

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Докторска дисертација

***РЕСТИТУЦИЈА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ –
ДОМАЏАЈ ПРИМЕНЕ***

Менторка

**Проф. др Радмила Ковачевић
Куштримовић**

Кандидаткиња

**Мр Ивана Симоновић,
бр. индекса 932**

У Нишу, децембра 2012. године

Одбрањена 12. априла 2103. године на Правном факултету Универзитета у Нишу пред комисијом у саставу:

1. Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, у пензији, председник комисије,
2. Проф. др Мирослав Лазић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, члан комисије,
3. Проф. др Ђорђе Николић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, члан комисије,
4. Проф. др Марко Ђурђевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, члан комисије.

| | |
|--|----|
| Реституција у грађанском праву – домашај примене | 6 |
| Увод | 6 |
| | |
| Поглавље I: Појам и правно-философски основи реституције..... | 17 |
| 1. Вишезначност појма реституција | 17 |
| 2. О забрани неоснованог обогаћења | 25 |
| а. Забрана неоснованог обогаћења и римско право | 27 |
| б. Забрана неоснованог обогаћења након рецепције римског права и у новијој правној историји..... | 30 |
| в. Савремено тумачење забране неоснованог обогаћења и из ње изведене реститутивне обавезе | 32 |
| | |
| Поглавље II: Реституција у облигационим односима насталим на темељу неоснованог стицања користи (неоснованог обогаћења) | 37 |
| 1. Теоријска образложења неоснованог обогаћења | 38 |
| 2. Место неоснованог обогаћења у савременом праву..... | 43 |
| а. Уводне напомене | 43 |
| б. Важећа правила упоредног права о неоснованом обогаћењу..... | 45 |
| 1) Неосновано обогаћење у правима европскоконтиненталног правног система | 47 |
| а) Законско јединствено уређење правног института неоснованог обогаћења– пример Немачког грађанског законика | 47 |
| б) Законско уређење само појединих облика неоснованог обогаћења - пример Француског грађанског законика..... | 51 |
| 2) Неосновано обогаћење у англосаксонском правном систему..... | 54 |
| в. Облици неоснованог обогаћења у правима земаља Европске уније..... | 59 |
| 1) Испуњење недугованог | 60 |
| а) Француска | 62 |
| б) Аустрија | 63 |
| в) Немачка | 63 |
| г) Енглеска | 64 |
| 2) Испуњење обавеза из неважећих уговора | 64 |
| а) Француска | 65 |
| б) Аустрија | 66 |
| в) Немачка | 66 |
| г) Енглеска | 67 |
| 3) Неосновано обогаћење увећањем вредности (побољшањем) имовине другог лица..... | 67 |
| а) Француска | 68 |
| б) Аустрија | 68 |
| в) Немачка | 69 |
| г) Енглеска | 69 |
| 4) Неовлашћена употреба туђе ствари и неовлашћено вршење туђег права у своју корист | 71 |
| а) Француска | 71 |
| б) Аустрија | 72 |
| в) Немачка | 72 |
| г) Енглеска | 73 |

| | |
|---|-----|
| 5) Издатак за другог (испуњење туђе обавезе)..... | 73 |
| г. Приступ Студијске групе за израду Европског грађанског законика правном институту неоснованог обogaћења | 74 |
| 1) Основне поставке | 74 |
| 2) Опсег правног института неоснованог обogaћења | 75 |
| 3) Елементи (претпоставке) реститутивне обавезе обogaћеног | 77 |
| 4) Однос права о неоснованом обogaћењу са другим областима грађанског права | 77 |
| 3. Неосновано обogaћење | |
| - Стицање без основа Закона о облигационим односима..... | 79 |
| а. Облици стицања без основа по Закону о облигационим односима | 81 |
| б. Начини испуњења реститутивне обавезе..... | 82 |
| 1) Одређивање појмова „осиромашење“ и „обogaћење“ | 83 |
| 2) Чиниоци који утичу на садржину и обим реститутивне обавезе | 86 |
| в. Правила враћања неосновано стеченог по Закону о облигационим односима и њихова правнотеоријска и интерпретација у судској пракси | 88 |
| 1) Правила враћања неосновано стеченог (главног предмета реститутивне обавезе) у натуралном облику | 89 |
| 2) Правила враћања неосновано стеченог (главног предмета реститутивне обавезе) надокнадом у новцу | 91 |
| 3) Утицај промене користи на реститутивну обавезу..... | 95 |
| а) Губитак у природи | 95 |
| б) Потрошња и уштеда..... | 97 |
| в) Отуђење..... | 97 |
| г. Правила враћања неосновано стечене користи од примљене услуге, туђег рада и употребе туђе ствари..... | 98 |
| 1) Надокнада користи од употребе ствари у корист обogaћеног | 99 |
| 2) Надокнада за употребу туђе ствари у своју корист | 100 |
| 3) Надокнада издатака учињених за другог | 102 |
| д. Корекција обима реститутивне обавезе правом обogaћеног на надокнаду трошкова у вези са користи коју враћа | 103 |
| Поглавље III: Реституција у уговорном праву | 107 |
| 1. Карактеристике реституције у уговорном праву | 108 |
| а. Утицај разлога престанка уговора на реститутивну обавезу | 108 |
| б. Утицај других чинилаца на реститутивну обавезу | 111 |
| 2. Разлози престанка уговора | 112 |
| а. Престанак уговора због неважности..... | 113 |
| б. Престанак уговора због повреде уговорне обавезе..... | 115 |
| 3. Врсте неважности уговора по Закону о облигационим односима | 117 |
| а. Апсолутно ништави уговори..... | 117 |
| б. Релативно (релативно ништави) уговори..... | 123 |
| 4. Санкционисање неважности уговора и правне последице | 125 |
| 5. Реституција испуњених чинидаба као правна последица ништавости (неважности) уговора..... | 127 |
| а. Утицај међусобне условљености чинидаба на успостављање пређашњег стања..... | 129 |
| б. Врсте реституције..... | 131 |
| 1) Стварноправна и облигационоправна реституција | 131 |
| 2) Једнострана и обострана реституција | 133 |

| | |
|--|-----|
| 3) Натурална и новчана реституција | 135 |
| в. Садржина и начин испуњења реститутивне обавезе | 143 |
| 1) Правнорелевантне чињенице за садржину реститутивне обавезе | 143 |
| 2) Садржина реститутивне обавезе..... | 149 |
| 3) Испуњење реститутивне обавезе у натуралном облику | 150 |
| 4) Испуњење реститутивне обавезе у новцу (утицај на реституцију промена на предмету чинидбе) | 151 |
| 5) Враћање плодова и других користи од ствари (главног предмета реституције) | 156 |
| а) Реституција плодова | 156 |
| аа) Правни положај савесног стицаоца-реститутивног дужника | 157 |
| аб) Правни положај несавесног стицаоца-реститутивног дужника | 157 |
| ав) Допринос стицаоца-реститутивног дужника настанку плодова | 158 |
| б) Реституција добити остварене употребом главног предмета реституције..... | 158 |
| 6) Утицај на реституцију промена у имовини реститутивног дужника | 159 |
| а) Право стицаоца-реститутивног дужника на надокнаду штете настале у вези са користи коју враћа..... | 160 |
| б) Право стицаоца-реститутивног дужника на надокнаду трошкова насталих у вези са користи коју враћа | 163 |
| г. Модификација реститутивних правила због природе дуговане радње или природе уговорног односа | 166 |
| 1) Утицај природе дуговане радње на реституцију | 166 |
| 2) Утицај природе (врсте) уговорног односа на реституцију (реституција испуњеног на име неважећих дуготрајних уговора)..... | 168 |
| д. Модификација реститутивних правила због својстава (личности) реститутивног дужника..... | 171 |
| 6. Успостављање пређашњег стања након раскида уговора због неиспуњења | 173 |
| а. Споразумни раскид уговора и реституција испуњеног | 173 |
| б. Једностранни раскид уговора и реституција испуњеног | 174 |
| в. Реституција као правна последица једностраног раскида уговора због неиспуњења | 178 |
| 1) Неколико претходних запажања о карактеристикама реституције по раскиду уговора и чиниоцима који утичу на њу | 178 |
| 2) Успостављање пређашњег стања након једностраног раскида уговора по Закону о облигационим односима | 180 |
| Поглавље IV: Одступање од реституције | |
| - правило <i>nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i> и могућност одузимања предмета чинидбе у корист трећег лица..... | 187 |
| 1. Правне последице неважности забрањених уговора | 187 |
| а. Одговорност за штету проузроковану оглашавањем забрањеног уговора неважећим | 189 |
| б. Оглашавање забрањеног уговора неважећим и правни положај трећих лица | 191 |
| в. Ништавост забрањеног уговора | 192 |
| г. Успостављање пређашњег стања (реституција) код забрањених уговора..... | 195 |
| 2. Одступање од реституције применом правила <i>nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i> | 197 |

| | |
|---|-----|
| а. Санкционисање забрањених уговора у римском праву – порекло института <i>nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i> | 197 |
| б. Примена максиме <i>nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i> у савременом праву | 200 |
| 1) Правила земаља германског правног круга..... | 201 |
| 2) Правила земаља романског правног круга..... | 205 |
| 3) Правила земаља англосаксонског правног система | 207 |
| 4) Правила источноевропских земаља | 210 |
| 3. Одузимање предмета престације у корист трећег лица | 210 |
| 4. Одступање од реституције у српском праву (до ступања на снагу ЗОО-а)..... | 214 |
| 5. Правне последице неважности забрањених уговора по правилима Закона о облигационим односима..... | 217 |
| а. Врсте правних последица неважности и услови њихове примене | 217 |
| б. Оцена разлога за одступање од реституције | 220 |
| 1) Циљеви (функције) одступања од реституције..... | 221 |
| 2) Оправданост одступања од реституције..... | 224 |
| Поглавље V: Реститутивни потенцијал петиторних и посесорних тужби и тужбе за надокнаду штете..... | 230 |
| 1. Разноврсност усмерења реститутивног захтева | 230 |
| 2. Проблем конкуренције реститутивних захтева који се изводе из различитих правних основа | 232 |
| а. Реституција у пољу стварноправних односа | 233 |
| б. Реституција и одговорност за проузроковану штету..... | 235 |
| 1) Појам штете и смисао њене надокнаде..... | 235 |
| 2) Однос реституције и надокнаде штете | 238 |
| 3) Мерило надокнаде штете | 242 |
| 4) Врсте (начини) надокнаде штете..... | 244 |
| 5) Однос између реститутивне и одговорности за проузроковану штету | 244 |
| 6) Предност реститутивне одговорности над одговорношћу за проузроковану штету..... | 247 |
| Закључак..... | 254 |
| Литература | 275 |

Реституција у грађанском праву – домашај примене

Увод

Реституција је правило којим се једној страни налаже да врати другој страни корист стечену на њен рачун, без правног основа.

Ова, почетна и помало груба¹, дефиниција указује нам да реституција није извор овлашћења и обавеза, попут уговора, већ један сложен механизам поправљања нарушене имовинске равнотеже између два, понекада и више, лица која се могу, али и не морају нужно већ налазити у неком правном односу.

Најчешће се успостављање пређашњег стања повезује са неоснованим обогаћењем, као посебним извором облигационих односа, у коме је реститутивни захтев (захтев за враћање неосновано стеченог или за надокнаду неосновано постигнутих користи) примарни и основни, а поверилац га стиче у тренутку неоснованог прелаза користи из његове у имовинскоправну сферу другог лица – дужника. Тек у том тренутку између њих настаје правни однос, и он је у целини испуњен овлашћењем и обавезом враћања неосновано стеченог, ради успостављања пређашњег стања.

За разлику од стицања без основа, у коме је неоснованост промена у имовинама двају лица видљива већ у тренутку настанка правног односа повериоца и дужника, има случајева када она то постаје тек касније, по заснивању дужничко-поверилачког односа.

Тако је са уговорним односом, у коме се реститутивна обавеза одликује секундарношћу и потенцијалношћу: у моменту заснивања, његову садржину испуњавају уговорна овлашћења и обавезе, нпр., потраживање плаћања цене и обавеза предаје ствари. У том тренутку, реституција је само могућа мера, коју стране, по правилу, не желе, јер рачунају на уредно испуњење уговора. Из латентног у активно стање, реституција прелази тек ако уговор буде поништен или једнострано раскинут због повреде уговорних обавеза, са ретроактивним дејством, а обавезе су испуњене.

¹ Груба, зато што још увек нисмо одредили ситуације у којима се примењују правила о реституцији нити услове и домашај њихове примене. То смо поставили као једно од питања на која покушавамо дати одговор у овом раду.

Престанак уговора изазива одређене правне последице, међу које се сврстава и реституција. У том смислу, она је секундарна и супсидијарна мера, јер је условљава претходни престанак примарног (основног) правног односа. Реституција треба да отклони правне промене, којима, након престанка уговора, недостаје правни основ опстанка. Будући да су се промене одразиле у имовинама сауговорача, у којима се сада налазе права која им више не припадају, сауговорачи морају да их пренесу (врате) један другоме и тако успоставе пређашње стање.

У уговорном праву, реституција је мера одговорности због повреде уговора или закључења неважећег уговора, али другачија од деликтне одговорности, засноване најчешће на кривици. Реституција се налаже увек када недостаје правни основ имовинске промене, који треба да је оправда, без обзира ко је скривио овај недостатак, па и у одсуству кривице. Ова се мера, за коју је израз „санкција“ ипак прејак, примењује непосредно на основу закона, са циљем враћања ствари, коју други држи без правног основа, ономе коме она припада, или давањем њеног супститута или новчаног еквивалента вредности ствари.

По својој ресторативној (репараторној) функцији, реституција је блиска надокнади штете. Обе су последица једног неправилног, болесног стања, које треба да излече, реакција су правног поретка на непожељне правне промене, и врше се ради успостављања пређашњег стања. Сврха надокнаде штете је компензаторна и усмерена је на отклањање губитка оштећеног, или је сатисфакторна – усмерена на ублажавање претрпљеног физичког или душевног бола и страха. Реституција је концентрисана око добити обогаћеног, стеченој или задржаној без правног основа, која није увек идентична са губитком. Обим деликтне одговорности одређен је висином претрпљене штете; остали чиниоци, попут доприноса оштећеног проузроковању или повећању штете или имовинског стања штетника, имају само корективну функцију. Висина реститутивне обавезе одређена је користима које је реститутивни дужник (обогаћени) стекао на рачун другог, реститутивног повериоца (осиромашеног), без правног основа или основа који је престао да постоји. Неосновано стечена корист је тачка око које се организују реститутивна правила, која су многобројна и садржински разноврсна, будући да су такви и разлози који чине неоснованим задржавање стечене користи.

Реституција није посебан део грађанског права, попут стварног, уговорног или одштетног права. Пошто је својеврсна последица имовинскоправне санкције, могућа је у било ком грађанскоправном односу у коме се нарушена имовинскоправна равнотежа поправља успостављањем пређашњег стања. Она је сложен механизам правила, који

покрећу разноврсни правни чиниоци, а већина њих, заправо, представља посебне изворе правних односа. Најчешће су ти односи облигационоправни – неосновано обогаћење и уговор, мада реститутивних мера има и у стварноправним односима, од којих је једна последица заштите најзначајнијег грађанског субјективног права, права својине.² Реституција прожима читаво грађанско право, а грађанскоправни односи у којима се јавља, ма како били различити међу собом (по основу настанка, садржини...), повезани су могућом реститутивном обавезом, која им је заједничка карактеристика.

Излагати о реституцији захтева излагање о више правних института: о неоснованом обогаћењу, о уговору, о својини, па и о штети, уз потенцијалну опасност да ширина и опсег теме угрозе њено продубљено проучавање. Ауторка је свесна ризика, али сматра да значај реституције налаже стављање под исти наслов наведених правних института. Иако су међусобно различити, због чега се и правила реституције прилагођавају њиховим особеностима, заједнички су им принцип и циљ који оправдавају реституцију. Сматрамо да је захваљујући њима могућа синтеза и стављање под исти кров разноврсних реститутивних правила која су, у важећем законодавству грађанског права Републике Србије, расута у више правних прописа, а и када су у истом правном акту, нису концентрисана око једне правне установе. Дакле, наш основни циљ је да проучимо институте које, упркос бројним разликама, повезује заједничка - и то реститутивна правна последица грађанскоправне (имовинске) санкције, и, у мери у којој је то могуће, извршимо синтезу правних правила којима је уређена. Овај циљ желимо да постигнемо анализом правне теорије, јуриспруденције и правних норми, како домаћег законодавства, тако и упоредног права.

Принцип по коме је стицање користи на рачун другог и без правног основа супротно правди и правичности, потиче из римског права, а данас нам је познат као правило о забрани неоснованог обогаћења. Из ове забране изводе се сва појединачна правила успостављања пређашњег стања реституцијом, која се код појединих института нужно коригују или допуњују другим важним правним принципима. Тако, нпр., успостављање пређашњег стања по престанку уговора полази и од начела *pacta sunt servanda*, а код забрањених уговора, јавни интерес, изражен јавним поретком, може захтевати да се одступи од реституције, па да сауговорачи задрже примљено (иако без правног основа) или да предају предмет чинидаба општини. У таквим случајевима,

² Реивиндикациона тужба је по својој сврси тужба за заштиту права својине, а по начину заштите, она је реститутивна, јер се својина штити враћањем ствари власнику, тј. успостављањем пређашњег (пре одузимања ствари) стања.

јединственост реституције је очувана циљем коме служи, а то је корективна, аристотеловска правда.

Прихватајући Аристотелово схватање корективне правде (*ius correctiva*) да се она остварује међу појединцима, правилном расподелом добара у складу са правилом *suum cuique tribuere*, реституцију схватамо као механизам који, покренут грешком у расподели добара (где једно лице неосновано стиче или задржава ствар другог), треба да је исправи тако да сваки члан заједнице добије оно што му припада, ни мање ни више од тога. Овај циљ се, између осталог, постиже и одузимањем користи оне ко на њу нема право и њеном предајом оне на чији је рачун стечена. Зато излагање о реституцији треба почети са проучавањем забране неоснованог обогаћења. Тиме бисмо могли да одредимо правну природу ове забране (правни принцип или етичка заповест), као и да прецизирамо општи циљ реституције (општи, зато што реституција служи и неким другим циљевима, у зависности од врсте и карактеристика грађанскоправног односа у коме се остварује).

Забрана неоснованог обогаћења може се означити као заједничко правило свих реститутивних захтева, али не и довољно да се за све случајеве успостављања пређашњег стања предвиде иста правила. Ова забрана је само правно-философско полазиште, а реституција, као исход њене примене, има своје специфичности, условљене природом и карактеристикама конкретног грађанскоправног односа.

Реститутивне мере су реакција или одговор на неке разлоге поремећаја имовинске равнотеже правних субјеката и предузимају се да би ову неравнотежу исправиле, довођењем ствари у пређашње стање. Разлози имовинског дисбаланса су разноврсни и нису обједињени на једном месту. Напротив, правила о разлозима и последицама поремећаја у имовинама двају лица разасута су, као што ћемо видети, по читавом грађанском праву.

Ни у нашем праву не постоји право о реституцији у виду посебног дела грађанског права, попут стварног или облигационог права, а тако је и у већини других земаља европскоконтиненталног правног система. Реституција се изучава посебно уз сваки правни институт код кога је могућа последица грађанскоправне санкције, било детаљно, било упућивањем на сходну примену правила важећих за неки други правни институт. Најчешће се упућује на правила о неоснованом обогаћењу (стицању без основа), најмање из два разлога: неосновано обогаћење је родно место реституције и ту је она основна мера одговорности и једини начин успостављања *status ante*. Реституција је и последица престанка правног посла, али не једина, за разлику од реституције код

неоснованог обogaћења. Реститутивни карактер има и реивиндикациона тужба, којом власник тражи повраћај ствари од лица код кога се налази без правног основа. Ту је реституција последица основаности власниковог захтева, који је утемељен на његовом праву својине и *erga omnes* дејству стварних права: власник је заштићен од свих недопуштених утицаја трећих лица на ствар, чија је обавеза уздржавање.

Код неоснованог обogaћења, основ обавезе обogaћеног да врати стечену корист је забрана неоснованог обogaћења. У случају престанка уговора, ова забрана је коригована принципима *pacta sunt servanda* и савесности и поштења. Води се, такође, рачуна и о споразумној расподели ризика међу саговорачима. Све то може утицати на домашај реституције, корекцијом висине реститутивне обавезе, која се у неким случајевима може и искључити, за једну или обе уговорне стране.³

У наведеним случајевима реституција је повезујућа нит, једина или једна од последица повређеног принципа еквиваленције. Груписање неоснованог обogaћења, уговора, штете и својине (али и осталих апсолутних субјективних права) око једног заједничког института – реституције, значајно је из више разлога.

Најпре, установиће се заједнички принципи и правила о реституцији, која се могу применити у сваком правном односу који треба вратити у пређашње стање. Тиме се избегава понављање или различито уређење, у основи, исте ствари, умањује ризик различитог поступања у истим стварима, које увек води правној несигурности. Специфичности реститутивних разлога, због којих се одступа од општих реститутивних правила или се она прилагођавају, могу се уредити посебним правилима.

Упркос разноврсности разлога за реституцију, нека питања могу им бити заједничка, попут права реститутивног дужника да обавезу умањи трошковима које је имао у вези са користи коју враћа, остваривања реституције у правним односима са више лица, дејства повраћаја у пређашње стање према трећим лицима. Одговори на ова питања, а наведена су само нека, суштински одређују домашај реституције и заслужују, увек када је то могуће, уједначено правно уређење.

Осим заједничке моралне основе (забрана неоснованог обogaћења), реститутивна правила обједињава и обим одговорности или обим реститутивне обавезе. Враћа се корист коју је реститутивни дужник стекао без основа, а не надокнађује се губитак повериоца реститутивног захтева, јер реституција нема компензаторну функцију. То је

³ Начело савесности и поштења и заштита јавног поретка у примени правила *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

функција надокнаде штете, и она се надокнађује под другачијим условима, битно различитим од услова за реституцију. Обавеза надокнаде штете и реститутивна обавеза могу произлазити из истог, заједничког основа, нпр., поништења уговора, али и тада свака задржава свој идентитет и не искључује ону другу. Штета се надокнађује ради успостављања стања које би постојало да није било штетне радње или пропуштања. Често се циљ надокнаде штете назива реституцијом. Употреба тог израза допуштена је само ако је дескриптивна. Садржајно, надокнада штете и реституција се разликују. Надокнадом се отклања губитак који оштећени трпи у виду штете. Она може бити натурална, али и новчана, па оштећени добија новчани еквивалент претрпљеног губитка. Реститутивна обавеза се концентрише око неосновано стечене користи.

Реституција има стварноправни или облигационоправни карактер, што одређују објекат реститутивне обавезе (предмет враћања је ствар или новац) и правни основ захтева за повраћај.

Стварноправна реституција подразумева да се реститутивном повериоцу враћа иста ствар која је изашла из његове имовине. Тужба за повраћај је виндикациона, а основ тужбеног захтева је право својине. Користи се у случају одузимања ствари власнику, поништења неважећег уговора или једностраног раскида уговора због неизвршења (под условом да раскид делује ретроактивно). Потребно је и да је ствар задржала свој идентитет, јер се реивиндикационом тужбом може захтевати само повраћај индивидуално одређених ствари. Заједничко овим случајевима, од којих је први уређен правилима стварног права (код нас, Законом о основама својинскоправних односа), а друга два – правилима облигационог права (код нас, Законом о облигационим односима), јесте сврха реституције - успостављање стања које је постојало пре одузимања ствари, тј. закључења уговора. Заједнички је и начин на који се врши реституција – враћањем управо оне ствари која одузета, тј. којом је испуњена уговорна обавеза и која је раније била део имовинске масе реститутивног повериоца (власника или савесне уговорне стране), евентуално њеног сурогата. Ова реституција је натурална, јер се ствар враћа *in specie*, под условом да се може идентификовати у имовини реститутивног дужника, тј. да није потрошена или отуђена (савесном стицаоцу, теретним правним послом). Оштећење ствари не спречава да се она врати у стању у коме се налази, док се умањење вредности надокнађује плаћањем новчане надокнаде. У овом случају, стварноправна реституција је допуњена облигационоправном, која се увек састоји у плаћању новчане вредности објекта реституције.⁴

⁴ Не користимо израз „враћање“, јер се вратити може само оно што је раније припадало реститутивном повериоцу.

Облигационоправна реституција подразумева накнаду вредности објекта реституције. Врши се ако је објекат престао да постоји *in specia*, ако је потрошен или пуноважно отуђен, али и када природа објекта враћања онемогућава натуралну реституцију. Такве су услуге, код којих се реституише – надокнађује вредност, а такве су и генеричке обавезе, код којих се враћа род (у одговарајућој количини и квалитету) коме је припадала и ствар која се надокнађује. И ова реституција је натурална, али није стварноправна, па ни захтев за реституцију није виндикациони, већ облигационоправни (из неоснованог обогаћења).

Облигационоправна реституција може бити натурална или новчана. Стварноправна реституција је увек натурална и носи обележја стварних права: делује *erga omnes*, па реститутивни поверилац има право следовања, што је важно за утврђивање пасивне стварне легитимације. Пасивно је легитимисан онај ко је држалац ствари.⁵ У случају отуђења ствари, пасивну легитимацију одређује и могућност држаоца да истакне приговор накнадног пуноважног стицања права својине на ствари неким од оригинарних начина (стицањем од невластника, ређе одржајем). Ако је приговор основан, јер је треће лице пуноважно стекло право својине на ствари ка којој је усмерен реститутивни захтев, стварноправна реституција више није могућа, али се отвара пут ка облигационоправној. Пасивно легитимисан (реститутивни дужник) у том случају је отуђилац ствари, чија је обавеза да надокнади њену вредност, најчешће тржишну, или да реститутивном повериоцу преда накнаду добијену за ствар. У последњем случају, мера реститутивне обавезе је противнакнада за ствар, којом је реститутивни дужник неосновано обогаћен на штету бившег власника ствари.

Положај повериоца стварноправне реституције је повољнији у поређењу са положајем повериоца чији је захтев облигационоправне природе. Основ реститутивног захтева првог повериоца је најјачи, јер је то право својине. У односу на остале повериоце реститутивног дужника има право првенства, а у случају његове инсолвентности – излучно право. Такав, привилегован положај није обезбеђен повериоцу облигационоправне реституције.

Основна идеја реституције је забрана неоснованог обогаћења, али су ретки случајеви да је ова забрана довољно утемељење реститутивног захтева. Забрана неоснованог обогаћења је правно-философско и морално оправдање реституције и често се означава као средство успостављања корективне правде међу људима. Не

⁵ Ми смо га означили изразом реститутивни дужник, и тај израз задржавамо и у даљем тексту.

спорећи њено дубоко етичко утемељење, у свету позитивног права и савременом, тржишном моделу привређивања, потребни су нам још неки, додатни разлози, који су законом утврђени као реститутивни разлози. За стварноправну реституцију, то је право својине, на коме се заснива виндикациона тужба. Облигационоправна реституција може имати више основа, свакако не истовремено, што зависи од разлога због кога се реституција врши. Ако је реституција последица престанка уговора, основ захтева зависи од објекта који се враћа, па је или својински, јер се враћа иста ствар или њен реални сурогат, или је неосновано обogaћење, јер се надокнађује вредност стечене користи.

Реституција се врши само ако објекат враћања постоји *in speciae* или се његова вредност може новчано изразити. Ако то није могуће, није могућа ни реституција, јер стране не можемо довести у првобитно или стање најприближније њему (у смислу прогресивне или динамичке реституције), а због непроцењивости објекта реституције, ни новчана реституција није опција. Какав је тада положај реститутивног повериоца? Да ли се правни однос решава у пољу одштетног права, као крајњег средства заштите, и од чега то зависи?

Претходним излагањем отворена су многа питања о реституцији, њеном значењу и смислу, која заслужују анализу са аспекта упоредног и нашег права, не би ли се одредио домашај њене примене или, макар, поставили основи њеног правилног разумевања. Постављени циљеви, сматрамо, могу се остварити излагањем у пет поглавља.

Прво поглавље већ својим насловом, „Појам и правно-филозофски основи реституције“, јасно указује на два централне теме које су обрађене. Једна је појам реституције, који се у савременом праву употребљава у више значења, међусобно доста различита. Издвајамо само два начина поимања реституције. Реституција се схвата као посебни део облигационог права, дакле, скуп правних правила за уређење разноврсних правних односа, које повезује неосновани прелаз вредности из имовине једног субјекта у имовину другог као њихова заједничка последица. Друго значење реституције је да је она посебна мера или правна последица санкционисања неких случајева нарушавања имовинскоправне равнотеже два (или више) субјекта. Овај дисбаланс могућ је у већини грађанскоправних односа, што применљивости реституције, као механизма „враћања ствари у њихово пређашње стање“, даје готово универзални домашај. По нама, друго значење реституције указује на њен истински смисао – она је један посебан начин

реализације грађанскоправне санкције, заснован на идејама правде и правичности, еквиваленције у грађанскоправним односима, и забрани неоснованог обогаћења.

Разматрање реституције, свакако, мора поћи од забране неоснованог обогаћења, што је друга тема првог поглавља. Овај, пре свега морални принцип, у нашем праву преточен је у правне норме за уређење односа осиромашеног и обогаћеног, чиме заузима централно место у пољу стицања без основа, као посебног извора облигационих односа. Будући да ауторитет заснива на Аристотеловом схватању комутативне правде (да свакоме припадне његово и да га задржи), забрана неоснованог обогаћења прожима читаво грађанско право. Њен смисао – не дозволити неоправдано стицање користи из губитка или на рачун другог лица – отелотворен је и изван стицања без основа, у правним нормама којима су уређени стварноправни односи, уговорни или односи настали проузроковањем штете, уколико се штите успостављањем пређашњег стања. У наведеним односима, забрана неоснованог обогаћења допуњена је одређеним правним принципима, примарним за конкретни правни однос, чиме се њена примена прилагођава сврси коју грађанскоправна санкција треба да оствари у том правном односу.

У другом поглављу, насловљеном „Реституција у облигационим односима насталим на темељу неоснованог стицања користи (неоснованог обогаћења)“, бавили смо се родним местом реститутивног захтева, неоснованим обогаћењем, које у нашем праву има статус посебног извора облигационих односа (под називом „стицање без основа“). Упоредноправним приступом најпре смо изложили правила којима је овај правни институт уређен у европскоконтиненталном и англосаксонском правном систему, ради лакшег разумевања приступа Студијске групе за израду Европског грађанског законика, чији је предлог јединствених правила о неоснованом обогаћењу својеврсна комбинација најбољих решења које европско право има да понуди у овој области грађанског права, и у овом тренутку (део 1 и 2).

У делу под 3 другог поглавља изложена су важећа правила Закона о облигационим односима о стицању без основа. Уводни део посвећен је облицима стицања без основа, који нам показују разноврсност правних чињеница, тј. узрока прелаза користи из имовинскоправне сфере једног субјекта у правну сферу другог (испуњење недугованог, испуњење с обзиром на основ који је касније отпао или се није остварио, употреба ствари у корист другог, издатак за другог). Мада су међусобно веома различити, повезују их (најмање) две чињенице: прелаз користи је правно неоснован и „санкционисан“ реститутивном обавезом обогаћеног да неосновано

стечену корист врати ономе коме припада или му је намењена (осиромашени). Право на повраћај користи и њој одговарајућа реститутивна обавеза чине основну садржину облигационог односа из неоснованог обogaћења, па израз „реституција“ овде има значење примарне обавезе дужника. Истовремено, реституција је и циљ који треба остварити њеним испуњењем – успостављање пређашњег стања.

Централно место у другом поглављу припада анализи правила по којима се испуњава реститутивна обавеза (део 3, т. в, г и д). Обрађене су врсте реституције и конкретна правила по којима се стечена корист враћа (реститутивни захтев осиромашеног) и утицај на висину реститутивне обавезе трошкова, евентуално и губитака обogaћеног, у вези са коришћу коју враћа (противзахтеви обogaћеног).

Треће и четврто поглавље повезује заједничка област у вези са којом је разматрана реституција. То је област уговорног права, у коме реститутивна обавеза испрва има секундаран карактер, јер је њена примена условљена понашањем сауговорача (поштовањем услова закључења пуноважног уговора и испуњењем уговореног).

„Реституција у уговорном праву“ (како је и насловљено треће поглавље) представља правну последицу престанка уговорног односа, оглашавањем ништавог уговора неважећим/поништењем рушљивог уговора или једностраним раскидом. Она није санкција због неиспуњености законских услова закључења уговора или повреде уговорне обавезе, већ је правна последица ретроактивног дејства ове санкције, која се изражава у виду ништавости (неважећих уговора) или једностраног раскида (пуноважног уговора због неиспуњења).

Разматрање реститутивних последица престанка испуњеног уговора није могуће одвојити од указивања на разлоге због којих је уговор престао, јер нам они објашњавају низ модификација правила по којима се успоставља пређашње стање. Због тога је наше опредељење да у анализи реституције у области уговорног права пођемо од разлога престанка уговора, као објашњења одсуства или неважности правног основа на темељу кога су испуњене обе или, макар, једна дугована чинидба (делови 2 и 3). Правне последице престанка уговора објашњене су посебно за неважеће уговоре, а посебно за једнострано раскинуте (делови 4, 5 и 6).

У четвртом поглављу („Одступање од реституције – правило *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* и могућност одузимања предмета чинидбе у корист трећег лица“) бавили смо се одступањем од реституције у пољу уговорних односа, које је још од римског права објашњавано максимом *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Одступање од реституције дозвољена је санкција испуњења забрањених уговора и има изразито казни карактер. Управо из тог разлога, нису га прихватила права свих земаља, док се у оним земљама у којима је део важећег права готово и не примењује.

Законом о облигационим односима прописано је овлашћење суда да одбије захтев несавесне уговорне стране за повраћај испуњеног, које остаје у имовини друге уговорне стране. Ово је противно забрани неоснованог обогаћења, око које су концентрисана сва правила о реституцији. Законодавац је отишао и корак даље, предвиђајући могућност да предмет чинидбе буде предат општини на којој је пребивалиште/седиште саговорача. Анализирајући разлоге који су определили законодавце за или против оваквих мера, покушали смо да одговоримо на питање да ли су оне потребне савременом грађанском праву и, ако јесу, под којим их условима треба примењивати.

У петом поглављу („Реститутивни потенцијал петиторних и посесорних тужби и тужбе за надокнаду штете“) враћамо се на почетну тезу о универзалности реституције и њеној применљивости у већини грађанскоправних односа. Анализирали смо реститутивне мере у стварноправним односима (део 2, т. а) и у пољу одговорности за проузроковану штету (део 2, т. б). Упоредили смо реститутивну са деликтном одговорношћу, у настојању да утврдимо у којим се случајевима повреде грађанских субјективних права њихов титулар потпуније штити класичном реститутивном мером враћања неосновано стеченог, те јој треба дати предност над овлашћењем да се од одговорног лица захтева надокнада проузроковане штете.

Напоследку, изнета су закључна разматрања.

Поглавље I: Појам и правно-филозофски основи реституције

1. Вишезначност појма реституција

Израз реституција, од латинске речи *restitutio*, у праву означава успостављање пређашњег стања (*restitutio in integrum*)⁶, које може бити последица више околности, а најзначајније међу њима су: неосновано стицање користи на рачун другог, престанак правног посла због неважности или једностраног раскида, одузимање ствари власнику или држаоцу, као и проузроковање штете другоме.

Реституција је правна последица неких случајева промене у имовинама двају или више субјеката, коју правни поредак из одређених разлога не одобрава. Разлози су бројни, али су најважнији законом издвојени у правне чињенице и правне институте чији настанак ствара реститутивну обавезу – обавезу успостављања пређашњег стања. Многе од ових правних чињеница су у нашем и већини права других земаља посебни извори облигационих односа, као што је то стицање без основа и проузроковање штете, код којих је реституција или основна обавеза дужника-обогаћеног (реституција је својеврсна садржина грађанскоправног односа насталог из неоснованог обогаћења) или циљ извршења обавезе (надокнадом штете треба отклонити штетне последице и успоставити пређашње стање), док је код правног посла (уговора) она последица његове неважности или раскида због повреде уговорних обавеза. С обзиром на овакав карактер, реституција је у фази настанка правног посла тек могућност, а реалном она постаје уколико сауговорачи нису поштовали услове закључења пуноважног правног посла (па је утврђено да је ништав или је рушљив правни посао поништен), али су испунили обавезе, или ако је један од њих повредио уговор (најчешће неиспунивши или неуредно испунивши обавезу) због чега је други сауговорач, који је обавезу испунио, раскинуо уговор и затражио повраћај испуњеног.

Поред ових, постоје и други правни односи у којима је реституција могућа; нпр., у правном односу из неправог пословодства без налога, лице које је вршило туђ посао,

⁶ Глагол *реституисати* има неколико значења: (из)вршити реституцију нечега, поново успоставити, успостављати, обновити, обнављати, вратити, враћати у првобитно стање или облик. Вишезначност је својствена и именици реституција (лат.). У свакодневном говору она значи успостављање пријашњег стања, обнављање, обнову, док је њено правно значење – враћање у пређашње правно стање, успостављање нарушеног права; надокнада, одштета, обештећење за претрпљени бол, увреду, озледу и сл. В., И. Клајн, М. Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, 4. изд., Прометеј, Нови Сад, 2008, стр. 1161.

али са намером да задржи постигнуте користи, дужно је да господару посла, који може тражити повраћај у пређашње стање и надокнаду штете, преда све постигнуте користи, јер би се неосновано обогатило ако би их задржало. Видимо, дакле, колико је широко поље примене реституције, било као примарне (основне) обавезе, било као секундарне или допунске али неопходне да би се остварио циљ грађанскоправне санкције, као и да реституција прожима читаво грађанско право, будући могућа у сваком грађанскоправном односу.

