварило корист из дужникове радње. У случају када је реч о дужниковој радњи намирења једног повериоца, која је побијена као уобичајено или неуобичајено намирење, нема дилеме да ће обвезник враћања новчаних средстава бити управо поверилац. У једном случају је био закључен уговор о компензацији између дужника, дужниковог повериоца и дужниковог дужника у којем је констатовано да се потраживање које је дужник имао према свом дужнику пребија са потраживањем које је поверилац имао према дужнику, и то тако што дужник на име замене испуњења уступа повериоцу потраживање које има према свом дужнику. Суд је нашао да је реч о радњи која може бити предмет побијања, а да је потребно прецизно утврдити ко је обвезник реституције.⁷⁹⁴ У свим другим случајевима обвезник

⁷⁹⁴ „Да наведене радње није било, првотужени би према тужиоцу имао дуг у износу од 279.650,00 динара који би био дужан измирити у целини (100%), а друготужени би према тужиоцу имао потраживање у истом износу, које би могао наплатити тек под условом да га је пријавио и то учешћем у деоби стечајне масе и то не у целини, него у одређеном проценту у зависности од величине стечајне масе и висине утврђених потраживања. Сада да видимо шта се десило када је компензација спроведена. На наведени начин обавеза првотуженог се угасила у целини, али овај суд као другостепени не прихвата тезу из жалбе да је на наведени начин првотужени стекао имовинску корист. Ово стога што би се у сваком случају обавеза првотуженог угасила, само без компензације иста би се угасила испуњењем, а компензацијом је она угашена пребојем. Међутим, једини који је због проведене компензације остварио оно што иначе не би могао да оствари је у овом случају друготужени управо зато што је он пре и мимо осталих поверилаца и то у целокупном износу дакле од 100% наплатио своје доспело потраживање према тужиоцу. Због тога је у конкретном случају друготужени тај који је несумњиво стекао имовинску корист коју у стечајну масу треба и да врати. Из наведеног произлази да је у конкретном случају првостепени суд правилно применио материјално

реституције ће бити оно лице које је стекло неку имовинску корист на терет дужникове имовине.

Приликом спровођења реституције, потребно је да се у стечајну масу поврати тачно онолико колико је из ње изашло побијаном правном радњом. Прекорачење у овом смислу би водило неоснованом обогаћењу стечајне масе. Тако рецимо, у случају да је предмет побијања био поклон 5 тона шећера који је стечајни дужник учинио у корист свог повезаног правног лица, побијањем се мора остварити враћање управо 5 тона, никако више од тога.⁷⁹⁵ У случају када је стечајни дужник отуђио, пре стечаја, ствар са теретом па та правна радња буде побијена у оквиру стечајног поступка, противник побијања неће бити у обавези да врати ствар у стечајну масу без терета, већ управо у оном стању у којем је ствар и примио од стечајног дужника.

Последица побијања у случају када се побијена правна радња стечајног дужника односи не на отуђење одређене имовине већ на њено оптерећење ће бити специфична врста реституције. Наиме, у овом случају је такође потребно остварити повраћај у пређашње стање, односно стечајну масу вратити у оно стање у којем је она

право, односно одредбу члана 116. став 4. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, када је нашао да првотужени није пасивно легитимисан да тужиоцу исплати утужени и тражени износ. За правилност побијане одлуке потпуно је правно ирелевантно да ли је у конкретном случају првотужени у моменту сачињавања изјаве о компензацији имао доспело новчано потраживање према друготуженом по основу раније испоручене робе или је пак читав правни посао спроведен на тај начин што је у суштини првотужени друготуженом испоручио робу на који начин је према њему измирио доспела потраживања тужиоца, а угасио своју обавезу према тужиоцу. Ово стога што у конкретном случају спроведена компензација није без правног дејства између првотуженог и друготуженог само у том смислу што је истом првотужени или пак у целини угасио своје обавезе или пак у целини наплатио своје потраживање, али не од тужиоца него од друготуженог. Наиме, с обзиром на то да се побијањем правне радње стечајног дужника жели постићи у стечајној маси, а ради заштите осталих поверилаца, остварење оног имовинског ефекта који би постојао и да побијене радње није било, то је са становишта стечајне масе и осталих поверилаца битно да у њу врати стечену имовинску корист онај који је наплатио своје потраживање пре и мимо доспелих потраживања других поверилаца, а то је у конкретном случају само друготужени. Дакле, без обзира које је чињенично стање заиста било у погледу статуса првотуженог и у једном и у другом случају првотужени од тужиоца није наплатио ништа, па самим тим није дужан истоме ништа ни да врати.“(Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 6477/03 од 10. децембра 2003. године; Извор:Правна базаIntermex)

⁷⁹⁵ Фрањо Спевец наводи да „побијање не може никада донијети стечајној маси више, него што је по побитном дјелу отуђено, не може дакле оно прибавити маси предмета, који нијесу били презадуженикови прије, него што је изведено побитно правно дјело;или ако су одређени предмети припадали презадуженику само ограничено, били оптерећени, имају се у таквом стању и повратити“ Тумач Закону од 24. ожујка 1897, о побијању правних дјела гледе имовине инсолвентна дужника, стр.63, Загреб, 1897. година.

била пре него што је побијена правна радња предузета од стране стечајног дужника. У случају када се правна радња састоји у упису терета јасно је да се не може остварити реституција у свом природном облику јер оптерећена ствар и даље припада стечајној маси и зато је потребно, према једном схватању, да се побојном тужбом, поред захтева за одузимањем правне снаге таквом правном послу према стечајној маси, мора захтевати и да се пресудом наложи успостављање ранијег стања у јавним књигама.⁷⁹⁶ Аутор овог рада је другачијег мишљења. Наиме, оваква последица уопште не мора бити предмет судске одлуке. Довољно ће бити само да се одређена правна радња, рецимо давање заложне изјаве и упис хипотеке на дужниковој имовини огласи без правног дејства према стечајној маси чиме се стичу услови да се наведена имовина стечајног дужника продаје без побијеног терета чиме се непосредно остварује последица побијања.

3.8.3. Накнада штете

Поставља се питање, каква је обавеза противника побијања, који је изгубио парницу за побијање, у случају када натурална реституција није могућа? Заиста, могу се замислити бројни случајеви у којима неће бити могуће остварити натуралну реституцију, односно у којима противник побијања, иако обавезан, неће бити у могућности да врати примљену ствар или право у стечајну масу, јер тако нешто није објективно могуће. Ствар добија на значају уколико се има у виду да закони који су у нашој земљи регулисали стечајну материју, укључујући и постојећи Закон о стечају, не разликују обавезу натуралне реституције као примарну правило и обавезу накнаде штете већ уопштено говоре о враћању свих имовинских користи стечених на основу побојне радње.⁷⁹⁷ Заиста, правила о секундарној последици успешног побијања, када она примарна, натурална реституција није могућа, није била предмет уређења

⁷⁹⁶ Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 40.

⁷⁹⁷ Томица Делибашић, наведено дело, стр.237.

послератних прописа о стечају. Међутим, готово сви теоријски радови на тему побијања правних радњи стечајног дужника подразумевају ову могућност што је и разумљиво, јер без овакве алтернативе успостављене у корист стечајне масе, право побијања не би имало дејства у случајевима када натурална реституција не би била могућа. Тако Станко Дежелић наводи да је „сврха побијању *restitution in integrum* (поврата у пријашње стање), а ако је то неповредиво, накнађује се штета (еквивалентно).“⁷⁹⁸

Обавеза противника побијања да исплати одређени износ стечајној маси, у случају када није могућа натурална реституција, мора бити јасно опредељена и прецизно одређена. Ово је нарочити проблем у пракси обзиром да је јако мали број побојних тужби које подносе стечајни управници и повериоци, у којима је уопште и дефинисан новчани износ који је потребно да исплати противник побијања у случају да изгуби спор и да натурална реституција није могућа. На овај проблем је потребно посебно обратити пажњу јер се може догодити да пресуда којом се усваја захтев за побијање остане „мртво слово на папиру“ које се не може спровести обзиром да одређујући део није спроводив. Рецимо, у случају када правна радња стечајног дужника која је била предмет побијања била уступање потраживања које је у међувремену противник побијања наплатио од дужника из уступљеног потраживања који је савестан у односу на побијање, само одређење да је уступање потраживања без дејства у односу на стечајну масу неће донети никакав бенефит за повериоце, потребно је да пресудом буде обавезан противник побијања да исплати износ уступљеног потраживања, увећан за камату, стечајној маси. Уколико је пропуштено у самом захтеву за побијање да се захтева ова исплата новчаног износа, може се догодити да се пресуда којом је удовољено захтеву за побијање не може принудно спровести већ ће побијач морати да започне нови парнични поступак у којем ће захтевати накнаду штете од противника побијања. Може се замислити ситуација у којој у тренутку подношења захтева за побијање, побијач, без обзира да ли је то стечајни управник или поверилац, нема сазнања да ли је натурална реституција могућа или не, али се чини да је неопходно увек, предострожности ради, поставити и

⁷⁹⁸ Станко Дежелић, *Стечајно право*, стр. 30, Наклада књижаре А. Ђелап, Загреб, 1930. година.

алтернативни тужбени захтев у виду захтева за исплату износа који осликава тржишну вредност ствари или права на који се побојна радња односи. Тешкоћу може представљати и опредељивање одређеног износа обзиром да ће се често дешавати да у тренутку подношења захтева за побијање, побијач, а то ће посебно бити случај са повериоцем као побијачем, нема сазнања која је тржишна вредност ствари која је отуђена у корист противника побијања правном радњом стечајног дужника. Позиција стечајног управника ће бити нешто лакша имајући у виду да је реч о ствари која је била власништво стечајног дужника у прошлости па се вероватно може утврдити њена вредност у претходном периоду. У сваком случају, поред захтева за повраћај ствари, у случају побијања, је од значаја поставити алтернативно и захтев за исплату од стране противника побијања који ће дејствовати у случајевима када натурална реституција није могућа. Да би суд утврдио да ли је основан захтев за исплату, као претходно правно питање се морају утврдити две правне чињенице:

1. да ли је могућа натурална реституција, а уколико није;
2. колико износи обавеза противника побијања.

Дакле, у случају када је захтев за побијање основан, односно када испуњава све опште и један од посебних услова који су предвиђени стечајним правом, да би суд могао да утврди одређени износ који је противник побијања дужан да исплати стечајној маси, биће неопходно у току поступка доказати најпре да натурална реституција није могућа, као и која је тржишна вредност ствари коју противник побијања није у могућности да врати у стечајну масу.

Правило о накнади штете ће своју примену остварити у сваком поједином случају у којем није могуће да противник побијања у натуралном облику врати оно што је примио на основу правне радње стечајног дужника која је била предмет успешног побијања. Тако рецимо, уколико је предмет побијања био уговор о продаји односно предаја непокретности од стране стечајног дужника у корист противника побијања на основу тог уговора, примарна обавеза противника побијања који не успе у спору ће бити да непокретност врати у стечајну масу. Међутим, могуће је да је у међувремену непокретност отуђена односно да је оптерећена, а да лице које је ствар

стекло, односно у чију корист је ствар оптерећена, савесно и не може трпети последице побијања, што доводи до тога да је натурална реституција немогућа у случају отуђења, односно неисплатива у случају оптерећења јер би се ствар вратила са теретом. У таквом случају ће обавеза противника побијања морати да буде конвертована у исплату одређеног износа који одговара тржишној вредности те непокретности. Такође, у већ наведеном случају уступања потраживања као побијене правне радње, уколико је потраживање у међувремену наплаћено или је застарело, натурална реституција неће бити могућа, па ће противник побијања бити у обавези да исплати номинални износ уступљеног потраживања. Уколико је стечајни дужник исплатио туђи дуг а та радња буде побијена у стечајном поступку, дејство побијања ће се остварити у односу на лице чије је дуг исплаћена а не у односу на повериоца који је уплату примио, па ће то генерисати обавезу лица чији је дуг исплаћен, који ће бити противник побијања, да уплати наведени износ у корист стечајне масе. У случају када је стечајни дужник располагао уделима или акцијама у одређеном привредном друштву у корист противника побијања који је у међувремену уделе или акције оптеретио а побијање се не може вршити према трећим лицима, или је својим поступцима као члан односно акционар друштва умањио вредност удела или акција, биће у обавези да успостави првобитно стање у економском смислу, односно да обезбеди да стечајна маса буде обештећена за вредност коју су удео или акције имале у моменту стицања од стране противника побијања. Уколико се дужник на побојан начин одрекао заложног права на непокретности на туђем земљишту, противник побијања (власник земљишта) је обавезан да поново успостави заложно право над тим земљиштем, а ако није у стању да то учини дужан је да надокнади дату вредност.⁷⁹⁹

Судска пракса је веома чврсто на становишту да у случају када натурална реституција није могућа, алтернативно се примењује правило по којем се противник

⁷⁹⁹ Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.157.

побијања који је изгубио спор обавезује да накнади штету стечајном дужнику, односно стечајној маси у висини вредности отуђене ствари.⁸⁰⁰

3.8.4. Положај противника побијања и накнада користи

Законска норма у праву побијања која дефинише обавезу противника побијања, у случају губитка спора, гласи да је противник побијања дужан да у стечајну масу врати сву имовинску корист стечену на основу побијене правне радње стечајног дужника. Дакле, законска норма не обухвата ни реституцију нити накнаду штете, иако се то на неки начин подразумева, већ предвиђа и више од тога, да противник побијања накнади сву корист стечену на основу правне радње стечајног дужника учињену у његову корист. Као што се може видети, идеја законодавца није, а то није ни идеја самог права побијања, нарочито у стечајном поступку, да обавеза противника побијања буде проста реституција. Захтева се нешто више, противник побијања је дужан вратити оно што је примио од стечајног дужника али и корист коју је остварио на основу таквог располагања стечајног дужника.

Најпре је потребно утврдити положај противника побијања који је изгубио парнични поступак за побијање дужникових правних радњи. Питање које се одмах у вези са тим поставља је да ли он одговара као савесни или као несавесни држалац ствари? Одговор на ово питање у материји стечајног права, односно права побијања у стечају, је веома значајан, имајући у виду да ће од њега зависити одговор и у погледу обима одговорности противника побијања у погледу накнаде користи коју је од побијене правне радње имао. Једна група аутора сматра да је неопходно процењивати у сваком

⁸⁰⁰ „Како је у конкретном случају такође неспорно да тужена фактички није ни преузела количину од 8.617 кг гвожђа, већ је исто одмах продато трећем лицу, то је у првостепеном поступку неспорно утврђено да је иста закључењем вансудског поравнања стекла имовинску корист која се огледа у износу од 129.255,00 динара, па је првостепени суд тужену правилно обавезао на повраћај наведеног износа са припадајућом каматом а сагласно одредби чл. 108. ст. 1. Закона о стечајном поступку.“ (Пресуда Привредног апелационог суда Пж. бр. 1596/09 од 16.01.2009. године; Извор: лична архива аутора).

поједином случају да ли је противник побијања савестан или несавестан прибавилац ствари.⁸⁰¹ У односу на ово утврђење које ће се учинити у току поступка биће утврђен и обим враћања користи у стечајну масу. Друга група аутора сматра да степен одговорности противника побијања зависи од разлога због којих се врши побијање, јер када је претпоставка побијања знање или дужност знања за неповољно економско-финансијско стање дужника одговарао би као непоштени поседник, а у осталим ситуацијама би се питање његове одговорности као поштеног или непоштеног поседника просуђивало по општим правилима грађанског права.⁸⁰² Најзад, треће мишљење које је изнето у теорији и које има највећи број присталица је оно по којем противник побијања одговара као несавесни држалац ствари у сваком случају, без обзира на његово стварно стање свести у односу на правну радњу стечајног дужника која је предмет побијања.⁸⁰³ Према овом последњем схватању несавесност противника побијања има правни карактер *presumptio et de iure*. У односу на први изнети став у теорији, аутор овог рада је става да је исти неприхватљив, односно да није ни примерен праву побијања. Заиста није јасно на основу којих критеријума би суд у сваком конкретном случају утврђивао несавесност противника побијања. Такође, овај став неће бити примењив у случајевима у којима посебни услови побијања подразумевају несавесност противника побијања, па у тим случајевима неће бити неопходно посебно утврђивати да ли је противник побијања био савестан или не да би се утврдио његов степен одговорности, јер би сам губитак парнице би подразумевао да је противник побијања несавестан. У односу на други изнети став, одговор је дао Томица Делибашић, истичући да ово мишљење није прихватљиво, јер би то значило да противник побијања може бити третиран као савестан поседник само ако је учињено бесплатно располагање,⁸⁰⁴ напротив, управо код бесплатних располагања се претпоставља несавесност и то у тој мери да није

⁸⁰¹ Роберт Барч, наведено дело, стр. 117.

⁸⁰² Михаило Дика, наведено дело, стр. 148.

⁸⁰³ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 139; Драгиша Слијепчевић, наведено дело, стр. 41; Дупко Медић, наведено дело, стр. 36; Драган Ракочевић, Право побијања правних радњи стечајног дужника по Закону о инсолвентности привредних друштава, стр. 405, Право и привреда број 5-8, Удружење правника у привреди Србије, стр. 378-409, Београд, 2009. година.

⁸⁰⁴ Томица Делибашић на овом месту наводи да је противник побијања учинио бесплатна располагања што је по мишљењу аутора овог рада техничка грешка.

потребно доказивати да је друга страна према којој су те радње предузете знала или морала знати за неповољно економско-финансијско стање дужника.⁸⁰⁵ Треће становиште према којем ће се сматрати да је противник побијања несавесни држалац без обзира на његово стварно стање свести полази од тога да чим успе побојна тужба логично проилази несавесност противника побијања. Реч је о законској претпоставци, *reassumptio iuris et de iure*, па противник побијања не може доказивати супротно.⁸⁰⁶ Према мишљењу Михаила Велимировића, у овом смислу се „не утврђује стварна савјесност или несавјесност противника побијања и он нема могућности да се брани било каквим доказивањем супротнога.“⁸⁰⁷ Овакво правило је предвиђао и Стечајни закон из 1929. године по којем се противник побијања сматра за непоштеног поседника.⁸⁰⁸ По мишљењу аутора овог рада, овакав став се заиста са доста успешности може бранити али своју слабост, чини се, показује у случају побијања бесплатних располагања стечајног дужника. Наиме, као што смо већ видели, у овом посебном случају побијање се остварује само на бази доказивања чињенице да је реч о бесплатном располагању, а несавесност противника побијања се ни не захтева нити утврђује. Ипак, заиста се може замислити ситуација у којој противник побијања није био несавестан, па се чини неправичним да у том случају одговара као несавестан држалац ствари без могућности да доказује супротно. Зато се чини најправеднијим решење по којем ће претпоставка о несавесности противника побијања заиста постојати, али она неће бити необорива правна претпоставка него ће противник побијања имати могућност да доказује своју савесност. Чини се да је и оваква опција само могућност на страни противника побијања у случају побијања бесплатног располагања или располагања уз незнатну накнаду стечајног дужника док противници побијања у осталим случајевима неће моћи да користе ову могућност, обзиром да успешно побијање у тим случевима конзумира доказану несавесност противника побијања. Међутим, од момента пријема захтева за побијање, сваки

⁸⁰⁵ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 238 и 239.

⁸⁰⁶ Томица Делибашић, наведено дело, стр.239; Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр.385.

⁸⁰⁷ Михаило Велимировић, *Побијање правних радњи предузећа*, стр. 180, Годишњак правног факултета у Сарајеву, xx, Сарајево, 1972. година.

⁸⁰⁸ §38. ст. 2. Стечајног закона.

противник побијања се сматра за несавесног држаоца ствари и од тог тренутка одговара по строжијем критеријуму одговорности.

Уколико је ствар која је предмет побијене дужникове радње пропала пре враћања у стечајну масу, противник побијања ће одговарати за пропаст ствари. Међутим, он ће морати да да пуно задовољење, дакле не само да накнади насталу штету већ и да плати сву измаклу корист.

Иако законско правило изречно превиђа да је противник дужан вратити сву имовинску корист стечену на основу побијене радње дужника, аналогично се може доћи до тумачења да ће противник побијања одговарати и за ону имовинску корист коју је могао да има од побијене правне радње стечајног дужника. Дакле, неће бити од значаја да ли је противник побијања заиста и остварио одређену корист, он ће одговарати за њу чак и када то није учинио. У случају да одговара као савесни држалац ствари, он није дужан да плати накнаду за коришћење ствари⁸⁰⁹ до достављања тужбе, јер од тог тренутка он одговара као несавестан држалац. Такође, он задржава одвојене а још непотрошене плодове и не дугује накнаду за потрошене, пропуштене нити отуђене плодове.⁸¹⁰ Са друге стране, уколико се испостави да је противник побијања несавестан држалац, он ће бити дужан да стечајној маси преда све плодове који су се код њега затекли и да надокнади вредност убраних плодова које је потрошио, отуђио или уништио, као и вредност плодова које је пропустио да убере.⁸¹¹

Противник побијања као несавестан држалац би одговарао како за *damnum emergens* тако и за *lucrum cessans*. У случају да је предмет побијене правне радње рецими продаја непокретности, противник побијања ће морати да врати непокретност стечајној маси а такође ће морати да врати све користи које је од непокретности имао. У случају да је непокретност била предмет закупа, онда износ укупног прихода коју је противник побијања по основу закупа остварио, а уколико

⁸⁰⁹ Члан 38. ст. 1. Закона о основним својинско-правним односима.

⁸¹⁰ Станковић, Орлић, наведено дело, стр.135; Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 144.

⁸¹¹ Ibid.

непокретност није доносила приходе већ је само служила противнику побијања, онда ће противник побијања бити у обавези да плати у корист стечајне масе износ укупно пропуштене закупнине према тржишним условима и то од тренутка стицања до тренутка враћања. Ако је предмет побијања био новац, по мишљењу одређених аутора, противник побијања ће бити у обавези да плати камату коју је остварио за период док је новац био у његовом поседу, а уколико није остварио никакве приходе од камата, пресудно је да ли услед његове кривице камате нису остварене, ако не сноси одговорност за то, није дужан да исплати камате.⁸¹² По мишљењу аутора овог рада, овакво становиште није оправдано, обзиром да се могућност приходовања камата не процењује на основу субјективних околности на страни противника побијања, већ искључиво објективно, обзиром да би стечајни дужник, да је новац био код њега, имао могућност да остварује камате што би увећало стечајну масу и могућност намирања потраживања његових поверилаца. У случају да је предмет на који се односи радња која је побијена нека специфична ствар која не може доносити корист, као што је рецимо уметничка слика, књиге и други раритети, противник побијања ће бити у обавези само да врати ствар без обавезе да накнади користи које је могао остварити. У редовном току ствари, противник побијања ће бити у обавези и да врати натуралне плодове које ствар даје, опет без обзира да ли их је остварио или не, битно је само да је имао објективну могућност да их оствари. Поједини аутори сматрају да искоришћени плодови и корист морају да се врате и у случају када су могли да настану само уз истовремену употребу ствари од стране противника побијања, без обзира на то што ту корист дужник не би остварио да ствар није отуђио.⁸¹³ Није сасвим јасно на који случај се овакав став односи, вероватно на случај код којег су сама личност противника побијања или његова специфична знања допринела остваривању користи од предмета на који се односи побијена радња.⁸¹⁴ Није једноставно замислити такав случај, али се чини да би се и овде на основу

⁸¹² Цимерман, Обућина, Миловановић, наведено дело, стр.157.

⁸¹³ Ibid.

⁸¹⁴ Тако се у једној судској одлуци приликом утврђивања одговорности противника побијања истиче да „осим тога тужена је банкарска организација, па јој економско финансијски положај других банака није могао остати непознат“. (Пресуда Привредног апелационог суда 4 Пж 5029/11 од 14.07.2011. године; Извор: лична архива аутора).

објективног критеријума могао утврдити степен одговорности противника побијања. У том случају ће се процењивати колико се објективно прихода могло остварити на основу предмета на који се односи побијена правна радња стечајног дужника, за период у којем се предмет налазио у поседу противника побијања. Такође, противник побијања који изгуби спор одговара и за случајну пропаст дуговане ствари, али се те обавезе може ослободити ако докаже да би ствар пропала и да се налазила у поседу стечајног дужника.⁸¹⁵

У односу на сукцесора трећег лица према којем је учињена правна радња која је предмет побијања, питање степена одговорности је предмет дискусије која се води у теорији права побијања у стечају. Наиме, према једном гледишту потребно је у сваком конкретном случају проценити да ли је сукцесор трећег лица према којем је учињена правна радња која је предмет побијања заиста био савестан или не. По овом схватању, задатак побијача у поступку побијања ће бити, уколико жели да противник побијања одговара као несавесни држалац, да докаже несавесност сукцесора лица према којем је правна радња оригинално предузета. Овакав став заступа Михаило Велимировић када истиче да је блажа одговорност сукцесора противника побијања јер он одговара као поштени држалац односно посједник ствари, уколико је био савјестан јер није знао нити је могао знати за околности на којима се заснива побијање а уколико је знао или је морао знати за те околности и он ће се сматрати несавјесним, па ће одговарати као непоштени посједник ствари.⁸¹⁶ Заузимајући супротан став, Томица Делибашећ сматра да овакво гледиште није оправдано јер питање да ли је сукцесор знао или је морао знати за околности на којима се заснива побијање, уствари пре говори о томе да ли је против њега основано побијање, а не у случају основаности побијања-да ли ће одговарати као непоштени или поштени поседник, односно држалац ствари. Друго становиште које је у теорији изнето у односу на обим одговорности сукцесора лица према којем је предузета радња која је предмет побијања, је да ће он увек одговарати као непоштени држалац ствари,

⁸¹⁵ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 385; Томица Делибашећ, наведено дело, стр.239; Михаило Велимировић, Побијање правних радњи предузећа, стр. 180.

⁸¹⁶ Михаило Велимировић, Побијање правних радњи предузећа, стр. 180.

имајући у виду да сукцесор нема своју савесност, он одговара идентично као и његов претходник, а обзиром да претходник одговара као несавесни држалац ствари на идентичан начин ће одговарати и његов сукцесор.⁸¹⁷ Заправо, овакав став заступају они аутори који и иначе сматрају да противник побијања одговара као непоштени држалац ствари без обзира на своју стварну савесност и без могућности да доказује супротно. Ово питање је разрешено у нашем позитивном стечајном праву у то на различит начин у односу на универзалног и сингуларног сукцесора. Универзални сукцесор одговара идентично као свој претходник, и ту је реч о правној претпоставци која се не може обарати. Другачије правило је имао Стечајни закон који је предвидео да ће се наследник противника побијања сматрати за само онда када је знао или морао знати за околности на којима је заснован захтев за побијање против оставиоца.

Са друге стране, сингуларни сукцесор уопште одговара по следећем правилу, односно уколико је:

- 1) правни следбеник знао за чињенице које представљају разлог за побијање правних послова или радњи његовог претходника;
- 2) оно што је стечено правним послом или правном радњом који се побијају правном следбенику уступљено без накнаде или уз незнатну накнаду.

Као што се може видети, да би захтев за побијање уопште према сингуларном сукцесору успео, побијач мора доказати његову несавесност што доцније претпоставља његову одговорност као непоштеног држаоца ствари.

У вези са накнадом користи можда би ваљало на овом месту напоменути да ће противник побијања који је изгубио спор по паулијанској тужби бити у обавези и да накнади трошкове поступка. Да ли ће износ трошкова поступка бити приход стечајне масе или не зависи од тога да ли је побијање као побијач започео стечајни управник или неки од поверилаца. Уколико је реч о стечајном управнику, онда ће противник побијања бити у обавези да стечајној маси надокнади трошкове поступка а уколико је то био поверилац, онда ће то бити његов приход након успешног побијања, иако овде

⁸¹⁷ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 385; Томица Делибашић, наведено дело, стр.239.

и не може бити речи о приходу јер се само анулирају начињени трошкови у току парнице.

Противник побијања ће сносити и све трошкове који су неопходни да би се ствар, која се по основу побијене правне радње налази код противника побијања, вратила у стечајну масу. У одређеним случајевима, рецимо у случају неке опреме за производњу, трошкови демонтажа, транспорта и поновног монтирања могу бити значајни а сносиће их противник побијања као страна која је изгубила спор и која се мора постарати да се успостави управо оно стање које је постојало пре него што је побијена правна радња предузета од стране стечајног дужника.

3.8.5. Права противника побијања

Поставља се основано питање да ли противник побијања има било каква права према стечајном дужнику након што врати предмет на који се побијена правна радња односила и имовинску корист коју је остварио односно могао да оствари? Чини се да се у овом делу може засебно анализирати случај оживљавања потраживања противника побијања, случај повраћаја датог и уложеног као и право на пребијање на страни противника побијања.