И поред свог значаја, реституција је ретко законом уређена на једном месту и јединственим правним правилима, важећим за све правне односе које треба вратити у пређашње стање, јер су њени узроци толико разноврсни да се једнообразним регулисањем не би остварио циљ због кога се законодавац иначе опредељује да сродне правне односе повеже истим правним правилима. Ни у уџбеницима општег дела грађанског права ни у уџбеницима облигационог права реституција није посебна тематска област или поглавље (попут правних субјеката, субјективних права, правног посла, штете и др.), већ је анализирана уз неки други правни институт (нпр., у делу о неважности правних послова, објашњена је као једна од последица поништења)⁷. У англосаксонском праву постоје монографије и уџбеници насловљени Право о реституцији (*Law of Restitution*)⁸, али се ту не излажу општа правила о свим случајевима успостављања пређашњег стања, већ само о реституцији због неоснованог обогаћења (*unjust enrichment*)⁹.

⁷ Видети нпр., Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2008, стр. 311-314; О. Станковић у: О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, 4. неизм. издање, Номос, Београд, 2004, стр. 172-173 и 177; В. Водинелић, *Грађанско право (Увод у грађанско право и Општи део Грађанског права)*, Правни факултет Универзитета Унион и ЈП Службени гласник, Београд, 2012, стр. 459; Ј. Радишић, *Облигационо право*, 8. прерађ. изд., Номос, Београд, стр. 173, 176; Р. Klarić, М. Vedriš, *Грађанско право*, XII неизм. изд., Narodne novine, Zagreb, 2009, стр. 151-152, 176; Н. Brox, W. D. Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 31. neu bearb. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2007, стр. 226, 240, 244 и др.; W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Aufl, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, стр. 272-277, 739-747.

⁸ Видети, нпр.: Р. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford University Press, 1989; А. Burrows, *The Law of Restitution*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1993; R. Goff, G. Jones, *The Law of Restitution*, 6. Ed., Sweet and Maxwell, 2002; А. Burrows, Е. McKendrick, J. Edelman, *Cases and Materials on the Law of Restitution*, Oxford University Press, 2. Ed., 2006; С. Mitchel, Р. Mitchel (editors), *Landmark Cases in the Law of Restitution*, Hart Publishing, 2006; G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, 2. Ed., Oxford University Press, 2006.

⁹ Место неоснованог обогаћења у англосаксонском правном систему још увек није дефинисано, као што је то са уговором (*contract*) или проузроковањем штете (*tort*), нити има сагласности о одговарајућем називу овог института, па се он некада назива *unjust enrichment*, а некада – *restitution*. Ипак, све доминантнији постаје став, иначе општеприхваћен у европскоконтиненталном правном систему, да је то посебан извор облигационих односа, и означава се изразом неправично обогаћење (*unjust enrichment*), а да је реституција (*restitution*) основна обавеза обогаћеног. Таквим се приближавањем ова два велика правна система ствара погодно тло за унификацију и стварање јединственог европског приватног права,

Бројност и разноврсност могућих повода успостављању пређашњег стања и реститутивног захтева, враћају нас на полазну тезу да реституцију анализирамо (изучавамо) као механизам или правно средство заштите прикраћеног субјекта – повериоца реститутивног захтева,¹⁰ широког домена примене. Њен домен и домашај одређени су реститутивним разлозима (поводима), врстом и карактеристикама грађанскоправних односа у којима треба успоставити пређашње стање, са једне стране, а са друге – природом и циљем грађанскоправне санкције која се отеловљује кроз реституцију.

Природа реституције је последична. Реституција је одговор на нарушену имовинску равнотежу, чијим извршењем треба кориговати настало стање како би имовине заинтересованих субјеката – реститутивног повериоца и реститутивног дужника, добиле првобитни облик, а, ако је по редовном току ствари била вероватна њихова промена, онда очекивани облик. Уколико је грађанскоправна санкција израз грађанскоправне одговорности, а један од њених циљева враћање ствари у пређашње стање (*restitutio in integrum*), онда је реституција начин (средство или мера) остварења овог циља.

Реституцију, дакле, сматрамо мером грађанскоправне одговорности, а не санкцијом.

У правној теорији има више објашњења грађанскоправне одговорности. Истиче се да она настаје због повреде правне норме и нарушавања правног поретка; због повреде субјективних права и правом заштићених интереса; због проузроковања штете другоме¹¹; због довођења личних добара и/или имовине другог субјекта, без правног основа, у битно другачије стање од оног у ком би се по редовном следу ствари највероватније налазили.¹²

У свакодневном говору, грађанскоправна одговорност постала је синоним за обавезу накнаде штете. Нијансирање настаје у правном језику, ширењем њеног значења. Појам грађанска одговорност може значити и одговорност за коју су у грађанском праву предвиђене неке друге санкције, а не накнада штете: наспрам

којим би се олакшало остваривање циљева Европске уније, изражених у четири основне слободе - слобода кретања људи, новца, роба и услуга.

¹⁰ У даљем тексту: реститутивни поверилац.

¹¹ Тако: М. Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Правни живот*, тематски број: *Штета и њена накнада*, т. први, бр. 11-12/1992, стр. 1153-1163 (текст је преузет из *Архива за правне и друштвене науке*, бр. 3/1952) и С. Перовић, „Комутативна правда и накнада штете“, *Правни живот*, тематски број: *Штета и њена накнада*, т. први, бр. 11-12/1992, стр. XI-LXXVII.

¹² Нав. према: Д. Николић, *Грађанскоправна санкција (Генеза, еволуција и савремени појам)*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 1995, стр. 97.

одговорности за испуњење уговорне обавезе стоји могућност принудног остварења захтева за испуњење; одговорност из јемства може имати за последицу смањење давања, одустанак од облигационог односа, захтев за отклањањем недостатака; грађанскоправна одговорност проистиче и из уговорне казне, која нема увек карактер накнаде штете, јер се може признати независно од ње или у већем износу од стварно претрпљене штете.¹³ Она, такође, обухвата и обавезу плаћања камате, пенала и наложену дужност предузимања мера спречавања настанка штете или узнемиравања, обавезу отклањања извора опасности или уздржавања од радњи којима се чини повреда права личности другог.¹⁴ Можемо закључити да појам грађанска одговорност садржи најмање две компоненте: понашање којим се одступа од оног друштвено прихватљивог (*Pflichtenprogramm*) и санкцију таквог поступања, одређену према насталој последици.¹⁵

Одговорност у сфери грађанског права оживотворује се грађанскоправном санкцијом која је пре свега имовинска.

Санкција грађанског права је усмерена на имовину одговорног лица јер су и њени заштитни објекти већином имовинске природе. То су имовинска субјективна права, која се захваљујући свом правном објекту, могу новчано изразити, дакле, свести се на заједнички (и имовински) именилац. Њиховом заштитом треба остварити економски ефекат у имовини титулара права тако што ће се она одговарајућим давањем или чињењем довести у стање које би постојало да повреде није било. Титулар повређеног имовинског права заинтересован је да се његова нарушена правна позиција реституише на терет имовине одговорног лица, тако што ће свој имовински „минус“ превалити на одговорно лице. Санкција треба да погоди имовину а не личност одговорног лица (каже се да „дужник дугује, а да његова имовина одговара“¹⁶). Захватом у имовину одговорног лица треба суштински узети онолико колико је потребно за успостављање стања у имовини погођеног субјекта какво би било без повреде права.¹⁷

¹³ S. Сигој, „Грађанска одговорност“, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, т. први, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 399.

¹⁴ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Општи део, осмо, прерађено издање, Номос, Београд, 2008, стр. 183.

¹⁵ „Није тачно рећи да смо одговорни само када радимо несправно; напротив, тачније је рећи да смо одговорни и у случају вршења својих права чим их вршимо рђаво, чим их злоупотребљавамо, ми смо одговорни.“, Л. Жосеран, „Еволуција одговорности“, *Бранич*, бр. 7-8/1935, стр. 328.

¹⁶ Захваљујући имовинској санкцији, дуг и одговорност су раздвојени: дуг је задржао лични карактер, али је одговорност тај карактер изгубила и стекла имовинске одлике. Ј. Радишић, *Ibid*, стр. 45-46.

¹⁷ „Санкција грађанске одговорности састоји се једино у томе да се поврати нарушена равнотежа између различитих имовина.“, Б. Перић, „Однос између грађанске и кривичне одговорности“, *Бранич*, бр. 4/1937, стр. 184.

Оваква реакција правног поретка прилагођена је интересима титулара повређеног права, па чак и ако је оно неимовинско. Наиме, неке последице повреде неимовинских, пре свега личних права, уколико се могу правно квалификовати као штета или корист стечена без правног основа (неосновано обогаћење), могу се одразити и на имовину титулара умањујући је, стога, и заштитити имовинском санкцијом, тј. реститутивном мером такође имовинског карактера.

У зависности од околности које су нарушиле имовинску равнотежу (које ћемо даље означавати реститутивним разлозима) и повредиле начело еквивалентности, у неким случајевима реституцијом заиста успостављамо првобитно стање (*status quo ante*), јер заинтересоване субјекте доводимо управо у онакав правни положај у каквом су били пре наступања реститутивног разлога. У неким случајевима се напредује од постојећег имовинског стања реститутивног повериоца ка (основано) очекиваном, оном које *би постојало* да није било имовинске промене, чиме реституција добија динамичан или прогресиван карактер. Ништа мање значајни нису и такви случајеви у којима обим или садржина успостављеног стања не оправдава употребу израза реституција, јер се из одређених разлога у имовину реститутивног повериоца враћа мање од онога што је, без основа, прешло у имовину реститутивног дужника.¹⁸

У неким грађанскоправним односима реституција је основна последица или главна дужникова обавеза (чинидба), као што је то у правном односу насталом из неоснованог обогаћења, у коме обогаћени, осим обавезе враћања стечене користи осиромашеном, нема неку другу обавезу (евентуално, може имати обавезу на накнаду штете). Успостављање стања које је постојало пре догађаја којим је једно лице обогаћено а друго осиромашено, постаје основна садржина овог правног односа, јер је реститутивни захтев главно потраживање осиромашеног, а реститутивна обавеза – (главна) чинидба чије испуњење дугује обогаћени. Пре неосноване имовинскоправне промене, између ова два лица није постојао неки други правни однос који би објаснио њихова права и обавезе; њихов сусрет у сфери права дешава се управо у тренутку настанка обогаћења. Уколико пођемо од дефиниције садржине облигационог односа – да су то повериочева овлашћења и (њима одговарајуће) дужникове обавезе, а у правном односу из неоснованог обогаћења то је захтев осиромашеног (повериоца реститутивног захтева) за враћање неосновано стечене користи, и обавеза обогаћеног (дужника реститутивног захтева) да је преда, онда је јасније због чега о реституцији, у контексту

¹⁸ Пример приговора престанка обогаћења (*Wegfall der Bereicherung*) немачког права, којим се умањује обавеза савесног обогаћеног на износ постојеће користи у време истицања реститутивног захтева.

неоснованог стицања користи, говоримо као о садржини облигационоправног односа, уместо о реституцији као мери.¹⁹ Можда је најтачније рећи да је у овој врсти грађанскоправног односа *реститутивна обавеза* његова *садржина*, али и да је истовремено и *мера или начин* на који се она извршава, *реституцијом* или враћањем неосновано стечене користи.

Реституција је ближа санкцији у облигационоправном односу насталом проузроковањем штете другоме, који се, такође, заснива тек у тренутку извршења деликтне радње, са основном обавезом одговорног лица да штету надокнади. Овде реституцију разматрамо у вези са надокнадом штете, и означавамо је *циљем надокнаде*, али у смислу да *поправљањем штете треба успоставити пређашње стање*, дакле - *restitutio in integrum*.

По Закону о облигационим односима, одговорно лице је дужно успоставити стање које је било пре него што је штета настала, а уколико успостављање ранијег стања не уклања штету потпуно, дужно је за остатак штете дати накнаду у новцу (чл. 185 ст. 1 и 2 Закона).²⁰ Циљ надокнаде је успоставити оно стање које *би постојало* да није било штетне радње или пропуштања, што се постиже надокнадом и стварне штете и изгубљене добити, одређене према ценама у време доношења судске одлуке (чл. 189 ст. 1 и 2 ЗОО), дакле – реституцијом повређеног правног добра. Реституцију треба означити прогресивном или динамичном²¹, јер се применом наведене и законске одредбе о праву оштећеног на потпуну надокнаду (чл. 190 ЗОО), при одмеравању накнаде, узимају у обзир и околности настале између проузроковања штете и одлучивања о захтеву за њену надокнаду, а, ако је по редовном току извесно да ће штета трајати и у будућности, на захтев оштећеног, суд ће досудити и накнаду за будућу (нематеријалну) штету (чл. 203 ЗОО). Пошто је штета проузрокована недопуштеном радњом²², онда је и обавеза да се она надокнади грађанскоправна санкција за недозвољено, противправно понашање. Реституција (схваћена као тежња ка успостављању пређашњег стања) је циљ надокнаде и израз грађанскоправне одговорности за штету причињену другом лицу.²³

¹⁹ Неки аутори означавају обавезу враћања стеченог без правног основа нарочитом мером у сфери грађанског права, истовремено истичући да у правном односу из неоснованог обогаћења реституција није грађанскоправна санкција. В., Д. Николић, нав. дело, стр. 114.

²⁰ „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/87, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93. У даљем тексту ЗОО.

²¹ Д. Николић, нав. дело, стр. 132-135.

²² Изузетак су штете изазване вршењем опасне делатности и штете које потичу од опасне ствари, код којих нема противправног деловања. Противправним се сматра реализација ризика инхерентног у опасној ствари и опасној делатности.

²³ Забуну у одређивању циља надокнаде штете уноси и додавање изразу реституција атрибута *натурална*, у значењу једног од облика (начина) надокнаде штете. Штета се може надокнадити натуралном реституцијом (успостављањем оног стања које је постојало пре штетне радње), новчаном накнадом

Реституција је, будући правна мера или средство за отклањање неоснованих промена у имовинскоправним сферама двају лица, могућа и у пољу уговорних односа. Уговор је испрва био основ имовинске промене – размене чинидаба сауговорача, да би касније, оглашавањем уговора неважећим, тј. поништењем рушљивог уговора, или једностраним раскидом због његове повреде, овој промени било одузето правно дејство; самим тим и сауговорачима је ускраћено право да задрже примљене противчинидбе, због чега су дужни да их један другом врате, тј. да успоставе пређашње (предуговорно) стање. Реституција је или последица императивног захтева правног поретка, који не допушта опстанак правне промене настале из неважећег (ништавог или рушљивог) уговора, или захтева једне уговорне стране да се уговор раскине због изневереног поверења. У моменту закључења уговора, реститутивна обавеза је само могућност, коју сауговорачи најчешће не разматрају, јер рачунају са пуноважношћу уговора и уредним испуњењем чинидаба, као својом примарном обавезом. Успостављање предуговорног стања је могућа и секундарна садржина уговорног односа. Из поља могућности, реституција прелази у поље реалности само уколико су уговорне обавезе биле испуњене пре него што је утврђена неважност ништавог уговора, поништен рушљив уговор или раскинут уговор због неиспуњења (или друге повреде која оправдава раскид). Реституција је правни израз одговорности због непоштовања правила о условима закључења пуноважног уговора (*реституција као последица неважности уговора*) или је последица санкције за повреду уговорне обавезе (*реституција као последица једностраног раскида уговора*).²⁴

У правима већине земаља, реституција није регулисана законом као посебан правни институт, попут надокнаде штете; правила о реституцији наћи ћемо најчешће на више места у грађанским законима или законима којима су посебно уређени облигационоправни односи, придружена правилима о неком другом правном институту или правном односу²⁵, уместо да су она записана на једном месту и под заједничким насловом „*Реституција*“. То није случајно и није неоправдано.

Обавеза успостављања пређашњег стања може се разликовати од једне до друге врсте грађанскоправних односа, зато што су и они међусобно различити – по основу

(материјалне) штете и правичном новчаном накнадом (нематеријалне штете). Видети, нпр., М. Vuković, *Odgovornost za štetu u građanskom pravu*, Školska knjiga, Zagreb, 1951, стр. 61 и М. Дедијер, „Неновчана и новчана надокнада нематеријалне штете“, *Правни живот*, тематски број: *Штета и њена надокнада*, т. први, бр. 11-12/1992, стр. 1476-1477. Због тога, ми израз реституција, у контексту надокнаде штете, употребљавамо више у преносном и описном смислу, као и оном који значи дословни превод синтагме *restitutio in integrum* – реституисање, успостављање пређашњег стања.

²⁴ В. чл. 104, 113 и 132 ЗОО.

²⁵ На пример, уз одредбе о неиспуњењу и последицама неиспуњења, уз одредбе о неважности уговора и слично. В. чл. 132, 104, 113 ЗОО.

настанка, садржини, положају страна и другим обележјима те врсте правног односа, која се преносе и на саму реституцију. Реститутивна обавеза произлази из концепта забране неоснованог обogaћења, али је он тек њен полазни, морално-филозофски основ, тачка ослонца око које су настале контуре реституције и срж реститутивног захтева. У зависности од разлога успостављања пређашњег стања, посегнућемо и за неким другим правним принципима, који могу бити или додатно оправдање за реститутивну обавезу или њено полазиште, а забрана неоснованог обogaћења неопходна етичка допуна или образложење. Ти принципи су: начело савесности и поштења, *pacta sunt servanda*, забрана проузроковања штете другоме, правна сигурност, заштита трећих савесних лица, заштита стечених права и поверења заснованог на привиду права, јавни поредак и други. У конкретном случају, они могу имати и већу правну снагу од основног реститутивног правила забране неоснованог обogaћења, и бити повод законодавчевом опредељењу да не дира у насталу имовинскоправну промену, те да стање у имовинама реститутивног повериоца и реститутивног дужника, настало након ове промене, остави какво јесте. У таквим ситуацијама, одступања од реституције бранићемо управо наведеним правним начелима.

Законодавчево је опредељење да за сваку или већину ситуација посебно пропише правила о реституцији, на различитим местима у закону. Правни теоретичари треба да их обједине под заједнички наслов – **реституција**, не би ли се лакше уочиле природа и опште карактеристике реститутивног захтева, постојање или одсуство јединственог правног принципа који их објашњава, разлози за одступања од успостављања пређашњег стања, и пронашли одговори на бројна друга могућа питања. Већ је указано на нека монографска дела и уџбеничку литературу теоретичара англосаксонског права у чијим је називима заједничка синтагма „право о реституцији“ (*the law of restitution*), у којима су изложена само правила о успостављању пређашњег стања због неправичног стицања користи на рачун другог, али реституција тиме није у овом праву стекла нити тачно одређено место у систему облигационог права нити је дат коначан одговор о томе да ли је реституција посебан извор облигационих односа, чији би еквивалент у правима европскоконтиненталног правног система било неосновано обogaћење (које одавно има такав статус), или је реституција последица неких случајева имовинске неравнотеже, који могу настати у уговорном односу, односу оштећеног и лица одговорног да надокнади штету или у односу из неоснованог обogaћења.²⁶ Управо

²⁶ На прелазу из 20. у 21. век, објављено је више радова у којима се реституција објашњава као последица, а не као правна чињеница из које настају основна права и обавезе, попут уговора или деликта.

из ових разлога и због свог значаја, реституција, више него било који други грађанскоправни институт, отвара широк простор за сарадњу законодавца, правних теоретичара и судске праксе. Законодавац треба да пропише разлоге за реституцију као последицу важења правила забране неоснованог обогаћења, и утврди критеријуме по којима ће се она извршити, пазећи да јој домен и домашај примене буду тако одређени да не наруше деловање закона тржишта (коме је стицање користи на рачун другог садржано у самој дефиницији). Од судске праксе се очекује да, следећи законодавчеву основну идеју о недопуштености стицања без правног утемељења, правилно и креативно примењује правила о реституцији. Правним теоретичарима остаје одговоран задатак непрекидног критичког преиспитивања ових правила и указивања на потребу, али и на начин њиховог унапређивања.

2. О забрани неоснованог обогаћења

Концепт забране неоснованог обогаћења је у срцу захтева за реституцију. Сва правила о успостављању пређашњег стања у имовинама заинтересованих субјеката произлазе из овог постулата, мада су у неким правним односима, због њихових карактеристика, допуњена још понеким правним принципима, од којих издвајамо: принципе правне сигурности, заштите трећих савесних лица, забране проузроковања штете другоме, заштите стечених права, савесности и поштења.

Правне установе су правници одувек објашњавали у складу са идејама свога доба, важећим правним системом и актуелним друштвеним потребама и проблемима. Тако је било још од античког доба и римског права, тако је и данас. Уобичајено се концепт забране неоснованог обогаћења изводи из изреке римског правника Помпонијуса: „*Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*“ – По природи, правично је да се нико не обогати на штету другог²⁷. Ова изрека је етичка подлога забране неоснованог обогаћења, а слична, морално-филозофска оправдања наћи ћемо и код других правних института и правних правила. Познато је, тако, да се

Та правностваралачка чињеница се назива *unjust enrichment* (са нагласком на *неправичност* стицања користи на рачун другог, за разлику од европскоконтиненталног израза *unjustified enrichment*, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, *enrichement sans cause*, којим се наглашава да је суштина института у недостатку правног основа стицања). Израз реституција (*restitution*) добија значење које има у европскоконтиненталном праву, дакле, то је последица о којој се излаже уз одговарајуће правне институте и правне односе, чија повреда (уговор) или само постојање (неосновано обогаћење, штета) ствара обавезу успостављања пређашњег стања. В., С. v. Бар, S. Swann, *Principles of European Law*, Study Group on European Civil Code, *Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Sellier european law publishers, München, 2010, стр. 196, 206 и др.

²⁷ Pomp. D. 12, 6, 14.

обавеза на надокнаду штете темељи на приципу *neminem laedere*²⁸, као и да су ова и већина других начела грађанског права, заправо, израз природне правичности и настојања да се, придржавајући их се, омогући складан суживот чланова једне заједнице.

Забрана неоснованог обogaћења и забрана проузроковања штете другоме имају посебан значај за правила о реституцији. Оба принципа су израз заповести о поштовању права других субјеката, која не смемо нити повредити, проузроковањем штете титуларима тих права, нити на њих тако (неповољно) утицати да стичемо корист на коју немамо права, јер је изашла из имовине другог лица или је њој намењена. Уважавање туђих субјективних права израз је Аристотелове комутативне правде (*iustitia commutativa*), која се тиче односа појединаца једних према другима, чијим се спровођењем омогућава да свако добије оно што му припада и очува оно што је (већ) његово – *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*²⁹. Етичке заповести изражене у грађанскоправним институтима упућене су правним субјектима у облику правних норми којима су ови институти уређени, али су (или, макар, треба да буду) и руководно начело законодавцу у регулисању друштвених односа, а судији - у примени правних норми.

Често се истиче да је на моралну садржину реститутивне обавезе указано веома рано, још у римском праву, и да су римски правници све кондикцијске захтеве из стицања без основа, иначе, изразитог представника забране неоснованог обogaћења, извели управо из учења да се нико не сме обогатити на рачун другог, без правног основа, али то није сасвим тачно. Настанак римских кондикција (*condictiones*), којима се захтевала реституција користи која се неосновано налази у имовини другог, више је био условљен практичним потребама, пре свега потребом ублажавања последица апстрактности правног посла којим се преносила својина, са једне стране, и карактеристикама римског система заштите права, са друге. Зато је за исправно разумевање реституције и њене моралне основе – забране неоснованог обogaћења, неопходно указати на порекло овог принципа, разлоге настанка и његов развој.

²⁸ *Ut ne quis alterum laedat, utque si quod damnum alteri dederit, id reparat.*

²⁹ Ulpian D. 1, 1, 10. Аристотел говори и о дистрибутивној правди (*iustitia distributiva*), којом објашњава однос друштвене заједнице према својим члановима, у коме су вршиоци јавне власти дужни да обезбеде правилну расподелу (дистрибуцију) друштвеног богатства, тако да свако добије колико му је потребно, али према својим заслугама и врлинама. Дистрибутивна правда води рачуна о достојанству чланова заједнице и о њиховим индивидуалним заслугама за државу, управљајући се геометријском пропорцијом. Комутативна (корективна, регулаторна) правда не узима у обзир ни заслуге ни врлине, већ само стечену корист или претрпљену штету: оное ко има сувише одузима се толико колико износи штета или губитак онога ко је претрпео неправду. Расподела добара врши се по аритметичкој пропорцији. Аристотел, *Никомахова етика*, Књига V, превела са старогрчког Р. Шалабалић, Издавачка књијарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 2003, стр. 92-116.

а. Забрана неоснованог обогаћења и римско право

Нит која повезује све реститутивне захтеве јесте забрана неоснованог обогаћења, али ово правно правило нису формулисали римски правници, иначе познати по свом казуистичком приступу праву и одсуству склоности ка уопштавању појединачних правних решења у општа правна правила.

У римском праву, реституција је била дозвољена у тачно одређеним случајевима и остваривана је у форми кондикција (*condictiones*), преторске тужбе из I и II века н. е., али без заснивања на јединственом правном или етичком принципу, подесном да обухвати све кондикцијске захтеве.

Прве облике успостављања пређашњег стања условиле су практичне потребе.

Пренос права својине у римском праву одувек се сматрао апстрактним правним послом, па се својина пуноважно могла стећи и ако је правни посао био ништав (под условом да су обављене формалности за *mancipatio* и *in iure cessio*). Разлози преноса и правни основ нису били важни, чак се ни правни основ није морао навести. Са друге стране, правну заштиту је условљавало постојање посебне тужбе која се могла подићи само на основу правног посла или позивањем тужиоца на право својине. Преносилац – тужилац није могао да се позове ни на једно ни на друго: правни посао је био ништав, а ни позивање на својину није било могуће, јер више није био власник ствари. Једино средство заштите, којим би повратио ствар, било је *condictio*, зато што је било апстрактна тужба *stricti iuris*, којом је избегнуто позивање на основ тужбеног захтева (ништав правни посао).^{30 31}

У римском праву класичног периода *condictio* је тужба *in personam*, којом је тужилац захтевао предају предмета обавезе (испрва то је могла бити само ствар, а касније - и новац) дугованог по основу уговора о зајму или обећаног у форми стипулације. Предност кондикцијског захтева била је његова апстрактност, која је

³⁰ Тако су настале *condictiones sine causa*. Пошто у тим случајевима постоји облигациони однос који се не темељи на споразуму, али ни на деликту, Јустинијанови компилатори су их сврстали у квазиконтракте, јер су, ипак, ови односи произлазили из вољних и допуштених правних радњи, стога – били су ближи односима из уговора. В., Д. Стојчевић, *Римско право*, књига II, св. 2, *Облигационо право*, треће изд., Завод за издавање уџбеника НРС, Београд, 1960, стр. 125-128.

³¹ Римске кондикције дуго су биле једини лек за неповољне последице апстрактне природе споразума о преносу права својине, али је интересантно да ову функцију није изгубила ни савремена општа тужба из неоснованог стицања немачког права. Карактеристика стицања својине по правилима немачког права, по којој се оно издваја у односу на сва друга права (и помало га чини неразумљивим правнику ван германског правног круга), јесте стварноправни уговор (*der dingliche Vertrag*), који је апстрактан и може пуноважно пренети својину чак и ако је основни, иначе каузални правни посао, неважећи. У том случају, у коме је подношење виндикационе тужбе немогуће, једина правна могућност преносиоца да поврати ствар и својину на ствари јесте захтев из неоснованог обогаћења.

ослобађала тужиоца обавезе да наведе основ свог потраживања, омогућујући му тако да кондикцијом захтева и повраћај ствари или новца предатих у испуњењу ништавог уговора. Услови примене *condictio* били су да је тужилац предао одређену ствар или платио суму новца туженом и да је тужени, будући да нема право да их задржи, дужан вратити их. Обавеза туженог заснивала се на одсуству основа да се примљено задржи, а њега није било због неостварења циља који је требало постићи тужиоцем радњом. При том је било свеједно да ли је од самог почетка било немогуће постићи сврху или је немогућност накнадно наступила; у оба случаја се реститутивна обавеза дужника изводила из непостојања каузе да се примљено задржи, а не из његове моралне дужности повраћаја, засноване на неправичности стицања.

Не можемо рећи да су кондикцијски захтеви класичног римског права били обједињени једним општим принципом, изведеним из идеала правде и правичности. Правници тога доба нису образлагали своје одлуке таквим општим начелима; њихов принцип је био казуистички и допуштали су употребу кондикција у тачно одређеним ситуацијама, које су се битно међусобно разликовале, а једино заједничко им је било одсуство основа да тужени задржи примљено.

Ослобађање римског права од строгих формалности за настанак права (тужбе - *actio*) и његову заштиту, омогућило је да се прошири поље примене постојећих кондикција, али и да настану нове, до чега је дошло у посткласичном периоду и у време Јустинијана (VI век). Правницима посткласичарима дугујемо захвалност за разврставање реститутивних захтева у одређене типове кондикција, и то према разлозима због којих се тражи успостављање пређашњег стања. Не само да су ове кондикције послужиле као модел савременим кондикцијским захтевима (наравно, прилагодивши се друштвеним и правним променама и потребама) већ су у уџбеничкој литератури задржани и њихови називи.

Најстарија кондикција, по римском схватању и основна, била је *condictio indebiti*, којом се тражио повраћај недугованог. У класичном праву настале су: *condictio ob turpem vel iniustam causam* – за повраћај датог по неморалном или незаконитом основу, и *condictio ob rem datam* (касније названа *condictio causa data causa non secuta*) – за повраћај датог у очекивању противчинидбе. У посткласичном праву настају две нове тужбе: *condictio ob causam finitam* – којом се захтевао повраћај датог или испуњеног када је правни основ отпао, и *condictio sine causa* – за остале, али тачно одређене случајеве необухваћене посебним кондикцијама³². Значајна новина било је ширење

³² Често се ова тужба назива општом тужбом из неоснованог обогаћења, али она то у римском праву свакако није била. Јустинијан је њоме само допунио већ постојећи систем кондикционих захтева,

поља примене свих кондикцијских захтева и на односе у којима је извршена нека чинидба (*facere*), као и ограничавање обима реститутивне обавезе дужника само на оно што је још имао у време подизања тужбе.

У периоду важења Јустинијановог права почиње да се истражује филозофско, колико и правно, образложење реститутивних захтева. Иако се и у *Corpus iuris civilis*-у, на више места, кондикције повезују са *ius naturae, bonum et aequum* и сличним етичким заповестима, ипак су први покушаји уопштавања, потребног за настанак јединственог правног принципа, учињени у посткласичном периоду, када је требало за потребе образовања извршити апстракцију и створити опште правне норме за све друштвене односе, па и за оне настале стицањем користи на рачун другог.

Посткласичари се нису задовољили применом кондикција само на основу чињенице да се код туженог налази одређена ствар која је тужиочева, без правног образложења зашто дугује њен повраћај. Основ обавезе су потражили у појмовима *bonum et aequum, naturalis aequitas* и сличним. Оно што је било у супротности са *bonum et aequum* било је *cum detrimento fieri locupletiolem*, па су ово запажање повезали са изреком римског правника Помпонијуса – *Ius naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem* – по природи, правично је да се нико не обогати на штету другог.³³ Ова изрека је и данас, у савременом приватном праву, нека врста светионика ка коме законодавац гледа при стварању правила о реституцији, док је теоретичарима не само полазиште већ и кључ за нека питања о реституцији на која још увек није понуђен задовољавајући одговор.

Нажалост, указивање на етичку димензију реститутивне обавезе дужника није било праћено и формулисањем јединствених правила за све случајеве успостављања пређашњег стања. Избор тужбе је и даље одређивала врста користи и начин стицања; свака од тих тужби имала је своја правила о враћању неосновано стеченог, али је, макар, постало јасније да реститутивна обавеза почива на моралној забрани обогаћења једног лица на рачун другог.³⁴

ограничавајући њену примену, као и свих осталих, на тачно одређене и разграничене случајеве, под тачно дефинисаним условима. В., Ј. Даниловић, „Неосновано обогаћење“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, т. трећи, НИУ „Сл. лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 399-400.

³³ Јустинијанова Дигеста, 12, 6, 14; 50, 17, 206. Ово морално правило о одговорности за стечено без основа представља „потпис Јустинијановог права о неоснованом обогаћењу“ (W. Flume, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, стр. 49), и до данас остаје најчешће цитирана морална норма уграђена у институт неоснованог обогаћења.

³⁴ О развоју теорије неоснованог обогаћења од римског права до данас, више у: Ј. Даниловић, нав. дело, стр. 399-404; Ј. Даниловић, „Actio de in rem verso од римског права до Аустријског грађанског законика“, *Анали Правног факултета у Београду*, XV, 1968, стр. 243-264; P. Gallo, „Unjust Enrichment: A Comparative Analysis“, *American Journal of Comparative Law*, 1992, бр. 40, стр. 438-442.

б. Забрана неоснованог обогаћења након рецепције римског права и у новијој правној историји

Помпонијусова изрека је остала морални основ свих кондикцијских захтева и након рецепције римског права, у средњем и новом веку. Ови захтеви су већ у посткласичном периоду променили свој основ, указивањем на неправичност обогаћења на штету другог (*fieri locupletioem*), да би у радовима глосатора указивање на неправичност постало опште место, али и даље без покушаја да се на основу тога изгради општа теорија забране неоснованог обогаћења.

Контуре принципу заједничком за све реститутивне захтеве дали су схоластичари 16. и 17. века (Сото, Молина, Лезијус), указујући на то да се пређашње стање, враћањем стечене користи или накнадом њене вредности, заправо врши у циљу спречавања обогаћења једног лица на рачун другог. Идеју о забрани неоснованог обогаћења, као јединственом правилу које објашњава све реститутивне захтеве, даље су развили припадници природноправне школе.

Одвојивши се од Јустинијановог правног наслеђа, припадници школе природног права били су у стању да нејасној идеји о правичности враћања неосновано стеченог дају облик опште правне норме о обавези враћања, која настаје из обогаћења без основа, на рачун другог. То је учинио један од најпознатијих припадника школе природног права, Хуго Гроције (*Hugo Grotius*), од кога, између осталог, потиче и општа теорија о обавези накнаде штете.

Схоластичари су се послужили појмом комутативне правде и начином на који су је схватили њен творац, Аристотел, и Тома Аквински, не би ли објаснили принцип забране неоснованог обогаћења и границе до којих сеже његова примена.³⁵

Дистрибутивна правда (*iustitia distributiva*)³⁶, сестрински појам комутативној правди, сваком члану заједнице обезбеђује правичан део свих добара која има једно друштво, док је улога комутативне правде (*iustitia commutativa*)³⁷ у обезбеђивању

³⁵ О праведности, неправедности, дистрибутивној и комутативној правди, Аристотел је писао у *Никомаховој етици*, књига V, а Тома Аквински у књизи *Summa theologiae*.

³⁶ Циљ дистрибутивне правде је да омогући сваком појединцу да живи добро, дајући му оно што му је потребно за такав живот. То, свакако, не значи расподелу добара сваком према потреби, што би било могуће само у малим заједницама, међу којима постоји висок степен кохезије, стога, и мала вероватноћа неслагања са извршеном дистрибуцијом. Зато дистрибутивну правду треба разумети као обезбеђивање сваком *правичног* удела у расподели добара, који се одређује према заслугама чланова заједнице. Правичност се овде постиже геометријском пропорцијом и узимањем у обзир вредности, заслуга и других особености појединаца. Аристотел, нав. дело, стр. 99. Видети и: J. Gordley, *Foundations of Private Law, Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, New York, 2006, стр. 8-9, 423-424.

³⁷ Комутативна правда значи постизање корективног праведног, у смислу аритметичке пропорције. Неведећи рачуна о субјективним аспектима случаја (јер субјекте посматра као међусобно једнаке), већ

услова да сваки грађанин сачува свој део тог богатства, истовремено поштујући исто такво право на властити део и свих осталих субјеката.

У одређивању граница примене забране неоснованог обогаћења, схоластичари су пошли од Аристотелових промишљања о разлозима признања права њиховим титуларима, пре свега права својине. Аристотел је о томе говорио критикујући свог учитеља Платона, по коме је колективна својина најбољи облик својине на добрима. По Аристотелу, она је извор сталних сукоба појединаца око тога колико треба да припадне свакоме од њих, и не представља подстицај члановима заједнице да подједнако доприносе увећању богатства, већ омогућава да они који се мање труде често добију више, а да они који заслужују више, остану ускраћени за свој део. Аристотел, као и Тома Аквински, сматра да се гарантовањем приватне својине остварује идеал дистрибутивне правде да свако добије правичан део друштвеног богатства који заслужује, док се заштитом овог и осталих субјективних права, као и гарантовањем њиховим титуларима да суверено одлучују о начину вршења права, остварује комутативна правда.

Уколико је смисао одређеног субјективног права, а уједно и разлог због кога је признато, у обезбеђивању титулару ексклузивности вршења права и присвајању користи од тога, ситуација у којој неко други врши то право или присваја користи намењене другоме, представља повреду коју комутативна правда забрањује. Нико нема право на стицање користи која, с обзиром на циљ права из ког настаје, искључиво припада титулару, због чега је дужан да му је врати. Полазећи од циља субјективног права, схоластичари, а након њих и припадници природноправне школе, сматрали су да се принцип забране неоснованог обогаћења примењује само ако је повређено право које гарантује такву ексклузивност у вршењу и присвајању користи, што се одређује према циљу права. Изван домена важења принципа онда остају сви случајеви у којима такве ексклузивности нема, јер се ради о користи која свакоме треба да буде доступна, а њено стицање – резултат правичног надметања заинтересованих субјеката.³⁸

Заиста, имајући у виду неке случајеве стицања користи на рачун другог, али захваљујући знању, способности или умешности стицаоца, или фер-надметању на тржишту, нећемо сматрати његово обогаћење неоправданим или стеченим без основа, па нећемо ни установљавати реститутивну обавезу, нити позивом на забрану

само о причињеној штети, судија оној страни која има вишак добитка тај вишак одузима. Корективно праведно је, према томе, средина између добитка и губитка. Аристотел, нав. дело, стр. 100.