3.8.5.1. Оживљавање потраживања противника побијања

У нашем праву изречним правилом је решена ова ситуација, тако је предвиђено да противник побијања, након што врати имовинску корист коју је остварио из предмета на који се побијена правна радња стечајног дужника односила, има право да остварује своје противпотраживање као стечајни поверилац,

подношењем накнадне пријаве потраживања. Правило је познато и у упоредном праву. Такав је случај у италијанском праву⁸¹⁸, аустријском⁸¹⁹ и немачком праву.⁸²⁰ Дакле, противник побијања има право да по основу правног посла или правне радње којој су побијањем одузета правна дејства пријави у поступку стечаја и оствари сразмерно намирење таквог потраживања у својству повериоца четвртог исплатног реда.⁸²¹ Међутим, треба напоменути да постоји и аутори који сматрају да нема основа да се противнику побијања „дозволи право на противзахтјев јер би на овај начин отпала сврха побијања.“⁸²² По мишљењу аутора овог рада, не постоји ваљани разлози за прихватање овог става а у наставку рада ће се видети и због чега је то тако.

Важно је приметити да се ово правило може искористити само за поједине посебне основе побијања. Заправо, ово ће бити случај само онда када је услед побијене правне радње стечајног дужника дошло до намирења потраживања противника побијања, дакле у случајевима уобичајеног и неуобичајеног намирења, потенцијално у случајевима непосредног, намерног оштећења поверилаца и располагања уз незнатну накнаду, док правило своју примену неће моћи остварити у случају располагања без накнаде. У случају располагања без накнаде, противник побијања свакако ништа не даје стечајном дужнику нити је његов поверилац, па и не може остваривати право кроз накнадну пријаву потраживања, обзиром да потраживања овог лица према стечајном дужнику заправо и нема.

Оно што је важно приметити да ће противник побијања ово своје право моћи да оствари тек након што накнади корист коју је имао од побијене правне радње, и то не корист у неком ширем, теоријском смислу, већ корист која је дефинисана самом пресудом за побијање. Дакле, да би имао могућност да наступи у стечајном поступку дужника као поверилац подношењем пријаве потраживања, потребно је да претходно

⁸¹⁸ У члану 70. ст. 2. Legge Fallimentare стоји правило: „Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito“.

⁸¹⁹ §41 аустријског ИО.

⁸²⁰ §144. ст. 2. InsO.

⁸²¹ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 386, реч је о коментару на члан 108. Закона о стечајном поступку који је у четврти исплатни ред сврставао потраживања осталих поверилаца.

⁸²² Драган Ракочевић, наведено дело, стр. 405.

испуни обавезе из пресуде за побијање. Тек испуњењем овог предуслова наступа његова могућност да пријави потраживање и учествује у намирењу као поверилац стечајног дужника.

Законодавац користи термин накнадна пријава а то није учињено случајно. Реч је о томе да се парница за побијање готово увек довршава знатно након што истекне законски рок за пријаву потраживања од 120 дана од дана објављивања огласа у „Службеном гласнику Републике Србије“⁸²³, па би без овог одређења, пријаву коју подноси противник побијања погодила стрела преклузије.⁸²⁴ Значај овог правила је заиста велик имајући у виду да је у једном периоду ово била правна празнина коју су судови попуњавали са мање или више слуха. Заправо ово питање је било спорно у праву побијања правних радњи стечајног дужника дужи временски период нарочито за време примене оних стечајних прописа које правило нису оубличили на довољно јасан начин. Тако је настала и потреба да се о томе изјасни и XXVIII Заједничка седница Савезног суда, републичких и покрајинских судова и Врховног војног суда, која је одржана 6. и 7. новембра 1985. године када је заузет начелни став да лице против кога је покренута побојна парница може пријавити потраживање са одложним условом, најкасније до закључења рочишта за главну деобу.⁸²⁵ Начелно подржавајући овај став, али и износећи неколико критика, Томица

⁸²³ Чланом 111. ст. 5. Закона о стечају је предвиђено да се пријаве могу поднети по истеку рока одређеног решењем стечајног судије, али најкасније у року од 120 дана од дана објављивања огласа у "Службеном гласнику Републике Србије", а све пријаве поднете по истеку рока од 120 дана биће одбачене као неблаговремене.

⁸²⁴ Према одредбама Закона о стечајном поступку, који истина, у материји побијања не познаје појам накнадне пријаве, није било санкције преклузије за пријаве потраживања које су пријављене након истека законског рока обзиром да је у члану 95. предвиђено како се испитују накнадне пријаве, па би пријава противника побијања била испитана према том правилу.

⁸²⁵ Билтен судске праксе Савезног суда, бр. 24, Јануар-јун 1986. године, стр. 16-18; У образложењу се истиче следеће мишљење. „Према одредби члана 165. ст. 1. Закона о санацији и престанку организација удруженог рада, тужба за побијање правних радњи може се поднети у року од 6 месеци од дана отварања поступка стечаја, а најкасније до рочишта за главну деобу стечајне масе. Међутим, за разлику од осталих поверилаца лица која су изгубила побојну парницу у моменту отварања поступка стечаја нису били повериоци стечајног дужника па нису ни могли пријавити потраживање које је било предмет тужбе у побојној парници. Та лица постају повериоци стечајне масе тек када побојна парница буде окончана и када на основу пресуде у том спору врате у стечајну масу износ који су наплатили пре отварања стечаја. Када побојна парница буде окончана после протекла рока за пријављивање потраживања, лица која су изгубила побојну парницу неће моћи поднети пријаву потраживања, а с обзиром на одредбу члана 176. ст. 1. Закона. Наиме, Закон о санацији не предвиђа

Делибашић предлаже, а имајући у виду правило које је тада важило у нашем стечајном праву, да се на противника побијања не односи преклузивни рок за пријаву потраживања а да се његово потраживање сматра утврђеним *ex lege*, одмах након што испуни обавезу из пресуде за побијање.⁸²⁶

Међутим, заиста се мора указати да је ово правило Закона о стечају квалитативан напредак у односу на Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији који није ни дефинисао ово право противника побијања, као и Закона о стечајном поступку који је истина предвиђао право противника побијања, да остварује своје противпотраживање као стечајни поверилац, али није предвидео на који начин ће то бити учињено.⁸²⁷ Означењем законодавца да је реч о накнадној пријави потраживања се остварује жеља законодавца да се пренебрегне фактичка ситуација да се одлучује о пријави која је поднета после истека законског рока за пријаву потраживања. Таква пријава неће бити неблаговремена, међутим, законодавац не говори ништа о томе до када најдоцније се пријава може поднети. Имајући у виду остала правила нашег позитивног стечајног права, да се скоро свако право може остварити најдоцније до решења за главну деобу, требало би узети да се и накнадна пријава потраживања може поднети најдоцније до тог тренутка. Ово је и логична последица, обзиром да је *ratio legis* накнадне пријаве потраживања да противник побијања учествује у намирењу у оквиру стечаја, као поверилац,

никакве изузетке у погледу рока за пријављивање потраживања, што значи да се одредба члана 176. ст. 1. примењује и на лица која изгубе побојну парницу и након тога пријављују стечајном већу оживело потраживање према стечајном дужнику. Постоје оправдани разлози з апокретање иницијативе за измену и допуну Закона о санацији тако да лицима која изгубе побојну парницу се дозволи могућност подношења пријаве оживелог потраживања у року од 30 дана од дана окончања спора. На тај начин ти повериоци би могли без икаквог ризика да се намире из стечајне масе као и остали повериоци признатих и утврђених потраживања, а из износа који поврате стечајној маси у извршењу пресуде донете у побојној парници. Након пријема тужбе у побојној парници тужена лица постају уствари условни повериоци стечајне масе-повериоци чије потраживање је везано за одложни услов (члан 153. Закона), па би код садашњих одредби Закона о санацији, та лица била дужна да поднесу стечајном већу условну пријаву до закључења рочишта за главну деобу стечајне масе. На тај начин ти повериоци би спречили могућност наступања последице одбацивања пријаве потраживања по члану 176. ст. 1. Закона. Ако би одложни услов наступио до коначне деобе стечајне масе тада би се таква пријава узела у обзир, односно ти повериоци би били намирени у сразмери као и остали повериоци чија су потраживања утврђена, односно призната.“

⁸²⁶ Томица Делибашић, наведено дело, стр. 252.

⁸²⁷ Видети члан 108. ст. 2. Закона о стечајном поступку.

равноправно са осталим повериоцима, што се може спровести кроз главну деобу, а никако доцније, обзиром да тада више неће ни бити могућности намирења.

У пракси се дешавало да противници побијања подносе пријаву потраживања чак и пре него што је парница за побијање окончана, или пре него што су испунили обавезу из пресуде за побијање. Поставља се практично питање шта је потребно учинити у таквом случају? Према једном мишљењу, у тој ситуацији стечајни управник је дужан да испита пријаву потраживања, да потраживање у висини побијања призна под условом – односно зависно од исхода спора по побојној тужби, да резервише средства и приступи расподели истих тек по правноснажности одлуке, а зависно од исхода спора и сходно решењу о главној деоби.⁸²⁸ Према другом схватању, у том случају стечајни управник би требало да оспори наведено потраживање као преурањено али без упућивања повериоца на парницу ради утврђивања оспореног потраживања. Такође, по овом схватању, пријава потраживања не може да се одбаци од стране стечајног судије, а како се дешавало у пракси, јер се према одредби члана 111. ст. 5. Закона о стечају могу одбацити само неблаговремене пријаве.⁸²⁹ Према мишљењу аутора овог рада, нема дилеме да се накнадна пријава може поднети тек након побијања односно испуњења обавезе из пресуде од стране противника побијања⁸³⁰, и у том смислу нема разлога за анализу ситуације да је пријава поднета раније. Уколико је баш тако учињено од стране противника побијања, чини се оправданим да се такво потраживање призна као условно, а услов би, разуме се, био да потраживање заиста и настане, односно да се спор за побијање оконча негативно по противника побијања.

Одредба о оживљавању потраживања противника побијања са собом је повукла са собом и дискусију која се у нашем праву водила, највише међу судовима,

⁸²⁸ Јасминка Обућина, Побијање правних радњи стечајног дужника, стр.8, материјал са семинара „Побијање правних радњи стечајног дужника“ 14. и 15.6.2014. године у организацији АЛСУ извор: http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/jun2014/POBIJANJE_PRAVNIH_RADNJI_STECAJNOG_DUZHNIKA_2014.docx.

⁸²⁹ Татјана Матковић-Стефановић, Побијање правних радњи стечајног дужника, стр.12, АЛСУ извор: http://alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/Sudija_Matkovic_Stefanovic_Pobijanje_PR.pdf.

⁸³⁰ Овакав став деле бројни аутори а нарочито Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 153.

а и данас је актуелна. Наиме, пошло се од питања на који начин ће се заштити потраживање противника побијања, обзиром да стечај траје паралелно са поступком за побијање? Према старијем схватању судова потребно је резервисати средства приликом деобе стечајне масе за противника побијања чије ће потраживање потенцијално оживети, у зависности од тога како ће се окончати парница за побијање. Овај став је уобличен у речима Врховног привредног суда из једне одлуке коју ћемо пренети. „Када је управитељ стечајне масе покренуо ове парнице, морао је да евидентира да ће у случају успешног завршетка парнице ради побијања оживети тражбине подносиоца пријаве односно туженог у споровима ради побијања, против стечајне масе. Према томе приликом састављања нацрта за главну диобу, требало је водити рачуна о потраживањима противника и побојној парници која се могу оживети у случају успеха у тим парницама.“⁸³¹ Дакле, као што се може видети, овај став се руководи правилом према којем би стечајни управник мора рачунати са тим да ће потраживање противника побијања настати и паралелно обезбедити средства за његово сразмерно намирење. Међутим, по мишљењу аутора овог рада, потребно је применити потпуно супротно тумачење овог спорног питања. Право противника побијања на подношење накнадне пријаве потраживања и учествовање, након губитка спора за побијање, у даљем стечајном поступку као поверилац стечајног дужника, је право које је номинално признато у стечајном праву али фактички може остати само као могућност коју противник побијања неће имати прилику ни да искористи. Наиме, право побијања у стечају се може вршити све до дана одржавања рочишта за главну деобу, па је очигледно да оживљавање потраживања противника побијања доста зависи и од тога када је поступак побијања започет и колико дуго ће трајати. Што касније поступак буде започет, то су мање шансе да ће противник побијања заиста кроз накнадну пријаву остварити намирење у стечају. Међутим, рок за побијање је рок установљен у корист побијача који могу оптирати када ће поступак започети, па нема сметњи да чак и намерно сачекају доцнију фазу поступка како би онемогућили противника побијања да доцније партиципира у намирењу као

⁸³¹ Збирка судских одлука, књига дванаеста, свеска прва, 1967. година, одлука број 124, предуда П 600/66, стр. 206-207.

стечајни поверилац по накнадној пријави потраживања. Ово је неправично решење у односу на противника побијања, па ће се сваки противник побијања добрано замислити и проценити могућности да се поступак побијања оконча у његову корист, а уколико процени да се тако нешто неће десити има основа да се од тог поступка одустане признавањем и доврољним извршењем тужбеног захтева како би имао могућност да барем као поверилац учествује у стечају. Већ је напоменуто да стечајни поступак неће чекати окончање парнице за побијање да би остварио своју сврху, намирања поверилаца, а последице овог механизма сноси противник побијања као и неке друге категорије поверилаца у стечају. Ништа боља ситуација не би била по противника побијања чак и ако би му се омогућило да поднесе пријаву и пре окончања поступка побијања и буде признат као условни поверилац⁸³² што је предлог одређених аутора.⁸³³

3.8.5.2. Повраћај датог и уложеног

Поред могућности накнадне пријаве потраживања, која је законом призната као изречно право противника побијања, потребно је размотрити да ли противник побијања има право на повраћај онога што је он дао стечајном дужнику на основу правног посла у којем је садржана побијана правна радња стечајног дужника, као и на повраћај онога што је уложио у ствар на коју се односила побијена правна радња. Наше позитивно право не предвиђа изречна правила у погледу ових права противника побијања, што не значи аутоматски да она и не постоје у наше праву, али се до њих мора доћи посредним путем, тумачењем.

⁸³² Тако рецимо стечај не чека ни повериоца под условом, обзиром да Закон о стечају у члану 142. ст. 2. предвиђа да ако је стечајном повериоцу утврђено потраживање са одложним условом, исплатиће му се сразмерни део потраживања ако одложни услов наступи до рочишта за главну деобу.

⁸³³ Срећко Цуља, Грађанско процесно право II, ванпарнични поступци, стр. 566, Београд, 1938. година.

Најпре, у односу на право повериоца на повраћај датог, чини се потпуно основаним разматрање овог питања имајући у виду да би разумевање по којем противник побијања а priori не би имао права на повраћај датог водило неоснованом обогаћењу стечајне масе, што је санкција према противнику побијања којом се не остварује циљ због којег право побијања уопште и постоји. Међутим, претпоставка од које се мора поћи у разматрању овог питања је да је противник побијања нешто дао стечајном дужнику да би добио корист из његове побијене правне радње. То давање мора бити материјалне природе а биће примењиво искључиво код двостраних теретних уговора код којих свака страна даје нешто да би од друге стране добила одређену противвредност. Имајући ово у виду, питање повраћаја датог неће бити актуелно код бесплатних располагања, као и код пропуштања које чини стечајни дужник обзиром да у тим случајевима противник побијања ништа не даје заузврат па се њему нема ни шта вратити, он само добија, а након пресуде за побијање дужан је повратити остварену корист стечајном дужнику, односно стечајној маси. Уколико је заиста противник побијања дао нешто стечајном дужнику заузврат за предузету побијену правну радњу, а та ствар се још увек у стечајној маси, противник побијања ће имати право на повраћај датог.⁸³⁴ По једном мишљењу које дели и аутор овог рада, у овом случају ће противник побијања остваривати своје право на повраћај датог као излучни поверилац.⁸³⁵ Разматрање повраћаја датог може ићи и корак даље, обзиром да у случају када је правна радња стечајног дужника побијена постоји обавеза реституције на страни противника побијања али истовремено и обавеза реституције примљеног и на страни стечајне масе, уколико, разуме се, није у питању новац када реституција неће бити могућа. Зато се истиче да „нити је противник побијања обвезан да врати у стечајну масу примљену чинидбу, ако му се из масе не поврати истовремено његова противчинидба, нити је стечајна маса дужна изручити противчинидбу, ако јој истовремено побојни обвезаник не испоручи дужну

⁸³⁴ Ово правило је изречно било предвиђено §40. Стечајног закона из 1929. године. Марија Салма наводи да ако је противуслуга присутна у стечајној маси она се може из ње издвојити, наведено дело, стр. 116.

⁸³⁵ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 150.

чинидбу.⁸³⁶ Чини се да овакав став не може бити одржив у модерном стечајном праву у којем је хитност поступка једно од главних начела. Противник побијања ће обавезу враћања примљеног од стечајног дужника на основу побијене његове правне радње морати да испуни одмах по правоснажности пресуде којом је дозвољено побијање а своја права ће ипак морати да остварује независно од тога.

У односу на повраћај уложеног, ствари су донекле једноставније. Наиме, овде ће од значаја бити само добро проценити да ли противник побијања одговара као савесни или као несавесни држалац ствари. Као што је већ напоменуто, у праву побијања ће важити правне претпоставке да је противник побијања несавестан држалац, али ће он имати прилику да доказује супротно, да је савестан, и тако себе спасити знатно тежих последица побијања. Међутим, пре тога би ваљало напоменути да наше позитивно право прави разлику између нужних, корисних и луксузних трошкова. Нужни трошкови су они који су неопходни за очување суштине ствари тако да би њих предузео и сам власник да се ствар налазила код њега, корисни су они којима се увећава вредност ствари а луксузни они који су учињени из задовољства или потребе улепшавања.⁸³⁷

Противник побијања, уколико докаже да је савестан држалац, има право на накнаду нужних трошкова за одржавање ствари као и накнаду корисних трошкова у мери у којој је вредност ствари повећана.⁸³⁸ У односу на накнаду трошкова које је учинио ради свог задовољства или улепшавања ствари, противник побијања ће имати право само уколико је вредност ствари повећана.⁸³⁹ Такође, противник побијања ће у том случају имати право на наплату извршених нужних и корисних трошкова од стечајног дужника у мери у којој ти трошкови нису обухваћени користима које је он добио од ствари.⁸⁴⁰ Поред овога, ако се оно што је учињено из задовољства или

⁸³⁶ Verona-Zuglia, наведено дело, стр. 151.

⁸³⁷ Станковић, Орлић, наведено дело, стр. 136.

⁸³⁸ Члан 38. ст. 3. и 4. Закона о основним својинско-правним односима.

⁸³⁹ Члан 38. ст. 6. Закона о основним својинско-правним односима.

⁸⁴⁰ Члан 38. ст. 5. Закона о основним својинско-правним односима.

потребе улепшавања може одвојити без оштећења, противник побијања ће у том случају имати право да то одвоји и задржи за себе (*ius tollendi*).⁸⁴¹

Са друге стране, уколико се покаже да је противник побијања сво време заправо био несавестан држалац ствари, он ће имати право само на накнаду нужних трошкова које би имао и власник да се ствар налазила код њега, као и корисних трошкова само ако су корисни лично за стечајног дужника.⁸⁴² Право на остале корисне трошкове неће имати, као ни право на накнаду луксузних трошкова, међутим и он ће имати *ius tollendi*.⁸⁴³

3.8.5.3. Право на пребијање потраживања

Као опште правило у материји побијања ваља разумети да противник побијања не може у односу на захтев за побијање, уколико он у себи садржи и неку обавезу противника побијања новчане природе, истаћи противпотраживање које он има према стечајном дужнику. Тако Барч наводи, управо желећи да појача значај побијања у односу на повериоце, да пребијање у том случају није могуће и „стога што та тражбина која се остварује против њега није тражбина стечајног дужника.“⁸⁴⁴ Побијање се чини за повериоце па се са вим захетвом не може вршити пребијање са потраживањем које има противник побијања према стечајном дужнику. Међутим, обзиром да се након оживљавања потраживања противника побијања реуспоставља облигациони однос између противника побијања као повериоца и стечајног дужника као дужника, поставља се основано потраживање да ли се реуспостављено потраживање може пребити са потраживањем које стечајни дужник има према

⁸⁴¹ Станковић, Орлић, наведено дело, стр. 136; члан 38. ст. 6. Закона о основним својинско-правним односима.

⁸⁴² Члан 39. ст. 4, и 5. Закона о основним својинско-правним односима.

⁸⁴³ Станковић, Орлић, наведено дело, стр. 136; члан 39. ст. 6. Закона о основним својинско-правним односима.

⁸⁴⁴ Роберт Барч, наведено дело, стр. 118.

повериоцу? Новија законска решења се нису бавила овим питањем у материји побијања, па не дају изречан одговор, а таква је ситуација и са важећим Законом о стечају. Међутим, према § 19. ст. 3. Стечајног закона из 1929. године ово питање је изречно било уређено правилом да оживело потраживање може бити предмет пребијања. У нашем позитивном стечајном праву, односно по одредбама Закона о стечају могућност пребијања је уређено кроз ове две норме, ако је поверилац пре подношења предлога за покретање стечајног поступка стекао право на пребијање свог потраживања према стечајном дужнику са потраживањем стечајног дужника према њему, отварањем стечајног поступка не губи се право на пребијање⁸⁴⁵ а поверилац је дужан да до истека рока за пријаву потраживања суду достави пријаву на целокупан износ потраживања и изјаву о пребијању, у супротном, поверилац губи право на пребијање.⁸⁴⁶ На основу ових правила се чини да противник побијања не би могао да оствари право на пребијање обзиром на околност да није до истека рока за пријаву потраживања доставио ни пријаву нити изјаву о пребијању, чиме би сходно изречном законском правилу изгубио право на пребијање. Међутим, управо из овог разлога је законодавац у Закону о стечају предвидео изузетак, дефинишући да је пребијање потраживања допуштено ако је у питању потраживање које је стечено у вези са испуњењем неизвршених уговора или потраживање коме је враћено правно дејство успешним побијањем правног посла или друге правне радње стечајног дужника.⁸⁴⁷ Овиме је разрешена дилема да ли оживљено потраживање може бити предмет побијања. Међутим, чини се да је потребно дати додатна објашњења како би се разјасниле све потенцијалне забуне. Најпре, важно је напоменути да су услови који морају бити испуњени следећи:

⁸⁴⁵ Члан 82. ст. 1. Закона о стечају; Закон о стечајном поступку није изречно препознао могућност компезације у стечају; у члану 105. ст. 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији је једноставно речено да је у стечајном поступку дозвољено пребијање потраживања повериоца са противпотраживањем дужника.

⁸⁴⁶ Члан 82. ст. 2. Закона о стечају; са друге стране, према одредби члана 105. ст. 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији последица пребијања је наступала аутоматски, односно правило је гласило да потраживања која су се до дана отварања стечајног поступка могла пребити сматрају се пребијеним и не пријављују се у стечајну масу.

⁸⁴⁷ Члан 83. ст. 2. Закона о стечају, члан 106. ст. 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

1. да је потраживање противника побијања заиста и оживело;
2. да је стечајни дужник има потраживање према противнику побијања;
3. да је противник побијања поднео пријаву потраживања и изјаву о пребијању.

Дакле, потребно је да је потраживање противника побијања према стечајној маси заиста и оживело, што конкретно значи да је противник побијања испунио обавезу повраћаја користи према стечајној маси, јер тек тада настаје, оживљава његово потраживање према стечајном дужнику. У једној судској одлуци то се и изречно потврђује када се наводи: „Тек пошто врати у стечајну масу износ на који је обавезан у побојној парници, тај поверилац-дужник ће моћи да пребије свој дуг са истим толиким износом свог оживелог потраживања тако што ће у стечај пријавити остатак свог потраживања.“⁸⁴⁸ Такође, да би пребијање било могуће, потребно је да постоји потраживање стечајног дужника према противнику побијања јер противник побијања може пребити потраживање које има према повериоцу-стечајном дужнику са оним што овај потражује од њега, ако оба потраживања гласе на новац или друге заменљиве ствари истог рода и исте каквоће и ако су оба доспела.⁸⁴⁹ Такође, неопходно је да је фактичка ситуација таква да и стечајни дужник има потраживање према противнику побијања по неком другом правном основу које може остварити. Напослетку, потребно је задовољити формални услов који Закон о стечају и иначе предвиђа за компезацију о којем је већ било речи. Наиме, противник побијања ће морати приликом подношења накнадне пријаве потраживања да поднесе и изјаву о пребијању, чиме ће испунити претходни услов да би пребијање произвело правно дејство. Разуме се, висина оживљеног потраживања може бити мања, једнака или већа у односу на висину потраживања које стечајни дужник има према противнику побијања. У случају када је реч о истој висини потраживања ствар је јасна, компезацијом долази до престанка оба потраживања, и оживљеног потраживања противника побијања и потраживања стечајног дужника према њему. Уколико је

⁸⁴⁸ Пресуда Савезног суда Гзс 20/77-6 од 26.5.1977. године, Збирка судских одлука, књига трећа, свеска прва, одлука број 96, 1978. година.

⁸⁴⁹ Члан 336. Закона о облигационим односима.

оживљено потраживање мање од потраживања стечајног дужника, пребијање се може извршити само до висине оживљеног потраживања а разлику у односу на потраживање стечајног дужника, противник побијања ће бити у обавези да исплати стечајном дужнику. Напослетку, уколико је оживљено потраживање веће од дуговања које противник побијања има према стечајном дужнику, након извршеног потраживања, противник побијања ће остатак остваривати у оквирима стечајног поступка као стечајни поверилац.

Када је реч о праву побијања, важно је на овом месту размотрити још два питања. Прво, да ли је могуће извршити пребијање оживљеног потраживања са потраживањем које стечајни дужник има према противнику побијања на основу пресуде за побијање у погледу користи које је овај дужан вратити у стечајну масу, и друго, да ли је могуће пребити потраживање које противник побијања има по другом основу са потраживањем које стечајни дужник има према противнику побијања на основу пресуде за побијање? У односу на прво питање потребно је, без много размишљања, дати негативан одговор. Могућност оваквог пребијања би заиста анулирало саме ефекте побијања и довело би до апсурда, да радња која је побијена да би се остварена корист вратила у стечајну масу односно да би се санирала штета која је услед тога настала за повериоце, посредно оствари своје дејство уз помоћ пребијања, а на основу оживљеног потраживања.⁸⁵⁰ Са друге стране, оживљеног потраживања и нема док се не врати корист у стечајну масу тако да ни теоријски неће бити могуће извршити пребијање. О овоме је одавно заузет и чврст став у судској пракси у једној одлуци Савезног суда који стиче да „када је у побојном року наплаћена извесна обавеза дужника над којим је затим отворен стечај, па је у побојној парници поверилац који се тако наплати обавезан да наплаћени износ врати, не може се удовољити његовом захтеву, да тај износ који је дужан вратити у стечајну масу компезује са износом који он у том моменту дугује стечајној маси по другом основу, јер се наплатом износа који је у побојној парници обавезан да врати стечајној

⁸⁵⁰ Слично *Verona-Zuglia*, наведено дело, стр. 154.

маси његово првобитно потраживање према стечајном дужнику угашено.⁸⁵¹ Такође, ранији прописи су изречно забрањивали могућност овакве компезације. Тако, Закон о побијању правних дјела гледе инсолвентна дужника је у §21. превиђао да се „захтјев побијачев не може пребити са захтјевом побијанога, пристојећим проти презадуженику“.⁸⁵² Такође, Стечајни закон из 1929. године је садржао изречно правило према којем „са захтевом за пребијање не може се пребити тражбина, коју онај, против којег се побијање управљено, има према стечајном дужнику.“⁸⁵³ Наше позитивно право не садржи о томе изречну одбредбу али је јасно да тако нешто није могуће, јер би довело до нарушавања циља стечаја као поступка равномерног намирења поверилаца.

Када је реч о другом питању, мора се приметити да неће постојати никакве сметње да би се извршило пребијање између потраживања које противник побијања, по другом основу, има према стечајном дужнику да потраживањем стечајног дужника из пресуде за побијање, у смислу да оба потраживања постоје и да испуњавају формалне услове за пребој. Међутим, уколико би се тако нешто дозволило у оквиру стечајног права, нема дилеме да би противник побијања као поверилац стечајног дужника био стављен у повољнији положај у односу на остале стечајне повериоце, па се из овог разлога такође мора дати негативан одговор на постављено питање. Другачији став би заиста довео у питање сврху побијања, обзиром да се после пребијања не би успоставило стање које је постојало пре него што је радња која је била предмет побијања и предузета од стране стечајног дужника. Дакле, неће бити могуће извршити пребијање у овом случају, а противник побијања ће са потраживањем које има према стечајном дужнику по другом основу, као и са оживљеним потраживањем учествовати у поступку стечаја као стечајни поверилац у којем ће остварити сразмерно намирење из стечајне масе као и остали стечајни повериоци.

⁸⁵¹ Пресуда Савезног суда Гзс 20/77-6 од 26.5.1977. године, Збирка судских одлука, књига трећа, свеска прва, одлука број 96, 1978. година.

⁸⁵² §21. Закона о побијању правних дјела гледе инсолвентна дужника.

⁸⁵³ §41. Стечајног закона.

Правила о пребијању једнако вреде у ситуацији када је побијање остварено по захтеву стечајног управника као и када је то учињено по захтеву неког од поверилаца стечајног дужника.