³⁸ J. Gordley, нав. дело, стр. 423-426.

неоснованог обогаћења, нити на било који други принцип. У условима тржишног привређивања, стицање користи на такав начин се не сматра недопуштеним богаћењем на штету осталих тржишних субјеката, јер је изложеност конкуренцији и непрестана борба да се придобије што више купаца (клијената) нормална појава. Корист стиче способнији, предузимљивији, квалитетнији понуђач, и све док се тржишно надметање одвија у складу са правом и поштенем пословном праксом, нема потребе за интервенцијом. Супротно би ометало здраву конкуренцију, без које нема увећања богатства, ни личног ни друштвеног.

в. Савремено тумачење забране неоснованог обогаћења и из ње изведене реститутивне обавезе

Савремени концепт реституције и неоснованог обогаћења свакако почива на Помпонијусовој максими о неправичности обогаћења на штету другог. Овај принцип³⁹ је интелектуална спона свих реститутивних захтева, без обзира на њихов основ – неосновано обогаћење, поништење уговора или једнострани раскид због неиспуњења, одузимање ствари, допуњен или коригован другим правним начелима, уколико то захтева природа правног односа у коме се успоставља пређашње стање и околности конкретног случаја. Ипак, забрана неоснованог обогаћења никада није добила онакву општост какву има, нпр., начело *neminem laedere*, које је морална подлога целокупног одштетног права. Ма како привлачна, идеја о безусловној обавези враћања неосновано стечене користи никада није постала општеважеће правило. Пре је била изузетак, што нам потврђују и разлози настанка првих реститутивних захтева у римском праву, који су били изразито практични. У савременом друштву, ова идеја није у складу са законитостима тржишног привређивања и утакмицом која се одвија на тржишту, у којој је стицање профита једног субјекта често губитак за другог.

Доследно спроведена идеја да свако добије шта му припада (*suum cuique tribuere*) свакако би била препрека развоју друштва јер се претежни део друштвеног богатства стиче и увећава управо на том истом тржишту! Она би се могла применити уколико би богатство једне заједнице било неограничено, што није реално, или

³⁹ Термин „принцип забране неоснованог обогаћења“ користимо у смислу правила или идеје, не изједначавући га са нпр., забраном злоупотребе права или принципом забране проузроковања штете, ни по општости ни по значају, свакако не по обавезности примене. Забрана неоснованог обогаћења има скромнији домашај, јер никада није постала општеобавезујуће начело по коме се свака корист стечена на рачун другог морати да врати. Реститутивну обавезу мора да оправда још неки, слободно можемо рећи, пресудни чинилац, без кога је стицање, иако на рачун другог, оправдано, па корист остаје њеном стицаоцу.

довољно велико да се правично расподелу на све чланове заједнице, како налаже аристотеловска дистрибутивна правда. Не исправљамо, стога, сваки неправични имовински дисбаланс правилима о реституцији, већ само онај у коме стечена корист више правно припада другоме него стицаоцу. Који су то случајеви, одређује се законом, дефинисањем разлога за реституцију. Ове разлоге је могуће или подвести под општу клаузулу „одсуство правног основа стицања“, или их поименично набројати као реститутивне разлоге. Први је приступ у већини земаља европскоконтиненталног правног система,⁴⁰ други – англосаксонског, у ком се на листи реститутивних разлога, тзв. *unjust factors (restitution grounds)*, којима се неоправдано стиче корист на рачун другог, најчешће налазе: заблуда, превара, незнање, принуда, искоришћавање неповољног положаја осиромашеног (нужда, неискуство, пословна неспособност), неважност правног посла или неиспуњење обавезе, стицање користи неовлашћеним вршењем туђег права, повреда посебног односа поверења⁴¹.

Реституција је корективна, исправљајућа правна мера, коју правни поредак налаже уколико је корист стечена без правног основа и на рачун другог лица (европскоконтинентални правни систем), или се њено прибављање може приписати неком тачно одређеном разлогу (англосаксонски правни систем), да би се, враћањем користи, поново успоставила нарушена равнотежа у имовинама заинтересованих субјеката. Ако су ови разлози правилно одређени, тј. општа клаузула тако дефинисана да се границе њене примене не могу произвољно ширити, онда нема бојазни да ће се посегнути за принципом/правилу забране неоснованог обogaћења и у случајевима у којима има имовинских промена, али нема разлога, правних исто колико и економских, да право интервенише и стварима врати њихов првобитни облик.

Постоји још једна сметња спречавању сваког вида неоснованог стицања, и она произлази из чињенице да тржишна цена често није одраз праве вредности размењених добара. Неслагање тржишне цене са стварном вредношћу друштво прихвата, јер је неопходно за његов економски напредак, пазећи ипак да то не постане императив за чије остварење ниједна жртва није узалудна, па чак и жртвовање важних моралних начела. Зато законодавац, уређујући имовинскоправне односе, води рачуна о концепту забране неоснованог обogaћења, истовремено уважавајући и захтеве тржишта, као и неке друге принципе и правила чија примена понекад може довести до последица

⁴⁰ На пример, у немачком, швајцарском и нашем праву.

⁴¹ Ову поделу је извршио један од водећих енглеских теоретичара у области права о реституцији, Andrew Burrows, и на основу ње изложио правила о успостављању пређашњег стања. В., А. Burrows, *The Law of Restitution*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1993.

супротних забрани неоснованог обogaћења (начело правне сигурности, очување стечених права, принцип аутономије воље, одржај, застарелост и сл.). Увек се ради о одмеравању интереса и оцени који је интерес претежнији и, због већег (правног или економског) значаја, треба да се оствари на штрб другог, ако се већ не могу остварити истовремено у целости или, макар, сразмерно свом значају. Уколико анализирамо правила о реституцији, домену и домаћају њене примене, закључићемо да се о забрани неоснованог стицања води рачуна у свим случајевима одступања од нормалне тржишне еквиваленције, дакле, од онога што је уобичајено, и стога друштвено прихватљиво. Начело еквивалентности, размене једнаких или приближно једнаких вредности, показује правац у коме законодавац треба да се креће у примени забране неоснованог стицања користи: то би требало да буду они случајеви где нема еквивалентности или је она озбиљно нарушена, при чему не постоји ниједан правни или тржишни разлог (који и право уважава) због кога не би требало санкционисати поремећену имовинску равнотежу.

Од античког до савременог доба, поље важења забране неоснованог стицања, ради успостављања имовинског баланса, испитивали су филозофи, етичари, правници, економисти, понекад га ширећи, понекад сужавајући. Управо у овој области права и на изучавању правног института реституције, могућа је њихова сарадња, једно интердисциплинарно истраживање, којим би се проблем сагледао са свих аспеката – филозофских, правних, етичких, економских, и успешно решила загонетка: када вратити ствари у њихово пређашње стање, а када их оставити каквим јесу; из којих разлога дозволити реституцију, а из којих је ограничити или сасвим искључити?⁴²

Забрана неоснованог обogaћења, као основ реституције, последња је мера за којом се посеже ради повраћаја у пређашње стање, зато што се овај концепт често супротставља другим правним принципима, редовно изричито прописаним (што није случај са забраном неоснованог обogaћења, због чега је надаље нећемо називати принципом, већ концептом или правилом), које законодавац сматра виталним за правилно одвијање друштвених односа, стога и важнијим од санкционисања неоснованог обogaћења. То су начело правне сигурности, приватне аутономије и *res sacrae sunt servanda*, начело заштите стечених права (трећих лица).

⁴² Сви теоретичари права који су се бавили изучавањем реституције (и на које смо се позивали у раду) заправо су истраживали границе примене забране неоснованог обogaћења, настојећи да их одреде и довољно флексибилно, али и довољно чврсто да се не би угрозила правна сигурност. Претерана покретљивост оквира ове забране, као и свих других правних института и правила, води ка произвољности, која је заправо погубна.

Неограничена примена забране неоснованог обогаћења, у друштву развијене тржишне привреде, спутавала би брзину привредног промета и слободно одвијање економских односа, у којима је све подређено профиту. Економске трансакције са собом носе могућност да се један учесник обогати на рачун другог. Уколико бисмо економску неравнотежу стално исправљали, посежући за забраном неоснованог обогаћења и реституцијом, подрили бисмо правну сигурност и поверење пословних партнера, који би требало да наставе сарадњу. Распоред уговорног ризика био би, такође, промењен, а тиме и уговорна воља о томе ко и на који начин треба да поднесе терет могућег дисбаланса, чиме се исказује неповерење у слободну и рационалну процену саговорача.

Забрану неоснованог обогаћења, која је у темељу зграде зване реституција, треба примењивати крајње опрезно и селективно, само ако неко друго правно начело не налаже да у конкретном случају ствари треба оставити какве су, нетакнуте расуђивањем о томе да нам осећај правде налаже проналажење другачијег, правичнијег решења - решења које би полазило од констатације да је једна страна стекла корист на рачун другог, коју је дужна вратити, јер би било неправично да је задржи. Неухватљивост прецизне садржине забране неоснованог обогаћења онемогућава сагледавање граница и крајњих последица њене примене. Можда је то разлог што забрана, ни у једном праву, није стекла ранг правног и законом прописаног принципа, попут принципа забране проузроковања штете другоме (*neminem laedere*) или принципа слободе уговарања. Ипак, тиме није умањен њен значај; само је сугерисано да се ради о високо моралном принципу, чија интерпретација често зависи од система вредности тумача и његовог осећаја правичности. Могућа субјективност у процени опортуности успостављања пређашњег стања може отворити Пандорину кутију и одвести у арбитрерност и дискреционо одлучивање, а у крајњем, може угрозити и правну сигурност - први принцип правно организованог друштва.

Право о реституцији се развија под значајним утицајем правне сигурности, особито у енглеском и уопште праву англосаксонског правног система. Принцип правне сигурности има изузетан значај у привредним односима, за чије је учеснике неопходна извесност о томе да је корист стечена на основу пуноважног правног односа, да је стицање коначно и да се не може захтевати повраћај у пређашње стање. По мишљењу неких енглеских теоретичара (*Graham Virgo*), извесност коначног стицања користи компромитована је правилом из европскоконтиненталног права да се реституција темељи на одсуству правног основа имовинскоправне промене (*„no juristic*

reason“ approach), без обзира на разлог недостатка основа. У праву *common law* система, реституцији се приступа рестриктивно: стицање користи начелно је пуноважно, осим у изузетним случајевима у којима преносилац може да докаже да, због неког од правно признатих разлога за реституцију (заблуда, недопуштен утицај, превара, немогућност као разлог престанка уговора само су неки од разлога), пренос користи није пуноважан и да је неправично да је стицалац задржи (у супротном, он би се без основа обогатио на рачун преносиоца). Такав приступ реститутивним разлозима значи да реститутивни поверилац доказује позитивну чињеницу – постојање неког од разлога за реституцију, док по праву земаља из европскоконтиненталног правног система он доказује негативну чињеницу – да не постоји правни основ преноса (нпр., уговор, законска обавеза...), дакле, да он није имао обавезу преноса. Терет доказивања постојања обавезе преноса и правног основа да се стечено задржи пребацује се на реститутивног дужника.

Поглавље II: Реституција у облигационим односима насталим на темељу неоснованог стицања користи (неоснованог обогаћења)

Неосновано обогаћење је у нашем праву посебан извор облигационих односа, регулисано чл. 210-219 ЗОО, под насловом „Стицање без основа“. Овакав статус неосновано обогаћење има и у другим правима, попут немачког и швајцарског, као и у правима земаља које су некада припадале источноевропском блоку и баштиниле заједничко наслеђе тзв. социјалистичког права (Мађарска, Бугарска, Словенија, Хрватска). Чак и у правима англосаксонског правног система, захваљујући напорима правних теоретичара, неосновано обогаћење издвојено је од уговора и проузроковања штете као самосталан извор облигационих овлашћења и дужности, указивањем на посебне правне претпоставке на којима почива.

У овом поглављу анализирали смо правила о успостављању пређашњег стања када се оно врши због одсуства правног основа да се задржи стечена корист. Имамо у виду неосновано обогаћење као посебан извор облигационих овлашћења и дужности, тј. стицање без основа, што је важећи законски назив нашег права. Наше опредељење да излагање о реституцији започнемо неоснованим обогаћењем (стицањем без основа) одређено је чињеницом да је оно родно место реститутивног захтева, а да је забрана неоснованог обогаћења основна идеја која прожима сва правила о реституцији, не само када се она врши у пољу облигационих односа из неоснованог обогаћења већ и оних насталих на темељу других правних чињеница, попут уговора или деликата.

Излагање је подељено у неколико целина.

Најпре смо изложили значајније теоријске ставове и аргументе којима се бранио или оспоравао статус неоснованог обогаћења као посебног извора облигационих односа, са циљем указивања на (правне и етичке) разлоге који су отежавали да овај правни институт постане самостална правностваралачка чињеница, не мање важна од изјава воља или недопуштених људских радњи (т. 1).

Затим су изложена решења упоредног права о статусу, начину уређења и облицима неоснованог обогаћења, али и резултати рада Студијске групе за израду Европског грађанског законика, којој је поверена унификација правила о овом правном институту (т. 2).

У последњој целини бавили смо се практичним изгледом реституције; анализирали смо важеће домаће право о стицању без основа и преиспитали правила враћања неосновано стеченог о врстама реституције, садржини и обиму реститутивне обавезе (т. 3).

1. Теоријска образложења неоснованог обogaћења

Неосновано обogaћење (стицање без основа као посебан извор облигационих односа) почива на концепту забране неоснованог обogaћења, који смо разматрали у првом поглављу и означили га заједничким морално-философским основом свих реститутивних правила. У овом поглављу анализирамо примену правила о реституцији на неосновано обogaћење када се оно јавља у улози извора облигационих односа (попут уговора и проузроковања штете). Повремено се, међутим, морамо вратити и на концепт забране неоснованог обogaћења, јер је то најважнија идеја, она која одређује домашај реституције у контексту неоснованог обogaћења као посебног извора права.⁴³ Ради лакшег праћења предстојећег излагања, изразе „концепт неоснованог обogaћења“ и „забрана неоснованог обogaћења“ користили смо у значењу идеје и правно-философског образложења реституције, а изразе „неосновано обogaћење“ и „стицање без основа“ – у значењу извора правних односа и посебног правног института облигационог права.

Забрана неоснованог обogaћења изнад свега је један морални принцип, по коме је недопуштено и неодрживо стицање користи намењене другоме без (ваљаног) правног основа. Још у текстовима Дигеста налазимо формулисану забрану обogaћења на туђ рачун, и приписујемо је римском правнику Помпонијусу: *Iure naturae eaque est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem* (D. 50, 17, 206).

Право на повраћај неосновано стеченог има онај чија је имовина умањена без правног основа, а обавезу повраћаја или реституције – онај чија је имовина последично увећана на рачун осиромашеног. Таква повезаност обogaћења и осиромашења двају лица објашњава нам да они произлазе из истог догађаја и да се прво може приписати другом, док одсуство правног основа објашњава зашто из тога настаје реститутивна обавеза успостављања пређашњег стања.

⁴³ Видећемо да се код одређених врста правних односа концепту забране неоснованог обogaћења придружују и друга правна начела, под чијим утицајем се правила о успостављању пређашњег стања или прилагођавају њиховим карактеристикама или се од њих сасвим одступа. Видети нпр., поглавље IV.

Право на повраћај или реститутивни захтев темељи се на идеји да неосновано стечену корист не треба дефинитивно да задржи њен стицалац, већ треба да је врати ономе чија је или на чији је рачун стечена, тј. коме је намењена⁴⁴, дакле на идеји о забрани неоснованог обogaћења. Њен пандан је забрана проузроковања штете другоме (*neminem laedere*) и обавезивање одговорног лица да је надокнади.

Обавеза реституције неосновано стеченог (или надокнада његове вредности) и обавеза надокнаде штете реакције су правног поретка на поремећај имовинске равнотеже двају лица, усмерене на успостављање пређашњег стања, враћањем у имовину осиромашеног користи која је неосновано припала другоме, а код проузроковања штете - преваљивањем губитака са оштећеног на одговорно лице.⁴⁵ Њихов заједнички циљ је реституција – успостављање пређашњег стања, али су њене претпоставке различите за сваки од ова два правна института, као што је различит и опсег реститутивне одговорности.

Забрана проузроковања штете је општи правни принцип, па се у основи мора надокнадити сваки материјални или нематеријални губитак проузрокован туђом (скривљеном) и недопуштеном радњом. Забрана неоснованог обogaћења никада није достигла такву универзалност и није општа, зато се реститутивном обавезом неће кориговати сваки имовински дисбаланс, на једној страни изражен у виду осиромашења, а на другој – у виду обogaћења. Разлози су више економски него правни, и произлазе из логике и природе тржишног привређивања, коме је својствено стицање предности (пре свега, економске) једног учесника у привредном промету на рачун других. Исправљањем сваког имовинског поремећаја успорио би се привредно-правни саобраћај и нормална дистрибуција роба и услуга. Правна сигурност такође би била стављена на озбиљну пробу уколико бисмо проширили подручје примене забране неоснованог обogaћења, а правним субјектима онемогућили да се уздају у коначност стицања, што је неопходно да би се стеченим могло ваљано даље диспонирати.

Суштина правне реакције у пољу неоснованог стицања није у *a priori* исправљању имовинске неравнотеже, нити се она објашњава указивањем на чињеницу да је једној страни облигационог односа припала корист без икакве или макар адекватне надокнаде другој страни. Јер право дозвољава добродично стицање, губитак

⁴⁴ К. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 11. Aufl., С. Н. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977, стр. 464.

⁴⁵ „Одговорности за штету и неоснованом стјецању заједнички је рекуператорски циљ, наиме да поправљају једно повређено стање. Тиме се оба института разликују од уговорних обавеза, које служе само за покретање робноновчаних вриједности кроз промет.“ М. Vuković, нав. дело, стр. 8.

права услед протекa преклузивног рока или губитак могућности принудне реализације застарелог потраживања. Не дозвољава се, међутим, да се наведене и њима сличне појаве дешавају без икаквог правног основа или оног који није правно ваљан, зато што њихове правне последице могу бити веома неправичне.

Право о неоснованом обogaћењу бави се, дакле, питањем постојања правне везе између субјеката одређеног облигационог односа, схваћене као правни основ подесан да оправда прелаз користи из имовине једног у имовину другог субјекта, али не и питањем еквивалентности (сразмере) између њихових вредности.⁴⁶

Неосновано обogaћење није општеприхваћен (законски) извор облигационих односа, а ни у правној доктрини нема јединственог става о месту које заслужује у праву. У борби аргумената за и против, издвојили су се неки којима се значај неоснованог обogaћења или своди на ниво супсидијарности, неке врсте резерве за којом се посеже када се ниједном другом правном мером не може отклонити нарушена имовинска равнотежа, или се оно сврстава у посебан извор правних односа, равноправан са изјавама воље и деликтним радњама. Погледајмо неке од тих аргумената.

Кориговање неоснованог стицања користи неретко се повезује са претњом правној сигурности, па у неким правима (попут француског, аустријског или у правима нордијских земаља) неосновано обogaћење није уздигнуто на ранг засебног извора облигационих односа, већ су санкционисани само неки његови облици, пре свега - испуњење недуговане обавезе. У правној литератури ових земаља наводи се као разлог томе недовољност забране неоснованог обogaћења, као пре свега моралне забране, за извођење из ње општих правила о обавези враћања без основа прибављеног. Уколико би се ова забрана уздигла на ранг опште нормe, сматрају протагонисти овог става (*Mazaud, Facchino*), онда би требало цео грађански законик свести само на одредбе о неоснованом обogaћењу и проузроковању штете, што је апсурдно. Општост забране неоснованог обogaћења и њене растегљиве границе опасност су за правну извесност, па и простор за злоупотребу дискреционог одлучивања судова о томе које обogaћење треба вратити а које не.⁴⁷

⁴⁶ Видети и: Ж. Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. прва, ред. С. Перовић и Д. Стојановић, издавачи Правни факултет у Крагујевцу и Културни центар, Горњи Милановац, 1978, стр. 630-631.

⁴⁷ Нав. према: Ј. Даниловић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, т. трећи, одредница „Неосновано обogaћење“, НИУ „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 1978. стр. 404.

Насупрот овом, резервисаном ставу према неоснованом обogaћењу, већина француских правних теоретичара ипак сматра да је овај правни институт корисна корекција померања имовинских користи између субјеката које се не да правно оправдати, али ни санкционисати постојећим правним правилима, попут оних о уговорној или одговорности за проузроковану штету. Претежни део француске правне теорије приступа неоснованом обogaћењу са аспекта правичности и моралности: обogaћени је дужан на повраћај стеченог, јер би било неправично да га задржи. То је његова морална обавеза, која се у судској пракси преобразила у правну обавезу.⁴⁸

Наведеном образложењу додају се и други аргументи: указује се на допринос забрани неоснованог обogaћења морализацији права, отклањању неправди проистеклих из доследне примене важећих правних норми, и упозорава да право не сме да се приклони пред оним што је учињено, већ да успостави равнотежу између две имовине која је неоправдано поремећена.⁴⁹

У италијанској доктрини поређење захтева из неоснованог обogaћења са одштетним захтевом доводи до закључка о неопходности примене забране неоснованог обogaћења када треба отклонити несавршености и празнине правног система, ради постизања правичног односа имовина осиромашеног и обogaћеног. Циљ реституције је у отклањању осиромашења без правног основа, тј. оних губитака којима недостаје адекватно правно оправдање.⁵⁰

У немачкој јуриспруденцији и доктрини статус неоснованог обogaћења као посебног извора облигационих односа никада није био доведен у питање, између осталог, зато што му је такво место обезбеђено и у грађанском законику Немачке. Немачки законодавац је веома детаљно уредио правне односе из неоснованог обogaћења, и то не само због њихове учесталости већ и због специфичног начина стицања права својине. Стварноправни уговор немачког права је апстрактан и њиме се може пуноважно пренети право својине са правног претходника на правног следбеника, независно од пуноважности каузалног уговора којим су се стране обавезале. Уколико основни уговор није важећи, отуђилац (бивши власник) једино помоћу правила о неоснованом обogaћењу може поново стећи право својине.

Правичност је чест аргумент у одбрани неоснованог обogaћења. Њоме се осветљава чињеница да у највећем броју случајева осиромашени не пристаје на умањење своје имовине, чак и када је осиромашен властитом (свесном и вољном)

⁴⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1. Vol., 4. изд., 1948, стр. 63; нав. према: J. Даниловић, нав. дело, стр. 404.

⁴⁹ *Ibid*, стр. 404.

⁵⁰ *Ibid*, стр. 404.

радњом, нпр., испуњењем обавезе из неважећег уговора (не пристаје на одржање *status-a quo*, тј. на последице своје радње, јер се испоставило да нису ваљано правно утемељене).⁵¹

Извођење захтева за повраћај неосновано стеченог из принципа правде и правичности може се пронаћи и у старијој немачкој литератури, а и *Reichsgericht* је у неколико одлука указао да су обзири правичности (*Billigkeitsrücksichten*) законодавчев разлог за исправљање одређених имовинских неравнотежа.⁵²

У савременом немачком праву, чини се, ипак се изгубила потреба за оваквим објашњењима захтева из неоснованог обogaћења зато што су они законом уређени.

Позивање на правду и правичност не треба да нас наведе на олако закључивање да је реституција неосновано стеченог више правична од, нпр., налагања дужнику да испуни своју уговорну обавезу или одговорном лицу да надокнади штету. У крајњем, целокупно позитивно право одраз је природне правичности, или макар треба да буде, правично уређујући односе у заједници. Позивање на правичност или законе природног права имало је смисла у време у коме је неоснованом обogaћењу недостајала снага законског извора права, поред правног посла и проузроковања штете. У савременим правним порецима такво му је место обезбеђено, па чак ни и у оним правима у којима нема заједничких правила за све облике неоснованог обogaћења (француско, аустријско право) нема довољно смелих да порекну значајну улогу овог института у спровођењу комутативне правде да свакоме припадне његово, о чему се у основи старају сви грађанскоправни институти.⁵³

Заснивање реститутивних захтева из неоснованог обogaћења на разлозима *ius naturae* примереније је француском праву зато што у *Code civile*-у овај институт није

⁵¹ Правичност се често наводи у хипотезама које указују на економску природу реститутивне обавезе. Истичу се имовински губици који одступају од нормалних и нису последица тржишних закона, због чега се осиромашени не саглашава са њима и захтева да буду отклоњени преваљивањем на онога ко треба да их поднесе (обogaћени). Управо зато што су губици изван онога што се сматра нормалним по постојећим стандардима, на шта се мора пристати, они су за осиромашеног неправедни. Уколико нема посебних правила за санирање наведених губитака, а често је тако, примена забране неоснованог обogaћења постаје неопходна. Више: *Ibid*, стр. 404-405.

⁵² К. Zweigert, Н. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Bd. II, *Institutionen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, стр. 293-294.

⁵³ Један од најзначајнијих немачких правних теоретичара Von Caemmerer написао је да захтеви за повраћај чинице испуњене путативном повериоцу, два пута плаћеног дуга или датог у очекивању да се уговор закључи, нису ништа достојнији уважавања и узвишенији од захтева за повраћај зајма или захтева за надокнаду штете. (Нав. према: К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 294). Чини се да неоснованом обogaћењу није потребна боља одбрана од ове (макар у земљама које су законом уредиле сва три извора облигационих односа), посебно ако не заборавимо да је добар део свог научног рада V. Caemmerer посветио изучавању правног института неоснованог обogaћења. (Видети нпр., *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, Tübingen, 1954; *Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb*, Bonn, 1954; *Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen*, Basel, 1953).

посебан извор облигационих односа, већ припада квазиконтрактима, уз пословодство без налога. У анализи теоријских објашњења неоснованог обogaћења увек треба поћи од констатације да се у Француској институт развио у судској пракси, настојањем креативних судија да попуне законску правну празнину (закоником је уређена само исплата недугованог) и усвоје основане захтеве за повраћај датог или ускраћеног, указивањем да правичност тако захтева. Суштински, правичност је послужила као сурогат, замена законодавчевог непрепознавања неоснованог обogaћења као посебног извора облигационих односа. Образлажући одлуке, судије су посегле за ванвременским принципом правичности, који не допушта неоправдано или неосновано бogaћење на туђ рачун.⁵⁴

У правима англосаксонског правног система (енглеском, ирском, шкотском и праву САД-а), основна функција неоснованог обogaћења блиска је функцији коју институт врши у европскоконтиненталном правном систему. Сва правила обједињена називом Право реституције (*The Law of Restitution*) у основи служе спречавању неправедног бogaћења на туђ рачун. Правичност, као темељна вредност института неоснованог обogaћења, овде је чак и наглашенија него на континенту, алтернативним називом ове области права „Неправично обogaћење“ (*unjust enrichment*), где се атрибутом *unjust* (неправично, неправедно) разлози успостављања пређашњег стања непосредно доводе у везу са правичношћу: неправично је да тужени задржи корист коју је стекао на рачун тужиоца, коме она припада. У одсуству законских правила, теоријска образложења неоснованог обogaћења представљају драгоцене смернице судској пракси у препознавању различитих правних односа насталих из чињенице неоснованог стицања користи на туђ рачун, и њихово уједначено пресуђење.⁵⁵

2. Место неоснованог обogaћења у савременом праву

а. Уводне напомене

Неосновано обogaћење се развило из две врсте тужби употребљаваних за повраћај вредности које су без правног основа прешле из имовине једног лица у имовину другог. То су *actio de in rem verso* и кондикције (*condictiones*), а њихови су

⁵⁴ К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 295-296.

⁵⁵ Goff и Jones указују на три претпоставке усвајања реститутивног захтева: да се тужени стицањем користи обогатио, да је обogaћење на рачун тужиоца и да би било неправично да тужени задржи стечено. У америчком *Restatement of Law*, § 1, наведено је да је обавеза лица неправедно (*unjustly*) обogaћеног на рачун другог да врати стечено (обавеза реституције). *Ibid*, стр. 297.

основи и контуре постављени већ у римском праву. Временом су се правни системи поларизовали на два краја према томе којој је од ових тужби дата предност у успостављању пређашњег стања. У Немачкој је у 17. и 18. веку *actio de in rem verso* била општа тужба за уређење односа из неоснованог обogaћења. Ступањем на снагу BGB-а 1900. г., неосновано обogaћење постаје јединствен правни институт, какав постаје и реститутивни захтев, у правној теорији означаваан изразом *Kondiktion*, кондикција. У *Code civile*-у домашај кондикција је скроман, с обзиром да је правно регулисана само исплата недугованог, а сви остали облици неоснованог обogaћења подвргнути правилима створеним у судској пракси и правној теорији. Захваљујући напору теорије и праксе, у 19. веку је у француско право уведена и тужба *actio de in rem verso*, чиме је попуњена законска празнина у овој области облигационог права.

У другим правима однос према кондикцијама и верзионим захтевима формирао се или по угледу на француско или на немачко право. Од краја 19. века, посебно након што је на снагу ступила немачка кодификација грађанског права, преовладала је тенденција да се неосновано обogaћење уреди као јединствен правни институт, правилима заједничким за све његове облике. Следом тога, реститутивни захтев из овог основа постаје општа тужба, а називи којима је до тада означавана – кондикције и верзије, углавном не постају део законских одредаба.⁵⁶

У нашој судској пракси, пре ступања на снагу ЗОО, такође се правила разлика између реститутивних разлога уређених кондикцијама (штитећи случајеве у којима је имовинска вредност прешла извршењем неосноване престације) и оних на које се примењивала *actio de in rem verso* (сви остали случајеви неоснованог обogaћења). Пошто је ЗОО ступио на снагу и након почетних правнотеоријских дилема о законодавчевом опредељењу да се сви облици неоснованог стицања уреде општом тужбом *condictio sine causa*, преовладало је мишљење да је разлика између верзионих и кондикционих захтева суштински непотребна. Први члан Закона у делу у коме је стицање без основа уређено као посебан извор облигационих односа (чл. 210) поставља опште правило за све случајеве неоснованог обogaћења; члановима 217 и 218 ЗОО, издвојена су два посебна реститутивна разлога – употреба своје или туђе ствари у туђу корист и употреба туђе ствари у своју корист, и они су најближи ранијим верзијама. Уобичајено је да се захтеви за повраћај неосновано стеченог, посебно ако је оно последица радње осиромашеног, називају кондикцијама (испуњење недугованог,

⁵⁶ Више, Ј. Даниловић, нав. дело, стр. 400-404; Ж. Ђорђевић, нав. дело, стр. 619-620.

испуњење неважеће обавезе), а да се на други начин неосновано стечене користи потражују захтевом *actio de in rem verso* (најзначајније је стицање неоснованим или недопуштеним задирањем у туђу правну сферу, вршењем туђег права или употребом туђе ствари).

б. Важећа правила упоредног права о неоснованом обogaћењу

Институт неоснованог обogaћења различито је регулисан у савременом праву. Његова позиција тематски самосталне облигационоправне области, и, у складу с тим – посебног извора облигационих односа, није општеприхваћена, а тамо где јесте, често се преиспитује домен који обухвата. Ако се осврнемо на настанак института неоснованог обogaћења и његов развој, видећемо да се одувек кретао између уговора и деликта, и да је разноврсност правних односа, чије је обележје или последица неосновано стицање користи на рачун другог, отежавала прецизно дефинисање појма.

Потенцијални извори неоснованог обogaћења одувек су били бројни; посебно их је много у савременом друштву. Неки могу имати и деликтни карактер, са капацитетом проузроковања штете, чиме постају теже идентификација и квалификација правног односа и избор правила која треба применити. Неосновано обogaћење ипак је најчешће последица допуштених, неретко и вољних људских радњи, па су и правни односи настали на тај начин блиски уговорним односима. Назив којим су се у римском праву означавале обавезе из неоснованог обogaћења – *obligationes quasi ex contractu*, и који се касније дуго користио и у англосаксонском праву (*quasicontractual obligations*), потврђује нам ову констатацију. Отуда је тешко снаћи се у том лавиринту правних односа и појмова, и наћи праву меру у регулисању установе неоснованог обogaћења.

Стицање без основа је посебан извор облигационих односа у већини земаља европскоконтиненталног правног система, мада има разлика у начину уређења овог правног института. На једној страни учавамо земље у којима је неосновано обogaћење законом уређено као посебна област облигационог права и извор грађанскоправних односа (Немачка, Швајцарска), и земље у којима су законом уређени поједини случајеви неоснованог стицања, мада не и обједињени заједничким насловом, на једном месту у закону (Аустрија). Са друге стране су права земаља у којима је стварање правила о неоснованом обogaћењу више резултат сарадње судске праксе и правне теорије, него законског систематизованог уређења. Ту су законом уређени само неки видови неоснованог обogaћења, али не под овим називом, док о осталим реститутивним

захтевима чији је основ у стицању без основа правила треба потражити у судским пресудама и научним радовима правних теоретичара (Француска и друге земље романског правног круга).⁵⁷

Право земаља англосаксонског правног система формирало се под другачијим околностима, без непосредног утицаја римског правног наслеђа, што се одразило и на правила о реституцији неосновано стеченог. Требало је више времена да се неосновано или неправично обогаћење (*unjust enrichment*) уобличи у кохерентну и повезану целину, са сопственим правилима уређења правних односа које обухвата. Узроци касног признавања оваквог статуса су процесне природе: тичу се начина настанка и заштите субјективних права у Енглеској и подељене судске надлежности између редовних судова, који су судили по свом прецедентном праву (*common law courts*), и судова који су судили по правичности (*courts of equity*).⁵⁸ У земљама англосаксонског правног система (Енглеска, Ирска, Шкотска, САД) чешће се изразом неправично или неоправдано обогаћење (*unjust enrichment*) означава правни принцип који обједињује разноврсне правне односе произашле из неоснованог стицања користи, ређе – посебна област облигационих односа. У ту сврху се користи израз *право реституције* (*The Law of Restitution*) или једноставно *реституција* (*Restitution*). Неосновано обогаћење дуго се борило за своју самосталност, посебно у односу на уговор; одједи гласова да приватном праву *common law* правног система, поред уговора и деликта, није потребан још један основ настанка субјективних права, чују се и данас. На срећу, више је присталица идеје о самосталности неоснованог обогаћења, свесних постојања и таквих правних односа чија се садржина и положај учесника не могу адекватно објаснити правилима о уговорима или о одговорности за штету.

Да бисмо указали на суштинске разлике у начину на који је неосновано обогаћење – колевка реституције - уређено у савременом праву, које одређују и различитост његовог домаћаја, излагање у овом поглављу поделили смо у два дела. У првом делу изложена су правила о неоснованом обогаћењу у европскоконтиненталном праву; за референтна узета су права Немачке, типичног представника германског

⁵⁷ В., Р. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, стр. 71-73. Правна правила савременог права о неоснованом обогаћењу могу се систематизовати на основу више критеријума, в. нпр., Ј. Даниловић, „Неосновано обогаћење“, одредница у: *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, стр. 401-403; *Principles of European Civil Code, Unjust Enrichment*, prepared by C. v. Bar, S. Swan, стр. 93-94.

⁵⁸ У земљама англосаксонског правног система дуго се задржао специфичан систем заштите субјективних права у коме се захтевало постојање посебне, у прецедентном праву, установљене тужбе (*writ*-систем). Таквих тужби било је за односе настале уговором или извршењем деликта, али не и неоснованим стицањем користи на туђ рачун, због чега су се захтеви из неоснованог обогаћења дуго остваривали у процесним формама предвиђеним за уговорне или одштетне захтеве.

правног круга, и Француске – представника романског. У правима ових земаља пришло се уређењу неоснованог обogaћења на битно различит начин. У Немачком грађанском законнику забрана неоснованог обogaћења је изражена општом нормом о обавези враћања користи стечене без основа, касније допуњеном правилима о најчешћим случајевима неоснованог обogaћења. Општост ове одредбе омогућава развој института и у судској пракси, која ће концепт забране неоснованог обogaћења и законска правила у која је преточен моћи да примени и на нове ситуације. У француском праву не постоји опште правно правило којим се проглашава недопуштеним неосновано стицање користи на туђ рачун. Француским грађанским закоником је уређена само исплата недугованог; правила о осталим случајевима неоснованог стицања настала су у судској пракси и правној теорији.

У другом делу бавили смо се правом Енглеске, земље без кодификованог грађанског права, тако - и права о неоснованом обogaћењу. У енглеском праву постоји више тужби за повраћај неосновано стечене користи, са прецизно дефинисаним претпоставкама и последицама. Те тужбе имају заједнички основ у идеји о забрани неоснованог обogaћења.⁵⁹

1) Неосновано обogaћење у правима европскоконтиненталног правног система

а) Законско јединствено уређење правног института неоснованог обogaћења – пример Немачког грађанског законика

У немачком праву неосновано обogaћење је посебан извор облигационоправних односа, уређено у посебном делу законика, под насловом *Ungerechtfertigte Bereicherung*. У дословном преводу, израз значи неправично или неоправдано обogaћење (*ungerecht* – неправичан, неправедан), и указује на етичку основу института, слично као што и термин *unjust enrichment* англосаксонског права одражава порекло неоснованог обogaћења из одлука судова који су судили на основу правичности.⁶⁰

⁵⁹ У нордијском праву приступ је помало специфичан. Нема општих правила о условима и последицама неоснованог обogaћења, већ о томе одлучује суд у сваком конкретном случају. Због тога се не може извести општи закључак о условима успостављања пређашњег стања, заједничких за све или већину случајева неоснованог стицања. Више у: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 71-73.