3.8.6. Принудно остварење дејства побијања

Побијање своје дејство остварује двојако, најпре проглашењем одређене правне радње стечајног дужника без дејства у односу на стечајну масу а затим и спровођењем повраћаја предмета побијене радње и користи које је противник побијања имао. Тај дуални карактер права побијања је, потврђен, као што смо видели, потребом да сам захтев за побијање буде конципиран од два посебна захтева, првог, декларативног и другог, кондемпнаторног. У односу на деклараторни захтев, као и код других утврђујућих захтева, принудно остварење није ни неопходно, обзиром да он делује моментом правоснажности. Уколико је предмет побијене радње био, на пример, пренос непокретности, самом пресудом ће бити утврђено да тај пренос нема дејства према стечајној маси. Овај део пресуде ће у том случају бити аутоматски спроводив, па ће стечајни управник на основу њега моћи да захтева да стечајни дужник као сопственик буде уписан у регистру непокретности.

Са друге стране, обавезујући део пресуде којим се противник побијања обавезује да врати ствар и плати корист коју је имао од ствари, може бити предмет добровољног испуњења од стране противника побијања. У случају добровољног испуњења од стране противника побијања, ствар се заокружује и окончава, чиме је право побијања остварило своју сврху. Међутим, могућа је ситуација, која ће се чешће дешавати у пракси да, противник побијања, не жели добровољно да изврши судску одлуку, па је неопходно њено остварење принудним путем. Међутим, правила стечајног права у нашој земљи се историјски нису бавила овим питањем нити су му посветиле заслужену пажњу, а и наше позитивно право се још увек није одлучило да

предвиди норме које ће се у том случају спроводити. Могуће је да је схватање законодавца да никакво посебно уређење у том смислу није неопходно, односно да се примењују општа правила о извршењу судских одлука. У случају када изостане добровољно испуњење обавезе, ступа на сцену механизам принудног извршења, који би требало да обезбеди извршење пресуде у том смислу да ствар о којој је у пресуди реч заиста буде враћена у стечајну масу, односно предата стечајном управнику, као и да се оствари намирне користи од противника побијања. У наведеном случају, део пресуде који говори о реституцији ће се извршити по правилима извршног поступка за извршење неновчаног потраживања. У случају када је побијач стечајни управник, ствар је релативно једноставна, ствар се враћа стечајној маси. Дилему изазива случај у којем је поверилац побијач а бенефит остварује стечајна маса, па се поставља питање да ли је могуће и тада од стране повериоца који је успео у спору одредити да ће се извршење спровести у корист стечајне масе? Са друге стране, на основу пресуде којом је обавезан противник побијања да плати одређени износ побијачу, између противника побијања и стечајне масе настаје посебна веза поверилац-дужник у којој се као поверилац јавља стечајна маса. Поставља се питање да ли поверилац и у том случају може одредити да ће се исплата извршити стечајној маси као бенефицијару, односно стечајном дужнику? У оба случаја, реституције као и исплате одређеног износа, обзиром да ће тако и бити одређено пресудом за побијање, по мишљењу аутора овог рада, нема законских препреки да поверилац буде извршни поверилац а да решењем о извршењу корист остварује стечајна маса. Ова ситуација је теоријски могућа, али практично се заиста не би смело дешавати да стечајни управник, када већ није повео поступак за побијање одређене стечајне радње, већ је то учинио и спровео поверилац, сада поново дозволи да поверилац започне поступак извршења а не он, у ситуацији када је већ пресудом одређена корист за стечајну масу. Имајући ово у виду, ваљало би напоменути да и у случају када је поступак побијања водио поверилац стечајног дужника а не стечајни управник, само извршење може спроводити стечајни управник у име стечајне масе.

Међутим, потребно је истаћи да остваривање дејства побијања у пракси изазива велике проблеме. Проблеми често буду такви да целокупан поступак стечаја трпи због тога што није могуће остварити дејство пресуде о побијању неке дужникове правне радње. Највећи проблеми, разуме се, постоје у ситуацији када је потребно да стечајни дужник, на основу пресуде о побијању, наплати одређени износ од противника побијања. У том случају, проблем није ништа ни већи ни мањи од оног који постоји у редовним ситуацијама када је потребно принудно наплатити потраживање од дужника, дакле, поред ризика дужникове инсолвентности могуће је и да дужник предузима различите правно дозвољене и недозвољене радње како би се наплата осујетила. Нешто мањи проблеми постоје у ситуацији када је потребно остварити повраћај одређене ствари у стечајну масу. Ту је, најпре, проблем у томе што сам повраћај, рецимо покретне или непокретне ствари, треба принудно остварити од противника побијања. Такође, проблем може настати у реуспостављању правног стања које је постојало у регистру непокретности пре предузимања побијене правне радње. Тако је рецимо у једном случају побијена одлука о повећању капитала на основу које је стечајни дужник унео одређене непокретности у имовину противника побијања у намери оштећења својих поверилаца на основу које се противник побијања уписао као сопственик. Међутим, када је одлука оглашена без дејства према стечајној маси, сам поступак укњижења стечајног дужника као сопственика непокретности није довршен ни после дужег временског периода обзиром да по схватању РГЗ пресуда не садржи обавезу укњижења већ само да је одлука о повећању капитала остала без дејства према стечајној маси.⁸⁵⁴

⁸⁵⁴ Решење Министарства грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре 952-01-06196/2015-15 од 06.11.2015. године, извор: лична архива аутора.

3.9. Рокови у стечајном праву побијања

У овом делу рада неће бити много речи о роковима у којима мора бити предузета правна радња пре отварања стечаја, о томе је било речи приликом обраде појединачних случајева побијања, односно посебних услова. Овде ћемо, пре свега, говорити о року у којем се може захтевати побијање правних радњи стечајног дужника. Ипак, а ради прегледности ће најпре бити приказан дијаграм о роковима у којима мора бити предузета радња која је предмет побијања за сваки поједини основ побијања.

Закон о стечају, као и његов претходник, Закон о стечајном поступку, на прецизан начин регулише начин израчунавања рока у којем је радња морала бити предузета да би могла бити предмет побијања. Реч је о одредби која има за циљ да отклони дилеме у погледу рачунања, нарочито када је радња предузета последњег дана у месецу, а идеја заиста заслужује велику похвалу, јер доприноси јасноћи и недвосмислености у праву побијања. Према овој одредби рокови који се рачунају уназад, а односе се на правне радње и правне послове стечајног дужника који се могу побијати тужбом, рачунају се до дана у месецу који по броју одговара дану подношења предлога за покретање стечајног поступка а ако дан са тим бројем не постоји у последњем месецу, рок се рачуна до последњег дана тог месеца.⁸⁵⁵ Аутори који су давали мишљење о овој одредби закона су такође препознали њену вредност. Тако је речено да ова одредба има правно утемељење у општим правилима рачунања рокова, што јој даје посебну важност у испитивању дозвољености тужбе и подобности појединих правних послова и правних радњи да буду предмет побијања, а реч је само о оним правним пословима и правним радњама који су предузети у законом прописаним роковима, у противном, они нису подобни побијању, што води одбијању тужбеног захтева.⁸⁵⁶ Оно што је остало нејасно, односно остављена је

⁸⁵⁵ Члан 127. ст. 1. Закона о стечају; члан 105. ст. 1. Закона о стечајном поступку.

⁸⁵⁶ Слијепчевић, Спасић, наведено дело, стр. 379.

правна празнина у случају када је поднето више предлога за отварање стечаја, у односу на који предлог ће се рачунати рокови за побијање. Чини се да су две опције могуће, прва, по којој би као меродаван био онај предлог који је први поднет и друга, по којој је од значаја онај предлог на основу којег је доцније и отворен стечајни поступак. У хрвастком стечајном праву, законодавац се определио за прву опцију предвиђајући правило да „ако је поднесено више приједлога за отварање поступка, мјеродаван је први допуштени и образложени приједлог, па и ако је поступак отворен на темељу некога каснијег приједлога.“⁸⁵⁷ Закон о стечају, као и његов претходник, не решавају ову дилему, а нама се чини оправданим одредити се за другу опцију, јер је реч о предлогу за отварање стечаја који је резултирао успехом, на основу њега је и отворен стечајни поступак и на тај начин омогућено побијање.

Обзиром да је реч о праву побијања у стечају, почетна тачка од које се полази када се говори о року у којем се може вршити право побијања је дан отварања стечајног поступка. То је уједно и заједничка тачка готово сваког прописа у којем је обрађено право стечајног побијања. О томе говори и Закон о стечају када каже да се побијање може вршити од дана отварања стечајног поступка.⁸⁵⁸ Међутим, наше позитивно стечајно право, односно Закон о стечају не дефинише изречно сам дан отварања стечајног поступка. Додуше, у самом закону постоји правило о томе да правне последице отварања стечајног поступка наступају даном објављивања огласа о отварању поступка на огласној табли суда, па смо мишљења да ова два појма треба изјдначити у смислу права побијања. Тако се може закључити да се право побијања правних радњи стечајног дужника може вршити од дана објављивања огласа о отварању поступка на огласној табли суда.⁸⁵⁹ Обзиром да ће на решење о отварању стечајног поступка стечајни дужник имати право жалбе, поставља се питање да ли је, у смислу почетка рока у којем се може вршити побијање у стечају, неопходно

⁸⁵⁷ Чланак 208. ст. 2. Стечајног закона РХ.

⁸⁵⁸ Члан 119. ст. 4. Закона о стечају.

⁸⁵⁹ Члан 73. ст. 1. Закона о стечају; члан 98. ст. 4. Закона о стечајном поступку; члан 116. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији; § 22. Закона о побијању правних дјела гледе имовине инсолвентна дужника; §42. ст. 2. Стечајног закона; члан 165. ст. 1. Закона о санацији и престанку организација удруженог рада; члан 98. Закона о принудном поравнању и стечају.

сачекати одлуку по жалби, односно правоснажност решења о отварању стечаја? На ово питање се може дати релативно једноставан одговор. Сигурно је да би од значаја за стечајног управника, односно повериоце, било да сазнају коначну судбину предлога за отварање стечаја, односно да ли је предлог коначно прихваћен од стране суда, па је решење о отварању стечаја постало правоснажно или не, обзиром да је последица усвајања жалбе стечајног дужника укидање решење о отварању стечаја чиме престаје могућност побијања правних радњи стечајног дужника. Ако ни због чега другог, целисходно је сачекати одлуку по жалби из разлога економичности, обзиром да обавеза по основу судске таксе настаје подношењем тужбе за побијање а та обавеза ће теретити побијача, а у случају да решење о отварању стечајног поступка по жалби дужника буде укинато, ово ће бити узалудни трошак које се неће моћи надокнадити. Ипак, чини се да осим из разлога целисходности, не постоји ниједна законска препрека да захтев за побијањем буде поднет одмах након отварања стечајног поступка, односно истицања огласа о отварању стечајног поступка на огласну таблу суда. Ово је у једном периоду времена, у нашем праву, било спорно правно питање, обзиром да је рок у којем се може вршити побијање био ограничен у много већем обиму него што је то данас. Наиме, у периоду док је принудно поравнање претходило стечајном поступку и за време важења Закона о принудном поравнању и стечају који је у члану 74. ст. 2. предвиђао да у том случају правне последице стечајног поступка настају почетком дана кад је оглас о отварању поступка принудног поравнања истакнут на огласној табли суда, судска пракса је била у ситуацији да заузме став да шестомесечни рок за подношење тужбе за побијање правних радњи учињених у последњој години пре отварања стечајног поступка се рачуна од дана отварања тог поступка, а не од дана наступања правних последица отварања поступка.⁸⁶⁰

У односу на крај рока у којем се може вршити право побијања, развој права побијања у нашој земљи, а и упоредно-правно гледајући, је довео до продужења овог рока до касне фазе стечајног поступка, чиме се заправо проширује могућност

⁸⁶⁰ Пресуда Вишег привредног суда у Загребу, Сл. 2530/76 од 16.1.1976. године, Цитирано према Томица Делибашић, наведено дело, стр. 244.

побијања, односно примене овог института. Тако је Закон о побијању правних дјелах гледе имовине инсолвентна дужника из 1897. године предвиђао да право побијања „утрњује ако се не потјера судбено течајем 6 мјесецих након дана отворена стечаја“.⁸⁶¹ Стечајни закон из 1929. године је предвиђао нешто дужи рок за побијање. Наиме, према овом закону „тужба се мора поднети у року од године дана после отварања стечаја, иначе захтев за побијање престаје“.⁸⁶² Надаље, право побијања пролази кроз извесну модификацију па се мења и правило о року у којем се може започети поступак побијања. Заправо, ограничава се крајњи рок за покретање поступка побијања. Заправо, ограничава се крајњи рок за покретање поступка побијања. Тако, према Закону о принудном поравнању и стечају „тужба за побијање може се поднети у року од шест месеци од дана отварања стечајног поступка, а најдоције до рочишта за главну деобу.“⁸⁶³ Следећи пропис, Закон о санацији и престанку организација удруженог рада задржава идентично правило као и његов претходник⁸⁶⁴, а исто чини и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.⁸⁶⁵ Оваква одредба која на двојак начин одређује рок у којем се може вршити побијање је произвела различита тумачења у пракси у случају када је рочиште за главну деобу одржано пре истека рока од шест месеци од дана отварања стечаја. Као владајуће схватање је, ипак, заузет став да ће у том случају доћи до скраћења рока у којем се може вршити побијање.⁸⁶⁶ Значајно проширење рока у

⁸⁶¹ §22. Закона о побијању правних дјелах гледе имовине инсолвентна дужника.

⁸⁶² §42.ст.2. Стечајног закона.

⁸⁶³ Члан 98.ст.1. Закона о принудном поравнању и стечају.

⁸⁶⁴ Члан 165.ст.1. Закона о санацији и престанку организација удруженог рада.

⁸⁶⁵ Члан 116.ст.1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

⁸⁶⁶ „Ако је рочиште за главну деобу одржано пре рока од шест месеци, онда се тужба мора поднети до рочишта за главну деобу. Ако се, пак, рочиште за главну деобу одржало после рока од шест месеци од отварања стечајног поступка, ова тужба се мора поднети у року од шест месеци од дана отварања стечајног поступка, а не до рочишта за главну деобу.“ (Заузет став на саветовању привредних судова у Доњем Милановцу, 12. јун 1993. године; Извор: правна база Intermex); „Наиме, рок за подношење побојне тужбе рачуна се од дана отварања стечајног поступка. Тужба за побијање правних радњи предузетих пре стечаја може се поднети у року од шест месеци од отварања стечаја, али никако касније. Ради се о преклузивном року материјално-правне природе који се не може продужавати. Истеком рока од шест месеци престаје право на побијање правне радње и подношење побојне тужбе. Према одредбама члана 116. став 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, тужба за побијање правних радњи може се поднети у року од шест месеци од дана отварања стечајног поступка, а најдоције до рочишта за главну деобу. Уколико се рочиште за главну деобу одржи раније, тј. пре истека од шест месеци, рок за утужење се скраћује и тужба се може поднети најкасније до рочишта за главну деобу (што значи и пре истека рока од шест месеци).“ (Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 409/98 од 16. децембра 1998. године; Извор: правна база Paragraf lex); „Међутим,

којем се може поднети захтев за побијање доноси Закон о стечајном поступку кроз одредбу да се побијање може вршити од дана отварања стечајног поступка до дана одржавања рочишта за главну деобу стечајне масе.⁸⁶⁷

Према одредби Закона о стечају, овај рок је постављен објективно, наиме, речено је да се побијање може вршити до дана одржавања рочишта за главну деобу.⁸⁶⁸ Важно је одмах напоменути да се поменути рок односи само на започињање поступка побијања, никако на његово окончање. Дакле, заинтересовано лице за побијање, по слову закона, стечајни управник или поверилац, морају тужбу поднети до дана одржавања рочишта за главну деобу. Међутим, а ово је још један апсурд у нашем позитивном стечајном праву, Закон о стечају не садржи одредбе о томе када се одржава рочиште за главну деобу. Наиме, изречно је предвиђено правило да ће стечајни судија ван рочишта доноси решење о главној деоби по истеку рока од 15 дана од дана доставе нацрта за главну деобу одбору поверилаца, ако није поднета примедба на нацрт за главну деобу од стране одбора поверилаца, односно поверилаца појединачно.⁸⁶⁹ Могућност одржавања рочишта је сведена на изузетак по којем ће стечајни судија одржати рочиште и на њему донети решење о главној деоби ако одбор поверилаца односно повериоци појединачно поднесу примедбе на нацрт за главну деобу.⁸⁷⁰ Последњи закон који је садржавао јасну одредбу о рочишту за главну деобу је био Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији који је предвидео да на рочишту за расправљање о нацрту за главну деобу повериоци могу подносити приговоре на тај нацрт као и да решење о главној деоби доноси стечајно веће после расправе за главну деобу.⁸⁷¹ Чини се да закључак који се може извући је

погрешно је схватање изражено у ревизији да се тужба за побијање правних радњи може поднети и по протеку рока од шест месеци и све до рочишта за главну деобу.“ (Решење Врховног суда Србије, Прев. 299/02 од 29. јануара 2003. године; Извор: правна база Intermex).

⁸⁶⁷ Члан 98. ст. 4. Закона о стечајном поступку.

⁸⁶⁸ Члан 119. ст. 4. Закона о стечају.

⁸⁶⁹ Члан 140. ст. 1. Закона о стечају док Закон о стечајном поступку у члану 117.ст.1. садржи одредбу по којој стечајно веће доноси решење о главној деоби по истеку рока од 15 дана од дана пријема нацрта за главну деобу, ако није поднет приговор на нацрт за главну деобу од стране одбора поверилаца односно поверилаца појединачно.

⁸⁷⁰ Члан 140. ст. 3. Закона о стечају; сличну одредбу садржи и члан 117. ст. 2. Закона о стечајном поступку.

⁸⁷¹ Члан 145. ст. 1 и 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

да у случајевима у којима се, на основу наведеног изузетка, одржи рочиште за главну деобу, право побијања се може вршити до тог дана. Обзиром да закон садржи одредницу „до дана“ требало би рачунати да је тужбу могуће поднети и на дан одржавања рочишта за главну деобу. Такође, сваки поверилац ће имати могућност да сазна када ће ово рочиште бити одржано, обзиром да ће нацрт решења за главну деобу, које претходи главној деоби бити оглашено на огласну таблу суда. Притом, за окончање рока за побијање правних радњи стечајног дужника је неопходно, да је наступила објективна последица, да је рочиште за главну деобу заиста и одржано, па ће у случају када је ово рочиште одложено, из процесних или неких других разлога, иако је било заказано, посредно бити продужен рок за побијања до стварног одржавања рочишта. Са друге стране, уколико рочиште не буде ни одржано, обзиром да стечајни судија доноси решење ван рочишта, онда се тумачењем може доћи до става да рока нема, односно да Законом о стечају није предвиђен рок до којег се може вршити право побијања. На жалост, овакво правило води правој несигурности, мада ће оно имати свакако мање или никакво практично дејство. Наиме, идеја законодавца је била да постави крајњи рок за вршење права побијања при самом крају стечајног поступка, односно да на тај начин омогући веома дугачак рок у којем се може вршити ово право. Уколико стечајни поступак дође до фазе када је потребно спровести главну деобу, то најчешће значи да је протекао један дужи временски период од дана отварања стечаја, у којем су повериоци и стечајни управник имали прилику да покрену поступак побијања, па да ли ће тај рок бити окончан у једном или другом моменту, а оба момента ће уследити у последњој фази стечајног поступка, неће бити ни много важно.

Ипак, ово правило које не може остварити своју сврху због тога што се везује за појам који не постоји у закону, свакако заслужује најстрожију осуду. Ово је последица веома лошег процеса доношења стечајних закона где више интересних група пишу одређене делове закона па се на крају сви делови споје и тако добије целовит текст. Такође, пракса израде закона којима се регулише стечајна материја у нашој земљи је таква да се скоро увек доноси нови закон који предвиђа одређене

новине, а поједине делове остају идентични као у претходном закону, међутим, не изврши се усклађивање између новина и старих правила. Разуме се, добром редакцијом би се овакви пропусти лако могли исправити, али на жалост, приликом доношења Закона о стечају тако нешто није учињено. Последица лоше редакције законског текста је да рок у којем се може вршити право побијања, је у односу на почетак али и на крај тог рока, везан за фазе у поступку стечаја које нису предвиђене Законом о стечају, обзиром да се не зна ни када је дан отварања стечаја а ни дан одржавања рочишта за главну деобу.

Сматра се да је правни посао закључен онда када су испуњени услови за његову пуноважност, а ако је за пуноважност неког правног посла потребан упис у земљишну књигу или у регистар бродова, ваздухоплова или патената, односно у другу јавну књигу или регистар, сматра се да је правни посао закључен онда када је захтев за упис поднет одговарајућем органу.⁸⁷² Ово правило које наш законодавац прописује⁸⁷³ има логичко објашњење, у погледу рокова, за сваку поједину радњу ће се узети као почетак рока онај тренутак када је радња произвела правно дејство, без обзира да ли је претходно било потребно да испуни одређену форму. Иако наше право не познаје изречно правило о томе, за разлику већине других законодавстава,⁸⁷⁴ уколико је реч о правној радњи под условом или роком, меродавно ће бити време њеног предузимања а не време наступања услова или рока.

Важно је приметити да у случају побијања приговором, тзв. паулијаским приговором или противтужбом не постоји рок у којем је побијање могуће остварити. Разлог за овакав став је релативно једноставан, побијање приговором или противтужбом ће бити могуће тек када постоји активан поступак у којем је побијач на пасивној страни, а постојање тог поступка зависи искључиво од тужиоца. Како побијач нема могућности да утиче на постојање поступка у којем би могао истаћи

⁸⁷² Члан 127. ст. 2. Закона о стечају.

⁸⁷³ Правило је познато и у упоредном праву, видети член 182. ст.2. Закона о стечају Републике Македоније, §140. ст. 2. InsO; чланак 209. ст. 2. Стечајног закона РХ.

⁸⁷⁴ Видети §140. ст. 3. InsO; член 182. ст.4. Закона о стечају Републике Македоније; чланак 209. ст. 4. Стечајног закона РХ.

паулијански приговор или противтужбу, није везан законским правилом да се побијање може вршити од дана отварања стечајног поступка до дана одржавања рочишта за главну деобу.⁸⁷⁵

Међутим, одредбе о роковима у којима се може вршити побијање дужникових правних радњи губе на значају услед спорог поступања судова у парницама стечајног побијања. Веома често се дешава да стечајни поступак не може бити ефикасно настављен док се парница за побијање не оконча и зато је неопходно да парнични судови ово имају у виду приликом поступања у побојним парницама које су произашле из стечаја. Мађутим, на жалост, пракса показује да то није тако. Наиме, веома често се на исход парничног поступка побијања правних радњи стечајног дужника чека више година а проблем је посебно изражен у погледу одлучивања по правним лековима од стране Привредног апелационог суда. На неки начин, овакви, временски изузетно дугачки поступци побијања прете да угрозе ефикасност и значај целокупног права стечајног побијања. Стечајни поступак је хитан поступак, па самим тим и парнице које из њега произађу у виду побојних парница или парница за утврђење или оспоравање потраживања морају бити хитне што би судови требали свакако да имају у виду. Чини се да је потребно направити додатан напор како би се овако лоша пракса привредних судова у материји стечајног побијања што пре променила,.

⁸⁷⁵ Видети члан 128. ст. 2. Закона о стечају.

ДЕО ЧЕТВРТИ

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ВАНСТЕЧАЈНОГ И СТЕЧАЈНОГ ПРАВА ПОБИЈАЊА

Право побијања, као генерични појам у себи садржи две своје подврсте. Једна подврста је карактеристична за оне ситуације када је побијање могуће вршити у односу на правну радњу дужника који није у стечају. Друга подврста се тиче побијање правних радњи стечајног дужника. Ове две различите врсте побијања међу собом производе извесне сличности и разлике. О каквим сличностима и разликама је реч видећемо у наредном излагању.

4.1. Сличности

Обзиром да је ипак реч о истом институту који има двоструко поље примене, ван стечаја и у стечају, несумњиво постоје бројне сличности између ванстечајног и стечајног права побијања.

Прва сличност која је одмах уочљива је та да је предмет и ванстечајног као и стечајног побијања је дужникова правна радња. У сваком конкретном случају, без обзира о којој врсти побијања је реч, дужникова правна радња ће представљати централну тачку. Управо она је узрок започињања поступка побијања. Сама радња мора имати специфичан атрибут, поред тога што је реч о правној радњи, односно радњи која производи правне последице, она мора утицати на смањење дужникове имовине услед које наступа оштећење његових поверилаца.

Друга сличност између ове две врсте побијања је свакако у сличним концепцијама посебних услова, односно врстама паулијанских тужби које стоје

побијачима на располагању. И даље је централна подела она на теретне и бестеретне правне радње дужника, па и стечајно и ванстечајно право побијања предвиђају подјеностављене услове за побијање ових потоњих дужникових радњи. Намерно оштећење поверилаца је такође заједничка тачка ове две врсте побијања као и дефинисање одређеног круга лица, која су у извесној вези са дужником, и то кроз појмове *familia suspecta*, односно повезана лица, за која су у случају да је дужник располагање имовином уперео ка њима, предвиђени олакшани услови побијања.

Као трећа сличност се може истаћи она која се односи на последице побијања односно на дејство побијања према противнику побијања у случају да правна радња дужника буде побијена. Оба права прокламују правило да се правна радња стечајног дужника оглашава без дејства према побијачу, односно стечајној маси, и то у оној мери у којој је то неопходно за намирење повериоца односно поверилаца. Као што ће се доцније видети, дејство побијање генерише и значајне разлике између ванстечајног и стечајног права побијања

Четврта сличност ове две врсте у оквиру права побијања је свакако та да се и оба случаја користе исти инструменти којима се побијање врши. У нашем праву, то су тужба, противтужба и приговор побијања. Иако ће у случају побијања ипак бити различита садржина сваког од наведених инструмената, као ошти појам права побијања може се истаћи околност да се побијање врши истим правним средствима.

Поред инструмената којима се побијање врши, као пета сличност се свакако може повиће паралела у односу на поступак у којем се побијање остварује. У оба случаја је то парничним поступак.

4.2. Разлике

Иако постоји доста разлика између ове две врсте побијања, на овом месту ће бити обрађене само оне најважније, системске разлике.

Прва разлика се у нашем праву у томе што оба права побијања, и оно у стечају као и оно изван стечаја, имају законско уређење, међутим, реч је о томе да су уређени различитим законима. Право побијања изван стечаја је уређено Законом о облигационим односима и такав случај ће бити све до доношења Грађанског законика што се може очекивати до краја 2016. године. За разлику од тога, право стечајног побијања је регулисано одредбама стечајних закона, и то најпре, Закона о стечају као важећег закона али постоје одређени стечајни поступци на које се примењује Закон о стечајном поступку па и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

Друга разлика произлази из предмета заштите који је различит у случају побијања ван стечаја у односу на онај када је побијање у оквиру стечаја. У ширем смислу гледано, обе врсте побијања имају као виши циљ односно постављен задатак заштиту правног система који почива на савесности и поштењу. Међутим, у конкретизацији општег циља долази до значајних разлика. Најпре, побијање ван стечаја има за циљ да заштити повериоца доспелог потраживања који не може намирити своје потраживање из разлога што је дужник одређеном правном радњом умањео или потпуно елиминисао своју имовину. Са друге стране, побијање у стечају као постављен циљ има заштити свих поверилаца. Оно се не индивидуализује чак ни у случају када побијање врши неко од поверилаца. Увек побијање у стечају иде за тим да заштити потраживања свих, а не једног од поверилаца, што настаје као последица начека колективног намерења потраживања поверилаца у стечају, чега ван стечаја нема.

Трећа разлика је у односу на активну легитимацију странака. Наиме, на побијање ван стечаја је овлашћен дужников поверилац чије потраживање додуше мора испунити одрђене услове али ипак искључиво поверилац и ниједно друго лице. У стечајном праву побијања активна легитимација је одређена дуално обзиром да она припада поред поверилаца стечајног дужника, још и стечајном управнику. Заправо, примарни побијач ће увек бити стечајни управник као професионални орган у поступку док ће побијање од стране поверилаца служити као корективни

механизам. Такође, између повериоца који побијање остварује ван стечаја и оног који то чини у стечају постоје значајне разлике. Тако, у случају ванстечајног побијања повериоци начелно морају доказати немогућност намирења потраживања док у случају стечаја тако нешто није неопходно обзиром да је самим отварањем стечаја утврђена дужникова неспособност плаћања.

Четврта разлика се односи на дејство побијања. Пресуда којом се побија нека дужникова правна радња ван стечаја ће производити дејство само у односу на повериоца који је водио спор. Зато се и каже да је сврха ванстечајног побијања намирење једног повериоца.⁸⁷⁶ Даље дејство у односу на остале повериоце или треће лица пресуда неће имати. Такође, ван стечаја побијање ће бити одређено само онолико колико је потребно ради намирења побијачевог потраживања. За разлику од овога, пресуда којом се утврђује побијање у стечају ће производити дејство не само у односу на побијача већ и у односу на остале повериоце. Заправо, пресуда остварује дејство у односу на стечајну масу, што последично значи у односу на све повериоце стечајног дужника.