⁶⁰ Правнофилософска подлога неоснованог обogaћења је принцип да се нико не сме обогатити на рачун другог, који је још од римског права сматран захтевом природне правичности, изражен у изреци „*Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*“ – По природи, правично је да се нико не обогати на штету другог. (Јуст. Дигеста, 12, 6, 14). Порекло начела је у грчкој философији, и у складу је са Аристотеловим учењем о корективној правди. Све до данас, ова изрека служи и као полазна тачка у изграђивању института неоснованог обogaћења и као његово образложење. В., Ј. Даниловић, нав. дело, стр. 398-399.

Регулисање неоснованог обogaћења почиње општом одредбом која поставља правило о обавези враћања, подесно да обухвати разноврсне случајеве неоснованог стицања користи. Правило је конкретизовано наредним одредбама о појединим типичним кондикцијским захтевима, њиховој садржини и домаћају, и приговорима дужника.⁶¹

У § 812 BGB-а прописано је да је лице које стекне нешто од другог без правног основа и на његов рачун, било радњом осиромашеног, било на други начин, дужно да му стечену корист врати. Раније је ова одредба тумачена као општи принцип неоснованог обogaћења из кога произлази један захтев (тужба), заједнички за све облике неоснованог стицања, и увек под истим претпоставкама, од којих је најважнија непосредна веза између осиромашења једног и обogaћења другог лица.⁶² Таквим тумачењем нису се могли решити неки случајеви неоснованог стицања које је са собом донео развој правног саобраћаја, повећавајући број учесника у једном уговорном односу, са различитим улогама, тако да су неки само посредници у обављању уговорне трансакције.⁶³ Савремени правни теоретичари не инсистирају на непосредности, већ испитују да ли је осиромашени променом изазваном у својој и имовини обogaћеног остварио жељени циљ. Само негативан одговор чини основаним захтев за враћање користи, без обзира колико има учесника у насталој имовинској промени, и какве су њихове улоге.⁶⁴

С обзиром на начин или узрок обogaћења, сви кондикциони захтеви сврстани су у две велике групе, у оквиру којих се врши даље разврставање. Прву групу чине случајеви обogaћења изазвани одређеном радњом, најчешће радњом осиромашеног - *Leistungskonditionen*. У другој групи су обogaћења настала на други начин или *Nichtleistungskonditionen*.⁶⁵ Појам *Leistung* се код нас најчешће преводи као чинидба, и

⁶¹ В., § § 812-822 Немачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch*, даље: BGB).

⁶² Теорија јединства (*Einheitstheorie*), по којој је кондикциони захтев осиромашеног могућ само према оном лицу које је корист стекло непосредно од њега; уколико се предмет обogaћења нађе у имовини трећег лица, реституција је искључена. В., К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 269-270.

⁶³ Нпр., испуњење обавезе давањем налога банци да новчани износ исплати са рачуна налогодавца (дужника) на рачун повериоца. Уколико би отпао основ обавезе, дужник не би имао право на повраћај плаћеног од повериоца, јер, због испуњења посредством банке, није испуњен услов непосредности – истоветност узрока осиромашења и обogaћења.

⁶⁴ Ова теорија (*Trennungslehre*) прихваћена је у судској пракси. В., W. Fikentscher, А. Heinemann, *Schuldrecht*, 10. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2006, стр. 704-705.

⁶⁵ У немачком законнику има и других одредаба заснованих на идеји забране неоснованог обogaћења, од којих су поједине и изван дела законика у коме су уређени облигациони односи (поједине одредбе о пословодству без налога - § § 682, 684 и 687; о преради, спајању и смеши - § 951; о захтевима власника за предају ствари и плодова - § § 987-988; о нарочитим разлозима за опозив поклона - § § 516, 527, 528, 531. BGB). Садржински, или макар у погледу последица које су реститутивне, оне се дотичу правила о неоснованом обogaћењу, ширећи на тај начин домен његове примене и на оне правне односе који нису у непосредној вези са § § 812-822 BGB.

то уговорна, али овде има шире значење: то је свако свесно, вољно и циљно увећање туђе имовине. Употребљени изрази указују на намеру осиромашеног да својом радњом оствари циљ, најчешће да испуни обавезу за коју се испостави да не постоји или да није обавеза осиромашеног, да није намењена примаоцу (јер није „прави“ поверилац), или обавезу чији основ касније престане, или се не оствари циљ испуњења. Оваквим схватањем појма *чинидба* олакшава се идентификовање осиромашеног – повериоца, и обogaћеног – дужника, за случај да у неоснованом стицању учествује више лица и нема непосредне везе између осиромашења и обogaћења.⁶⁶

Најважнији и најчешћи захтев из групе *Leistungskonditionen* јесте испуњење привидног дуга - обавезе која никада није имала правни основ или јој је основ престао у моменту испуњења (*condictio indebiti*).⁶⁷ Овој групи кондикција припадају и *condictiones ob causam finitam* – захтев за повраћај испуњеног због накнадно престалог основа испуњења (поништење или раскид правног посла⁶⁸, наступање раскидног услова) и *condictio ob rem (condictiones causa data causa non secuta)* – повраћај датог због неостварења сврхе обавезе⁶⁹. Посебно је уређен захтев за повраћај чинидбе која је у супротности са законском забраном или добрим обичајима – *condictiones ob iniustam vel turpem causam*, који такође представља ситуацију обogaћења радњом осиромашеног лица.⁷⁰

И основ реститутивних захтева обogaћења насталог на други начин постављен је у начелној одредби § 812 BGB-а; то су *Nichtleistungskonditionen*⁷¹ и обухватају заиста разноврсне случајеве обogaћења, које једино повезује одсуство радње осиромашеног као узрока обogaћења (поред неопходног услова непостојања правног основа стицања). У правној теорији они се сврставају у неколико типова кондикционих захтева.

⁶⁶ В., К. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, *Besonderer Teil*, 1977, стр. 466-470; W. Fikentscher, A. Heinemann, нав. дело, стр. 799; A. Stadler, *Jauernig BGB Kommentar*, 12. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2007, стр. 1075-1077.

⁶⁷ Има мишљења да овде спадају сви случајеви неоснованог обogaћења који нису посебно уређени, нпр., повраћај више плаћеног, повраћај ствари која је предата уместо дуговане (*condictiones sine causa*). В., А. Stadler, нав. дело, стр. 1079. Али, то би могло бити и испуњење обавезе против које је дужник имао перемпторни приговор који истиче тек после испуњења, иначе посебно регулисан у § 813 BGB-а.

⁶⁸ Последице једностраног раскида уговора уређене су посебним одредбама, којима се не упућује на сходну примену правила о неоснованом обogaћењу (§ 346 BGB-а). Паралела је ипак очигледна, посебно са одредбом § 818 BGB-а о обиму враћања неосновано стеченог.

⁶⁹ На пример, издата је меница ради плаћања цене, а уговор о продаји не буде закључен. Ова група кондикција се може сматрати оквиром за све *Leistungskonditionen* зато што је њихова појмовна претпоставка неостваривање циља или жељеног резултата.

⁷⁰ Анализа услова и домаћаја примене наведених кондикција излази из оквира задате теме, стога упућујемо на К. Larenz, нав. дело, стр. 490-500 и W. Fikentscher, A. Heinemann, нав. дело, стр. 709-721, и литературу која се тамо наводи.

⁷¹ У законнику се не користи овај ни израз *Leistungskonditionen*. Подела и називи обе врсте кондикција настали су у правној теорији.

Најбројнију групу чине *Eingriffskonditionen*⁷², обogaћења настала радњом обogaћеног лица – неовлашћеном употребом или утрошком туђе ствари (или неоснованим вршењем туђег права), чиме је обogaћени уштедео издатке које би иначе морао начинити. Обавеза накнаде постигнутих користи или уштеђених издатака настаје независно од тога да ли је осиромашени намеравао да користи ствар (у чему га је спречио обogaћени сопственом употребом) и независно од претрпљеног губитка, па и у његовом одсуству. Сврха реституције у овом случају није поравнање губитка осиромашеног – то је сврха надокнаде штете, и зато тај видљив, вредносно изражен губитак није услов одговорности обogaћеног. Овде треба вратити корист коју је други стекао а на њу нема право, оном коме правно припада. У крајњем, то је власник (или поверилац потраживања), коме је гарантовано право на избор да користи ствар, да је не користи или је да другом на употребу. Неовлашћена употреба је напад на ово право (*Eingriff*), и увек подразумева губитак, чак и кад се он не може новчано изразити.⁷³

Посебан тип ових кондикција користи се у случају неовлашћеног али пуноважног преноса својине на треће лице, који је у немачком праву, због специфичног начина стицања права својине, изузетно значајан за заштиту осиромашеног.⁷⁴

Неосновано обogaћење на други начин може настати и испуњењем туђе обавезе: треће лице, које пуноважно испуни туђу обавезу повериоцу, има право на накнаду испуњеног од дужника чији је дуг угашен на овај начин. То су тзв. *Rückgriffskonditionen*, карактеристичне за ситуације неоснованог обogaћења са најмање три лица – поверилац, обogaћени (дужник чија је обавеза испуњена) и осиромашени (који је испунио туђу обавезу). Таква је и *Drittempfängerskondition*, којом се штити поверилац чији је дужник, уместо њему, обавезу испунио трећем лицу. Овде је то треће лице обogaћено вредношћу чинидбе која му не припада, и дужно је да је надокнади повериоцу.⁷⁵

⁷² *Eingriff* – ушпитање, мешање, захват у туђу правну сферу, без правног основа.

⁷³ Овом захтеву може конкурисати захтев за надокнаду штете уколико је радња обogaћеног противправна, а осиромашеном проузрокована (надокнадива) штета. У одсуству ових услова, успостављање пређашњег стања могуће је само накнадом постигнутих користи, дакле - захтевом из неоснованог обogaћења. В., К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 271.

⁷⁴ У немачком праву неосновано обogaћење је неопходан коректив последица насталих међусобном независношћу два, за пренос својине, потребна уговора. Посао обавезивања (*Verpflichtungsgeschäft*) садржи обавезу на пренос права својине, али га не преноси. За пренос је потребан посао располагања (*Verfügungsgeschäft*), који је апстрактан, па стицаоца чини власником чак и ако основни – посао обавезивања није пуноважан. Преносилац нема право на ревиндикациону тужбу, јер је својину изгубио; једини начин да поново дође до ствари јесте захтев из неоснованог обogaћења – захтеваће да му стицалац преда ствар коју, због неважности основног посла, држи без основа. В., Н. Р. Westermann, *BGB-Sachenrecht*, 11. Aufl., С. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, стр. 59-66.

⁷⁵ Има више варијанти ових кондикција, и свака има посебне услове примене. Упућујемо на: W. Fikentscher, А. Heinemann, нав. дело, стр. 727-732.

На крају, узрок обogaћења може бити употреба своје ствари у туђу корист или излагање трошковима уместо другог и у његову корист. Накнада издатака се остварује посебном кондикцијом – *Verwendungskondiktion*⁷⁶, блиској кондикцији која се користи када је испуњена туђа обавеза (*Rückgriffskondiktion*), уз једну, битну разлику – услов њене примене није учешће најмање три лица у ланцу неоснованог стицања.

**б) Законско уређење само појединих облика неоснованог
обogaћења - пример Француског грађанског законика**

Најстарији важећи европски грађански законик – француски *Code civil* не садржи опште одредбе о неоснованом обogaћењу као извору облигација или правном институту сличне природе и намене.

По основу настанка, у Законику су облигације разврстане на уговорне (чл. 1101-1369 СС) и неугговорне (чл. 1370-1386 СС). Неугговорне обавезе су даље подељене на обавезе настале на основу закона и обавезе настале вољном (свесном) људском радњом, и ту спадају квазиконтракти, деликти и квазиделикти (чл. 1370 и 1371 СС). Нама су битни квазиконтракти, јер се тичу обавеза насталих добровољном људском радњом и, зато што су веома сличне уговорним обавезама, суштински се сматрају уговорима. Квазиконтрактуалне обавезе су незвано вршење туђих послова (*gestion d`affaires d`autrui*, чл. 1372-1375 СС) и исплата недугованог (*répétition de l`indu*, чл. 1376-1381 СС), и само су оне уређене закоником. Остали захтеви из неоснованог обogaћења решавају се по правилима насталим у судској пракси и правној теорији.

По закону, лице које, погрешно верујући да је дужник, плати дуг или преда неку ствар има право на повраћај од лица коме је обавеза испуњена, без обзира да ли је прималац био у заблуди или је знао да стиче без основа (чл. 1376 и 1377 СС). Овим и наредним одредбама којима се регулише начин и обим успостављања пређашњег стања уређен је, за већину европских права, типичан случај неоснованог стицања – исплата недугованог. У француском праву, међутим, исплата недугованог није врста неоснованог обogaћења, јер за њу постоји посебна, законом регулисана тужба – кондикција, и треба је строго разликовати од верзионих захтева.

Неоснованим обogaћењем сматрају се само случајеви заштићени верзионом тужбом – *actio de in rem verso*, о којој се у доктрини, још од Поатјеа (*Pothier*), писало

⁷⁶ Овај тип неоснованог стицања настао је из верзионог захтева (*actio de in rem verso*), ког нема у немачком праву, за разлику од француског права.

као о општој тужби из неоснованог обogaћења.⁷⁷ У судској пракси први пут ју је употребио Касациони суд у познатом случају *Boudier*, с краја 19. века, након чега она постаје општа тужба из неоснованог стицања.

Пре тога, скоро читав један век, судије су настојале да применом правила о незваном вршењу туђих послова (посебно о неправом пословодству без налога) реше бројне спорне ситуације неоснованог стицања користи на туђ рачун. Резултат је често био незадовољавајући, и само је стварао забуну о смислу и границама примене једног веома корисног правног института какав је *negotiorum gestio*.⁷⁸ Заслугом Обрија и Роа јасно је раздвојен *actio de in rem verso* од незваног вршења туђих послова: означен је као самосталан и, у односу на све законом уређене правне институте, независан извор облигационих односа. Уобличавање правила о условима примене тужбе препуштено је судској пракси, што је она и учинила у поменутом случају *Boudier*.

Boudier је био продавац вештачког ђубрива који је тужио власника земљишта за исплату вредности робе испоручене закупцу, а коју је овај употребио за узгој пољопривредних производа на закупљеном земљишту. Пошто је у међувремену раскинут уговор о закупу и власник поново ступио у посед непокретности, па му је припала и неубрана летина, *Boudier* је, због инсолвентности закупца – свог купца, затражио исплату цене од власника земљишта. Касациони суд је усвојио захтев са образложењем да је корист од испорученог ђубрива (након раскида уговора и повраћаја земљишта у државину) припала власнику земљишта и да правичност налаже да буде надокнађена оном на чији је рачун стечена.⁷⁹

У одлукама које су уследиле, додатно су прецизирани услови примене тужбе, чему је много помогла правна теорија.⁸⁰ Ова тужба се у савременој правној теорији назива *enrichissement sans cause* – обogaћење без основа, а услови њене примене су умањење имовине једног лица (*appauvrissement*) са последицом увећања имовине другог (*enrichissement*). Не прави се разлика између обogaћења радњом осиромашеног и

⁷⁷ Ј. Даниловић, нав. дело, стр. 401. Посебан допринос уобличавању тужбе дали су Обри (*Aubry*) и Ро (*Rau*). Полазећи од принципа правичности, који забрањује обogaћење на рачун другог, сматрали су да је употреба ове тужбе дозвољена у свим случајевима увећања имовине једног лица на туђ рачун, без легитимног основа.

⁷⁸ О томе веома детаљно и са судским одлукама у: В. Nicholas, „Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law“, *Tulane Law Review*, No. 4, 1962, стр. 619-621.

⁷⁹ В. у: К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 276.

⁸⁰ Неосновано обogaћење је само један од доказа успешне сарадње судске праксе и правне доктрине у Француској. Ослушкивањем пулса друштвеног развоја, који законодавац понекад није у стању да следи, створена су на овај начин многа корисна правила и принципи за уређење односа у заједници (нпр., принцип забране злоупотребе права), и сва се, непосредно или посредно, темеље на првом принципу у праву – принципу правичности.

обogaћења на други начин, која постоји у немачком праву.⁸¹ Неопходно је да је промена настала *sans cause légitime* – без правног основа, с тим да се не испитује одсуство основа на страни тужиоца, већ да ли се тужени може позвати на неки основ да примљено задржи, нпр., на уговор. Да се не би кварила законска структура извора облигационих односа стварањем нове врсте обавеза, у судској пракси је заузет став о суспидијарности *actio de in rem verso*, и то је још један услов њене примене.⁸²

Actio de in rem verso представља последње правно средство, јер се може користити уколико нема посебне тужбе из односа већ уређених закоником. Захтев супсидијарности је строг и сужава подручје примене тужбе, што је и у вези са разлогом њеног настанка – попуњавање правне празнине у законуку правилима за уређење неких животних ситуација произашлих из неоснованог обogaћења. С обзиром на овакву сврху, тужбу је требало примењивати селективно, рестриктивним тумачењем испуњености услова примене, од којих је основни – да за конкретан спорни однос нема законског правила. Поново је судска пракса добила одговоран задатак да прецизира ове услове, овога пута према принципу супсидијарности. До данас, ипак, нема консензуса о његовом тачном значењу и домашају у контексту неоснованог обogaћења, и многи се правни теоретичари залажу да буде укинут.⁸³

Приказ статуса неоснованог обogaћења у француском праву завршићемо констатацијом о његовом релативно скромном домену примене, што важи и за земље чије се грађанско право обликовало под утицајем Наполеоновог кодекса (Белгија, Луксембург, делом и Италија). То не значи да је осиромашеном ускраћена правна заштита у случајевима које не уређује *Code civil*, нити има правног преседана. Многи правни односи који се у другим европским правима уређују посебним правилима о неоснованом обogaћењу, у романским правима се решавају у пољу уговорног права, посебно одредбама о реститутивним последицама оних начина престанка уговора чије је дејство ретроактивно.⁸⁴

⁸¹ Већина *Leistungskonditionen* могла би се решити у француском праву по правилима о исплати недугованог; у осталим случајевима неоснованог стицања користи, нпр., користи од неосновано примљене услуге, применила би се *actio de in rem verso*. Више у: К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 277.

⁸² У немачком праву тужба из неоснованог обogaћења не уступа пред другим тужбама; за све важи принцип конкуренције. У међусобном односу кондикција, предност имају *Leistungskonditionen* над *Nichtleistungskonditionen*. Више у: К. Larenz, нав. дело, стр. 473 и W. Fikentscher, А. Heinemann, нав. дело, стр. 732-733.

⁸³ О томе у: К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 279-281 и С. v. Bar, S. Swan, *Principles of European Civil Code, Unjust Enrichment*, стр. 96-97.

⁸⁴ Схватање појма каузе, посебно француског правника Доме (*Domat*), такође је сузило подручје примене и значај кондикција у француском праву.

2) Неосновано обогаћење у англосаксонском правном систему

У савременом енглеском и ирском праву неосновано обогаћење је трећи извор облигационих односа, поред уговора и проузроковања штете, на месту које је некада припадало квазиконтрактима - појму коришћеном за означавање правом установљених обавеза враћања неосновано стечене или задржане користи, која припада или је намењена другом.

За разлику од европскоконтиненталног правног система, неосновано обогаћење овде дуго није било посебна облигационоправна област (такав му је статус признат тек у другој половини 20. в.), што не значи да није било правних средстава и мера реститутивног карактера и циља. Недостајао је само посебан процесни оквир за остварење захтева из неоснованог обогаћења, различит од процесних форми за остварење уговорних захтева, и један правни принцип за објашњење таквог, квазиуговорног захтева.⁸⁵

Израз неосновано обогаћење (или његова алтернатива – стицање без основа) није општеприхваћен у енглеском праву; води се нека врста јавне расправе о најпрецизнијој дефиницији овог правног института, чије су границе понекад несигурне и недовољно чврсте, и прете да се избришу у корист друга два стуба облигационог права – уговора и штете. Не тако давно, област неоснованог обогаћења носила је назив *право реституције (the law of restitution)*, и многи су уџбеници и монографска дела били насловљени управо оваквом синтагмом.⁸⁶ Израз неправично (неоправдано) обогаћење – *unjust enrichment*, није означавао посебну област облигационих односа, већ правни принцип који је у основи реституције и који одређује њене контуре. Данас је ипак другачије, па се под овим појмом подразумева посебна област облигационог права и извор облигационих односа, док је израз *реституција* употребљен у значењу последице или обавезе обогаћеног да врати (реституише) осиромашеном оно што је неоправдано стекао на његов рачун.⁸⁷

⁸⁵ Један аутор духовито је приметио да „проблем са неоснованим обогаћењем није био у томе да судови нису знали шта је потребно за успостављање пређашњег стања, већ што нису знали зашто је то потребно.“ A. Kull, „Rationalizing Restitution“, *California Law Review*, No. 5, 1995, стр. 1196.

⁸⁶ Видети неке од ауторитета у овој области, нпр., P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford University Press, 1989; A. Burrows, *The Law of Restitution*, Oxford University Press, 2002; Goff, R., Jones, G., *The Law of Restitution*, Sweet and Maxwell, 2006.

⁸⁷ Тако је и један од најзначајнијих носилаца идеје о неоснованом обогаћењу као самосталном извору облигационих права и обавеза и један од најутичајнијих теоретичара грађанског права у Енглеској, професор Peter Birks, у каснијим радовима означавао реституцију као „одговор“ на неосновано обогаћење, дакле, као обавезу, што се уочава и у наслову његове монографије из 2003 – *Unjust Enrichment* (Oxford University Press). Видети и претходну напомену.

Борба за самосталност неоснованог обogaћења у правима земаља *common law* правног система (укључујући и право Сједињених Америчких Држава, јер се оно формирало под битним утицајем енглеског права) била је дуга и тешка, праћена термилошким шаренилом, које је више збуњивало него што је доприносило препознавању разлога настанка обавезе враћања неосновано стеченог. Коришћени изрази, стављени у контекст неоснованог обogaћења, понекад су били толико вештачки да су се противили правној логици, посебно појму *privity*, због кога је било толико тешко наћи право место за обавезе из неоснованог обogaћења. Објаснимо укратко суштину овог института.

Privity је посебна веза или однос између страна, настала као резултат њиховог заједничког учествовања у неком правном послу или догађају, нпр., уговору, сусвојини.⁸⁸ *Privity of contract* значи да права и обавезе настају само за сауговораче, с тим да су ужива једино ако се једна страна, за обећану чинидбу, и сама обавезала на противчинидбу.⁸⁹ Будући да су дуго субјективна права била заштићена само ако је било посебне тужбе (*writ* систем), а таквих је било једино за уговор и деликт, захтеви из неоснованог обogaћења били су смештени у форму тужби за остварење уговорних захтева јер су им били најближи. Захтев тужиоца (осиромашеног) правно је оправдан несрећним изразом *implied promise* - у значењу прећутног или од суда претпостављеног обећања туженог (обogaћеног) да ће вратити корист стечену без основа. Ова обавеза се претпостављала по праву (*law*), па је убрзо настала теорија о обавезама које нису резултат изричитог и вољног обавезивања, као код уговора, али право, на основу понашања страна или нарочитих околности, претпоставља да оне постоје и да се морају испунити (*contracts implied in law theory*). Очигледно је да се захтев из неоснованог обogaћења темељио на чистој фикцији да је обogaћени обећао да ће вратити неосновано стечену корист. Ни касније употребљаван израз *quasi-contracts* није допринео јасној представи да је забрана неоснованог обogaћења правно правило, а неосновано обogaћење - посебан правни институт и посебно подручје правних односа. Жртва је, међутим, била неопходна, јер је то био једини начин процесноправне заштите лица које је, без правног основа, неоствареног или касније отпалог основа, или на други начин, увећало имовину туженог на рачун сопствене.⁹⁰

⁸⁸ *Oxford Dictionary of Law*, fifth Ed., Oxford University Press, New York, 2002, стр. 383.

⁸⁹ Такозвани *consideration*. Овај појам има више значења, а овде га треба схватити као чинидбу или обећање чинидбе који су „дена“ по којој се купује противчинидба друге стране. Објашњава разлог обавезивања и близак је, мада не и идентичан, појму каузе у европскоконтиненталном правном систему.

⁹⁰ О развоју неоснованог обogaћења кроз процесноправне механизме в. у: J. V. Ames, „The History of Assumpsit“, *Harvard Law Review*, No. 1, 1888-1889, стр. 1-19, No. 2, 1888-1889, стр. 53-59; K. Zweigert, H.

Први покушај да се неоснованом обogaћењу да значење правног правила општијег смисла, али и извора правних обавеза, датира из друге половине 18. века, када је у једном судском поступку усвојен захтев тужиоца за повраћај новца од туженог, заснивањем такве обавезе на природној правди и правичности (*natural justice and equity*).⁹¹ Касније су у судској пракси коришћени други, већ поменути појмови за објашњење обавезе туженог на реституцију – *contracts implied in law* и *quasi-contracts*, који су већ самим називом, у коме је био садржан и израз *contract* – уговор, стварали забуну и онемогућавали препознавање неоснованог обogaћења као посебног правног појма, особито у односу на уговор.

Све до средине 20. века обавеза враћања неосновано стеченог посматрана је као обавеза најближа уговорној, посебно по карактеру радње обogaћеног, која је позитивна (враћање користи), каква је и већина обавеза уговорног дужника (*dare, facere*). Томе у прилог говоре још две чињенице: прво, израз *quasi-contract*, позајмљен из римског права, значи квазиуговор, дакле, то је обавеза налик уговорној⁹²; друго, на већини правних факултета у Енглеској неосновано обogaћење се не изучава као посебан предмет или, макар, као посебна тематска област у оквиру предмета облигационо право, већ се реститутивне мере, којима се отклањају последице неоснованог стицања, изучавају уз уговор, и део су уџбеника који носе назив Право о уговорима (*The Law of Contracts*).⁹³ Поједини аспекти неоснованог обogaћења обрађују се уз проузроковање штете, посебно у вези са деликтом *conversion*.⁹⁴ Последњих година објављено је неколико радова угледних аутора посвећених искључиво неоснованом обogaћењу, мада и даље под називом *The Law of Restitution* – Право реституције (или о реституцији).⁹⁵

Kötz, нав. дело, стр. 281-285; о терминима в. и: P. Davis, „Restitution, Concepts and Terms“, *The Hastings Law Journal*, Vol. 19, 1968, стр. 1182-1188.

⁹¹ „If the defendant be under an obligation, from the ties of natural justice, to refund the money, *the law implies a debt, and gives this action, founded in the equity of the plaintiff's case, as it were upon a contract (quasy ex contractu, as the Roman law expresses it)*...the gist of this kind of action (restitution) is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by *the ties of natural justice and equity* to refund the money.“ Овако је одлуку образложио судија Mansfield у чувеном случају *Moses v. Macferlan* из 1760. г., наговештавајући будући правац развоја неоснованог обogaћења у судској пракси судова који су судили по свом прецедентном праву (*common law courts*), насупрот судовима који су судили по правичности (*equity courts*). Грађани су се обраћали овим судовима кад није било посебне тужбе за покретање поступка пред редовним судом (*commot law courts*), а то је дуго био случај са захтевима из неоснованог обogaћења, тако да су и они допринели обликовању овог правног института.

⁹² Лат. *quasi* – као, готово; као да, тобоже. В., С. Милинковић, П. Сегедин и В. М. Тодоровић, *Латинско-српски речник*, Сл. гласник, Београд, 2009, стр. 243.

⁹³ В. Dickson, „The Law of Restitution in the Federal Republic of Germany: A Comparison with English Law“, *The International and Comparative Law Quarterly*, No. 4, 1987., стр. 751-787.

⁹⁴ *Conversion* је противправни утицај на туђу ствар којим се повређује право својине власника, нпр., одузимањем, уништењем или недопуштеном употребом ствари. То је деликт, подвргнут правилима одштетног права.

⁹⁵ Видети, нпр., А. Burrows, *The Law of Restitution*, Oxford University Press, 2002; Goff, R., Jones, G., *The Law of Restitution*, Sweet and Maxwell, 2006.

Правила о враћању неосновано стечене користи стварана су најпре у пракси судова *equity*, јер поступак пред редовним судом (*common law courts*) није био могућ због непостојања посебне тужбе за захтев из неоснованог обogaћења. Процесни услови за њихову надлежност у овој области створени су ширењем поља употребе две тужбе намењене пре свега заштити уговорних односа: *action of debt* и *action of account*, касније и тужбе *action of assumpsit*, и на остале реститутивне захтеве, без обзира да ли је основ захтева уговор или друга правна чињеница. То, међутим, није указивало на прави разлог обавезивања туженог да врати стечену корист - свеједно да ли се радило о неиспуњењу уговорне обавезе или о томе да је тужилац умањео своју имовину у корист туженог без правног основа, процесна форма увек је била иста. Преокрет је настао 1943. године, када се *House of Lords* изричито изјаснио да су захтеви засновани на неоснованом обogaћењу (*unjust enrichment*) потпуно издвојени од уговорних и одштетних захтева, и да представљају трећу врсту извора облигационих права и обавеза.⁹⁶ Овај став је постао прецедент, омогућивши да и у англосаксонском правном систему неосновано обogaћење постане посебан део облигационог права.

Неосновано обogaћење се сада суочава са другом врстом проблема – проблемом прецизног одређивања сопственог домена, садржине и параметара успостављања пређашњег стања.⁹⁷ Претходнице тужбе из неоснованог обogaћења у енглеском праву биле су: *action for money had and received* (за повраћај новца који је тужилац непосредно платио туженом), *action for quantum meruit* (за накнаду за пружене услуге), *action for quantum valebat* (за накнаду вредности ствари употребљене у корист туженог) и тужба за повраћај новца који је треће лице исплатило туженом, најчешће у својству повериоца тужиоца. Оне се користе и данас⁹⁸, али засноване непосредно на забрани неоснованог обogaћења (*prevention of unjust enrichment*), те нема више потребе да идентитет позајмљују од других правних института, посебно уговора.⁹⁹ Има неких ситуација које су на граници више правних института, нпр., неоснованог обogaћења и

⁹⁶ Одлука донета у случају *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barboom Ltd.*, 1943 AC 32, 61.

⁹⁷ В., С. v. Ваг, S. Swan, *Principles of European Civil Code, Unjust Enrichment*, стр. 115.

⁹⁸ Шкотско право се разликује јер се формирало под двоструким утицајем – романског права и енглеског прецедентног права, па се и означава „мешовитим системом“. Реститутивни захтеви, класификовани према тужбеном захтеву, јесу: *repetition* – ако је неосновано стечена новчана корист, ту спада и исплата туђег дуга; *restitution* – захтев за повраћај тачно одређене ствари (натурална реституција) и *recompense* – обједињује све остале случајеве стицања користи који се не односе на новац или ствар (нпр., накнада за неосновано примљену услугу). В. у: *Ibid*, стр. 118.

⁹⁹ О овим тужбама одлучује *common law* суд. Постоји и тужба *account of profits*, о којој одлучују судови *equity*. Она је алтернатива тужби за накнаду штете и може се користити у случајевима у којима је из тужиоачевог губитка (штете) тужени стекао одређену корист. На пример, у случају повреде ауторских права (*copyright*), уместо накнаде штете, тужилац може захтевати да му тужени преда добит остварену неовлашћеном употребом његових ауторских права.

штете, и није сасвим јасно коме од њих припадају. Њихова класификација одређује избор правила, материјалних - која им дају садржину, и процесних – која одређују врсту, начин и поступак заштите од повреде. Тако је спорно да ли је обogaћење противправном радњом, која је и штетна радња, део права о неоснованом обogaћењу. Проблем настаје у вези са признањем повериоцу (осиромашеном - оштећеном) права на одрицање од одштетног захтева, уместо кога ће захтевати накнаду у висини остварене добити на страни туженог (*waiver of tort*).

Друго отворено питање је правна природа захтева за накнаду губитка насталог неовлашћеном употребом тужиоцеве ствари, редовно непокретности. Да ли је захтев закупаца да му закупац надокнади губитак од неовлашћене употребе ствари по истеку закупа у висини тржишне закупнине - захтев из неоснованог обogaћења, или је одштетни захтев, у коме је просечна тржишна закупнина мерило висине накнаде штете? Спорна је и могућност сврставања стварноправних захтева за повраћај ствари тужиоца под забрану неоснованог обogaћења и њиховог расправљања у овом контексту. Несумњиво је да се они битно разликују од претходно наведених, који су, и у случају да буду признати за захтеве из неоснованог обogaћења, облигационоправни, и пред судом ће се остваривати тужбама *in personam*. За својинскоправне захтеве претходно треба утврдити да ли је престало право својине тужиоца, а потом изабрати адекватну тужбу – стварноправну или облигационоправну.¹⁰⁰ Питање је актуелно и за европскоконтинентално право, посебно немачко, због специфичности у стицању права својине.

Ова и друга отворена питања тичу се материјалног права и правилног избора правног института коме припадају – неосновано обogaћење, право својине, уговор, деликт или неки други. Несумњиво је да се на одређени начин дотичу неоснованог обogaћења; нека од њих су заправо случајеви неоснованог обogaћења, нека су ближа другим правним институтима, али су заснована и на концепту забране неоснованог обogaћења, тако да је њихова заштита истовремено и у функцији спречавања стицања без основа, мада посредној. Постоје и неке дилеме о најефикаснијем процесном средству заштите – да ли остати при постојећим тужбама (*common law* и *equity* права) или створити нову, општу тужбу за све захтеве из неоснованог обogaћења. Можда је рано за коначан одговор, али су већ сада дефинисани обавезни елементи захтева, било да је непосредно заснован на забрани неоснованог обogaћења, било да га посредно

¹⁰⁰ Ако тужилац није више власник, његов захтев губи атрибут „својински“ и, под одређеним условима, може прерасти у облигационоправни захтев из неоснованог обogaћења.

штити. То су: стицање користи на страни туженог (обogaћење); корист је стечена на рачун тужиоца (осиромашење); одсуство правног основа туженог да стечено задржи и његово прече право на стечену корист.¹⁰¹

в. Облици неоснованог обogaћења у правима земаља Европске уније

Правила о неоснованом обogaћењу обухватају широк спектар разноврсних случајева померања имовинских користи између два, некада и више лица, често повезаних само чињеницом одсуства правног основа који би га оправдао, и које се мора кориговати на одговарајући начин. Непостојање правног основа чини да се стицање у имовини једног лица исказује у виду обogaћења, а у имовини другог у виду осиромашења, које се исправља успостављањем пређашњег стања, тј. враћањем стечене користи онеме ко има право на њу - реституцијом.

Анализа правила упоредног права показује да је неосновано обogaћење најчешће последица: а) испуњења недуговане или непостојеће обавезе; б) испуњења обавезе из правног посла који је касније престао са ретроактивним дејством¹⁰²; в) увећања туђе имовине употребом своје (или туђе) ствари¹⁰³; г) неовлашћене употребе у своју корист туђе ствари или неовлашћеног вршења туђег права¹⁰⁴; г) испуњења туђе обавезе.

Листа извора или облика неоснованог обogaћења овде се не завршава (јер су бројни поводи који га могу изазвати), али свакако садржи најзначајније и, у већини права, неспорне чињенице на темељу којих настаје реститутивна обавеза, објашњена идејом о забрани неоснованог стицања користи.¹⁰⁵ Ово нам потврђује и опредељење Студијске групе за израду Европског грађанског законика, део о неоснованом обogaћењу, да, осим њих, не уређује и друге могуће изворе неоснованог обogaћења, у вези са којима нема консензуса међу националним законодавцима, и тиме олакша

¹⁰¹ Приговор туженог којим се трајно одбија тужиочев захтев за реституцију. Тужени ће га употребити ако се његова имовинска позиција, услед веровања у основаност и коначност стицања, променила, редовно отуђењем ствари или издацима које иначе не би имао; надокнадом користи нашао би се у горем положају у односу на време пре стицања (*change of position*). Пошто осиромашење савесног туженог није у складу са циљем института, он није дужан да врати стечено или надокнади његову вредност. В.: А. Burrows, *The Law of Restitution*, стр. 421-431.

¹⁰² Испуњење обавеза из неважећих уговора неспорно је део права о неоснованом обogaћењу, док се реституција испуњених чинидаба из касније раскинутог уговора у неким правима подвргава посебним правилима уговорног права (нпр., у немачком праву).

¹⁰³ По правилу, да би се пређашње стање успоставило по правилима о неоснованом обogaћењу, захтева се да нису испуњени услови пословодства без налога.

¹⁰⁴ На пример, стицање добити неовлашћеном употребом туђег лиценцираног производа у савременом привредном промету чест је случај недопуштеног уплива у правну сферу произвођача или носиоца лиценце. Реституција се врши предајом остварене користи.

¹⁰⁵ Видети Р. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 80-82.

постепено напуштање националних правила у корист једнообразног уређења овог правног института.¹⁰⁶ Упоредимо ли предложена правила Студијске групе и правила упоредног права са решењима из Закона о облигационим односима, видећемо да нема већих одступања. У нашем праву такође су класични облици неоснованог обогаћења идентични са наведеним, и у правној теорији сврстани у три велике групе.¹⁰⁷

Прву групу чине неоснована стицања радњом самог осиромашеног, редовно испуњењем извесне чинидбе обогаћеном (предаја ствари, пренос права на ствар, пружање услуга). Три су могућа случаја на овај начин насталог неоснованог обогаћења: испуњење недугованог, испуњење с обзиром на основ који је накнадно престао (чему одговара испуњење обавезе из правног посла чији престанак има ретроактивно дејство) и испуњење с обзиром на основ који се није обистинио.¹⁰⁸

Другој групи припадају стицања која су последица радње обогаћеног, обједињена чињеницом неовлашћеног присвајања користи намењених или припадајућих осиромашеном (чему одговара неовлашћена употреба туђе ствари у своју корист и неовлашћено вршење туђег права).¹⁰⁹

Трећи реститутивни разлог неоснованог обогаћења настаје из радње трећег лица или дејства спољњег догађаја којима су доведена у везу лица чије су имовине увећане, тј. умањене (нпр., употреба туђе ствари у корист другог, мешање или спајање ствари различитих власника).¹¹⁰ Заједничка им је неопходност претходног одређивања коме ће припасти нова ствар настала спајањем или смешом, јер се тиме идентификују реститутивни дужник (обогаћени је онај који постане власник нове ствари) и реститутивни поверилац (осиромашени је изгубио својину на ствари од које је настала нова ствар, а стекао облигационоправни захтев за накнаду њене вредности).

1) Испуњење недугованог

Нема ничега спорног у вези са обавезом враћања испуњеног лицу које је у заблуди (грешком) испунило туђу или непостојећу обавезу, властиту обавезу испунило двапут или је испунило више од дугованог, или је пак испунило лицу које је погрешно сматрало повериоцем, јер то одговара нашем осећају правичности.

¹⁰⁶ Видети: С. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, стр. 91, 118-180.

¹⁰⁷ Видети нпр., Ј. Радишић, *Облигационо право*, стр. 295-300.

¹⁰⁸ Уређени су општом нормом из чл. 210, чл. 212 (двострука исплата дуга), чл. 217 (употреба своје ствари у туђу корист) и чл. 218 ЗОО (издатак за другог).

¹⁰⁹ Уређени су општом нормом из чл. 210 (говори се о неоснованом преласку имовинских вредности на било који начин, дакле и радњом обогаћеног) и чл. 219 ЗОО (употреба туђе ствари у своју корист).

¹¹⁰ Уређени су општом нормом из чл. 210 и чл. 217 ЗОО (употреба туђе ствари на корист трећег), али и правилима стварног права о настанку нове ствари прираштајем.

Пракса и теорија ово потврђују, па је испуњење недугованог у оба правна система најзначајнија околност из које настаје обавеза реституције, што захтеву *condictio indebiti* за повраћај без основа стеченог обезбеђује централно место. У правима у којима неосновано обogaћење није посебан извор облигационих односа, законом је испуњење недугованог ипак уређено и очигледно инспирисано забраном неоснованог обogaћења.¹¹¹ Тамо где представља посебан извор облигационих односа, уређен општом нормом, одредба о праву да се захтева повраћај испуњене али недуговане обавезе, издвојена је од општег правила, али не зато што је изузетак, већ ради наглашавања њеног значаја у структури правила о неоснованом обogaћењу.¹¹²

Пракса Европског суда правде такође је добра илустрација значаја овог кондикционог (реститутивног) захтева. Постоји одређени број одлука, додуше не велики и углавном у области јавног права, које је Суд засновао на правилима о стицању без основа, и већина се односила на обавезу државе да *solvens*-у врати више наплаћен порез или другу врсту дажбине наметнуте супротно правилима комунитарног права.¹¹³ Реститутивна обавеза је изведена из чињенице испуњења недугованог (*condictio indebiti*), применом националног права тужене државе, с обзиром да (још увек) нема унификованог права о неоснованом обogaћењу.¹¹⁴

Енглеско право, препознатљиво по одсуству јединственог правила о дужности враћања неосновано стеченог, садржи посебан реститутивни захтев, функционално изједначен са захтевом *condictio indebiti*, којим се може захтевати повраћај неосновано испуњене новчане обавезе, најчешће услед заблуде о постојању дуга или због неостварења сврхе испуњења (*action for money had and received*).

Испуњење недугованог почива на заблуди испуниоца (*solvens*) о постојању правног основа из кога проистиче обавеза испуњења – таквог основа нема или је неважећи. Исплатилац може бити у заблуди и о личности повериоца, те испунити стварно постојећу и своју обавезу, али лицу које није његов поверилац, или погрешно сматрати да је дужан да испуни туђу обавезу, нпр., јер га на то обавезује уговор о

¹¹¹ Видети чл. 1376 и 1377 *Code civile (répétition de l'indu)* и § 1431 ABGB-a.

¹¹² Видети чл. 63 OR, § 812 I BGB-a, чл. 211 ЗОО.

¹¹³ Видети, нпр., одлуку донету у спојеним парницама по тужбама, *Metallgesellschaft Ltd v. IRC* и *Hoechst v. IRC, Joined Cases C-397/98 & C-410/98, 2001*. Суд је испитао чл. 14 ст. 1 енглеског *Income and Corporation Taxes Act* из 1988 (изворно, чл. 84 ст. 1 *Finance Act* из 1972), којим је било прописано да порески обвезници који у Енглеској послују преко филијала без резидентног статуса морају платити корпоративни порез унапред (авансно), пре него што им је утврђен тачан износ обавезе. Плативши, испунили су непостојећу обавезу, па имају право на повраћај по правилима о неоснованом обogaћењу.

¹¹⁴ О правном институту неоснованог обogaћења у пракси Европског суда правде в., C. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, стр. 171-173, P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 74-75.

јемству. Уколико испуњава обавезу из уговора који је закључен под утицајем заблуде, не ради се о испуњењу недугованог, јер је овом маном воље обухваћено само заснивање облигационог односа, а не испуњење, а то уговор чини неважећим (*voidable*). Све док се уговор не поништи, не може се говорити о испуњењу обавезе која не постоји, па ни о неоснованом обogaћењу повериоца. Док постоји, и рушљив уговор је ваљан правни основ да поверилац задржи примљено. Тек ако он буде поништен, дужник стиче право на повраћај чинидбе, али не захтевом *condictio indebiti*, већ захтевом *condictio ob causam finitam*, јер је основ испуњења накнадно отпао.

У наставку, излажемо правила о испуњењу недугованог значајнијих европских права, распоређених по критеријуму да ли законски уређују само овај облик неоснованог стицања (Француска и Аустрија) или све његове облике, општом нормом (Немачка). Посебно је издвојено право Енглеске, које нам илуструје приступ у англосаксонском правном систему.

а) Француска: Исплата недугованог је један од ретких облика неоснованог обogaћења изричито уређених *Code civil*-ом, чл. 1376 и 1377, под називом *paiement de l'indu*.

Чланом 1376 Законика прописана је обавеза лица које, свесно или грешком, али свакако без правног основа, прими испуњење да га врати ономе од кога га је примио. Ово је тзв. објективно непостојећи дуг (*indu objectif, indu absolu*), посматран са аспекта примаоца испуњеног, јер он нема никакво право потраживања ни према коме. У чл. 1377 ст. 1 Законика уређен је реститутивни захтев лица које је испунило обавезу правом повериоцу, погрешно сматрајући себе дужником. Овакви се дугови називају субјективно непостојећим (*indu subjectif*), и такви су само за испуниоца-путативног дужника. Поверилац коме је чинидба испуњена има право на њу, али је не може потраживати од испуниоца, који није његов дужник, већ од трећег лица које то јесте.¹¹⁵

Објективно непостојећи дугови никога и ничега се не тичу, ни *accipiens*-а ни *solvens*-а, јер не постоје. Наводимо неке примере оваквих обавеза. *Solvens* испуни непостојећу обавезу погрешно верујући да она постоји и да је дугује; испуни обавезу која је већ угашена (нпр., ранијом исплатом дуга); испуни више од дугованог. Њихов повраћај није условљен заблудом исплатиоца, који треба само да докаже непостојање правног основа, нити његовим осиромашењем. Уколико је непостојећи дуг испуњен услед непажње *solvens*-ове, што је примаоцу проузроковало већу штету (*anormal*), овај има право на њену надокнаду, али не бива ослобођен обавезе враћања испуњеног.¹¹⁶

¹¹⁵ C. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, стр. 119.

¹¹⁶ P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 114-118.

Субјективно непостојећи дугови обухватају испуњење погрешном повериоцу или правом повериоцу туђе обавезе, када се обogaћеним сматра онај чија је обавеза испуњена (прави дужник).¹¹⁷ Заблуда исплатиоца је претпоставка реституције.

Испуњењем (*paiement*) обухваћене су све чинидбе које гласе на *dare*, не и пружање услуга или обавезе нечињења. По схватању судова и правних теоретичара, реституција чинидаба чињења и нечињења (*facere* и *nonfacere*) испуњених у заблуди, не врши се по одредбама чл. 1376 и 1377 СС, иако и оне могу бити непостојеће обавезе. Њихов се повраћај може захтевати по правилима *enrichissement sans cause*, својеврсне опште тужбе из неоснованог обogaћења, која није део кодификованог, већ прецедентног права.¹¹⁸

б) Аустрија: Слично француском праву, исплата недугованог је посебно уређена одредбама § 1431 ABGB-а, и заснована на трима претпоставкама. Прва је испуњење чинидбе, чији је појам шири од уговорне обавезе, и обухвата свако свесно и вољно увећање туђе имовине, радњом давања и чињења или пропуштањем. Потребно је да је испуњење неосновано (*sine causa*), као друга претпоставка овог реститутивног захтева, а трећа је - заблуда исплатиоца о постојању правног основа, што он доказује. Повраћај испуњеног са знањем да се не дугује не може бити предмет реститутивног захтева, осим ако је изнуђено принудом или је испуњено под утицајем преваре. Заблуда може бити о праву или о чињеници, последица незнања или немарности (непажње).¹¹⁹

в) Немачка: Испуњење недугованог је типичан пример неоснованог стицања које се реституише тзв. *Leistungskondiktion*, захтевом за повраћај користи неосновано стечене радњом осиромашеног (§ 812 BGB-а, прва реченица, прва алтернатива). Чинидба је дефинисана шире, на исти начин као и у аустријском праву, са нагласком на свесном увећању туђе имовине. Уколико осиромашени не зна какве су последице његове радње, и из тога произађе корист за другог, њена се реституција не врши наведеном, већ кондикцијом којом су обухваћена обogaћења настала на било који други начин, не и радњом (*Leistung*) осиромашеног (тзв. *Nichtleistungskondiktionen*). Интересантна је пракса немачких судова да испуњење обавезе путативног дужника подводе под правила о пословодству без налога и о евентуалној обавези надокнаде одлучују по правилима за незваног вршиоца туђих послова (§ 677 BGB-а), а не по правилима о неоснованом обogaћењу. Испуњење путативном повериоцу јесте облик неоснованог обogaћења, а реституција се врши по правилима § 816 (2) BGB-а, између

¹¹⁷ C. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, стр. 119-120.

¹¹⁸ *Ibid*, стр. 120-121.

¹¹⁹ *Ibid*, стр. 124,

правог повериоца и оног коме је обавеза грешком испуњена.¹²⁰ Значај заблуде исплатиоца је промењен: од услова повраћаја и елемента чињеничног стања *condictio indebiti* постала је средство одбране туженог, који може доказати да је исплатилац знао да испуњава недуговану обавезу и тако угасити своју реститутивну обавезу. Ово бисмо могли сматрати и својеврсним трендом у савременом европскоконтиненталном праву.

г) **Енглеска:** Заблуда или грешка (*mistake*) један је од посебних реститутивних разлога (*unjust factors, unjust grounds*), који испуниоца овлашћује да захтева враћање испуњене, пре свега, новчане обавезе. Она је и услов без којег се нити може захтевати нити може усвојити захтев за повраћај недугованог, јер тужилац управо тврди да је у заблуди испунио обавезу. Све до 90-их година 20. века заблуда се морала тицати чињенице; од 1992. године и случаја *Kleinwort Benson Ltd. V. Lincoln City Community*, релевантним разлогом за успостављање пређашњег стања постаје и заблуда о праву.¹²¹

Овим реститутивним захтевом може се послужити и поклонодавац (реститутивни поверилац), иако услов заблуде очигледно није испуњен. Да би се спречила злоупотреба права на реституцију, поклонопримац (реститутивни дужник) има право да приговором *change of position* спречи враћање поклона. Овим средством одбране он тврди да се оправдано поуздао у коначност стицања и да би враћањем поклона или његове противвредности умањио своју имовину, постајући од обogaћеног - осиромашени.¹²² Најчешће, поклонопримац је поклоњеним располагао на начин који отежава или онемогућава његово враћање (натуралну реституцију), али суд га ослобађа и обавезе надокнаде у новцу вредности поклоњеног, јер је савестан, па би било неправично да реституција буде разлог његовог осиромашења.

2) Испуњење обавеза из неважећих уговора

Реституција испуњених а затим поништених уговора није спорна, већ је спорно питање по којим правилима треба да се она одвија: да ли по општим правилима о неоснованом обogaћењу или по посебним, и то правилима уговорног права. У већини права испуњење неважећих уговорних обавеза сматра се једним од облика неоснованог

¹²⁰ *Ibid*, стр. 125; P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 91-93.

¹²¹ У овом случају странке у поступку – финансијска институција и орган локалне самоуправе, закључиле су *swap* уговоре, погрешно верујући да су на то овлашћене, а заправо се радило о правном послу *ultra vires*, што га чини ништавим. Опис случаја и пресуда наведени су у: C. von Bar, S. Swann, нав. дело, стр. 128. Овде је реститутивни разлог, уместо заблуде, могло бити и поступање изван круга овлашћења (*ultra vires*), који посао чини неважећим, и који је у енглеском праву издвојен као посебан и самосталан разлог (основ) успостављања пређашњег стања.

¹²² Више у: P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 1334-1341.

обогаћења, па се повраћај испуњеног врши или по правилима *condictio indebiti* – ако је уговор ништав, сматра се да је испуњена непостојећа обавеза; или по правилима која важе за *condictio ob causam finitam* – ако је поништен рушљив уговор, јер је до поништења обавеза била правно основана. Предложеним правилима Студијске групе, испуњење неважећих уговора сматра се једним од облика – извора неоснованог обогаћења, чија је реституција у целости уређена.¹²³

а) Француска: У француској судској пракси однедавно се сматра да реституцију чинидаба испуњених из неважећих уговора треба одвојити од успостављања пређашњег стања по правилима исплате недугованог (чл. 1367 СС), јер припада правилима уговорног права о неважности. Овај став је у супротности са ранијом праксом да се повраћај чинидаба које гласе на *dare* врши по правилима *enrichissement sans cause*, јер су то квазиуговорне обавезе, захтевом *répétition de l'indu*.¹²⁴

Напуштање досадашње праксе различито се интерпретира у правној теорији. Посебно се испитује да ли то значи и да тужба за поништење уговора (*action en nullité*), која се мора поднети да би уговор био поништен, прећутно садржи и захтев за повраћај испуњеног, чиме се суд овлашћује да наложи реституцију и без посебног захтева странака. Избор правила за вршење реституције значајно утиче и на примену правила о роковима: по једном схватању, нова судска пракса значи да се реституција по правилима о неоснованом обогаћењу не може извршити пошто протекне рок за подизање тужбе *action en nullité* (*Aubert*), а по другом – промена је радикалнија и успоставља ново, основно правило да се правила исплате недугованог уопште не могу применити на реституцију као правну последицу неважности уговора (*Malinvaud, Kéita, Kessler*). С обзиром да законска правила о неважности уговора нису потпуна, већина правних теоретичара сматра да за сада није могуће сасвим заобићи правила о *répétition de l'indu*, чијом ће се сходном применом попунити правне празнине. Једно је, изгледа, сигурно: по ставу Касационог суда, правне последице неважности уговора о пружању услуге или другој врсти чинидбе *facere* имају се расправити искључиво на основу законских правила о неважности, па се реституција не може извршити верзијским захтевом (*actio de in rem verso*), нити захтевом из *enrichissement sans cause*.¹²⁵

Правила о неоснованом обогаћењу уступиће место правилима стварног права ако је кауза поништеног уговора била усмерена на пренос права својине. Сходно принципу каузалне традиције, преносилац остаје власник и пошто је предао ствар у

¹²³ В. чл. 2: 101 (2) *PEL Unjustified Enrichment*.

¹²⁴ Овим се захтевом остварује право на повраћај ствари или новца.

¹²⁵ Наведено према: С. von Bar, S. Swann, нав. дело, стр. 130-131.

државину сауговорача, и може је вратити виндикационом тужбом. У пракси се због тешкоће доказивања права својине, посебно на покретним стварима, преносиоци чешће опредељују да реститутивне захтеве остварују по облигационоправним правилима.¹²⁶

Обавеза да се врати оно што је примљено по основу неважећег уговора или да се надокнади његова вредност, када није могуће враћање *in species* или када се чинидба састојала у чињењу, у неким случајевима није довољна за успостављање пређашњег стања. Због тога се допуњује обавезом на надокнаду штете, с циљем да се репарацијом штетних последица уговорне стране истински доведу у предуговорне позиције. Надокнада штете се врши по правилима одштетног права, и њена висина се често ограничава на негативни уговорни интерес.

б) Аустрија: Правне последице неважности уговора део су уговорног права, уређене § 877 ABGB-а. Овом одредбом је уређена реституција уколико је уговор неважећи због недостатка сагласности воља, али се примењује и на остале уговоре који нису закључени у складу са законским условима (§§ 865-875 ABGB-а), што их чини ништавим, или су закључени под утицајем мана воље. Судска пракса је важење наведене одредбе (§ 877 ABGB) проширила и на почетну немогућност испуњења (§ 879 ABGB-а), али и на противзаконите и неморалне уговоре, осим ако је реституција забрањена посебним прописом. Није спорно да ће се ова одредба применити и на остале неважеће уговоре који се поништавају са ретроактивним дејством, већ је спорна могућност да она буде употребљена за непосредан правни основ реститутивног захтева, уместо његовог утемељења на тужби *condictio indebiti* (§ 1431 ABGB-а). Судска пракса нагиње ка другом схватању, али не захтева заблуду сауговорача, иначе конститутивног елемента испуњења недугованог, па ће право на реституцију моћи да оствари сваки сауговорач, без обзира да ли је знао или могао знати за разлоге неважности уговора.¹²⁷

в) Немачка: Право о неоснованом обogaћењу, обухваћено општом нормом из § 812 BGB-а, односи се и на реституцију чинидаба испуњених на основу неважећих уговора, осим ако су испуњени услови да се одбије захтев несавесног сауговорача за повраћај испуњеног, јер је уговор забрањен (§ 817 BGB-а, *condictio ob vel turpem iniustam causam*). Пошто се поништи уговор чије су чинидбе гласиле на *facere*, пређашње стање најчешће ће се успоставити по правилима пословодства без налога.¹²⁸

¹²⁶ *Ibid*, стр. 131.

¹²⁷ *Ibid*, стр. 135-136. Правила и услови реституције као правне последице неважности уговора детаљно су обрађене у III поглављу: „Реституција у уговорном праву“, т. 5, „Реституција испуњених чинидаба као правна последица ништавости (неважности) уговора“.

¹²⁸ Чисто теоријски значај има дебата о квалификацији кондикцијског захтева: да ли је захтев *condictio indebiti* или *condictio ob causam finitam*, јер се заблуда као претпоставка испуњења недугованог не захтева за реституцију неважећих чинидаба.

За разлику од француског права, за повраћај ствари може се користити само кондикциона тужба, не и виндикациона, јер се стварноправним уговором, који је апстрактан, својина пуноважно преноси, без обзира на неважност основног (каузалног) уговора.

г) *Енглеска*: Особеност енглеског права огледа се у условљености поништења уговора (*rescission*) могућношћу да се испуњено врати у натуралном облику. Уколико натурална реституција није могућа, уговор се неће поништити, већ ће сауговорач у чију је корист установљен разлог неважности имати право на обештећење (*damages*).

По правилима *equity* права, пропаст ствари, због које није могуће вратити је у натуралном облику, ипак неће онемогућити да се уговор поништи, већ ће само променити начин успостављања пређашњег стања: уместо натуралне, извршиће се реституција у новцу. Савремено право прихвата ово правило, јер је либералније, а свакако је више у складу са циљевима неважности. Већу препреку реституцији представља сâм приступ праву о неоснованом обogaћењу, који захтева доказивање посебног, унапред предвиђеног реститутивног разлога. У пољу неважности уговора, то могу бити: немогућност испуњења (*frustration*), неостваривање сврхе обавезивања (*total failure of consideration*), заблуда (*mistake*), повреда императивне норме (*statutory provision*).¹²⁹

3) Неосновано обogaћење увећањем вредности (побољшањем) имовине другог лица

Студијска група за израду Европског грађанског законика (део о неоснованом обogaћењу) овај је облик неоснованог обogaћења уврстила у трећу велику групу случајева из којих настаје обавеза реституције додате вредности туђој имовини. Неретко, успоставиће се пређашње стање надокнадом у новцу, јер се побољшања, својом природом, супротстављају натуралном враћању.

У упоредном праву различито се приступа одлучивању о захтеву осиромашеног за надокнаду користи коју је постигао својим радом и средствима за другог, али без правног основа, као и за надокнаду трошкова којима се изложио. Начелно, издвајају се два могућа основа на којима реститутивни поверилац може да утемељи свој захтев. Један је захтев из неоснованог обogaћења, јер је вредност туђе имовине увећана без правног основа, са чиме је каузално повезано умањење имовине осиромашеног. Други

¹²⁹ *Ibid*, стр. 141-142.

основ су правила о пословодству без налога, зато што се у радњама реститутивног повериоца препознају и акти незваног вршиоца туђих послова.

а) Француска: Опредељење за правила о пословодству без налога некако се намеће, уколико имамо у виду да се реституција чини даба које се састоје у чињењу (а такве преовлађују у овој групи извора неоснованог обogaћења) не може извршити по правилима испуњења недугованог.

Уколико су испуњени услови за примену правила о пословодству без налога (*gestion d` affaires*, чл. 1375 СС), реститутивни поверилац може захтевати накнаду неопходних трошкова којима се изложио увећавајући вредност имовине реститутивног дужника (под условом да су му обављени послови суштински значајни и корисни) и накнаду претрпљене штете.

Правила о неоснованом обogaћењу примениће се супсидијарно, уколико се не могу применити правила о пословодству без налога, нити нека друга, адекватнија правила. Тада реститутивни поверилац може подићи тужбу *enrichissement sans cause*, доказујући испуњеност општих претпоставки неоснованог обogaћења: обogaћење лица коме је припала корист, властито осиромашење, каузалну везу између њих и непостојање правног основа да постигнута корист припадне обogaћеном лицу. Реституција је новчана и по висини одговара вредности стварно постигнутих користи, тј. обogaћењу.¹³⁰

б) Аустрија: У аустријском праву реститутивни захтев се у оваквим случајевима стицања користи темељи на одредби § 1041 ABGB-а, којом је прописано опште правило о дужности враћања користи или надокнаде у новцу, будући да је стечена без правног основа, туђим радом или средствима. Довољно је да је реститутивни поверилац употребио неки део своје имовине у корист другог лица и да то није учинио вршећи неки његов посао, или да је својим радом увећао вредност туђе имовине. Реституција се врши враћањем реститутивном повериоцу ствари *in species*, ако је могуће, иначе је она новчана и по висини одговара вредности ствари у време њене употребе.

¹³⁰ У једном случају суд је досудио тужиоцу накнаду у висини трошкова које је имао увећавајући имовину туженог. Радило се о купцу уметничке слике за коју се у поступку рестаурације испоставило да је дело сликара *Fragonard*-а. Продавац је поништио уговор о продаји и захтевао да му купац преда износ добијен продајом слике музеју *Louvre*, због које није било могуће пређашње стање успоставити враћањем слике продавцу. Суд је усвојио захтев продавца, али и наложио му да купцу надокнади трошкове рестаурације слике како би реституција била потпуна (правило узајамне и обостране реституције у случају ништавости уговора). Одлука *Cass. Civ.* 25. 5. 1992, *Bull. Civ.* 1992 I, no. 165, стр. 113. Нав. према: С. von Bar, S. Swann, нав. дело, стр. 144.

У аустријском праву прихваћена је правило враћања (реституције), па се висина новчане реститутивне обавезе у односу на главни предмет стицања утврђује према вредности ствари у време њене употребе (*Verwendung*) у туђу корист.¹³¹ Таквим методом обрачуна изравнава се губитак у имовини осиромашеног, независно од тога да ли одговара стварно постигнутим користима у имовини обogaћеног. По томе се ово право разликује од правила већине европских земаља које реститутивну обавезу посматрају са позиције обogaћеног и њен обим ограничавају на вредност користи која постоји у његовој имовини (правило обogaћења).¹³²

Имовина коју је реститутивни поверилац употребио у туђу корист тумачи се широко, обухватајући сва права која се могу изразити у новцу, чак и лична права (нпр., право на име), ако је њихова употреба била корисна реститутивном дужнику. Посебна правила о надокнади користи установљена су у § § 1042 и 1043 ABGB-а, којима је уређен реститутивни захтев за надокнаду трошкова учињених за другог које је овај по закону био дужан учинити, и надокнаду губитака којима се реститутивни поверилац изложио отклањајући од себе или другог стање нужне опасности.¹³³

в) Немачка: Постоји посебан кондикциони захтев који ће реститутивни поверилац употребити за надокнаду користи проистеклих од његовог рада или средстава, а исказаних у имовини другог лица. Услов његове примене је да радња осиромашеног нема карактер чинидбе (чији је појам, подсетимо, у праву о неоснованом обogaћењу шири у односу на уговорно право), јер се сматра подврстом *Nichtleistungskonditionen*, и да његова примена није искључена посебним правилима. Најчешће, то су правила стварног права о односу власник - држалац (§ § 994-1003 BGB-а).¹³⁴

г) Енглеска: Може деловати изненађујуће континенталном правнику, али у енглеском праву ретки су случајеви у којима је признато право надокнаде вредности побољшања туђе имовине.

¹³¹ Сматра се да је обим обавезе враћања коначно утврђен већ у време преласка користи у имовину обogaћеног, који треба да врати оно што је стекао, без обзира на евентуална каснија (од тренутка стицања до успостављања пређашњег стања) дешавања са главним предметом обавезе.

¹³² По овом правилу, да би обogaћени био дужан вратити стечено, корист мора постојати у време враћања, тачније – подношења захтева за реституцију (чл. 64 OR, § 818 ст. 3 BGB-а, чл. 2037 ст. 3 CC). Савесни обogaћени враћа само оно чиме је и колико је обogaћен, тј. надокнађује вредност само оних постигнутих користи којих има у време подношења реститутивног захтева. Корист се интерпретира прилично широко, обухватајући и сурогат раније користи. Више у: С. Цугој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 560.

¹³³ С. von Bar, S. Swann, нав. дело, стр. 145-146.

¹³⁴ *Ibid*, стр. 147.

Побољшања, или на други начин исказано увећање имовине, несумњиво се сматрају обogaћењем, али то није довољно за заснивање облигационог односа између лица коме су она припала и оног од чијег рада или средстава потичу. Правило је да се надокнада може захтевати само ако је између заинтересованих лица постигнут *consideration*, тј. ако је обећана противчинидба за радњу којом је увећана туђа имовина. Судови *common law* признали су право на надокнаду држаоцу који је поправио туђу ствар, оправдано верујући да је њен власник. У поступку за повраћај ствари, држаоцу (туженом) признати су учињени трошкови, чију надокнаду иначе не би могао да тражи самосталним захтевом и у посебном поступку.

Извесна надокнада може се остварити по посебном закону којим се штити право својине од недопуштеног и противправног утицаја трећих лица (*The Torts (Interference with Goods) Act 1977*). Савесни држалац ствари, од кога се захтева да је врати и надокнади штету због повреде власниковог права својине, има право да обавезу обештећења умањи износом којим је увећао вредност ствари коју враћа. Надокнада која се остварује по овом закону одговара вредности обogaћења, а не висини (по правилу већих) трошкова, али то су правила судске праксе, зато што законом нису прописане никакве смернице за утврђивање висине реститутивне обавезе. Најчешће њена висина одговара разлици између увећане и раније вредности ствари, или се осиромашеном исплаћује разумна вредност његовог рада, уколико је овај износ нижи (*quantum meruit*).¹³⁵

Ако је корист припала неовлашћеном лицу (нпр., лопову), али на основу ваљаног уговора, надокнада се може захтевати само од тог лица, јер је оно сауговорач, а не од власника, коме је враћена ствар, па му је припала и њена увећана вредност. У случају побољшања вредности непокретности, на које је власник пристао, надокнада се остварује применом *estoppel*-правила, којим се власнику не дозвољава да избегне обавезу надокнаде, будући да се није успротивио радњама реститутивног повериоца којима је увећана вредност непокретности. Овим правилом постиже се циљ забране *venire contra factum proprium*, која се примењује у правима европскоконтиненталног правног система.¹³⁶

¹³⁵ *Quantum meruit* представља право осиромашеног на разумну накнаду, правично процењену према околностима случаја, тако да добије „онолико колико заслужује“ или *as much as he deserves*. Са друге стране је мерило *quantum valebat*, применљиво у тужбама за испуњење чинидбе чија цена није била унапред одређена, али су се сауговорачи пређутно споразумели да се плати „онолико колико чинидба вреди“ или *as much as it was worth*.

¹³⁶ C. von Bar, S. Swann, нав. дело, стр. 150-151.

4) Неовлашћена употреба туђе ствари и неовлашћено вршење туђег права у своју корист

Радње којима се стиче корист неовлашћеним упливом у туђу правну сферу блиске су деликтним радњама, понекад су и идентичне, због чега се у овим случајевима правила о неоснованом обogaћењу додирују са правилима одштетног права. У правима у којим је тужба из неоснованог обogaћења строго супсидијарна (нпр., француско право), кондикционом захтеву прибегава се као крајњем средству изравнавања нарушене имовинске равнотеже. Уколико је допуштена конкуренција одштетног и кондикционог захтева (нпр., немачко и наше право), реститутивни поверилац може да изабере повољнији захтев, па и да их кумулира, али само ако је један захтев недовољан за успостављање пређашњег стања.¹³⁷

Примена правила о неоснованом обogaћењу зависи и од начина одређивања појмова штете и радњи којима се она може проузроковати: што су ови појмови шири, шире је и поље деликтне одговорности, науштрб правила о неоснованом обogaћењу.

а) Француска: Право ове земље типичан је представник земаља у којима се реституција врши, пре свега, по правилима одштетног права. Правила о неоснованом обogaћењу примењују се супсидијарно, уколико нису испуњени услови деликтне одговорности, особито уколико се губитак реститутивног повериоца не исказује као штета, иако је повређено неко његово право (нпр., ауторско право).

Захваљујући пракси Касационог суда, титулару чије је право својине на непокретности или право интелектуалне својине повређено, признато је право на надокнаду у висини користи које је повредилац постигао, без обзира да ли је крив или не. Заправо, Суд подразумева да свако неовлашћено вршење туђег права, због кога титулар трпи штету, имплицира кривицу штетника. Појам штете тумачи се шире, посебно ако је штетном радњом повређено лично право, нпр., неовлашћеном употребом туђе слике или гласа, или ако су прекршена правила о конкуренцији и монополимa.¹³⁸ Надокнада се одређује у висини постигнутих користи, па ће реститутивни дужник морати да преда добит остварену неовлашћеним вршењем права реститутивног повериоца.¹³⁹

Заштита личних права посебно је гарантована *Code civil*-ом, чијим је чл. 9 титулару повређеног личног права дата могућност да захтева надокнаду, без обзира да

¹³⁷ Правила Студијске групе о овом облику неоснованог обogaћења садржана су у чл. 4: 101 (c) PEL Unj. Eng.

¹³⁸ Без ширег поимања штете, титулар повређеног права не би могао да санира губитак, јер су законска правила о неоснованом обogaћењу уско постављена, искључивањем неких његових облика.

¹³⁹ C. von Bar, S. Swann, нав. дело, стр. 153.

ли може да докаже штету – довољно је да докаже да је његово право повређено или да постоји опасност од повреде.

б) Аустрија: Уколико неко неовлашћено врши туђе право, титулар има право на надокнаду по правилима о неоснованом обogaћењу. Одговорност се не заснива на кривици, не доказују се ни намера ни непажња, већ само да је тужени без овлашћења вршио тужиочево право.

Све су чешће повреде туђих личних или права интелектуалне својине, која одговорном лицу доносе корист на коју нема право, јер она треба да припадне титулару права. У оваквим случајевима, ефикасну заштиту пружају управо правила о неоснованом обogaћењу, омогућавајући реститутивном повериоцу да захтева надокнаду у висини остварене добити, независно од тога да ли је и сâм намеравао да врши право, у чему га је спречио реститутивни дужник. Захтев из неоснованог обogaћења конкурише одштетном, па ће се реститутивни поверилац определити за онај чије претпоставке може лакше доказати. Неретко, изабраће захтев из неоснованог обogaћења, јер није условљен кривицом одговорног лица и штетом, а застарева у дужем, општем року застарелости од тридесет година.¹⁴⁰

в) Немачка: Постоји посебна кондикција којом се штити свако лице од неовлашћеног вршења права. То је тзв. *Eingriffskondiktion*, усмерена на успостављање пређашњег стања (у натуралном или новчаном облику) када је из неовлашћеног вршења туђег права остварена корист која се може реституисати.

Штити се најчешће титулар личних права или власник чију је ствар неовлашћено користило треће лице. Захтев је усмерен на реституцију постигнуте користи, па је непотребно доказивати да је титулар претрпео штету и да је намеравао да право и сâм врши. Уколико је повређено право својине и држалац је несавестан, примениће се посебна правила којима је уређен однос власник - држалац (§ 994-1003 BGB-а). Власник теретним правним послом неовлашћено отуђене ствари има право да захтева да му отуђилац-невласник преда добијену надокнаду или да му пренесе потраживање исплате надокнаде. Ако је невластниково располагање било доброчином и пуноважно, власнику је одговоран стицалац по правилима о неоснованом обogaћењу, јер је увећана његова имовина, а не имовина отуђиоца.¹⁴¹

¹⁴⁰ *Ibid*, стр. 155.

¹⁴¹ *Ibid*, стр. 156-157. У случају доброчином располагања, обogaћење неовлашћеног отуђиоца може се састојати у плодовима и другим користима стеченим употребом ствари пре њеног отуђења или у уштеди планираних или по редовном току ствари очекиваних издатака. Свакако да осиромашеном (ранијем власнику отуђене ствари) он одговара и за причињену штету.

г) *Енглеска*: Титулар чије је право вршено без овлашћења, из чега је проистекла корист, има право избора између захтева за надокнаду претрљене штете (јер се неовлашћено вршење туђег права, посебно права својине, квалификује као посебан деликт – *conversion*) и захтева за надокнаду остварене користи која је припала другом лицу уместо њему. Опредељење за кондикциони захтев често се назива одрицањем титулара од права на надокнаду штете (*waiver of tort*), иако нема никаквог одрицања, већ рационалног избора повољнијег процесног средства. Висина надокнаде одређена је на основу постигнуте користи, што представља приступ правила о неоснованом обogaћењу. Ипак, одговорност је деликтна зато што је и радња повреде деликт.

Неовлашћена употреба туђе ствари санкционише се обавезивањем одговорног лица да плати разумну закупнину (*mesne profit*), независно од тога да ли је власник намеравао да изда ствар у закуп. У случају да је неовлашћено вршено право интелектуалне својине или је повређена забрана одавања пословне тајне, примениће се посебна законска правила о надокнади користи због повреде поверења (*breach of confident*).

5) Издатак за другог (испуњење туђе обавезе)

Ови видови неоснованог обogaћења блиски су испуњењу недуговане обавезе (субјективно непостојећег дуга), јер је у оба случаја *solvens* испунио туђу обавезу. Демаркациона линија је одсуство заблуде: код испуњења недугованог, *solvens* погрешно верује да испуњава своју обавезу или туђу, али да постоји његова обавеза да је испуни, нпр., као јемац. Издатак за другог представља посебан облик стицања без основа једино ако је заснован на свесном умањењу *solvens*-ове имовине, у корист правог дужника. Школски пример је испуњење законске обавезе издржавања, где *solvens*, иако није дужан, даје издржавање уместо оног који је законски обавезан на овај издатак. Осим законских, обавезе могу бити и уговорне; важно је да су постојеће, али не *solvens*-ове, што их чини субјективно непостојећим дуговима.

Реститувни поверилац је *solvens*, реститутивни дужник – онај чија је обавеза испуњена, а не поверилац коме је испуњена (*accipiens*), јер је он примио дуговано и не може се сматрати неосновано обogaћеним. У односу на *solvens*-а, свакако да му недостаје правни основ да примљено задржи, али објашњење (правни основ) и не треба тражити у њиховом односу, већ у односу, законском или уговорном, између повериоца и правог дужника. Будући да се обogaћење може састојати и у очувању имовине,

уштедом очекиваних (и у овом случају извесних) издатака, дужник чију је обавезу испунио неко други, мораће испуниоцу да надокнади износ испуњеног, евентуално и друге издатке потребне за успостављање стања пре испуњења.

Посезање за правилима о неоснованом обogaћењу није тако једноставно, јер се *solvens*-ова радња може сматрати и поклоном или незваним вршењем туђих послова. У првом случају, поклонопримац нема обавезу реституције поклоњеног, у другом – о условима успостављања пређашњег стања и висини реститутивне обавезе одлучиће се по правилима пословодства без налога а не неоснованог обogaћења. Могуће је и да је испуњена таква обавеза за коју је законом предвиђена суброгација *solvens*-а на место повериоца, и она је уређена изван правила о неоснованом обogaћењу. Услед тога, неопходно је најпре идентификовати у расправљању насталих правних односа применљивих правила (однос *solvens* - поверилац; однос *solvens* - прави дужник; однос поверилац - прави дужник), и у каквом су међусобном односу (односу искључивости, конкуренције или супсидијарности), па сходно томе изабрати основ по коме ће се извршити реституција.¹⁴²

г. Приступ Студијске групе за израду Европског грађанског законика правном институту неоснованог обogaћења

1) Основне поставке

Предложеним правилима Студијске групе за израду Европског грађанског законика – део о неоснованом обogaћењу¹⁴³, институт неоснованог обogaћења постављен је на основи довољно широкој да обухвати већину случајева неоснованог стицања користи једног лица на рачун другог који и у правима земаља чланица Европске уније представљају његове типичне појавне облике.