Пета разлика се односи на финансијско стање дужника које је неопходно да буде испуњено да би побијање било могуће. Ван стечаја, у односу на стање дужника односно његове имовине, потребно је доказати да дужник нема средстава за испуњење повериочевог потраживања односно да је инсолвентан. У стечају тога неће бити нити ће ово питање имати било какав практични значај. Чим је стечај над дужником отворен, то последично значи да је утврђена његова инсолвентност па није потребно доказивати ову околност јер је већ доказано да дужник не може испунити своје обавезе према повериоцима.

Шеста разлика се може уочити у односу на рокове у којима се побијање може вршити. У том смислу, може се закључити да ће побијање правних радњи стечајног дужника бити могуће у значајно дужим роковима него што је случај са побијањем изван стечаја. Наиме, изван стечаја постоје само два рока у којима се може вршити

⁸⁷⁶ Драгиша Слијепчевић, Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, стр. 18.

побијање у односу на време када је дужник предузео правну радњу која је његов предмет. То су рокови од једне и три године. Са друге стране побијање правних радњи стечајног дужника је могуће учинити у неким случајевима, односно код намерног оштећења као и код побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, чак и када је од предузимања радње прошло до пет година.

ЗАКЉУЧАК

Право побијања дужникових правних радњи је законски уређено право поверилаца у свим модерним законодавствима. Оно обезбеђује контролу поступака предузетих од стране презадуженог дужника а управо у циљу заштите интереса његових поверилаца. Настало још у римском праву, услед разумљиве еволуције, право побијања, представља значајну препреку несавесном деловању дужника.

Сама правила о остваривању права побијања се разликују у односу на околност да ли је дужник у стечају или не, па зато говоримо о две врсте побијања, односно разликујемо право побијања изван стечаја од права побијања у стечају.

Право ванстечајног побијања може остварити поверилац у случајевима када је дужник предузео правну радњу којом је дошло од оштећења поверилаца. Побиање се остварује по правилу тужбом, ређе противтужбом или приговором. Поступак у којем се то чини је парнични поступак у којем су јасно дефинисани положаји процесних страна. На активној страни парнице се може наћи искључиво поверилац, односно његови универзални или сингуларни сукцесори. Међутим, потребно је да потраживање које поверилац има према дужнику задовољи одређене критеријуме како би побијање било могуће. Према правилу прихваћеном у нашем праву потраживање повериоца према дужнику мора бити доспело, новчано, ненамирено а неће бити од значаја моменат настанка тог потраживања у односу на време када је предузета правна радња дужника која је предмет побијања. У односу на последњи, временски услов настанка потраживања у односу на време предузимања одређене дужникове правне радње постоји и исказано опречно мишљење, нарочито подвучено од стране француских аутора и судова, да право побијања треба омогућити само повериоцима чије је потраживање настало пре предузимања радње од стране дужника, које прихвата и аутор овог рада. Веома важно правило које се искристалисало од стране судова приликом одлучивања у парницама за побијање дужникових правних радњи је оно у погледу доспелости потраживања повериоца као

побијача према дужнику. Његово потраживање не мора бити извршно, односно за остварење права побијања неће бити неопходно да поверилац намирање потраживања покуша у извршном поступку против дужника, довољно ће бити да је потраживање доспело у смислу општих правила облигационог права. Са друге стране парнице за побијање, пасивне стране, налази се противник побијања оличен у лицу са којим је или у чију је корист предузета правна радња која је предмет побијања или његов универзални или сингуларни правни следбеник. Међутим, право побијања прави разлику у погледу одговорности између универзалног и сингуларног правног следбеника противника побијања по којој универзални следбеник одговора по објективном критеријуму уколико је побијање било основано у односу на његовог правног претходника док ће сингуларни следбеник одговарати по објективном критеријуму само у случају да је до користи од дужника стигао правним послом без накнаде, док ће иначе одговарати услед несавесности, по субјективном критеријуму, уколико је знао да се прибављање његових претходника могло побијати.

Ванстечајно право побијања, у зависности од околности конкретног случаја, подарује повериоцима различите паулијанске тужбе којима могу вршити заштиту сопствених интереса. Уколико је предмет побијања теретно дужниково располагање, чак четири различите тужбе стоје на располагању повериоцима и то: долозна, кулпозна и две мешовите паулијанске тужбе. Ипак, у пракси ће повериоци, по правилу, увек користити кулпозну паулијанску тужбу, разумљиво, обзиром да је у погледу услова које поверилац мора доказати да би успео у спору, приметно повољнија за коришћење у односу на остале тужбе. Међутим, уколико је дужникова правна радња предузета у корист некога од његових блиских лица из круга *familia suspecta*, побијање ће у погледу услова бити знатно олакшано а оствариваће се породичном паулијанском тужбом. Бестеретна располагања дужникова ће повериоци побијати квазипаулијанском тужбом која ће своје дејство остварити без постојања било каквог субјективног критеријума на страни противника побијања.

Циљ права побијања је заштита поверилаца а оно се остварује кроз дејства која пресуда за побијање производи у односу на побијача и противника побијања.

Побијање производи последицу да побијена дужникова правна радња остане без правног дејства у односу на побијача и то у оној мери у којој је то неопходно а ради намирења његовог потраживања према дужнику.

Право на побијање се не може вршити без ограничења у погледу рокова. Разлог за то је правна сигурност која се ипак мора гарантовати чак и у погледу оних дужникових правних радњи којима су повериоци оштећени. Почетна тачка за рачунање рокова у којим се побијање може предузети је дан када је дужник предузео правну радњу која је предмет побијања. У нашем праву у погледу рока постоји у погледу законског уређења, значајан простор за прилагођавање дужине рока у којем се право побијања може остварити са конкретним чињеничним основом, чиме би свака врста паулијанске тужбе које познаје наше право добила смисао односно адекватан рок у којем се може остварити.

Право побијања у стечају је нераскидиво повезано са колективним карактером стечајног поступка. Ова особеност генерише бројна правила стечајног права побијања којима се предвиђа заштита поверилаца од несавесних поступака њиховог дужника са коначним циљем омогућавања најповољнијег намирења поверилаца. Побијање се, такође, може вршити тужбом, противтужбом или приговором у парничном поступку, изван стечаја. Побијање врши пре свега стечајни управник ако орган стечајног поступка који је у обавези да се стара о заштити права поверилаца а као корективни, допунски механизам, предвиђено је правило да и повериоци могу вршити побијање правних радњи стечајног дужника. Право побијања могу остварити стечајни повериоци а постоје, према мишљењу аутора овог рада, и снажни аргументи по којима то право треба омогућити и разлучним повериоцима. Побијање се врши против противника побијања а то је лице у чију корист је правна радња стечајног дужника предузета, односно против његових универзалних и сингуларних правних следбеника. Сингуларни правни следбеник ће, према одредби нашег позитивног стечајног права, одговарати само у случају да је знао за чињенице које представљају разлог за побијање правних радњи његовог претходника и ако оно што је корист такве радње стекао без накнаде или уз незнатну

накнаду, што је правило које би, по мишљењу аутора овог рада, требало што пре променити и поистоветити га са правилом које познаје Закон о облигационим односима у погледу одговорности сингуларног правног следбеника противника побијања.

Стечајно право побијања се може остварити уколико се правном радњом стечајног дужника оштећују повериоци или услед ње долази до нарушавања равномерног намирења поверилаца. Побиање оних правних радњи којима се остварује нарушавање правила о равномерном намирењу поверилаца је могуће по правилима побијања уобичајеног или неуобичајеног намирења односно обезбеђења док ће се остали случајеви оштећења поверилаца процесуирати као непосредно или намерно оштећење поверилаца односно кроз побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду. Сваки од наведених начина стечајног побијања захтева испуњење одређених субјективних и објективних услова. Најтежи посао у погледу доказивања ће побијачи имати у случајевима када је потребно утврдити субјективне услове на страни стечајног дужника као и на страни противника побијања, као што је случај намерног оштећења, док ће најлакши задатак у том погледу бити они случајеви у којима се побијање остварује услед доказивања објективних услова као што је случај са побијањем правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду.

Посебну пажњу стечајно право побијања поклања повезаним лицима, предвиђајући јасна правила по којима ће свако располагање које је стечајни дужник учинио у корист повезаног лица у одређеном периоду моћи да буде побијено уз поједностављене, често само објективне услове. Улога привредних судова у погледу примене законских правила је веома значајна, па ће од тумачења одређених субјективних или објективних услова зависити и сама могућност побијања. Међутим, судови у овом смислу морају бити посебно обазриви, обзиром да од тога у великој мери зависи и правна сигурност као и општи привредно-правни амбијент у којем послују привредни субјекти. Ова опрезност се посебно односи на тумачење да ли се одређено дужничково поступање може сматрати правном радњом без накнаде или уз незнатну накнаду а имајући у виду различите ставове које су привредни судови у

својим одлукама износили у погледу истих правних ситуација. Нарочиту улогу ће у овом процесу имати Врховни касациони суд приликом доношења ревизијских одлука којима се мора уједначити судска пракса а истовремено и заштитити правни поредак, што је у претходном периоду и био случај.

Специфична правила стечајно право побијања предвиђа у погледу дејства, односно последица које оно производи. Колективни карактер стечајног поступка и у овом смислу долази до изражаја па тако пресуда за побијање проглашава без дејства правну радњу стечајног дужника у односу на стечајну масу а противник побијања се обавезује да прибављену корист врати или, уколико то није могуће, плати накнаду штете. У нашем праву, стечајно право побијања се може остварити у прилично дугачким роковима а интенција законодавца за проширењем поља примене побијања се огледа и у правилу да се рокови рачунају уназад од момента подношења предлога за покретање стечаја.

Међутим, стечајно право побијања не може остварити свој пуни домашај услед веома спорог поступања привредних судова, што је последица различитих субјективних и објективних околности. Ствар је нарочито важна, обзиром да у пракси дугачки поступци побијања значајно продужавају и време трајања стечајног поступка из којег су проистекли. Управо зато је потребно размотрити могућности одређене реорганизације унутар привредног судства, као и додатне едукације судија у погледу важности права побијања правних радњи дужника у оквиру стечајног поступка, како би се омогућила брза и ефикасна примена ових правила успостављених у циљу заштите поверилаца.

Иако постоје бројне и значајне разлике између стечајног и ванстечајног права побијања, ипак сличности које међу њима, такође, несумњиво постоје, генеришу снажну потребу за заједничким проучавањем свих њихових особености и, колико је могуће, унификовању најзначајних постулата и начела. Разуме се, приликом предвиђања и примене правила уобличеним у право побијања, увек се мора водити рачуна о троуглу различитих права и интереса поверилаца, дужника и противника

побијања, уз разумевање да се најбољи ефекат које право побивања може донети са собом остварује управо у тежишту тог троугла, обзиром да се у тој тачки најадекватније штити правни поредак у односу на све три наведне стране. Ово је била и идеја водила аутора овог рада.

БИБЛИОГРАФИЈА

Алкалај Сима, Неколико питања из стецишног поступка, Бранич. бр. 2 и 3., стр. 34-35, 1926.

Антић Оливер, Облигационо право, Београд 2008.

Агарков М.М, Братус С.Н, Генгин Д. М, Серебровски В.И, Шкундин З. И, Совјетско облигационо право, Научна књига, Београд 1947.

Antoniolli Luisa, Anna Veneziano Principles of European contract law and Italian law Kluwer Law International, 2005.

Аранђеловић Драгољуб, О побијању правних дела изван стечаја, Бранич бр. 11-12, стр. 141-153, 1930.

Аранђеловић Драгољуб, Основи облигационих права, Општи део, Београд 1931.

Aubert Jean – Luc, François Collart Dutilleul, Le contrat, Paris 2010.

Барч Роберт, Основи права поравнања и стечајног права, у преводу Др Б. Недељковића, Геца Кон, Београд, 1939. година.

Venabent Alain, Droit civil, les obligations, Montchrestien, 1997. година

Бабић Јакша, Превенција стечаја и заштита права Бјеровника у стечају, стечај подужећа и банака, Загреб, 1990.

Балиновац Зоран, О праву побијања у стечају, Судска пракса бр. 7-8, стр. 3-11, Београд, 1994. година

Бачић Хрвоје, За шири значај института присилног поравнања, Информатор бр. 504, стр. 5, од 10.1.1959. године

Berger Adolf, Encyclopedic dictionary of Roman law, стр. 511, reprint, The lawbook exchange, Ltd. Clark, New Jersey, 2004. године

Благојевић Борилсав, Начела приватног процесног права, Београд, 1936.

Благојевић Борислав, Грађански поступак у римском праву, Београд 1959.

Бикић Абедин, Облигационо право, општи део, Сарајево, 2004. година

Биро Золтан, Нека споран питања из материје принудне ликвидације, Наша законитост бр.9, стр. 408-411, 1956.

Биро Золтан, Петар Шурлан, Закон о принудном поравнању и стечају, стр.112, Савремена администрација 1965. година

Брнчевић Фране, Заштита вјеровничких интереса у стечају, Привреда и право бр. 11, стр. 50-51, 1971.

Boileux Jacques Marie Commentaire sur le code civil, tome troisieme Paris 1837. година

Bump Orlando, A treatise upon conveyances made by debtor to defraud creditors, W.H.Lowdermilk &co. Washington 1896. година

Васиљевић Мирко, Пословно право, Издавач Удружење правника у привреди СЦГ 2004. година

Васиљевић Мирко, Упоредноправни коментар закона о предузећима, Савремена администрација, 1989. година

Васиљевић Мирко, Коментар закона о привредним друштвима, Службени гласник, 2006. година

Васиљевић Мирко, Компанијско и трговинско право, Правни факултет, 2008.

Васиљевић Мирко, Корпоративно управљање, Удружење правника у привреди Србије, Београд 2013. година

Васиљевић Мирко, Трговинско право, Правни факултет, Београд 2012. године

Васиљевић Мирко, Закони и привреда, Право и привреда бр. 4-6, Београд, 2012,

Вељковић Драгослав, Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима, Пословни биро, Београд 2005.

Велимировић Михаило, Пословно право, Издавач Универзитет Црне Горе, 2000.

Велимировић Михаило, Стечајно право, Символ, 2004.

Велимировић Михаило, Право побијања у стечају, Правни информатор, број 5/2011 стр. 7-13, Intermex, Београд, 2011.

Вердиш Мартин, Кларић Петар, Грађанско право, Народне новине, Загреб 2008.

Verona Antun и Srećko Zuglia, Стечајни закон, Закон о принудном поравнању и Закон о увођењу у живот тих закона с коментаром, судским рјешидбама и додатком

споредних правних прописа, Тисак Југословенске штампе д.д. Загреб, наклада Југословенско накладно д.д. „Обнова“, Загреб, 1930. година

Визнер Борис, Грађанско право, Вјесник, 1962. година

Визнер Борис, Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, Ријечка тискара, 1978. година

Гамс Андрија, Облигационо и наследно право, Београд 1962.

Гверић Анте, Санација и престанак подuzeћа и банака, Привреда и право бр. 5-6, стр. 297-311, 1990.

Гложинић Фрањо, побијање правних радњи у поступку принудне ликвидације, Информатор бр 1125 од 19.12.1964, стр 8-9, 1964.

Горенц, Вилим: Коментар Закона о обвезним односима, Загреб, 2005

Госпавић, Обрад, Стечајно право, Геца Кон, 1930.

Горшић, Фрања, Порабна права у стечају, шт. штампарија Глобус 1934

Горшић, Фрања, Коментар Стечајног Закона, Геца Кон, 1934.

Ghestin Jacques, Christophe Jamin, Marc Billiau, Traite de droit civil, Les effets du contrat, стр. 503 L.G.D.J, Paris, 1994. година

Grouber Alexandre, De l'action paulienne en droit civil français contemporain : thèse pour le doctorat étude de jurisprudence et essai deconstruction doctrinale, Paris 1913.

Geoffrey Samuel Law of obligations and legal remedies, second edition, Cavendish publishing limited, 2001.

Гојковић Светлана, Побијање правних радњи стечајног дужника, Билтен Привредног суда у Београду број 1/2015, Intermex, Београд 2015. година

Gordley James, Arthur Taylor Von Mehren -An introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials Cambridge University Press 2006.

Guay Marcel, Theorie de L'action Paulienne en droit roman, Paris 1875

Гуцуња Јован, Правно регулисање поверилачко-дужничких односа у случају престанка организација удруженог рада, докторска дисертација, Правни факултет, Нови Сад, 1980.

Дежелић, Станко, Стечајно право, Издавач Наклада КњижареА. Телап, 1930

Delebeque Philippe, Panser Frédéric – Jérôme, Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat, Paris 2010.

Дика Михајло, Продаја дужника у стечају, Привреда и право бр. 7 и 8, стр. 438-451, 1991.

Дика Михајло, Стечајни поступак, Привреда и право бр. 1-2, стр. 32-45, 1988.

Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, Облигационо право, Научна књига, Београд 1987.

Ђукић Богдан, Преображајна тужба и паулијанско право побијања, Светлост Београд, 1935

Ђурђевић Марко, Уговор о поклону, Правни факултет универзитета у Београду, 2012.

Ђурђевић Марко, Наградни поклон, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/2011, стр.160-177, 2011.

Ђуровић Радомир, Момир Драгашевић, Облигационо право са пословима промета, Савремена администрација, Београд, 1980.

Egide Rodolphe Nicolas Arntz Cours de droit civil français, Paris, A. Durand Editeur, Bruxelles Bruylant Cristophe, 1863.

Eisner Bertold, Неколико примјетаба к нацрту стечајнога закона за цијелу државу, Мјесечник бр. 11. и 12., Сарајево, 1928.година

Ераковић Андрија, Отварање стечајног поступка, Привредно-правна пракса,бр. 29, стр. 6-7,Београд, 1990

Живковић Михајло, Јемство у привреди и могућност побијања овог правног посла на основу члана 124. Закона о стечају“, Правни информатор, 9/2015, 2015. година

Zimmermann Reinhard The Law of Obligations Roman Foundations Of The Civilian Tradition,Paperback 1996.

Илић Вељко, Положај повериоца у привредним односима и споровима, Правни живот бр. 11, стр. 347-354, 1997.

Јакшић Стеван, Облигационо право, општи део, Универзитетско издавачко и књижарско предузеће Веселин Маслеша, Сарајево 1953.

Јанковец Ивица, Привредно право, Београд, 1981.

Јанковец Ивица, Правни положај разлучног повериоца у стечајном поступку, Право-теорија и пракса бр. 7-8, стр.38-46, Београд, 1998. година

Јанковец Ивица, Учешће повериоца у управљању предузећем-дужником на основу правног посла, Правни живот бр.11, стр. 5-14, Београд, 1996.

Јокић Стојан, Побијање правних радњи стечајног дужника, VI традиционално саветовање правосуђа „Вршац 2009“ Стечај и приватизација, стр. 53-98, Март 2009. година

Јокић Стојан, Изигравање поверилаца – заштита права - побијање дужникових правних радњи, Правни информатор 5/2014, 2014.

Carbonnier Jean, Droit civil, Tome II, Presses universitaires de France 1983.

Capitant H.-Ambroise Colin, Cours elementaire de droit civil Francais, Paris 1915

Калабић Ђорђе, Редовна ликвидација предузећа, Наша законитост, бр. 8-9, стр. 560-565, 1972. година

Кашанин Ратомир, Велимировић Тиосав, Опште узансе за промет робом- са објашњењима и судском праксом, друго измењено и допуњено издање, Савремена администрација, 1976.

Кашанин Ратомир, Испуњење обавезе пребојем (компензацијом), привредно правни приручник, бр. 1, стр. 13-26, 1978.

Кнежевић Драг, Неколико напомена о Закону о побијању правних дела изван стечаја и о његовој примени, Бранич, бр. 7-8, стр. 391-402, 1934.

Константиновић Михаило, Облигације и уговори, Центар за документацију и публикације Правног факултета, Београд 1969.

Козар Владимир, Стечајни поступак, Савремена администрација, 2004

Козар Владимир, Принудно поравнање, стечај и ликвидација предузећа и банака Савремена пракса, број 3, Савремена администрација, 1999. година.

Лазаревић Адам, Облигационо право, посебни део, Универзитет во Скопље, 1960.

Лоншан де Берије Нови пољски законик о облигационом праву, превео са француског, Борислав Благојевић Београд 1936

Larroumet Christian, Droit civil sous la direction de Christian Larroumet. Les Obligations, Le contrat, Paris 2007.

Machnikowski Piotr, Justyna Balcarczyk, Monika Drela, Contract law in Poland, Wolters Kluwer, 2011.

Malaurie Philippe, Laurent Aynes, Les obligations, Defrenois, Paris, 2009.

Malinvaud Philippe, Droit des obligations, Paris 2011.

Марковић, Божидар С. Право побијања изван стечаја, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон а. д.1935

Mazeaud Henri et Leon, Mazeaud Jean, Lecons de droit civil, tome deuxieme, Obligations, Editions Montchrestien, Paris 1956.

Медић Душко, Побиање правних радњи стечајног дужника, Зборник радова са регионалне конференције о стечају, Бања Лука 14. и 15. фебруар 2008. године, издавач ГТЗ, стр. 33-42, Бања Лука, 2008. година

Миљковић Боровоје, Побиање правних радњи стечајног дужника, Билтен Привредног суда у Београду број 1/2015, Intermex, Београд 2015. година

Милошевић Љубиша, Облигационо право, Научна Књига, Београд 1966.

Милошевић Мирослав, Римско право, Службени гласник, 2007

Митровић, Велизар, Стечајно право, Издавач С. Б. Цвијановић, 1926

Момчиловић Хрвоје, Побиање дужникових правних радњи према Закону о облигационим односима, Зборник Правног факултета у Загребу, Вол.56 Посебни број Децембар 2006. година, стр. 512-538

Момчиловић Хрвоје, Побиање правних радњи у стечају, Санација и стечај организација удруженог рада, зборник радова, стр. 93-106, Правни факултет у Загребу, Загреб, 1988. година

Montanier Jean – Claude, Le Contrat, Grenoble 2005.

Попов Даница, Цветић Раденка, Николић Душан, Практикум за облигационо право, књига I, општи део 1991.

Павловић, Ђорђе, О обвезностима и уговорима уопште, Краљевска Српска штампарија Београд, 1892.

Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб, Коментар Закона о облигационим односима, издавачи, Културни Центар Горњи Милановац и Правни Факултет Крагујевац, 1980.

Перовић Слободан, Облигационо право, Београд 1990.

Продановић, Дионисије, Издање књижарнице Радомира Д. Ђуковића, Београд, Теразије, 1937. година

Pothier M. A treatise on the law obligations, volume II, London 1806.

Радишић Јаков, Облигационо право, Општи део, Номос Београд 2004.

Радовановић Марија, Облигационо право, 1982.

Радојичић, Спасоје, Принудно поравнање у стечају, штампарија Доситије Обрадовић 1908.

Редактори Благојевић Борислав, Круљ Врлета, Коментар Закона о облигационим односима, Савремена администрација, Београд 1983.

Ракочевић Драган, Право побијања правних радњи стечајног дужника по Закону о инсолвентности привредних друштава, Право и привреда број 5-8, Удружење правника у привреди Србије, стр. 378-409, Београд, 2009. година

Ромац, Анте, Римско право, Народне новине, 1987

Салма Марија, Побијање правних радњи стечајног дужника, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XLIII 3 (2009), Нови Сад 2009. година

Салма Јожеф, Облигационо право, Научна књига Београд, 1988

Sériaux Alain, Droit des obligations, Paris, 1992.

Слијепчевић Драгиша, Побијање правних радњи стечајног дужника, Правни информатор 11/2005, Intermex, Београд, 2005. година

Слијепчевић Драгиша Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају, Правни информатор 4/2010, Intermex, Београд, 2010. година

Станојчић Гордана приредила, Актуелна судска пракса из облигационог права, Пословни биро, Београд 2006.

Станковић Гордана, Петрушић Невена, Стечајно процесно право, Службени лист СЦГ, Београд 2006. година

Sautonie - Laguionie Laura, La fraude paulienne, 2008.

СЛАКОПЕР З, В. СКОРУП, О застари и преклузији код паулијанске тужбе, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Вол.33, број 1 2012.године, стр. 313-335

Слијепчевић Драгиша, Спасић Слободан, Коментар закона о стечајном поступку Ces mekon, 2006.

Станковић Гордана Петрушић, Невена, Стечајно процесно право, Службени лист 2006.

Станојевић, Обрад, Римско право, Номос, 1990.

Стефановић Татјана Матковић, Побијање правних радњи стечајног дужника АЈСУ,
извор:
http://alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/Sudija_Matkovic_Stefanovic_Pobijanje_PR.pdf.

Стојчевић Драгомир, Римско приватно право, Савремена администрација 1968.

Стојчевић Драгомир, Римско облигационо право, Завод за издавање уџбеника 1960.

Starck Boris, Droit Civil, Introduction, Paris, 1976.

Terre Francois, Philippe Simler, Yves Lequette, Les obligations, Paris 2009.

Tercier Pierre avec la coloboration de Karine Devaud, Le droit des obligations, Zurich 2009.

Fbre – Magnan Muriel, Droit des obligations. 1- Contrat, Paris 2007.

Hector S. De Leon The law on obligations and contracts, Rex Book Store, 1985.

Hasenbalg, H. Zur Lehre von der actio Pauliana, Berlin 1874

Holbrook Evans, Aigler Ralph, Cases on the law on bankruptcy including the law of fraudulent conveyances, Callaghan and company, Chicago 1915

Cabrillac Rémy, Droit des obligations, Paris 2010.

Carrbonnier Jean, Droit civil, 4/Les Obligations, Paris, 1998.

Cendon Paolo, Augusto Baldassari, Codice civile annotato con la giurisprudenza Wolters Kluwer Italia, 2007.

Collinet Paul, L'origine byzantine du nom de la Paulienne, Revue historique de droit français et étranger, стр. 187 и даље, 1919. године, репринт, Schmidt periodicals gmbh, Germany, 1985, година

Чубински Арсен, Отваање стечаја по новом Стечајном закону, Бранич бр. 7-10, стр. 85-88, 1929.

Цимерман Франц, Јасминка Обућина, Иван Миловановић, Побијање правних радњи стечајног дужника, стр.75

Wait Frederick, A Treatise on Fraudulent Conveyances and Creditors' Bills, стр.33, Beard books, Washington, репринт 2000. година

W.W.Buckland, Roman law of slavery, стр. 539-546, the lawbook exchange LTD, Union, New Jersey, 2000. година

Jonh William Smith, A selection of leading cases on various branches of the Law with notes, стр. 33 и 34, T. & J. W. Johnson & со., Philadelphia, 1872. година

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Михајло Живковић је рођен у Београду 17.01.1983. године. Правни факултет Универзитета у Београду уписао је 2001. године а дипломирао 5. 10. 2005. године на правосудном смеру. У току редовних студија учествовао је у раду више студијских група и успешно израдио и одбранио неколико семинарских радова из више наставних предмета. За одличан успех у академској 2004/05 години заслужио је Похвалницу Правног факултета. Последипломске (магистарске) студије на смеру грађанскоправних наука на Правном факултету уписао је 2005. године. У оквиру ових студија израдио је под менторством професора Миодрага Орлића семинарски рад на тему „Поседице раскида уговора“, положио испит из Методологије правних и друштвених наука са оценом 9 и са одликом магистарски усмени испит. Магистарску тезу под насловом „Поступак остваривања раскида уговора због неизвршења“ одбранио је са одликом у јуну 2011. године и тако стекао научни степен магистра правних наука.

Започео је професионалну каријеру 2005. године као адвокатски приправник. Потом је био стручни сарадник у општини Врачар и адвокат. Од јуна 2009. до фебруара 2013. године радио је у Raiffeisen банци на месту Вишег сарадника за решавање пласмана са повећаним ризиком и правну подршку. Тренутно је запослен у Societe generale banka Србија ad Beograd на позицији Менаџер одељења за наплату потраживања од правних лица. Положио је у новембру 2014. године испит за стечајног управника а у априлу 2016. године је изабран за председника Правног одбора Савета страних инвеститора.

Објавио је четири чланка:

„Права хипотекарних поверилаца“, *Правни информатор*, 1/2012;

„Последице раскида уговора - анализа једног случаја“, *Правни информатор*, 7-8/2012;

“Заштита разлучног повериоца од неповољног плана реорганизације“, *Правни информатор*, 12/2012.

„Јемство у привреди и могућност побијања овог правног посла на основу члана 124. Закона о стечају“, *Правни информатор*, 9/2015.

Говори енглески а служи се француским језиком.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани Михајло Живковић

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

Право побијања дужникових правних радњи

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 27.04.2016. године

Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: Михајло Живковић

Број индекса: /

Студијски програм: Грађанскоправна научна област/Облигационо право

Наслов рада Право побијања дужникових правних радњи

Ментори Др Мирко Васиљевић и Др Марко Ђурђевић

Потписани Михајло Живковић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 27.04.2016. године

Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Право побијања дужникових правних радњи“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 27.04.2016. године