Неосновано обogaћење (*unjustified enrichment*) дефинисано је као увећање имовине једног лица (обogaћеног) стицањем користи на које оно нема право због непостојања правног основа стицања. На основу ове чињенице, настаје реститутивна обавеза према лицу на чији је рачун корист стечена (осиромашеном), и она се састоји у враћању стеченог у натуралном облику, а ако то није могуће – у његовој новчаној надокнади.

¹⁴² Решења прихваћена у упоредном праву видети у: С. von Bar, S. Swann, нав. дело, стр. 161-171.

¹⁴³ *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, ed. С. von Bar, S. Swann, 2011. У наставку, код навођења одредаба, користи се скраћеница PEL Унј. Енг.

Теорија о квази-контрактима¹⁴⁴, која потиче из римског права и ову групу облигационих односа објашњава по угледу на уговорне односе, њима најсличније, није прихваћена будући да онемогућава сагледавање неоснованог обogaћења као самосталног правног института који, уз уговор и проузроковање штете, представља трећи извор облигационих односа.

Одређивање појма неоснованог обogaћења блиско је правима европскоконтиненталног правног система, јер се наглашава разлог успостављања пређашњег стања, који је увек један једини – одсуство (непостојање или неважност) правног основа подесног да објасни зашто стицалац треба да задржи корист стечену на рачун друге стране овог облигационог односа. Разлози неоснованости стицања су у другом плану и нису део права о неоснованом обogaћењу; по правилу, уређени су у другим областима права, најчешће у облигационом и стварном праву.

За разлику од преовлађујућег разумевања неоснованог обogaћења у правима англосаксонског правног система, по коме је најважније идентификовати узрок који чини неоснованим померање имовинске користи (тзв. *unjust factors, unjust grounds*), Студијска група је уредила неосновано обogaћење као јединствен правни институт, на који се начелно примењују истоветна правила, без обзира на његове узроке.¹⁴⁵

2) Опсег правног института неоснованог обogaћења

Како је већ напоменуто, Студијска група се определила да у изворе или појавне облике неоснованог обogaћења сврста класичне случајеве који су се већ доказали у теорији и пракси европских земаља. Облици неоснованог обogaћења нису поименично наведени, али се могу идентификовати из норме којом је одређено када се обogaћење сматра неоснованим.

Прописано је да се свако стицање користи на рачун другог сматра неоснованим уколико обogaћени нема право да је задржи на основу уговора или другог правног

¹⁴⁴ Подсетимо, почев од 18. века, она је била један од образложења кондикционих захтева у енглеском праву, заменивши до тада коришћена процесна средства остварења захтева за испуњење уговора: *action for debt* (тужба за повраћај зајма, али и свих других неосновано примљених новчаних износа) и *action of account* (за повраћај уговорне неновчане чинидбе испуњене у заблуди или због неостваривања сврхе обавезивања). Реститутивна обавеза обogaћеног темељила се на претпостављеном обећању да ће, у складу са принципом правичности (*natural justice and equity*), вратити неосновано стечено. В., Ј. В. Ames, „The History of Assumpsit, Part II“, *Harvard Law Review*, 1888-1889, стр. 63-69 и К. Zweigert, Н. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. II – Institutionen*, стр. 283-284. У римском праву, квазиуговорне обавезе су у посебну групу облигационих односа, и то најприближнијих уговорима – *quasi ex contractu* - издвојили Јустинијанови компилатори.

¹⁴⁵ PEL *Unjustified Enrichment*, стр. 173.

посла (*judicial act*), одлуке суда или одговарајуће правне норме. Неоснованим се не сматра пренос користи на које је осиромашени пристао, слободно и без заблуде (чл. 2: 101 (1) *PEL Unj. Enr.*), осим ако није постигао намеравану сврху преноса или ако се његово очекивање није остварило, што је обogaћеном било или морало бити познато, па је пристао да у том случају врати стечену корист (чл. 2: 101 (4)).

Наведеном нормом најпре је обухваћен пренос користи без правне обавезе – уговорне, судском одлуком или законском одредбом конституисане, под условом да је осиромашени био у заблуди о постојању своје обавезе. Типичан пример је исплата недогованог (субјективно или објективно непостојећег дуга).

Реститутивна обавеза настаје и у случају предаје ствари или новца обogaћеном под утицајем заблуде, преваре или претње.

Правни основ стицања недостаје и у случају испуњења обавезе из ништавог или рушљивог уговора, под условом да буде поништен и да поништење има ретроактивно дејство. Реституција чини даба из уговора који је накнадно престао раскидом или одустанком потрошача, по схватању Студијске групе, није део права о неоснованом обogaћењу, већ уговорног права. Због тога се реституција испуњених чини даба не врши по правилима које је предложила Студијска група, већ се упућује на примену правила *DCFR*-а којима је уређено успостављање пређашњег стања по престанку пуноважног уговора.¹⁴⁶

Обogaћење радњом осиромашеног, које укључује до сада наведене облике неоснованог обogaћења, обухвата и ситуацију у којој осиромашени увећа вредност или на други начин побољша туђу имовину, без правног основа, или ако испуни туђу обавезу.

Посебан облик стицања без основа представља недопуштено присвајање користи намењених другоме, неовлашћену употребу туђе ствари и неовлашћено вршење туђег права (најчешће, то је право апсолутног дејства, нпр., лично или право интелектуалне својине).

¹⁴⁶ *Draft Common Frame of Reference*, скраћено *DCFR* III, 3: 510-514, видети образложење у *PEL Unjustified Enrichment*, стр. 174-175. У слободном преводу, *Draft Common Frame of Reference* значи Заједнички оквир појмова (референци) и представља својеврстан речник израза и кључних појмова приватног права, који се једнообразно користе у правима европских земаља.

3) Елементи (претпоставке) реститутивне обавезе обогаћеног

Правила о неоснованом обогаћењу, заснована на јединственом принципу, објашњена су прецизном и потпуном анализом његових елемената, тако да се искључује могућност противречног тумачења употребљених појмова, или се макар своди на најмању меру.

Четири су кључна елемента неоснованог стицања, уједно, то су и претпоставке које реститутивни поверилац мора доказати да би захтев за повраћај био успешан. То су: обогаћење реститутивног дужника; њему одговарајуће осиромашење реститутивног повериоца; суштинска повезаност између ова два догађаја, која указује да се обогаћење на неки начин може довести у везу или приписати осиромашењу¹⁴⁷; и неоснованост, неоправданост обогаћења, јер нема правног основа стицања или задржања користи.¹⁴⁸ Ови елементи су изведени из чињеничног стања неоснованог обогаћења и, да би се створила реститутивна обавеза, неопходно је да су кумулативно испуњени.

4) Однос права о неоснованом обогаћењу са другим областима грађанског права

По виђењу Студијске групе, правни институт неоснованог обогаћења је самосталан извор облигационих односа, који слободно конкурише другим захтевима реститутивног усмерења.

Начело супсидијарности захтева из неоснованог обогаћења није опште правило значајнијих европских грађанских законика. У *Code civile*-у овај захтев је супсидијаран и примениће се тек ако нема услова да се примене правила стварног, одштетног или права о пословодству без налога. На другом полу је ВГВ, на коме је и предлог Студијске групе, и ниједан од наведених делова грађанског права нема предност у примени: уколико се реститутивни захтев може утемељити на више различитих основа, реститутивни поверилац слободно бира онај који сматра повољнијим, али не може их кумулирати тако да из истог чињеничног стања оствари двоструку надокнаду (једино може по другом, алтернативном основу, остварити недостајући део до потпуне реституције).

¹⁴⁷ Овај услов омогућава идентификацију учесника облигационог односа насталог из стицања без основа, који не морају бити познати у тренутку обогаћења, тј. осиромашења. На пример, ако у ланцу стицања учествује више лица, јер обогаћени није стекао корист непосредно од осиромашеног, мада јесте на његов рачун.

¹⁴⁸ *PEL Unjustified Enrichment*, стр. 179.

Несупсидијарност правила о неоснованом обogaћењу објашњава се анализом односа између овог и института пословодства без налога, проузроковања штете, уговора и права својине.

Пословодство без налога и неосновано обogaћење су у односу међусобне искључивости и ретко ће из истог чињеничног стања моћи да се изведу оба захтева. Чак и када постоји поклапање, кључна разлика је у намери пословође без налога да дела у интересу господара посла. Са друге стране, такве намере нема код осиромашеног или постојећа није подржана ваљаним (допуштеним) правним односом, а често осиромашени није ни свестан да његови поступци не користе њему, већ другом лицу, чију имовину увећавају.

Однос проузроковања штете и неоснованог обogaћења захтева суптилнију анализу, зато што има и таквих противправних радњи које не продукују само губитак – штету за оштећеног, већ штетнику доносе одређену добит, те могу постати и елементом чињеничног стања неоснованог обogaћења. Школски су пример случајеви обogaћења властитом радњом – неовлашћеним вршењем туђег личног или права интелектуалне својине (нпр., права на слику или лиценцирани производ). Уколико постоји подударност између чињеничног стања норме која налаже надокнаду штете и норме којом је установљена реститутивна обавеза неосновано стеченог, оштећени/осиромашени може да изабере по ком ће основу захтевати успостављање пређашње имовинске позиције. Судска пракса показује да је опредељење у корист правила о неоснованом обogaћењу чешће уколико је остварена добит већа од претрпљених губитака (штете) или ако их је тешко доказати.¹⁴⁹ Није занемарљив ни утицај дужег рока застарелости захтева из неоснованог обogaћења на опредељење да се пређашње стање успостави применом правила о овом правном институту.

Изван ових случајева, остају ситуације у којима нема идентитета између проузроковања штете и неоснованог обogaћења. Разлика је више, а ми овде наводимо неке: 1. постојање штете или губитака није услов захтева из неоснованог обogaћења, усмереног на повраћај неосновано стечене користи; 2. ова корист је основ за одређивање висине реститутивне обавезе, чијим извршењем треба пренети стечену корист из имовине обogaћеног, који на њу нема права, у имовину осиромашеног, коме правно припада или му је намењена; 3. надокнада штете има супротан циљ – преваљивање штетних последица са оштећеног на одговорно лице, па је висина надокнаде одређена према губицима које оштећени трпи; 4. кривица је најчешћи основ

¹⁴⁹ У енглеском праву се овакав избор захтева назива одрицањем од (надокнаде) штете, *waiver of tort*. Више у: *PEL Unjustified Enrichment*, стр. 177.

и услов деликтне одговорности, али није елемент неоснованог обogaћења – савесност не гаси реститутивну обавезу стицаоца, али може да коригује њен обим.

Однос уговора и неоснованог обogaћења је однос искључивости, што произлази из самог појма неоснованог обogaћења. Реститутивна обавеза темељи се на одсуству правног основа да се стечено задржи, па је уговор, као могући основ ваљаног стицања, правна препрека реституцији. Пуноважан уговор објашњава повериочево овлашћење да задржи испуњену чинидбу, што је у стању да учини и неважећи уговор, макар привремено, док се не поништи. Све док постоји, уговор је сметња успостављању пређашњег стања.

Раскид уговора, са друге стране, отвара пут ка реституцији под условом да делује ретроактивно. Реституција се неће вршити по правилима о неоснованом обogaћењу које је предложила Студијска група, и то је изричито прописано у чл. 7: 101 (1), који је део посебног поглавља насловљеног „Однос (неоснованог обogaћења) са другим правним нормама“.¹⁵⁰ У случају престанка пуноважног уговора, предност у примени дата је правилима уговорног права.¹⁵¹

3. Неосновано обogaћење - Стицање без основа Закон о облигационим односима

„Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи. Обавеза враћања, односно накнаде вредности настаје и кад се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или је отпао.“

Ово су одредбе чл. 210 Закона о облигационим односима¹⁵², којим се установљава обавеза враћања (реституције) у случају промене у имовинскоправним сферама двају лица која је без правног основа и, уколико не би била извршена, довела би до обogaћења једног лица на рачун другог. Наведеним и одредбама које следе (чл. 210-219 ЗОО) уређено је стицање без основа, или неосновано обogaћење, као посебан

¹⁵⁰ Члан 7: 101 (1) PEЛ Unj. Enr. гласи: „О правним последицама обogaћења на основу уговора или другог правног посла одлучује се на основу посебних правила којима је установљена или искључена обавеза враћања у случају раскида или одустанка од уговора, снижења цене или из других разлога.“ Израз „обogaћење“ треба интерпретирати у смислу стицања користи на основу уговора или друге правне радње, који су престали са дејством *ex tunc*.

¹⁵¹ Више: PEЛ *Unjustified Enrichment*, стр. 519-523.

¹⁵² Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, даље: ЗОО.

извор облигационих односа, поред уговора, проузроковања штете, незваног вршења туђих послова и једностране изјаве воље.

У наставку, анализирали смо правила ЗОО о реституцији када јој је повод неосновано обogaћење, подсетимо – њено родно место. Осим што се примењују на овај извор облигационих односа, разматрана реститутивна правила могу се применити и на већину других случајева успостављања пређашњег стања, без обзира да ли се законом изричито упућује на њих или сходна примена произлази из разлога због кога се врши реституција, а то је - одсуство правног основа да се стечено задржи. Мислимо на тзв. специјалне кондикције, попут захтева за повраћај испуњених чинидаба из неважећег уговора, којима се може али и не мора одступати од општег реститутивног режима, прописаног одредбама чл. 210-219 ЗОО.

У односу насталом на темељу чињенице стицања без основа, страна која је нешто примила без правног основа или без основа држи (стицалац без основа, обogaћени) дужна је вратити другој (осиромашеном) оно што је од ње примила, тј. што је њој намењено (натурална реституција), а ако то није могуће – надокнадити у новцу вредност постигнутих користи (новчана реституција).

Општа правила о стицању без основа уређена су одредбама чл. 210-219 ЗОО, и она се примењују на: исплату туђег дуга, употребу туђе ствари у своју корист, употребу своје или туђе ствари у корист другог, учињене издатке за другог, као законом изричито уређене облике неоснованог стицања. Њима је заједничко да је реститутивни поверилац испунио обавезу која није његова или учинио нешто друго на шта није био обавезан он, већ неко други, или да је на други начин умањео своју имовину повећавајући имовину другог лица, за шта није било правног основа. Издваја се једино стицање неовлашћеном употребом туђе ствари у властиту корист, јер се не темељи на радњи осиромашеног, већ обogaћеног лица.

Опште одредбе о стицању без основа допуњене су посебним, које уређују неке случајеве неоснованог обogaћења, иако их законодавац није означио овим називом. То је случај са одредбама о успостављању пређашњег стања као правној последици ништавости уговора или његовог раскида, код којих неоснованост стицања произлази из чињенице да су обавезе испуњене с обзиром на основ који никада није ни постојао, макар не пуноважно (ништав или рушљив уговор) или накнадно отпали основ (раскид уговора). У наведеним случајевима реститутивна обавеза не настаје следом чињенице да су саговорачи обogaћени пријемом испуњених чинидаба, већ да нема разлога да задрже оно што су један од другог примили.¹⁵³

¹⁵³ Т. Tumbri, „Stjecanje bez osnove“, *Naša zakonitost*, бр. 9-10/1988, стр. 1056.

И пре законског уређења, стицање без основа је било извор облигационих права и обавеза, означавано називима „неосновано обogaћење“, „неправедно обogaћење“, „неправично обogaћење“, „обogaћење на туђ рачун“, „безразложно обogaћење“, „обogaћење без основе“. Најпознатији и најупотребљаванији је назив „неосновано обogaћење“, али га наш законодавац замењује изразом „стицање без основа“, желећи да нагласи правне елементе института више него његову економску страну, на коју асоцира израз „обogaћење“. Неки од употребљаваних израза наглашавају моралну димензију института, попут „неправедно“ или „неправично обogaћење“. У Општем имовинском закону коришћен је израз „неоправдано користовање туђим“. У енглеском и другим правима англосаксонског правног система веза између овог извора облигационих односа и етичких принципа који га објашњавају такође је очувана преко назива *unjust enrichment*, у значењу неправично обogaћење.

По неким ауторима, законским термином „стицање без основа“ истовремено се одређује и обим реститутивне обавезе, којом је обухваћено враћање оног што је примљено без основа, без обзира да ли постоји и у време подношења реститутивног захтева или не. Израз „обogaћење“ своди реститутивну обавезу само на оно што постоји у тренутку подношења захтева за повраћај и што се у имовини реститутивног дужника (обogaћеног) исказује као неосновано стечена корист.¹⁵⁴ Видећемо, међутим, да је тачност наведене констатације о обиму реститутивне обавезе најмање троструко условљена: најпре, врстом реституције (натурална или новчана), затим, начином дефинисања појма „обogaћење“ (корист која је ушла у имовину обogaћеног или постојећа корист у време подношења захтева за њену реституцију), напослетку, и савесношћу/несавесношћу обogaћеног.

а. Облици стицања без основа по Закону о облигационим односима

Општим правилом из чл. 210 ЗОО обухваћени су сви облици стицања без основа, без обзира како су настали: радњом осиромашеног, радњом обogaћеног или трећег лица, дејством спољних околности, на допуштен или недопуштен начин. Раније, они су били санкционисани кондикцијама и верзијама, али по важећим правилима непотребно је и даље их разликовати, јер се пређашње стање, као циљ захтева из неоснованог обogaћења, успоставља једном, општом тужбом *condictio sine causa*.

Типични случајеви (облици) стицања без основа су:

¹⁵⁴ Тако, Т. Tumbri, нав. дело, стр. 1056.

1) Испуњење недугованог, *condictio indebiti* (плаћање истог дуга два пута; испуњење две или више чинидаба, а дугована је само једна; испуњење туђе обавезе са уверењем да се испуњава властита; испуњење постојеће обавезе погрешном – путативном повериоцу); присилна наплата дуга од погрешног лица; плаћање више од дугованог; испуњење пре наступања одложног услова; испуњење по правном основу који је ништав (осим ако је разлог неважности непоштовање битне форме, а обавезе су испуњене у целости или претежном делу и из циља ради ког је форма прописана очигледно не произлази нешто друго, чл. 73 ЗОО).

2) Стицање с обзиром на основ који се није остварио (испуњење чинидбе у очекивању противчинидбе – *causa data causa non secuta (condictio ob rem)*, или остварења одређеног циља који није постигнут – *condictio ob causam futuram*, чл. 210 ст. 2 ЗОО).

3) Стицање с обзиром на основ који је касније отпао, *condictio ob causam finitam* (раскид или одустанак од уговора, поништење рушљивог уговора, које је могуће сврстати и под ово, али и под стицање испуњењем недугованог, чл. 210 ст. 2 ЗОО).

4) Испуњење чинидбе да би се од себе одвратила недопуштена радња, чл. 211 ЗОО („Ко изврши исплату, знајући да није дужан платити, нема право да захтева враћање, изузев ако је задржао право да тражи враћање или ако је платио да би избегао принуду.“).

5) Пријем чинидбе противно закону или моралу (*condictio ob vel turpem causam*)

6) Стицање користи употребом туђе ствари у своју корист (чл. 219 ЗОО); пренос користи употребом своје или туђе ствари у корист трећег (чл. 217 ЗОО).

7) Стицање користи радом неког лица (овај облик неоснованог обogaћења изводи се из опште формулације да стицање без основа може настати *на било који начин*, прелазом вредности из имовине једног у имовину другог лица).

8) Издатак за другог (када осиромашени учини или да нешто уместо обogaћеног, што је овај био дужан учинити, чл. 218 ЗОО).

б. Начини испуњења реститутивне обавезе

Основно правило враћања из чл. 210 ст. 1 ЗОО гласи да се осиромашеном има вратити онај део имовине који је без основа, на било који начин, прешао у имовину обogaћеног. Враћање се, пре свега, врши у натури, па је објекат реститутивне обавезе одређен врстом ствари (схваћене у ширем смислу тако да обухвата и права) коју је

обogaћени стекао без правног основа. Чини се да је уједно одређен и обим реститутивне обавезе, макар у односу на њен главни предмет (то је оно што је неосновано стечено), и да се утврђује на основу осиромашења: оно што се враћа, мора, и по идентитету и по вредности, одговарати умањењу имовине реститутивног повериоца.

У наставку одредбе чл. 210 ст. 1 ЗОО уређена је новчана реституција као замена за натуралну. Ако стицалац није у стању да врати предмет обogaћења, дужан је да надокнади *вредност постигнутих користи* (подвукла аут.). Мерило реститутивне обавезе, ако се извршава у новцу, чини се да више није осиромашење реститутивног повериоца (као код натуралне реституције), већ обogaћење реститутивног дужника: он надокнађује вредност постигнутих користи, а оне могу бити мање од стеченог (нпр., уколико је отуђио стечени предмет испод његове тржишне цене), веће (ако је ствар отуђена по вишој цени), али и не морају постојати (јер је стечени предмет отуђен без надокнаде, пропао или потрошен).

Да ли реститутивни поверилац добија исту вредност ако се повраћај у пређашње стање врши по правилима натуралне реституције или добија мање, тј. више ако је реституција новчана? Да бисмо одговорили на ово питање, морамо најпре анализирати појмове осиромашења и обogaћења, који су и претпоставке настанка облигационог односа између реститутивног повериоца (осиромашени) и реститутивног дужника (обogaћени). Потребно је испитати и утицај на реститутивну обавезу савесности, тј. несавесности стицаоца, с обзиром да законским правилима враћање стеченог (означићемо га главним предметом реститутивне обавезе) није доведено у везу са овом чињеницом. Савесност/несавесност постаје релевантан критеријум утврђивања обавезе враћања или надокнаде вредности плодова и користи од употребе, али и критеријум процене коју врсту трошкова и у ком обиму треба надокнадити реститутивном дужнику.¹⁵⁵

1) Одређивање појмова „осиромашење“ и „обogaћење“

Садржину реститутивне обавезе обogaћеног чини враћање онога чиме се обогатио или давање противвредности, а, према томе коју од ових престација испуњава, реституција може бити натурална или новчана. Одговарајуће овој обавези је овлашћење осиромашеног да потражује ствар која је без основа прешла из његове у имовину обogaћеног или надокнаду њене вредности. Ово је основно правило које се изводи већ

¹⁵⁵ Видети чл. 214 и 215 ЗОО.

из самог смисла и циља забране неоснованог обogaћења (успостављање пређашњег стања у имовинама обеју страна облигационог односа насталог стицањем без основа), али и чињенице да реститутивна обавеза настаје независно од савесности, па је начелно дугује и обogaћени који није знао нити је могао знати да му стечено правно не припада.

Домаћи законодавац је прилично јасан у одређивању предмета и обима враћања главног предмета реституције уколико се овај враћа у натуралном облику. Обogaћени је дужан да врати стечену (индивидуално одређену) ствар у истом виду у коме је она ушла у његову имовину (укључујући и плодове, ако их има) или да преда исту количину ствари које, по врсти и квалитету, одговарају стеченим (генеричним и заменљивим) стварима. У томе се састоји осиромашење реститутивног повериоца, и он има право на његов повраћај.

Осиромашење је један од појмовних елемената стицања без основа, што није спорно чак и ако није изричито поменуто у законској одредби. У већини европских закон(ик)а појам осиромашења је замењен описним изразима који указују да је стицање уследило *на рачун другог лица или из његове (осиромашеног) имовине*.¹⁵⁶

У савременој теорији упоредног права (пре свега, оних права у којима се инсистирало на непосредној вези између осиромашења и обogaћења, попут немачког права) појам осиромашења добија другачије значење од класичног, којим је указивано на осиромашење као претпоставку коју треба доказати да би се успело у кондикционом (реститутивном) захтеву. Такав је случај и са појмом обogaћења. Чини се да су ови појмови изгубили своје некадашње значење услова реститутивног захтева.¹⁵⁷ Њихова се функција променила: „осиромашење“ служи идентификацији повериоца реститутивног захтева, што је од посебног значаја када у ланцу неоснованог стицања учествује више лица, па је веза између страна облигационог односа из неоснованог обogaћења успостављена тек посредно. Тада обogaћени стиче корист на рачун другог, али не и непосредно од њега, већ, нпр., преко банке која, испуњавајући налог добијен од свог клијента и правог осиромашеног, средства погрешно дозначи другом лицу. Класично поимање осиромашења указивало би на банку као страну овлашћену да захтева

¹⁵⁶ Видети § 812 BGB-а „auf Kosten einen anderen“; чл. 62 I OR-а „aus dem Vermögen einen anderen“; чл. 210 ст. ЗОО „кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица.“

¹⁵⁷ Нова правнотеоријска тумачења одговарају и ставовима судске праксе. У судским одлукама се осиромашење и обogaћење подразумевају чим је дошло до прелаза вредности из имовине једног лица у имовину другог, па остаје да се утврди основаност прелаза и, у зависности од тога, постојање и висина реститутивне обавезе. В., Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 231-246.

повраћај испуњеног, јер је стицање непосредна последица њене радње. Прави поверилац је ипак онај на терет чије имовине је банка испунила добијени налог.

Нова улога појма осиромашења омогућава и прецизније разликовање реституције из неоснованог обogaћења у односу на надокнаду штете. Надокнадом штете поравнава се умањење имовине оштећеног, и њен се обим пре свега концентрише око његовог губитка. Враћањем неосновано стеченог у имовину осиромашеног поравнава се биланс између његове и имовине обogaћеног, са нагласком да је разлог реституције непостојање правног основа стицања, а не умањење имовине - осиромашење осиромашеног. Битно је да је обogaћени примио нешто што му не припада, на рачун осиромашеног, његовом радњом или на други начин. Висину реститутивне обавезе одређује стечена корист којом је увећана имовина обogaћеног, која је променљива величина, и може зависити од времена своје процене, савесности реститутивног дужника, евентуално и насталих промена у његовој имовини у вези са неосновано стеченим.

Обogaћење, са друге стране, стиче на значају код новчане реституције, где је важно утврдити шта треба вратити – вредност неосновано стечене ствари или примљеног новца, или само износ који у моменту постављања реститутивног захтева још увек постоји у имовини обogaћеног, приказујући се као преостало обogaћење. Разуме се да од исправног дефинисања обogaћења зависи обим враћања главног предмета реституције само ако су се у међувремену, од стицања до постављања захтева да се стечено врати, ове вредности промениле. Сагледавање обogaћења у светлу ове нове функције омогућава заштиту савесног реститутивног дужника уколико је обogaћење „отпало“ и не постоји у његовој имовини, или је умањено у односу на првобитно стечену корист која је изашла из имовине осиромашеног. У супротном, испуњење реститутивне обавезе у висини губитка осиромашеног водило би осиромашењу обogaћеног, а то није циљ реституције. Ново поимање обogaћења, којим се узимају у обзир и промене у имовини реститутивног дужника, спречава одговорност за тзв. наметнуто обogaћење, код којег се обавеза враћања ствара већ на темељу чињенице да је било неоснованог прелаза имовинских вредности, независно од тога да ли је обogaћеном и било корисно и да ли је на њега пристао.

2) Чиниоци који утичу на садржину и обим реститутивне обавезе

Реститутивни захтев у битном је одређен природом предмета обogaћења, наиме, да ли је то ствар, новац, право, корист од употребе туђе ствари или прибирања плодова, корист од неосновано примљене услуге, неосновано стеченог потраживања, ослобођења од дуга и слично.

На реститутивну обавезу – садржину, обим и начин извршења, утичу и други чиниоци.

1) У вези са обogaћењем које се не изражава предметно (новцем или стварима), као што је корист од туђег рада (услуге), употреба туђе ствари у своју корист и слично, отвара се проблем обрачуна вредности стечене користи, коју треба вратити, и релевантног тренутка процене – време стицања или време подношења захтева за реституцију. Важно је утврдити и из ког разлога стицању недостаје правни основ, јер ако је то неважност уговора којим се преноси овлашћење употребе ствари, нпр., закуп, реституција може изостати због природе чинидбе (ништавост не укида чињеницу да је ствар коришћена), правила узајамне реституције као правне последице ништавости и забране неоснованог обogaћења, до чега би дошло уколико би, нпр., закуподавац морао да врати исплаћено на име закупнине.¹⁵⁸

2) Ако се обogaћење састоји у стицању ствари или новца као посебне врсте ствари, потребно је решити проблем ранга међусобног односа реститутивног повериоца са другим повериоцима обogaћеног. Треба утврдити да ли реститутивном повериоцу припада излучно или разлучно право на ствари чији повраћај захтева, што значи да би имао право првенства у односу на све остале повериоце, или има положај обичног, облигационоправног повериоца. Одговор на ово питање одређен је неколиким чињеницама.

а) Најпре, правилима о начину стицања права својине и правним последицама неважности или на други начин престанка правног основа стицања (ако се својина стиче деривативним путем). По њима ћемо утврдити да ли је преносилац-осиромашени остао власник ствари иако нема државину, што значи да је у положају привилегованог повериоца, или је престало његово право својине, па му у намирењу конкуришу остали повериоци обogaћеног. У нашем праву, неважност *iustus titulus*-а онемогућава пуноважно стицање не само обogaћеног већ и његових следбеника, па ће осиромашени,

¹⁵⁸ Специфичности реституције чинидаба испуњених на име неважећих дуготрајних уговора детаљно су изложене у III поглављу, „Реституција у уговорном праву“, т. г. 2) „Модификација реститутивних правила због природе дуговане радње или природе уговорног односа“ – „Утицај природе (врсте) уговорног односа на реституцију (реституција испуњеног на име неважећих дуготрајних уговора)“.

будући да је и даље власник, моћи ствар да виндицира. У случају стечаја обogaћеног, осиромашени има излучно право на ствари, с тим да се може другачије предвидети посебним прописима о стечају, због чега је неопходно у коначном одређивању правног положаја осиромашеног и њих имати у виду.¹⁵⁹

б) Ако се неосновано стечена корист састоји у пријему новца (нпр., исплатом недугованог), начелно је правило да је реститутивни захтев осиромашеног за повраћај новца класично облигационоправно потраживање и да му не обезбеђује првенствени, већ једнак ранг са осталим повериоцима обogaћеног. Правило је надахнуто природом новца и чињеницом да новац губи идентитет након што уђе у имовину обogaћеног и помеша се са другим његовим стварима. У пракси, смешом ствари, па и новца осиромашеног и обogaћеног, својину стиче овај последњи, а осиромашени стиче кондикциони захтев за повраћај суме новца у номиналном износу, увећаног за износ камате од дана стицања до исплате. Будући да је кондикциони захтев облигационоправне природе, осиромашени нема привилегован положај (право првенства), а губитак права следовања произлази већ из чињенице да је новац изгубио идентитет мешањем са другим стварима у имовинској маси обogaћеног.¹⁶⁰

в) Напослетку, о правном положају реститутивног повериоца понекада ћемо одлучивати одмеравањем претежнијег интереса: заштита осиромашеног или правне сигурности и трећег савесног лица које истиче стварноправне претензије ка истој ствари. Често ће нам разлози правне сигурности налагати да одступимо од правила неприкосновености својине и да предност дамо савесном трећем лицу науштрб (такође недужног) осиромашеног.

3) Да бисмо имали потпуну слику о садржини и обиму реститутивног захтева за повраћај ствари, неопходно нам је познавање правила о стицању својине, зато што нам она одређују карактер реститутивног захтева: стварноправни (виндикациони) захтев осиромашеног, јер је он и даље власник ствари неосновано изашле из његове имовине, због чега је он и титулар права следовања и првенства у односу на сва трећа лица, или

¹⁵⁹ Исти правни положај реститутивном повериоцу обезбеђују сва права у којима се својина стиче каузалном традицијом, нпр., аустријско или швајцарско право. Француско право, начелно, следи овај принцип, коригујући га у корист савесног стицаоца својине на покретној ствари, коме је ова предата у државину, правилом *la possession vaut titre*. У немачком праву, принцип апстрактне традиције осиромашеног лишава стварноправне заштите, па се он штити на терену облигационог права, и то правилима о неоснованом обogaћењу. Њихов је домашај скромнији, јер не омогућавају да осиромашени, који је изгубио својину, следи ствар или да има првенствено право у односу на остале повериоце стицаоца (новог власника). Детаљно излагање превазилази тему рада, па упућујемо на: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 281-309.

¹⁶⁰ Правила упоредног права, која су у битноме идентична са правом наше земље, в. у: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 267-280.

је захтев облигационоправни (кондикциони), јер је треће лице стекло својину на ствари оригинарним путем, а осиромашени изгубио наведена права. Тада се реституција врши надокнадом вредности ствари.

4) Обим реститутивне обавезе у случајевима обogaћења неоснованом употребом туђе ствари или стицањем користи на други начин, на пример радом осиромашеног, одређује пет кључних чињеница:

а) вредност по којој се утврђује висина постигнуте користи (објективна или субјективна) и тренутак према коме се вредност процењује;

б) утицај промена предмета обogaћења на висину обавезе, која је новчана. Треба испитати да ли се надокнађује корист од неосноване употребе ствари или могућност употребе, и у којој мери се води рачуна о томе да је осиромашени заиста и намеравао користити ствар, у чему је био спречен, јер ју је користио обogaћени; да ли пропаст или умањење вредности првобитног предмета обogaћења гаси, тј. умањује обим обавезе враћања, и од чега то зависи; да ли реститутивни дужник има право на надокнаду трошкова у вези са предметом обogaћења;

в) проблем наметнутог обogaћења, које је могуће ако обogaћени није имао никакве користи од неосновано стеченог; у мери у којој се о овоме води рачуна, реститутивна обавеза се може умањити или сасвим и угасити;

г) расподела губитака и штете обogaћеног, насталих у вези са неосновано стеченим;

д) утицај (не)савесности реститутивног дужника на постојање и обим реститутивне обавезе.

в. Правила враћања неосновано стеченог по Закону о облигационим односима и њихова правнотеоријска и интерпретација у судској пракси

По Закону о облигационим односима, обим враћања главног предмета стицања не зависи од савесности реститутивног дужника, који је дужан да врати оно што је без основа ушло у његову имовину, без обзира да ли заиста и постоји у време подношења захтева за реституцију. Само је реституција споредних користи (од употребе и прибирања плодова) условљена и квантитивно одређена савесношћу, јер савесни обogaћени враћа или надокнађује само користи постојеће у време подношења захтева за повраћај, док несавесни обogaћени мора надокнадити и корист од употребе и плодове већ од момента стицања.¹⁶¹

¹⁶¹ В., чл. 214 ЗОО о обиму враћања.

Ово је законско правило језички (дословно) интерпретирано. Други начин одређивања обима реститутивне обавезе (и главног предмета и споредних користи) јесте да се он учини зависним од савесности, те да једна правила важе за савесног обogaћеног, а друга за оног коме је неоснованост стицања била или могла бити позната. На потребу уважавања чињенице савесности указано је и у домаћој литератури и у пракси судова.

1) Правила враћања неосновано стеченог (главног предмета реститутивне обавезе) у натуралном облику

Успостављање пређашњег стања у натуралном облику једноставно је уколико је главни предмет стицања ствар или новац, и постоји у неизмењеном облику у време враћања. Враћа се иста, индивидуално одређена ствар која је била део имовинске масе осиромашеног, тј. иста врста ствари, одговарајућег квалитета и количине, ако је предмет стицања потрошна, заменљива или ствар одређена по роду.

Ствар треба вратити у постојећем стању, чак и ако одступа од првобитног, а о евентуалној одговорности обogaћеног због штетних промена на ствари или о његовом праву на надокнаду увећане вредности ствари, одлучити по правилима одштетног права (у првом случају) и правилима облигационог права о надокнади трошкова стицаоцу без основа (у другом случају). Уколико се реституција врши по правилима стварног права и реивиндикационом тужбом, меродавна за надокнаду трошкова стицаоцу јесу правила којима је уређен однос власника и држаоца, који враћа ствар.

Реституција суме новца такође је натурална, иако се не враћају исте новчанице. Враћа се одговарајућа вредност новца, по правилу, независно од савесности реститутивног дужника, чији се правни положај изједначава са положајем зајмопримца. Изузетно је могуће савесног примаоца исплате (обogaћеног) ослободити обавезе враћања - уколико је, као поверилац и не знајући да му је обавезу испунио путативни дужник, напустио средства обезбеђења, вратио меницу и слично, па не може да реализује потраживање од правог дужника. У таквом случају се гаси само реститутивна обавеза правог повериоца (*accipiens*-а), јер ће путативни дужник усмерити захтев из неоснованог обogaћења према правом дужнику, чију је обавезу испунио.¹⁶² Прималац испуњења не сматра се обogaћеним, јер је поверилац дуговане обавезе. Однос из

¹⁶² На исти начин поступа се и у упоредном праву и судској пракси. В., Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 342.

неоснованог обogaћења успоставља се између испуниоца туђе обавезе и њеног дужника – правог обogaћеног, дужног да испуниоцу надокнади плаћено, увећано за законску камату од дана испуњења до исплате осиромашеном.¹⁶³

Враћање новца као главног предмета неоснованог стицања суочено је са другом врстом проблема, изазваном могућим обезвређивањем његове вредности, посебно ако је протекао дужи период између стицања и одлучивања о реститутивном захтеву. Коју вредност враћа обogaћени: номиналну или валоризовану, и од ког тренутка тече законска камата, која се обрачунава за сваку новчану обавезу?

Опредељење за принцип номинализма или принцип валоризма одређено је ставом законодавца о бољем начину очувања вредности новца и интереса повериоца новчаног потраживања.

Принцип номинализма значи враћање оног броја новчаних јединица на који обавеза гласи (чл. 394 ЗОО). Примењено на неосновано стицање, правило значи да је обogaћени дужан исплатити стечену новчану вредност, па и ако је вредност новца у међувремену пала. Поверилац новчаног потраживања – осиромашени заштићен је правом на законску (затезну) камату, без обзира да ли је претрпео какву штету. Законска камата је својеврсна претпостављена штета коју трпи сваки поверилац новчаног потраживања, заснована на правилу да се новац увек може корисно употребити, и дугује се од тренутка падања дужника у доцњу (чл. 277 ст. 1 ЗОО).

Зависном од савесности обogaћеног није учињена обавеза враћања новца, већ само њен обим. Дугује је свако ко је без основа примио исплату, али, ако је био савестан, платиће камату од дана подношења реститутивног захтева, иначе – од дана стицања (чл. 214 ЗОО).

Страна законодавства такође су се определила у корист враћања номиналне вредности неосновано примљене суме новца, осим ако је законом одређено другачије, и тада се висина новчане обавезе одређује валоризационим принципом. Дужник новчане обавезе, па и обogaћени, имају вратити онај број новчаних јединица које по вредности одговарају примљеном износу. Овакав начин обрачуна ипак је изузетак у реститутивном праву, па га судови (мимо законом изричито одређених случајева) примењују уколико га сматрају правичнијим исходом, с обзиром на околности (нпр., у време високе инфлације).¹⁶⁴

¹⁶³ Право на повраћај има само савесни осиромашени, осим ако су испуњени услови за повраћај без обзира на знање да се испуњава недуговано. В., чл. 211 и 218 ЗОО.

¹⁶⁴ Видети: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 342-355.

2) Правила враћања неосновано стеченог (главног предмета реститутивне обавезе) надокнадом у новцу

По Закону о облигационим односима, обавеза враћања главног предмета реституције не зависи од односа обogaћеног према основу стицања, нити од могућих промена на предмету за време његовог поседовања.

Законодавац је прописао да се надокнађује *вредност постигнутих користи* услед немогуће натуралне реституције, а то ће бити случај ако је ствар променила првобитни облик – потрошена је, отуђена, пропала је или је уништена. Да бисмо утврдили новчани износ који треба исплатити, морамо најпре идентификовати да ли постоји корист од главног предмета обogaћења у имовини реститутивног дужника, која се може састојати у видљивом повећању њене нето вредности или у очувању од очекиваног умањења, дакле, у уштеди. Након тога, претварамо идентификовано обogaћење у суму новца коју треба исплатити, и она је, по законодавчевом ставу, иста без обзира на (не)савесност реститутивног дужника.

Правна теорија и судска пракса законско правило ипак интерпретирају у контексту једног од основних начела облигационог права – начела савесности и поштења, штитећи на тај начин оправдане интересе обеју страна у правном односу насталом на темељу неоснованог обogaћења.

Требало би, дакле, савесности обogaћеног дати значаја већ у одређивању обима враћања главног предмета обogaћења, који се не може вратити у натуралном облику, па бива замењен новчаном надокнадом своје вредности.

Уколико је главни предмет враћања изгубио свој идентитет, услед чега је немогућ повраћај *in naturam*, а стицалац је савестан, требало би да се његова обавеза реституције угаси. Не само да не враћа главни предмет у натуралном облику, јер га таквог више нема, већ није дужан ни да надокнади његову вредност. Савесност му даје право да верује у оправданост и коначност стицања, па се његова фактичка и правна располагања могу поистоветити са власниковим. Ризик пропасти, отуђења или утрошка главног предмета стицања сноси осиромашени.

У домаћој правној литератури сматра се да је уважавање савесности правичније и у складу са једним од основних начела ЗОО – начела савесности и поштења (чл. 12). Ако је реститутивни дужник савестан, треба да врати само оно што постоји у његовој имовини у часу сазнања за неоснованост стицања, која се најчешће поклапа са тренутком подношења захтева за враћање. Уколико главног предмета стицања нема,

престаје и обавеза враћања, натурална и новчана. Вредност убраних, потрошених, отуђених и пропалих плодова до тог тренутка се не надокнађује.¹⁶⁵ Ова правила предложена у правној теорији треба да важе у свим случајевима у којима се реститутивна обавеза извршава у новцу.

Новчана реституција значи надокнаду у новцу вредности стечене користи. По закону, она ће заменити (из било ког разлога) немогућу натуралну реституцију (чл. 210). Одредбом је најпре утврђена врста реституције – дата је предност успостављању пређашњег стања у натуралном облику, осим ако то није могуће, па натурална реституција бива замењена новчаном. Затим је утврђена граница одговорности реститутивног дужника уколико се обавеза извршава у новцу, представљена изразом „вредност постигнутих користи“. Ради утврђивања коначног изгледа реститутивне обавезе, тј. њене висине, чл. 210 ЗОО допуњен је одредбом чл. 214 Закона, који уређује надокнаду користи од употребе главног предмета обogaћења (надокнаду плодова и плаћање затезне камате), и чл. 215 Закона, којим је утврђено право на надокнаду трошкова реститутивног дужника у вези са предметом који враћа.

Законске одредбе о висини реститутивне обавезе главног предмета стицања нису сасвим прецизне јер не говоре о значају савесности/несавесности реститутивног дужника и њиховом утицају на постојање и обим обавезе враћања, као што не утврђују ни време процене вредности стечених користи које се надокнађују у случајевима замене натуралне реституције новчаном. Нема законског одговора ни на питање да ли је обим реститутивне обавезе сталан, коначно утврђен већ у време настанка облигационог односа из неоснованог обogaћења (време стицања) или је променљив, прилагођавајући се евентуалним променама на главном предмету враћања, након што пређе у имовину дужника реституције.

У судској пракси постоје одређена правила по којима се поступа у примени чл. 210 ЗОО. Прихватањем правнотеоријског става да се натурална реституција замењује новчаном не само када је предмет неоснованог стицања ствар (која се због пропасти, оштећења, отуђења или утрошка не може вратити у истом облику) већ и ако се корист стиче радњом обogaћеног или осиромашеног, судови утврђују обим и вредност постигнуте користи извршеном радњом, чија надокнада у новцу постаје главном обавезом реститутивног дужника.

¹⁶⁵ В., Ж. Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. прва, стр. 644-648; В. Vizner, „Правила враћања стеченог без основа (*condictio*) по новом Закону о облигационим односима“, *Гласник АКВ*, бр. 12/1977, стр. 6-9; Т. Tumbri, нав. дело, стр. 1065. Савесност стицаоца уважава се и по правилима BGB-a, OR-a, Codice civile, Мађарског грађанског законика.

Вредност која се надокнађује је тржишна, дакле објективизована је, па је без утицаја субјективно вредновање осиромашеног или оцена обogaћеног да од стеченог предмета није имао никакве користи. Правно значајна је она тржишна вредност коју корист има у време пресуђења (између осталог, овај тренутак је релевантан и за процену висине надокнаде штете и новчане надокнаде чинидаба у случају поништења уговора¹⁶⁶), док њен обим зависи од савесности или несавесности реститутивног дужника.

Обим користи која се надокнађује у новцу одређен је чињеницом савесности реститутивног дужника: ако је стицалац био савестан, јер није знао нити је према околностима могао знати да му стечено не припада, треба да га надокнади само у обиму које оно има у време подношења тужбеног захтева за реституцију, који је и крајњи рок претпостављене савесности. Изгледа да се полази од претпоставке да ако је стицалац био савестан у време стицања, таквим остаје све време, до подношења реститутивног захтева, што свакако није правило. Могуће је да он касније сазна за непостојање правног основа стицања, свакако пре него је постављен захтев за враћање, па би требало испитати да ли за таквог обogaћеног важи правило *mala fides superveniens nocet*, које се примењује на узукапионог држаоца у одржају. Начелно, можемо рећи да би правило требало да важи и за стицаоца, с тим да се релевантним сматра само истинско сазнање за непостојање правног основа да се стечено задржи, а не већ и могућност сазнања или сумња у оправданост стицања.

Уколико је реститутивни дужник несавестан, релевантно за процену обима стечене користи је време неоснованог стицања, тј. дан када је између њега и осиромашеног настао облигационоправни однос.

У парницама за враћање неосновано стеченог, битан услов усвајања реститутивног захтева је постојање користи у имовини реститутивног дужника, каузално повезане са умањењем имовине реститутивног повериоца. Корист се може састојати у увећању имовине (*lucrum emergens*), али и у њеном очувању (*damnum cessans*), ако је обogaћени употребио неосновано стечено уместо намераване употребе сопствене ствари (нпр., неосновано примљеном сумом новца испунио је обавезу коју би, иначе, морао испунити из сопствених средстава). Условљавање реститутивне обавезе постојањем користи став је судске праксе, и одлучујуће утиче на одлуку о захтеву за враћање у случају пропасти, утрoшка или отуђења предмета стицања.

¹⁶⁶ В., чл. 189 ст. 2, 104 ст. 1 и 113 ст. 2 ЗОО.

Пропаст ствари без кривице (савесног) реститутивног дужника гаси обавезу надокнаде користи јер нема обogaћења као једне од њених претпоставки. Уколико је за пропалу ствар исплаћена накнада, обogaћења има још увек, у виду сурогата (нпр., сума осигурања), па ће реститутивни дужник (савестан и несавестан) испунити своју обавезу предајом сурогата (*praetium succedit locum rei*).

Несавесни реститутивни дужник у обавези је да исплати тржишну вредност стеченог, без обзира на (не)постојање сопствене одговорности за пропаст ствари.¹⁶⁷

Употреба ствари у своју корист (уtroшком, испуњењем обавезе према трећем лицу), по правилу, не гаси реститутивну обавезу, јер се сматра да је она обogaћеном увек корисна, био савестан или не, зато што би иначе морао употребити властита средства. Корист се исказује у виду уштеђених издатака, па је констатација тачна само ако је употреба била очекивана по редовном току ствари, али не и ако је последица изненадног стицања, а иначе је не би било. Школски пример је употреба неосноване исплате за луксузно путовање или више плаћених зарада и пензија за побољшање животног стандарда, чега у супротном не би ни било. Иако је корист неспорна, савесни обogaћени не би требало да надокнађује њену вредност, јер се уздао у основаност и коначност стицања и томе прилагодио животни стил.¹⁶⁸

Отуђење ствари онемогућава натуралну реституцију, а новчану – у зависности од тога да ли је отуђена за надокнаду или без ње, и у последњем случају, још и од савесности отуђиоца. Неспорно је да се реститутивна обавеза не гаси ако је за ствар добијена накнада, зато што је отуђилац њоме обogaћен, па је он дужан да ову корист преда осиромашеном. Ово је обавеза сваког реститутивног дужника, био он савестан или несавестан.

Отуђење ствари добротним располагањем гаси реститутивну обавезу (натуралну и новчану) само савесног обogaћеног, не само зато што у његовој имовини нема користи од главног предмета стицања коју би требало вратити већ зато што савесност изједначава његова располагања са власниковим. Реститутивни поверилац би могао да од трећег лица – стицаоца, захтева повраћај ствари, уз ризик да му овај

¹⁶⁷ Важан је субјективни однос обogaћеног према правном основу стицања, а не његов допринос у пропасти предмета стицања. Одговорност за пропаст може бити релевантна за евентуални одштетни захтев осиромашеног, али само да би се допунио износ који добија по правилима стицања без основа и ради потпуног уклањања претрпљеног имовинског губитка.

¹⁶⁸ На овај начин се у немачкој, француској и енглеској судској пракси одлучује о захтевима јавних служби које су грађанима грешком исплаћивале принадлежности у вишем износу од припадајућег. Основ и образложење одбијања захтева за повраћај је у грешци јавне службе, која мора да поднесе терет неоснованог стицања, јер би обавезивање прималаца исплате да врате више исплаћено водило њиховом осиромашењу. Видети: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 349-350.

супротстави перемпторни приговор стицања својине на неки од оригинарних начина (редовно, одржајем).

Несавесни реститутивни дужник мора да надокнади тржишну вредност ствари у време стицања, без обзира што је отуђио добротиним правним послом. Једноставно, будући да је знао или морао знати да му стечено не припада, мора бити свестан и преузетог ризика у случају даљег диспонирања са ствари, који се, ако је располагање било бесплатно, састоји у умањењу сопствене имовине ради испуњења обавезе према лицу чијом је ствари неовлашћено располагао.¹⁶⁹

3) Утицај промене користи на реститутивну обавезу

Ако се ствар промени, важи начело о враћању промењене користи. Вратити треба стечену корист од употребе ствари пре њене промене (уништењем, оштећењем, потрошњом, пропашћу или отуђењем) и оно што је остало од ствари као корист у природи, тј. колико је ствар добила на додатој вредности. Ствар треба вратити у постојећем стању у време враћања, без обзира колико је изгубила на тежини, запремини, вредности.¹⁷⁰ Ако јој је вредност увећана, применом правила о надокнади трошкова и других издатака обogaћеном које је он имао повећавајући јој вредност, одлучићемо којих трошкова има право надокнаде, да ли има право на *ius tollendi*, и у којој процесној форми може да их оствари – у форми противзахтева у парници у којој се одлучује о његовој обавези враћања/надокнаде вредности обogaћења, или самосталним захтевом, у посебној парници.

а) Губитак у природи

Старије схватање теорије било је да, ако стицалац ствар изгуби или је баци, користи више нема, тиме ни реститутивне обавезе. Евентуално може постојати дужност обogaћеног да врати корист од употребе, коју је имао пре него је ствар престала да постоји.¹⁷¹ Новија теорија о утицају пропасти ствари на обавезу враћања сасвим исправно одлучује с обзиром на разлог пропасти и однос обogaћеног према томе.¹⁷²

¹⁶⁹ О поступању судске праксе више у: Р. Попадић, „Утврђивање накнаде за стицање без основа“, *Правни живот*, бр. 1/1989, vol. 39, тематски број *Закон о облигационим односима, 1978-1988 (Проузроковање штете и стицање без основа)*, стр. 249-254.

¹⁷⁰ С. Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Б. Благојевић, В. Круљ, стр. 561.

¹⁷¹ Mazeaud, Ripert, Boulanger, Esser, Guhl, Д. Аранђеловић. Нав. према: *Ibid*, стр. 561-562.

¹⁷² Flessner, Wilburg, Ripert, Boulanger – уколико је корист престала кривицом обogaћеног. *Ibid*, стр. 562.

Ако је корист престала из разлога који су ван сфере утицаја савесног обogaћеног (дејством више силе, случаја или радњом трећег лица), он није дужан надокнадити њену вредност, иначе би се нашао у горем имовинском положају него да није било неоснованог стицања. Уколико је за ствар добијена надокнада (нпр., на име обештећења) или друга врста сурогата, реституција се састоји у предаји сурогата.

Савесни стицалац треба да одговара само ако је крив за пропаст ствари.

Другачији је правни положај несавесног обogaћеног, јер он одговара и за случајну пропаст ствари. По томе, његов положај сличан је положају дужника у доцњи. Реститутивна обавеза не може престати услед промена главног предмета враћања, већ само мења облик свог извршења. Уместо враћања ствари у натуралном облику, обogaћени ће успоставити пређашње стање новчаном надокнадом њене тржишне вредности у време пресуђења.¹⁷³ Уколико је за пропаст ствари одговорно треће лице, несавесни обogaћени је дужан да реститутивном повериоцу уступи потраживање надокнаде штете према том трећем лицу.

У случају да је корист отпала због радње обogaћеног, треба утврдити какав је био њен циљ.

Ако је циљ био остварење неког интереса који би обogaћени иначе реализовао својим средствима, реститутивна обавеза не престаје, јер користи има још увек, у виду уштеде планираних (намераваних и очекиваних) издатака. У оваквим и сличним случајевима, употреба и престанак користи доводе се у везу са неоснованим стицањем ради утврђивања да ли би обogaћени предузео радњу којом је променио стечену корист и да није било стицања без основа, или је радња искључива последица стицања. Једино је у последњем случају оправдано да губитак поднесе осиромашени, под условом да је обogaћени био савестан и оправдано веровао да има право да задржи стечено, па и да њиме слободно располаже. Из судске праксе су познати случајеви да је суд одбијао захтеве за повраћај више исплаћених износа пензија савесном примаоцу (француски судови ово називају грешком службе, *faute de service*¹⁷⁴) или захтеве за повраћај неоснованих исплата које је савесни прималац потрошио на луксузно путовање, које себи не би могао да приушти без тога, или побољшање животног стандарда (пример

¹⁷³ Применом истоветних критеријума – савесност обogaћеног и одговорност због пропасти ствари, о обавези реституције одлучује се и у упоредном праву. Једино се у правима англосаксонског правног система, примењују правила деликтног права, јер се повреда права својине (таквом се сматра и неовлашћено присвајање ствари, чиме се преузима одговорност за све што се са њом касније буде дешавало) квалификује као деликт. Власнику ствари припада право на надокнаду тржишне вредности ствари у време њене пропасти или отуђења, независно од кривице реститутивног дужника. В., Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 356-363.

¹⁷⁴ С. Цугој, нав. дело, стр. 561-562; Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 349-350.

поступања немачких судова). Наведеним примерима већ смо ушли у разматрање утицаја утрошка (потрошње) стеченог на успостављање пређашњег стања.

б) Потрошња и уштеда

Потрошњом се стечена ствар такође мења, добијајући изглед користи од употребе. Постојање користи није спорно, али није и довољно за настанак обавезе враћања. Наиме, потрошња се посматра у вези са уштедом, чиме се одговара на питање да ли је стицаоцу употреба заиста била корисна, а таква је само ако је своју имовину сачувао од умањења. Изостанак умањења властитих средстава, али једино под условом да је било очекивано по редовном току ствари, тада се сматра уштедом (*damnum cessans*, бољи имовински положај или отклањање штете која би иначе настала). Не може се говорити о уштеди, па ни о обавези реституције уколико је стечено употребљено у непланиране сврхе, само зато што је стечено. По ставу судова, не ради се ни о каквој користи, јер стицалац није себи ништа уштедео, чак би осиромашео ако би морао да надокнади вредност утрошеног. Онај који је примио корист не сме доћи у гори имовински положај од оног у коме би се налазио да није било стицања.¹⁷⁵

в) Отуђење

Бесплатно располагање са ствари требало би да угаси реститутивну обавезу, јер није добијена надокнада, нити постоји сурогат. По старијој теорији, тако је и било, али новија схватања воде рачуна о савесности стицаоца и вези између стицања и отуђења. Испитује се мотив: Да ли би обogaћени иначе поклонио своју ствар и да није без основа стекао туђу, или је стицање искључиви разлог располагања?

Бесплатно располагање савесног стицаоца гаси његову обавезу реституције, јер нема користи коју би требало вратити, тј. надокнадити. Будући да је оправдано веровао да му стечено правно припада и да њиме може слободно располагати, изједначавамо његова располагања са располагањима власника, осим ако нису последица неоснованог стицања. Уколико је стеченим испунио своју обавезу, корист се састоји у уштеди и дужан је надокнадити вредност тако постигнутог ослобођења.¹⁷⁶

Несавесни стицалац сноси ризик добротиних располагања предметом стеченим без основа, па ће осиромашеном морати да надокнади тржишну вредност ствари коју је

¹⁷⁵ С. Цигој, нав. дело, стр. 562.

¹⁷⁶ Ж. Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Д. Стојановић и С. Перовић, стр. 646.

неовлашћено отуђио, по цени на дан доношења судске одлуке. Изузетно, уколико треће лице коме је ствар отуђена, није стекло својину, осиромашени има могућност да је поврати реивиндикационом тужбом; тада не може од отуђиоца потраживати и надокнаду њене вредности, јер би се неосновано обогатио, већ само надокнаду користи од употребе док се налазила у његовој државини.

Отуђење уз надокнаду не гаси реститутивну обавезу (ни савесног ни несавесног обogaћеног) јер корист није престала. Обogaћење је променило форму, прешавши из натуралног облика у новчани износ – цену, или потраживање исплате цене. Обogaћени, дакле, треба да преда оно што је стекао отуђењем, а то је надокнада, чак и ако је ствар отуђена испод своје тржишне вредности. Терет таквог располагања сноси реститутивни поверилац. Немачки правни теоретичари сматрају да отуђење по цени вишој од њене тржишне вредности, као резултат умешности обogaћеног, реститутивном повериоцу не даје право на тај вишак, већ само на надокнаду која би била остварена на тржишту.¹⁷⁷

г. Правила враћања неосновано стечене користи од примљене услуге, туђег рада и употребе туђе ствари

Облик неоснованог обogaћења може, поред стицања ствари и новца, бити и без правног основа извршена услуга или обављени рад у корист другог лица, као и употреба ствари у туђу корист. Пређашње стање се код оваквих облика стицања без основа успоставља надокнадом вредности којом је увећана имовина обogaћеног. Постигнута корист или вредност увећања имовине обogaћеног представља главни предмет реституције, која може бити само новчана, због природе предмета стицања.

С обзиром да се надокнађује новчана вредност, потребно је утврдити шта је предмет валоризације: постигнута корист или вредност рада и употребљених средстава, који је тренутак релевантан за процену и да ли се обавеза реституције гаси ако обogaћени приговори да му обављени рад/услуга нису били ни од какве користи.

¹⁷⁷ С. Цигој, нав. дело, стр. 562. Овакав став исход је сукоба ставова у вези са обимом реститутивне обавезе када цена по којој је ствар продата премашује њену тржишну вредност. Правило предаје сурогата, што је у случају отуђења добијена надокнада, налаже исплату реститутивном повериоцу цене по којој је ствар продата, док би по правилу надокнаде објективне вредности ствари, као замене за немогућу натуралну реституцију, горњу границу одговорности обogaћеног требало да представља тржишна вредност ствари. Надокнада тржишне вредности ствари, у случају да је виша цена постигнута искључиво захваљујући пословној предузимљивости обogaћеног, кореспондира са идејом реституције о успостављању почетних имовинских позиција осиромашеног и обogaћеног, ни бољих ни лошијих него што би оне биле да није настало неосновано стицање.

У Закону о облигационим односима постоје посебна правила о реституцији неосновано стеченог употребом своје или туђе ствари у корист обogaћеног (чл. 217), употребе туђе ствари у своју корист (чл. 219) и издатка учињеног за обogaћеног које је он био дужан учинити (чл. 218 ЗОО).

1) Надокнада користи од употребе ствари у корист обogaћеног

Законодавац прописује да ће се у случају употребе своје или туђе ствари на корист другог применити правила о пословодству без налога, а правила о стицању без основа – супсидијарно, уколико нису испуњени услови да се положај реститутивног повериоца изједначи са положајем пословође без налога.¹⁷⁸

У зависности од намере реститутивног повериоца да дела у интересу онога чији је посао или у своју корист, пословодство без налога је или право или неправо. У првом случају, постигнуте користи свакако припадају господару посла, јер то и одговара пословођиној намери да посао обави за рачун онога чији је посао. Имовински ефекти се остварују у имовини господара посла, а да не би било његовог неоснованог обogaћења, а осиромашења пословође, овоме припада право на надокнаду свих нужних и корисних издатака и право на надокнаду претрпљене штете.

Обавеза надокнаде није условљена постизањем очекиваног резултата, јер се свеједно дугује. Постигнути резултат вреднује се другачијом врстом надокнаде: уколико је пословођа остварио корист у свему одговарајућу намерама и потребама господара посла, или је од њега отклонио штету, има право на примерену накнаду за труд.¹⁷⁹ Примереност износа утврђује суд, водећи рачуна о врсти обављеног посла, износу постигнуте користи, тј. отклоњене штете, околностима под којима је посао обављен и другим чиниоцима који омогућавају правичну одлуку, у интересу обе стране.¹⁸⁰

¹⁷⁸ В., чл. 217 ЗОО. Судска пракса је изрекла: „Ако је неко уверен да посао обавља као свој, а не туђи посао, нема пословодства без налога и он има право на повраћај онога што је уложио у кућу, без обзира каква су та улагања.“ (ВСС, Гж. 286/1966, Гласник 1966, VI, 26). Нав. према: С. Цигој, нав. дело, стр. 574.

¹⁷⁹ В., чл. 223 ЗОО.

¹⁸⁰ Чини се да је у законској одредби о надокнади издатака дошла до изражаја идеја о забрани неоснованог обogaћења: постигнута корист припада господару посла, јер се претпоставља да би је и сâм остварио да је посао обавио лично, док се имовинска позиција пословође, нарушена издацима којима се изложио у обављању туђег посла, доводи у пређашње стање њиховом надокнадом. Одредба о плаћању примерене накнаде за труд награђује делање у туђу корист, али може бити и позив за недопуштено мешање у туђе ствари, руковођено чисто лукративним циљевима. Због тога се у неким правима, попут енглеског, не гледа благонаклоно на овакву врсту интервенције, јер се сматра „наметнутим обogaћењем“, па се пословођа најчешће оставља без икакве надокнаде (и издатака и за постигнути резултат).

Неправи пословођа без налога моћи ће да задржи постигнуте користи само ако господар посла не захтева да му буду предате или да се ствар врати у пређашње стање. Уколико пак затражи полагање рачуна и предају користи, накнадним одобравањем, неправо пословодство претвара се у право, а пређашње стање се успоставља по изложеним правилима.¹⁸¹

Супсидијарном применом правила о неоснованом обogaћењу, пређашње стање се успоставља враћањем употребљене ствари, а ако то није могуће – надокнадом њене вредности. Законом нису прецизирани ни врста вредности која се надокнађује ни тренутак релевантан за процену. По општим правилима (правнотеоријским и судске праксе), надокнађује се тржишна вредност коју ствар има у време доношења судске одлуке, под условом да у време процене корист постоји. Уколико је и стечена корист у међувремену потрошена, надокнадиће се тржишна вредност ствари у време њене употребе у корист обogaћеног.¹⁸²

Осим своје, може се употребити и туђа ствар у туђу корист, а лице које је употребило може бити савесно, јер оправдано верује да то чини правно основано (нпр., да га је овластио власник ствари) или несавесно (уколико зна да правног основа нема). Савесност, тј. несавесност не само да одређује обим одговорности већ, што је далеко важније, одређује њену врсту. Уколико је употребилац био несавестан и власнику (или овлашћеном имаоцу ствари) проузроковао штету, неовлашћена употреба се може квалификовати и као деликт, а настали правни однос расправити по правилима одштетног права. Власник има могућност избора између одштетног захтева према употребиоцу или захтева из неоснованог обogaћења (верзијског захтева) према лицу у чију је корист ствар била употребљена.¹⁸³

2) Надокнада за употребу туђе ствари у своју корист

Када обogaћени употреби туђу ствар, претпоставља се да је сачувао своју имовину од издатака које би имао да је употребио своју ствар или да је прибавио

¹⁸¹ В., чл. 227 ЗОО.

¹⁸² Овде долази до изражаја став да је корист постигнута већ у време употребе ствари, када је настала и новчана тражбина осиромашеног. Доцније отпадање обogaћења, тј. губитак реститутивног захтева због непостојања користи, није могућ, чиме се штите интереси повериоца овог потраживања. Тако поступају аустријски судови, и наши, али само ако користи нема у време пресуђења. Француски судови меродавним тренутком сматрају време подношења реститутивног захтева. У енглеској судској пракси досуђује се примерена накнада за обављени рад (*quantum meruit*). Више: С. Цигој, нав. дело, стр. 563; Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 364-379.

¹⁸³ Више: Ж. Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. прва, ред. Д. Стојановић и С. Перовић, стр. 660.

куповином или закупом. Обогаћење се састоји у уштеди, па би и надокнаду требало одредити сразмерно вредности коју би иначе платио на основу уговора којим прибавља право на коришћење ствари. То би, дакле, била закупнина која се на тржишту уговара за истоврсну ствар или употребу ствари. Овакав начин обрачуна примењује се и на обogaћење радњом осиромашеног, нпр., на основу (неважећег) уговора о делу (чија се чинидба састоји у извршењу рада, не и изради ствари), пружању услуге или уговора о раду који не производи дејство (рад на црно).¹⁸⁴

Законом о облигационим односима прописан је другачији метод обрачуна, у складу са идејом да горњу границу одговорности реститутивног дужника треба да представља његово обogaћење. Реститутивни дужник треба да надокнади корист коју је имао од употребе туђе ствари (чл. 219 ЗОО), али се не прецизира како је треба утврдити. Једна од могућности било би поређењем вредности коју је имовина обogaћеног имала пре и после употребе ствари. Разлика између ових вредности била би дуговани износ, и то је тзв. нето обрачун обogaћења. Овакав начин примењује се и у пракси француских судова (*enrichissement net*), који се придржавају и правила *règle du double plafond*, двоструко ограничавајући реститутивну обавезу: висина надокнаде не сме да пређе износ стварног обogaћења, али ни да буде нижа од вредности умањења имовине осиромашеног. Заштитом интереса обе стране, осиромашеном се омогућава да покрије претрпљени губитак због тога што је био лишен употребе ствари за време док је она била у туђем поседу, а обogaћеном признаје право на надокнаду учињених издатака у вези са ствари.¹⁸⁵ Аустријски судови досуђују примерену надокнаду коју би обogaћени иначе морао да плати да је право на коришћење ствари стекао на основу одговарајућег уговора, а судови у Швајцарској врше хипотетичку процену – колико би обogaћени био дужан платити да је са осиромашеним закључио уговор о коришћењу ствари (пружању услуге, обављању рада). У пракси немачких судова правило је да се надокнађује нето вредност обogaћења (корист од употребе), док се у правној теорији предлаже обрачун на основу уштеђених издатака, што упућује на (тржишну) вредност извршене услуге/обављеног рада, тј. уобичајену вредност употребљене ствари, као меродавну за утврђивање висине дуговане надокнаде.¹⁸⁶

Захтеву из неоснованог обogaћења (који је као и у претходном случају верзијски) може конкурисати захтев за надокнаду штете, уколико је истим догађајем овлашћеном

¹⁸⁴ Уговорена надокнада за рад може бити орјентир за одређивање вредности коју треба надокнадити, као што је прописано правилима BGB-а. Будући да се овде ради о реституцији као последици престанка уговора, о томе видети у III поглављу, „Реституција у уговорном праву“, т. в. „Садржина и начин испуњења реститутивне обавезе“.

¹⁸⁵ Више у: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 366-371.

¹⁸⁶ *Ibid*, стр. 364-366.

имаоцу ствари проузрокована штета, док је за употребиоца настала корист, и он је притом био несавестан у вези са употребом ствари (нпр., неовлашћеном употребом ауторског дела остварена је добит, противправним рушењем зграде присвојен је грађевински материјал¹⁸⁷). Право избора основа одговорности је на реститутивном повериоцу, са напоменом да се настали однос увек може расправити по правилима стицања без основа, и да је то једноставније, јер се не доказују ни штета ни кривица обogaћеног.¹⁸⁸

3) Надокнада издатака учињених за другог

„Ко за другог учини какав издатак или нешто друго што је овај по закону био дужан учинити има право захтевати накнаду од њега.“¹⁸⁹

Законско правило прилично јасно дефинише врсту реституције – она је новчана, и висину реститутивне обавезе – обogaћени треба да надокнади износ који је уместо њега плаћен, али и да плати камату од дана плаћања (ако је несавестан, јер је дан исплате дан неоснованог стицања) или од дана подношења реститутивног захтева (ако је савестан).¹⁹⁰

Издатак не мора бити у новцу, већ у извршењу одређене радње, али се свакако надокнађује у новцу. Треба одредити шта се надокнађује: вредност радње (по правилу, тржишна) или уштеђени издаци, који су за обogaћеног законска обавеза, па су свакако очекивани. Нашем праву одговарала би друга солуција, с обзиром на теоријско одређивање појма обogaћења не само као (видљивог) повећања вредности имовине обogaћеног већ и као очувања од очекиваног умањења. Реститутивни дужник (онај уместо кога је учињен издатак, а не *accipiens*) морао би да надокнади вредност уштеде, које не би било да је обавезу лично испунио.¹⁹¹

¹⁸⁷ Пример преузет од С. Цигој, нав. дело, стр. 575.

¹⁸⁸ На овакав закључак упућује нас и законска одредба да ималац ствари може захтевати „независно од права на накнаду штете или у одсуству ове“ (подвукла аут.) накнаду користи коју је обogaћени имао од употребе ствари, чл. 219 ЗОО.

¹⁸⁹ Члан 218 ЗОО.

¹⁹⁰ Видети чл. 214 ЗОО, којим је одређен обим враћања, прописивањем које се споредне користи од предмета обogaћења морају надокнадити осиромашеном.

¹⁹¹ Издатак за другог је издвојен као посебан облик неоснованог обogaћења, иако би се могао сматрати и испуњењем недугованог, па потраживати захтевом *condictio indebiti*. Право на повраћај испуњеног изричито је искључено ако *solvens* зна да није дужан платити (чл. 211 ЗОО), али је сасвим исправно одступити од овог правила када је свесно вршење туђе законске обавезе мотивисано хуманим разлозима. Управо ова чињеница опредељује законодавце да изричито нареду успостављање пређашњег стања у корист испуниоца, надокнадом учињених издатака.

д. Корекција обима реститутивне обавезе правом обogaћењем на надокнаду трошкова у вези са користи коју враћа

Основно правило о дужности обogaћењем да врати неосновано стечену корист није довољно за успостављање пређашњег стања као крајњег циља реституције. Његовом применом отклањамо само имовинску промену на страни осиромашеног, не водећи рачуна о евентуалним променама у имовини обogaћењем, у виду трошкова или штете од неосновано стеченог, на чију надокнаду има право.

Забрана неоснованог обogaћења важи и за реститутивног повериоца, који би се засигурно обогатио ако би му се вратила ствар која је одржана у исправном стању захваљујући издацима учињеним од стране обogaћењем, или ствар увећане вредности. Прописано је услед тога да реститутивни дужник има право на надокнаду трошкова у вези са ствари коју враћа, а врста и износ трошкова који се надокнађују зависе од његове савесности, тј. несавесности.¹⁹²

Трошкови реститутивног дужника могу да се надокнаде по правилима стварног или облигационог права, што одређује врста реститутивног захтева – стварноправни или облигационоправни.

Правила стварноправне реституције примењују се у случају да је осиромашени остао власник ствари упркос неоснованом стицању, коју потражује виндикационом тужбом. Његов и правни положај држаоца који враћа ствар одређен је правилима Закона о основама својинскоправних односа, међу чијим одредбама налазимо и ону којом је уређено право држаоца на надокнаду одређене врсте трошкова проистеклих из одржавања ствари.¹⁹³

Трошкови могу бити нужни, корисни и луксузни. Врста и износ њихове надокнаде одређени су према критеријуму савесности онога који враћа ствар.

Нужни трошкови су одређени према објективном критеријуму. То су они издаци који су неопходни за очување ствари у добром стању и њено нормално привређивање. Такве би трошкове имао и сâм власник да није био депосесиран, па их мора надокнадити и савесном и несавесном стицаоцу.¹⁹⁴

¹⁹² „Стицалац има право на накнаду нужних и корисних трошкова, али ако је био несавестан, накнада за корисне трошкове му припада само до износа који представља увећање вредности у тренутку враћања.“, чл. 215 ЗОО.

¹⁹³ В., чл. 38 ст. 3, 4, 5 и 6 и чл. 39 ст. 4, 5 и 6 Закона о основама својинскоправних односа, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 (даље: ЗОСПО).

¹⁹⁴ Трошкови лечења оболеле животиње, издаци за исхрану животиње, трошкови оправке оштећене ствари. В., чл. 38 ст. 3 и чл. 39 ст. 4 ЗОСПО.

Корисним се сматрају издаци којима се увећава вредност ствари, али иначе нису неопходни за саму ствар. Право је савесног стицаоца да захтева надокнаду само оних корисних трошкова који превазилазе користи које је имао од употребе ствари. Правило је сасвим у духу важења забране неоснованог обogaћења јер уважава чињеницу да савесни реститутивни дужник не плаћа надокнаду за коришћење ствари, па му не треба ни признати право на надокнаду свих корисних трошкова, већ само оних који би, ако не би били надокнађени, а нису ни покривени користима од употребе, представљали његово осиромашење.¹⁹⁵

Корисност трошкова несавесног држаоца процењује се са аспекта власника-реститутивног повериоца, који је дужан надокнадити само оне који су му лично корисни.¹⁹⁶

Луксузним трошковима означавамо издатке учињене ради сопственог задовољства и улепшања ствари. Они могу али и не морају повећати вредност ствари, што се мора утврдити као претходно питање, јер законодавац признаје право на надокнаду једино таквих луксузних трошкова којима је вредност ствари повећана, и то само савесном реститутивном дужнику. Уколико су улепшања одвојива без уништења или оштећења ствари, право је и савесног и несавесног држаоца да их одвоје и задрже за себе (*ius tollendi*).¹⁹⁷ Вршење права на *ius tollendi* ставља се под лупу забране злоупотребе права и ускраћује ако је инсистирање на одвајању луксузних додатака шиканозно или власник пристаје да плати њихову вредност.¹⁹⁸

По правилима облигационог права надокнађиваће се трошкови реститутивног дужника уколико је постављен кондикцијски захтев, дакле, реститутивни захтев из неоснованог обogaћења - облигационоправна реституција.

Слично одредбама стварног права, разликујемо нужне, корисне и луксузне трошкове, мада последњи нису поменути у одредби Закона о облигационим односима којом је уређено питање надокнаде трошкова обogaћеном. Неспорно је да треба уважити и луксузне издатке, а о начину надокнаде одлучити према савесности онога који им се изложио. Правила Закона о облигационим односима о надокнади трошкова обogaћеном обрађена су у поглављу „Реституција у уговорном праву“, у склопу анализе утицаја на реституцију промена у имовини реститутивног дужника.¹⁹⁹ На овом месту

¹⁹⁵ В., чл. 38 ст. 2, 4 и 5 ЗОСПО.

¹⁹⁶ В., чл. 39 ст. 5 ЗОСПО.

¹⁹⁷ В., чл. 38 ст. 6 и чл. 39 ст. 6 ЗОСПО.

¹⁹⁸ О противзахтевима држаоца који враћа ствар више у: Д. Стојановић, Д. Петровић, *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, пето изд., НИУ Сл. лист СФРЈ, Београд, 1991, стр. 202-207.

¹⁹⁹ Видети: III поглавље, т. в. под б) – „Утицај на реституцију промена у имовини реститутивног дужника“.

анализираћемо начин и врсту захтева којом обogaћени може да оствари своје потраживање надокнаде трошкова.

Уколико је власник поднео реивиндикациони захтев за повраћај ствари, тужени-држалац може у истој парници, у форми противзахтева, потраживати надокнаду трошкова. За случај да враћа ствар, и савестан је, власниковом захтеву може супротставити свој облигационоправни захтев, и задржати ствар до исплате учињених издатака (*ius retentionis*).²⁰⁰

Пропуштаће да се право на надокнаду трошкова оствари у парници за повраћај ствари не преклудира држаоца да га реализује у посебној парници, у виду самосталног захтева. Законодавац је прописао да потраживање надокнаде нужних и корисних трошкова застарева за три године од предаје ствари власнику, и то је, по нашем мишљењу, основ на коме реститутивни дужник може да заснује свој самостални захтев.²⁰¹

Уколико реститутивни дужник надокнађује вредност ствари (уместо натуралне реституције), има право да умањи износ дуговане новчане надокнаде износом правнопризнатих трошкова, и исплати разлику.

У упоредном праву нема јединственог става о правној природи захтева обogaћеног за надокнаду трошкова и његовом самосталном остварењу. Захтев је или стварноправни или облигационоправни, што зависи од тога да ли је реститутивни поверилац изгубио својину ствари на коју је усмерио реститутивни захтев или није. У првом случају, примењују се правила о неоснованом обogaћењу или пословодству без налога, у другом – искључиво правила стварног права којима је уређена тужба власника за повраћај ствари.²⁰²

Могућност самосталног остваривања потраживања надокнаде трошкова, у посебној парници и независно од захтева реститутивног повериоца за враћање неоснованог обogaћења, има у страниј литератури и своје поборнике и опоненте. Мишљења се крећу од оног по коме је захтев за надокнаду трошкова право облигационо потраживање и као такво самостално утуживо, преко оног по коме се реализује у виду противзахтева захтеву за повраћај ствари или у виду приговора, до

²⁰⁰ „Савестан држалац има право да задржи ствар док му се не накнади износ нужних и корисних трошкова које је имао у вези са ствари“, чл. 38 ст. 7 ЗОСПО.

²⁰¹ В., чл. 38 ст. 8 и чл. 40 ст. 2 ЗОСПО.

²⁰² Тако је у швајцарском и аустријском праву. У немачком праву важе правила стицања без основа, јер је отуђилац изгубио својину. Више: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 380-390.

мишљења које га у свему подређује праву задржања. Ако се има вратити новац, правило је да обogaћени може своје потраживање одбити од износа дуговане накнаде.²⁰³

За реституцију као правну последицу ништавости важе посебна правила мада су и она, у крајњем, заснована на забрани неоснованог обogaћења. Специфичност ове реституције је у међусобној условљености престација, из које произлази да, као што се и обавезе из узајамних уговора по правилу испуњавају истовремено, тако се мора извршити и реституција испуњеног (размењеног). Сваки саговорарач дужан је вратити примљену чинидбу (и надокнадити корист од употребе када су за то испуњени услови), што се једноставно извршава ако обе чинидбе постоје у време враћања. Могуће је да једне од дугованих престација више нема, па би требало утврдити да ли се због тога гасе реститутивне обавезе обе уговорне стране, или само оне која добијено не може да врати у натуралном облику.

По начелу обogaћења, у случају непостојања једне од испуњених чинидаба, извршиће се једнострана реституција, јер саговорарач који не може да врати испуњено није изгубио и право да захтева повраћај своје чинидбе. Овакво решење за другог саговорара није правично зато што његов уговорни партнер може бити и крив због пропасти чинидбе. У немачкој судској пракси и правној теорији, применом салдо-теорије, чинидбе се међусобно пребијају (релевантном вредношћу сматра се уговорена надокнада) и вишак исплаћује оној страни чија је чинидба имала већу вредност. Салдо-теорија преовлађује у пракси немачких судова, али се у новије време критикује и, у неким случајевима, замењује теоријом две кондикције, која уговорене чинидбе посматра као две самосталне кондикције, чиме се омогућава да чинидба коју је могуће вратити преживи пропаст (или другу врсту промене) противчинидбе. По њеним правилима, реституцију треба да изврши она уговорна страна у чијој имовини примљена чинидба и даље постоји, без обзира што јој властита чинидба неће бити враћена, будући да је престала постојати. Свака промена предмета престације која онемогућава натуралну реституцију иде на терет реститутивног повериоца.²⁰⁴

²⁰³ В., Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 382-383.

²⁰⁴ О утицају промена уговорних чинидаба на реституцију више у: III поглављу („Реституција у уговорном праву“), т. в, под 4) – „Испуњење реститутивне обавезе у новцу (утицај на реституцију промена на предмету чинидбе)“.

Поглавље III: Реституција у уговорном праву

Успостављање пређашњег стања у уговорним односима претпоставља престанак уговора чије су обавезе испуниле обе или макар једна уговорна страна, или на темељу кога су сауговорачи један од другог стекли друге користи које нису обухваћене појмом чинидбе.

Постојање уговора је препрека реституцији, јер се она врши ради успостављања пређашњег стања у имовинама заинтересованих лица чији се положај променио без правног основа, или стања које је, економски, пређашњем најприближније. Недостатак правног основа, или његов каснији престанак, чини неодрживом имовинску промену, на коју сауговорачи или један од њих не пристају, због неоснованог увећања имовине једне стране и истовременог умањења имовине друге стране.

Правила о реституцији помажу да не буде неоснованог обогаћења: враћањем свакој страни онога што је другој дала без правног основа, који може од самог почетка недостајати, али и касније отпасти.

Имајући у виду сврху реституције, јасно нам је због чега је постојање уговора правна препрека успостављању пређашњег стања. Све док уговор постоји, макар био и неважећи, он је правни основ настале имовинске промене и објашњење због чега се захтев једног сауговорача, упућен другом за враћање испуњене чинидбе, сматра неоснованим. Због тога је пре примене реститутивних правила неопходно уклонити правни основ испуњења, потребно је да уговор престане на један од законом предвиђених начина који за собом повлаче и примену правила о реституцији, било општих, која се изводе из института стицања без основа, било посебно предвиђених за одређени начин престанка уговора или одређени тип уговора.

Престанак уговора, у контексту успостављања пређашњег стања, релевантан је само ако су претходно испуњене уговорне обавезе. Окончање уговорног односа пре извршења не ствара реститутивну обавезу, јер није било преноса вредности из имовине једног у имовину другог сауговорача који је изгубио правно оправдање. Његово је дејство *ex tunc*: сауговорачи више не дугују испуњење обећаних престација, јер престанак уговора делује за убудуће (*pro futuro*).²⁰⁵

²⁰⁵ Видети, нпр., чл. 132 ст. 1 ЗОО, у коме је прописано да су раскидом уговора обе стране ослобођене својих обавеза, изузев обавезе на накнаду евентуалне штете.

Разматрање реститутивних последица престанка испуњеног уговора, сматрамо, није могуће одвојити од указивања на разлоге због којих је он престао. Изоловано посматрање реституције, без анализе разлога одсуства правног основа имовинске промене коју реституцијом треба отклонити, може се у неким питањима показати једностраним и недовољним.

Без указивања на разлог због кога је уговор престао није могуће објаснити низ модификација правила по којима се успоставља пређашње стање: на пример, зашто се код неких ништавих уговора, применом максиме *neto auditur propriam turpitudinem allegans*, може одступити од реституције; зашто на обим реститутивне обавезе, посебно код враћања или накнаде користи и трошкова, има утицаја савесност и несавесност реститутивног дужника; зашто евентуална одговорност за престанак уговора, иначе значајна за утврђивање обавезе накнаде штете, може да се одрази и на реституцију, мењајући њен класични изглед који подразумева да свака страна буде враћена у исти положај у коме се налазила пре закључења уговора: надокнада штете може и да увећа имовину реститутивног повериоца.

Због до сада наведеног, наше је опредељење да у анализи реституције у области уговорног права пођемо од разлога престанка уговора, као објашњења одсуства или неважности правног основа на темељу кога су испуњене обе или макар једна дугована чинидба.

1. Карактеристике реституције у уговорном праву

а. Утицај разлога престанка уговора на реститутивну обавезу

У нашем праву, уговор престаје због неважности, неиспуњења или немогућности испуњења. Наведени су, наравно, само они разлози престанка који, између осталог, имају и реститутивно дејство. Начини на који уговор, из неког од наведених разлога, престаје јесу: оглашавање неважећим ништавог уговора и поништење рушљивог уговора; једнострано раскид уговора због неиспуњења; престанак уговора због немогућности испуњења обавезе једног од сауговорача.²⁰⁶

Појам престанка уговора је вишезначан. Иза њега се крију и разлози престанка уговора и механизам по коме се престанак реализује и уређују односи између сауговорача.

²⁰⁶ В., чл. 103 ст. 1 и чл. 112 ст. 1 ЗОО; чл. 124-132 ЗОО (уговор се може раскинути и због промењених околности, чл. 133-136, и физичких и правних недостатака испуњења, чл. 488 ст. 1 т. 3 и чл. 510 ЗОО); чл. 137 и 138 ЗОО.

У упоредном праву не постоје општеприхваћена правила о разлозима престанка уговора, а различито је уређен и поступак по коме се окончава један уговорни однос. Сличности свакако постоје, јер су неки разлози заједнички свим правима, попут повреде когентне норме или добрих обичаја. Разлике су уочљиве у пољу утицаја разлога престанка уговора: чињеница која је у једном правном систему разлог ништавости у другом може чинити уговор рушљивим или бити без икаквог утицаја на његову пуноважност.

Уочавају се и разлике у погледу правила по којима се расправљају правне последице престанка: у неким правима се реститутивне последице подвргавају општем режиму правила о враћању стеченог без основа,²⁰⁷ док се у другим општи режим искључује, па за повраћај испуњеног на основу уговора који је престао важе посебна правила.

Даље, у неким правима се раскид уговора посматра одвојено од његове неважности, тако да су ту прописана посебна реститутивна правила за раскид, а за посебна за неважност уговора, која се могу међусобно и битно разликовати.²⁰⁸

Потреба за учешћем суда у поступку престанка уговора је нова тачка међусобног разликовања. У француском праву, на пример, по правилу је неопходна судска одлука о престанку неважећег уговора, и она има конститутивно дејство, за разлику од нашег или аустријског права, у којима се судско ангажовање, такође неопходно, остварује у доношењу декларативне одлуке да ништав уговор не производи правно дејство.²⁰⁹ Један број француских правних теоретичара сматра и да тужба за поништење уговора

²⁰⁷ На пример, у француском праву повраћај новчаних и чинидаба испуњених предајом покретних ствари захтева се по правилима испуњења недугованог (*répétition de l'indu*), с тим што заблуда о постојању дуга није једна од претпоставки тужбе. Такве заблуде редовно нема, јер саговорачи најчешће верују да испуњавају пуноважне обавезе, па би супротно решење водило одбијању реститутивног захтева и одржању стања као да је испуњен важећи уговор, иако то није случај. *Condictio indebiti* основ је реститутивног захтева због неважности уговора и у италијанском праву, у коме реститутивну последицу суд неће изрећи по службеној дужности (оглашавањем уговора неважећим), већ једино ако је овлашћена странка тако нешто захтевала. Тако се поступа и у француској, па и у нашој судској пракси.

²⁰⁸ У немачком праву успостављање пређашњег стања одвија се по правилима неоснованог обогаћења само ако је неважност разлог престанка уговора. Правне последице раскида уређене су посебним правилима (§ 346 BGB). По правилима ABGB-а, на правне последице неважности уговора, без обзира на разлог неважности, примениће се иста одредба о реституцији (§ 877). Раскид уговора чије је дејство ретроактивно има као једну од својих последица и обавезу реституције примљеног, уређену посебним правилом (§ 921 ABGB). У правној теорији кондикција којом се успоставља пређашње стање квалификује се као *condictio ob causam finitam* (Koziol, Welsner), дакле – реституција с обзиром на основ касније отпао.

²⁰⁹ У шпанском праву суд се мора ангажовати једино ако је уговор рушљив и тада његова одлука има конститутивно дејство. У овом случају, шпанско право следи пример *Code civile*-а, док је код ништавих уговора ближе нашем праву. Ништав уговор свакако не производи дејства, па судска одлука није неопходна, а евентуално донета има само декларативно дејство. Повраћај испуњеног (по правилима исплате недугованог) аутоматска је последица ништавости, коју је суд овлашћен изрећи и по службеној дужности. Ово је значајна разлика у односу на већину права европских земаља. В., Р. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsungleich in Europa*, Bd. I, стр. 470-479.

(*action nullite*) обавезује суд да, и без посебног реститутивног захтева тужиоца, наложи успостављање пређашњег стања јер се овакав захтев претпоставља. У нашем парничном праву, због важења правила да суд не суди мимо тужбеног захтева, овакво официјелно поступање суда није допуштено. Уколико тужилац тужбом за утврђење неважности ништавог уговора, тј. поништење рушљивог, не захтева и повраћај испуњеног, суд самоиницијативно неће расправљати нити одлучити о реститутивним последицама ништавости уговора. Захтев за успостављање пређашњег стања (реститутивни захтев) може се остварити и накнадно, у посебном поступку у коме ће пресуда о неважности уговора послужити у сврху доказивања основаности тужиочевог тражења.

Разлози престанка уговора, наведени на почетку овог поглавља, у нашем праву имају ретроактивно дејство, зато је и реституција обавезна правна последица.²¹⁰ Повратно дејство престанка уговора није својствено свим правима и зато је неопходно имати у виду и ову разлику.

Обрачун штете, коју дугује страна одговорна за престанак уговора, такође, може да садржи и елементе успостављања пређашњег стања: у немачком праву, на пример, реститутивни поверилац, уједно и оштећена страна, може да захтева надокнаду позитивног уговорног интереса како би добио ону вредност која би му припала да је уговор уредно испуњен. У овом случају, да се не би неосновано обогатио, поверилац је дужан да врати примљено; реститутивни захтев и захтев за надокнаду штете стоје у односу конкуренције, па реститутивни поверилац може да бира између ова два захтева, али не и да их кумулира. У француском праву, однос је битно другачији, јер је реститутивни захтев из неоснованог обогаћења супсидијаран свим осталим захтевима реститутивног усмерења.²¹¹

Осим ових, постоје у упоредном праву и друге разлике у уређењу реститутивних последица престанка уговора, условљене разлозима и начином окончања уговорног односа. Листа наведених чинилаца, свакако, није исцрпљена нити је једнак њихов утицај на успостављање пређашњег стања; за неке реститутивне последице битно је зашто уговор није важећи, јер ће наступити само ако се ради о нарочитом разлогу (на пример, одбијање реститутивног захтева и одузимање предмета чинидбе у корист трећег могућа је последица само код забрањених уговора). Чини нам се због тога

²¹⁰ На основу споразума страна и тамо где је то дозвољено, неки разлози престанка уговора могу да произведу дејство само за убудуће, тако да већ настали учинци не губе важност (рушљивост или раскид). О томе више код разматрања разлога престанка уговора.

²¹¹ Упоредноправни преглед реститутивних последица престанка уговора у: P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 405-407, 748-753.

непотпуном анализа правила успостављања пређашњег стања по престанку уговорног односа у којој се не би пошло од разлога због којих је уговор престао.

6. Утицај других чинилаца на реститутивну обавезу

На успостављање пређашњег стања по престанку уговора утичу бројне чињенице, од којих су разлози и начин престанка најзначајније, али не и једине. Реститутивну обавезу одређују и: врста уговорног односа, врста чинидаба, утуживост обавеза, постојање дугованог предмета у време вршења реституције.

Дуготрајни уговорни односи имају своја посебна реститутивна правила, која се не примењују на уговоре који се извршавају једним актом испуњења, по правилу, истовремено са закључењем уговора, или у кратком року после тога. Ови, тзв. краткотрајни или тренутни уговори, подвргнути су општем реститутивном режиму, који се не примењује на дуготрајне уговоре.

Дуготрајним уговорима ствара се правни однос који траје одређено, дуже време, у коме се дуговане чинидбе испуњавају у сваком тренутку постојања уговора или периодичним понављањем дуговане радње. Њиховим престанком није могуће уклонити све настале правне последице, посебно у случају уговора који једну уговорну страну овлашћују на коришћење ствари, уз накнаду, или обавезују на вршење услуге. Корист од употребе ствари или извршених услуга не може се реституисати (у дословном смислу вратити),²¹² за разлику од новчане накнаде коју је примила друга уговорна страна. Она може да врати примљено, али се тиме не уклања увећање имовине друге стране, које је неопходно јер забрана неоснованог обогаћења важи у корист оба саговорача. Због тога дуготрајни уговори по правилу престају за убудуће, чак и ако су неважећи, а пређашње стање се не успоставља.

Специфичном режиму подвргнут је и уговорни однос запосленог и послодавца. Уколико је уговор о раду ништав или уопште не постоји (рад „на црно“), из разлога заштите запосленог као слабије стране, за посао који је обављао „на црно“ и био плаћен, не треба да врати примљено. У случају неисплаћене му накнаде за обављени рад, престанком уговора не гаси се и његово потраживање да му доспели износи ипак буду исплаћени.

²¹² Престанком уговора о коришћењу ствари ми не можемо отклонити све његова дејства, посебно ако она нису имовински видљива. Ствар се може вратити у натуралном облику, али дејство њене употребе остаје код саговорача који се њоме служио.

Врста дугованог предмета – ствар, новац, услуге, рад, одређују начин реституције, а постојање ствари у време када се она врши услов је за натуралну реституцију. Ако ствар пропадне, потроши се или буде пуноважно отуђена, натуралну реституцију, која тада није могућа, замењује новчана, а ако је ова немогућност била скривљена, отвара се и пут ка накнади штете.²¹³

Неке врсте обавеза нису утуживе и принудно оствариве, али испуњене - не стварају реститутивну обавезу. Ради се о натуралним облигацијама (застареле обавезе, обавезе из игре и опкладе уговорене противно прописима), за које је изричито прописано да је њихово испуњење пуноважно и да се не може тражити повраћај датог. Исто важи и за враћање датог у извршењу моралне или друштвене дужности.²¹⁴

Непоштовање битне форме за закључење уговора у нашем праву разлог је ништавости уговора, и требало би да се подвргне општим правилима успостављања пређашњег стања.²¹⁵ Ипак, циљ ради кога је форма прописана може да упути на другу последицу, тако да се уговор, извршењем у целисти или у претежном делу, конвалидира, па се реституција не врши.

На крају, правни положај реститутивног дужника може да умањи или сасвим искључи реститутивну обавезу. Ако је уговор неважећи, јер га је закључило малолетно или пунолетно али пословно неспособно лице, враћа се само оно што је остало у имовини тог лица у време враћања, или је намерно уништено или оштећено или употребљено у његову корист.²¹⁶ У зависности од стања и вредности примљене користи, реституција се може: 1. искључити, јер користи нема, 2. умањити на преостало обогаћење, 3. али може бити и потпуна, ако је корист очувана или су испуњени услови за новчану накнаду вредности скривљеног умањења обогаћења.

2. Разлози престанка уговора

Уговор може престати из различитих разлога. Уобичајени, уједно и најпожељнији разлог за окончање уговорног односа, јесте испуњење обавеза. Овим се разлогом нећемо бавити, јер он нема за последицу настанак реститутивне обавезе, једног или оба саговорача.

²¹³ У неким правима, попут енглеског, право овлашћене стране на поништење уговора условљено је њеном могућношћу да у натуралном облику врати примљено. Уколико то није у стању, уговор се неће поништити. У земљама континенталног права немогућност натуралне реституције није препрека престанку уговора, јер ће се, уместо повраћаја ствари, надокнадити њена вредност у новцу. Овакав приступ прихваћен је и у Принципима европског уговорног права (*Principles of European Contract Law, PECL*), чл. 4:115, и *Draft Common Frame of Reference*, III.-3:511 (4), 3:513 (a), VII.-5:101(3).

²¹⁴ В., чл. 213. ЗОО.

²¹⁵ В., чл. 73. ЗОО.

²¹⁶ В. чл. 114. ЗОО.

Окончање уговорног односа са реститутивном последицом могуће је код оних уговора који су неважећи, јер у време њиховог закључења нису били испуњени законом предвиђени услови пуноважности, али и код пуноважних уговора код којих су разлози за престанак наступили у току уговорног односа. Ови разлози најчешће настају под утицајем околности које онемогућавају, у целости или делимично, испуњење обавезе једне уговорне стране, при чему је друга страна своју обавезу већ испунила; отежавају испуњење у мери која оправдава раскид (*clausula rebus sic stantibus*) или дају право на једнострану раскид уговора због неиспуњења противчинидбе. С обзиром на наведено, можемо говорити о реституцији као последици престанка неважећег (ништавог или рушљивог), а испуњеног уговора и реституцији као последици престанка пуноважног и такође испуњеног уговора.

а. Престанак уговора због неважности

Уговор је неважећи ако у време закључења нису били испуњени законом предвиђени услови за пуноважан настајак уговорног односа или зато што је закључење одређеног уговора у супротности са општим интересом израженим у императивним нормама, правилима морала и јавном поретку. Овакви уговори су ништави и не могу произвести никакво правно дејство, ни према саговорачима ни према трећим лицима. Непризнавање пуноважног правног дејства овим уговорима произлази из разлога њихове неважности: ништави уговори садрже озбиљне недостатке, са њима су настали, па се каже да су у самом њиховом корену (уговори са урођеном маном).²¹⁷

Услед озбиљности недостатака уговора који вређају општи интерес, законом није дозвољена ниједна друга санкција осим оглашавања уговора неважећим (ништавим), и то са ретроактивним дејством.²¹⁸ Санкцијом ништавости законодавац спречава да ништав уговор произведе правно дејство, а већ настале последице лишава пуноважности, налажући да се све врати у пређашње стање (стање које би постајало да уговор није био закључен). Реституција је законска последица оглашавања ништавог уговора неважећим, и, уколико буде затражена, наступа *ipso lege*, не зависи од одговорности за неважност уговора, због чега су у обостранообавезујућим уговорима и једна и друга страна дужне да врате примљено (обострана и узајамна реституција као правило).

²¹⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Увод у грађанско право*, стр. 265.

²¹⁸ Само у изузетним случајевима ништав уговор може бити спасен, конверзијом, а ако је ништав због непоштовања битне форме – и конвалидацијом.

Уговор може бити неважећи и због мање значајних недостатака, макар са аспекта повреде општих интереса. Недостатак се може налазити у изјавама воља сауговорача; споља посматрано, испуњени су сви услови за настанак пуноважног уговора, али неки унутрашњи недостатак, или мана воље, може спречити пуноважно дејство таквог уговора. Уговорна изјава воље која није дата слободно, већ у заблуди, под утицајем преваре, или је недопуштеним утицајем изнуђена, не обавезује свог изјавиоца: овакав уговор је рушљив, а жртва мане воље може га поништити и отворити пут ка наступању, највећим делом, истих правних последица ништавости које погађају и ништав уговор. Међу тим последицама је и обавеза успостављања пређашњег стања.

Рушљивост уговора могу да изазову и други узроци. У нашем праву то су ограничена пословна способност уговорне стране и прекомерно оштећење (*laesio enormis*).

У Закону о облигационим односима и домаћој правној теорији, подела неважећих уговора на ништаве и рушљиве готово је општеприхваћена. Може се назвати и савременом, а свакако је преовлађујућа и у упоредном праву.

У француском праву постоји и трећа група неважећих уговора – непостојећи уговори, који су заправо на врху поделе, с обзиром на дефиницију. Појам непотпуног уговора је дело француске правне теорије 19. века, настао у брачном праву у вези са ништавошћу брака.²¹⁹

Непостојећи уговор (*actes inexistentis*) неуспео је покушај настанка уговора, јер нису испуњени општи законски услови његовог закључења. Таквом уговору недостају сагласна изјава воље, предмет или основ, дакле, оно што чини есенцију уговора (битни елементи), па га не треба поништавати, јер се сматра да није ни настао. Евентуална судска одлука има декларативно дејство.

Поредећи непостојеће уговоре и уговоре који су у савременом праву ништави, закључујемо да су ништави уговори, разлозима своје неважности, обухватили непостојеће уговоре, па се ови више и не истичу као посебна категорија. Осим узрока неважности, заједничко им је и ретроактивно дејство неважности, декларативност судске одлуке и немогућност оснажења. У Закону о облигационим односима непостојећи уговори нису споменути као посебан тип неважности. Ипак, једна законска

²¹⁹ Редактори *Code civile*-а нису предвидели санкцију ништавости брака због неиспуњења битних услова његовог закључења, попут сагласне изјаве воља, различитости полова, законом прописане форме. Да би се омогућило поништење и таквих бракова, неки правни писци су прибегли конструкцији непостојећег брака, којим се указивало на тако озбиљне разлоге неважности да самим својим постојањем, иако нису предвиђени у закону, чине брак непостојећим, а не ништавим. В., Љ. Ђуровић, „Непостојећи и ништави уговори“, *Правни живот*, бр. 10/96, стр. 435.

одредба о утицају неспоразума страна о природи уговора, основу или предмету обавезе наводи нас на закључак да је у нашем праву уговор, закључен у присуству таквог неспоразума, непостојећи.²²⁰

Посматрано са теоријског становишта, издвајање непостојећих уговора у посебну групу је оправдано јер се боље уочавају карактеристике узрока неважности и утицај који они врше на степеновање неважности уговора. Практично посматрано, у савременом праву изгубила се разлика између непостојећих и ништавих уговора, јер су у већини законика и једни и други сврстани у ништаве уговоре. Линија разграничења се изгубила због истоветности санкције – ништавости *ipso iure*, и правних последица које наступају по самом закону, без могућности уговорних страна да их отклоне, активном радњом или пропуштањем. Пут којим се долази до санкције ништавости је исти за обе врсте неважећих уговора, а различит у поређењу са поништењем рушљивог уговора, због чега се већина, што правних теоретичара, што законописаца, приклонила двојној подели неважећих уговора на рушљиве и ништаве, сврставајући непостојеће уговоре у ову последњу групу.²²¹

б. Престанак уговора због повреде уговорне обавезе

У контексту реституције, повреда уговора је правнорелевантна само ако је закључен пуноважан уговор током чијег су трајања наступиле околности које се, по закону, сматрају оправданим разлогом престанка уговорног односа на иницијативу једне уговорне стране. Уговор престаје једностраним раскидом због понашања уговорног партнера који није испунио своју доспелу обавезу (ни у уговореном ни у накнадно остављеном року) или ју је испунио на начин који се не сматра уредним испуњењем, што га чини оправданим разлогом једностраног раскида.

У савременом облигационом праву, повреда уговора је општи појам који обухвата: неиспуњење, неуредно или манљиво испуњење, закаснило испуњење, повреду тзв. споредних обавеза (попут обавезе чувања пословне тајне), и уређује се јединственим правним правилима. Такав приступ повреди уговора, иначе типичан за

²²⁰ В., чл. 63 ЗОО. Више о непостојећим уговорима у: С. Перовић, *Облигационо право*, књ. прва, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1980, стр. 449.

²²¹ Преовлађујући став о двојној подели неважећих уговора није сасвим потиснуо проponente теорије непостојећих уговора, који износе и теоријске и практичне разлоге у прилог њихове самосталности. В., Ј. Карамарковић, „Апсолутно ништави уговори“, *Правни живот*, бр. 10/1995, стр. 405-421.

англосаксонско право (*breach of contract*)²²², омогућава да се она подвргне истим санкцијама, без обзира на начин на који је уговорна обавеза повређена. Једна од могућих санкција је раскид уговора због неиспуњења, којим савесни сауговорач окончава нереализовани уговорни однос, задржавајући право на повраћај евентуално датог и право на надокнаду штете.

У нашем праву, раскид уговора има повратно дејство, па је реституција, којом се успоставља предуговорно стање, његова логична последица. Чланом 132 ЗОО уређене су последице раскида, од којих је прва да су стране ослобођене свих уговорних обавеза, осим обавезе на накнаду штете. Али, ако су обавезе испуњене или је то учинила само једна страна, право је сауговорача да захтевају повраћај датог, јер нема правног основа да се примљено задржи (правило о забрани неоснованог обogaћења). Реститутивни захтев стиче онај сауговорач који је испунио обавезу или дао нешто друго по правном основу који је накнадно престао да постоји (*condictio ob causam finitam*), независно од кривице за раскид. И несавесној уговорној страни припада право на реституцију јер њена сврха није отклањање имовинског губитка или штете за коју је кривица значајна, већ повраћај користи ономе коме правно припада од онога ко ју је без основа (тј. с обзиром на накнадно престао основ) стекао. Реституција је усмерена на добит или корист неосновано пренету у имовину другог, а надокнада штете – на губитак оштећеног, и најчешће се условљава одговорношћу за проузроковану штету.²²³

Уколико обе стране имају право на враћање датог, обострана, или узајамна реституција (законски термин), врши се по правилима за испуњење обостранообавезујућих уговора. Оба сауговорача су истовремено и дужник и поверилац захтева за враћање датог, примљено враћају истовремено, с тим да се може истаћи: 1. приговор неиспуњења, ако реститутивни захтев истиче сауговорач који не нуди повраћај противчинидбе нити је у стању да то учини, или 2. приговор несигурности.²²⁴

²²² Овај модел својствен је и међународним актима, попут Бечке конвенције о међународној продаји робе, и предлозима више студијских група за уједначавање европског приватног права, попут PECL (в., Поглавље 8, Повреда уговора и последице) и DCFR (в., Поглавље 3, Права у случају повреде уговора), у којима се употребљени израз *non-performance*, не односи само на неиспуњење, већ и на друге случајеве несаобразног испуњења, које је санкционисано као повреда уговора. Једнообразно уређење разноврсних начина повреде уговора својствено је и француском праву (*inexécution du contrat*), холандском, белгијском, италијанском, а од 2002. г. и немачком праву. Пре реформе облигационог права, немачки BGB је издвајао манљиво испуњење у засебну групу, на коју су се примењивала посебна правила о гаранцији саобразности, а не о повреди обавезе. Новим правилима, немачко право о повреди уговорних обавеза усклађено је са преовлађујућим приступом у уређењу овог института као јединственог, подвргнутог истим правилима о одговорности, без обзира на начин повреде уговорне обавезе. О томе у: R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2005, стр. 79-121.

²²³ Одговорност по основу кривице, или субјективна одговорност, најчешћа је, и прво на шта помислимо када говоримо о томе да је неко дужан да надокнади проузроковану штету. В., чл. 154 ст. 1 ЗОО.

²²⁴ В., чл. 132 ст. 3 ЗОО (дејства раскида), чл. 122 ЗОО и чл. 123 ЗОО.

3. Врсте неважности уговора по Закону о облигационим односима

Неважност уговора је апстрактан правни појам. Када кажемо да је уговор неважећи, само смо га издвојили у посебну групу уговора у односу на (оне) пуноважне, али нисмо још увек одредили каква је његова мана. У зависности од недостатка, или узрока неважности, у оквиру неважећих уговора врши се даље разврставање на ништаве и рушљиве уговоре. Ова двојна подела неважећих уговора је најшире прихваћена, и у законима и у правној теорији.²²⁵ Наведено је већ да је она део и нашег важећег права о облигационим односима.

а. Апсолутно ништави уговори

У нашем праву, апсолутно ништави или ништави јесу уговори закључени у супротности са принудним прописима, јавним поретком или добрим обичајима (чл. 103 ст. 1 ЗОО). Овакви уговори, начелно, не производе никакво правно дејство, осим ако циљ повређеног правила или закон упућује на неку другу санкцију или одређује нешто друго.

Категорија ништавих уговора обухвата више врста неважећих уговора, чији су недостаци међусобно различити, али довољно хомогени да се могу подвести под заједнички појам. Јавни поредак је веза између свих разлога ништавости, чијим је границама одређена слободна иницијатива грађанскоправних субјеката, а повреда или прекорачење – санкционисани ништавошћу уговора.

У појам јавног поретка улазе најзначајније друштвене вредности и интереси, који се не смеју повредити закључењем уговора или неком другом правном радњом, јер би то угрозило опстанак и напредак заједнице. Ове друштвене вредности су заштитни објекат норми које одређују границе слободе уговарања, налажући саговорачима испуњење одређених захтева у вези са предметом, циљем, понекада и побудама за закључење уговора, те другим елементима на које се односи њихов уговор. Неким се правним нормама чак и забрањују одређени уговори, уколико би могли да произведу дејство супротно општем интересу израженом у установи јавног поретка.

²²⁵ Један француски аутор је упоредио ништаве и рушљиве уговоре са живим организмом и закључио да је ништав уговор „мртво рођен“, док је рушљив „жив, али је болестан и према приликама може оздравити или умрети, зависно од тога да ли се ослободио свог недостатка, тј. мане.“ С. Bertrand, *La notion d`ordre public en matière de nullités*, Impr. Centrale du Nord, Lille, 1939, стр. 33.

Јавни поредак је широко прихваћен институт, уједно и механизам обезбеђивања општег интереса, што се, уколико је потребно, постиже и ограничавањем приватне аутономије. Ни у једном правном систему нема таквог уговора који би могао да произведе дејство супротно циљевима и интересима заједнице, чиме јавни поредак добија на универзалности. Мада различите и променљиве садржине, јавни поредак увек изражава најзначајније опште интересе и темељне друштвене вредности, а од повреде се штити најтежом санкцијом грађанског права – санкцијом ништавости. Општи интереси не само да испуњавају садржину јавног поретка већ су и средство контроле пуноважности уговора, како у нашем праву, тако и у француском (*ordre public*), енглеском (*public policy*), немачком (изражен појмом добрих обичаја, *gute Sitten*), швајцарском.²²⁶

Ако посматрамо узроке који чине уговор ништавим, уочавамо да се они тичу или непостојања основних претпоставки настанка уговора (непостојећи уговори) или неиспуњености законом предвиђених услова да споразум страна произведе дејство пуноважног уговора.

Уговор је ништав уколико нема сагласности воља или међу сауговорачима постоји неспоразум (*dissens*) о природи (врсти) уговора, предмету или основу обавезе (чл. 63 ЗОО).

За настанак уговора потребно је да сауговорачи имају правнорелевантну вољу која се захтева за одређени уговор, те да се могу самостално пуноважно обавезати (чл. 56 ст. 1 ЗОО). Уговор потпуно пословно неспособног лица је ништав, јер таквом сауговорачу недостаје одговарајућа ментална способност поимања значаја и правних последица предузетих радњи. Недостатак пословне способности је препрека закључењу свих уговора грађанског права, осим свакодневних послова мањег значаја, послова којима се стичу само права или којима се не стичу ни права ни обавезе (чл. 64 ст. 1 Породичног закона²²⁷).

Сагласност воља је конститутивни елемент уговора, за чије је закључење неопходно да су се сауговорачи споразумели макар о предмету и основу, као о битним састојцима уговора, и да су они у складу са принудним прописима, добрим обичајима и јавним поретком. Уговори недопуштеног, немогућег, неодређеног или неодредивог предмета су ништави (чл. 47 ЗОО), а таквим их чини и недопуштеност или одсуство

²²⁶ О томе в., Д. Стојановић, „Слобода уговорања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1968, стр. 385-396 и С. Перовић, „Аутономија воље и принудни прописи“, *Правни живот*, бр. 5-6/2007, стр. 7-88.

²²⁷ „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005. Даље: ПЗ.

каузе (чл. 52 ЗОО) или њена путативност (*iniusta causa* чини уговор привидним, чл. 66 ЗОО).

Ради лакшег изучавања, у правној теорији се ништави уговори разврставају у одређене групе, образоване на основу законских одредаба о ништавим уговорима и њиховим карактеристикама. Уобичајено се издвајају забрањени уговори, уговори потпуно пословно неспособних лица и уговори којима недостаје битна форма.

Забрањени уговори је заједнички назив за уговоре супротне принудним нормама, моралним схватањима и јавном поретку. То су: противзаконити, неморални, привидни (симуловани и фиктивни) и зеленашки уговори.

Закључењем противзаконитих уговора повређују се императивне норме које прописују забране или налажу одређено понашање, и са којима је споразум сауговарача у директној супротности. Повређена норма не мора бити грађанскоправна; може припадати било којој правној области – кривичној, управној, финансијској, радној, али је важно да адресатима норме налаже, заповеда одређено поступање или пропуштање. Уговарање чинидбе супротно заповести правне норме чини уговор противзаконитим (нпр., располагање стварима у режиму јавне својине, купопродаја дроге или ватреног оружја без дозволе).

Принудне норме садрже минимум забрана које сауговарачи не смеју повређивати. Друге, али не и мање значајне, јесу забране произашле из моралних схватања средине. Заједно са моралним заповестима или добрим обичајима, оне су други круг ограничења слободе уговарања, чија је повреда такође санкционисана ништавошћу уговора као неморалног.

Разлику између противзаконитог и неморалног уговора не одређује врста санкције, јер је иста за оба уговора (ништавост), већ онај елемент јавног поретка са којим је конкретан уговор у супротности.

Уколико је повређено когентно правило (*ius cogens*), уговор је противзаконит, и то се релативно једноставно утврђује, зато што је већина принудних норми формулисана као забрана или заповест.

Идентификовање неморалних уговора је теже, јер је њихов појам одређен на вишем степену релативности и увек захтева сагледавање споразума у контексту одређене друштвене средине и актуелног тренутка. Морал је испуњен релативним садржајем, који се мења са променама у друштву чије вредности изражава. Неморалним се могу сматрати уговори којима се ограничавају личне слободе, вређају интимна осећања људи, уговарају радње које не смеју бити мотивисане неморалним

или имовинским интересом. Најчешће, циљ или кауза чини уговор неморалним. Неморалност мотива (побуде) санкционише се ништавошћу само ако је овај битно утицао на одлуку саговорача за закључење уговора, чиме је подигнут на ниво услова закључења, што је било или морало бити познато другој уговорној страни. Знање за недопуштеност саговорачевих опредељујућих побуда указује да су оне биле у свести обе стране и да су их одвеле истом, недопуштеном циљу. Прихватање недозвољених побуда саговорача услов је неважности само теретних уговора; добротини уговори су увек ништави због недопуштености мотива, независно од знања друге уговорне стране (чл. 53 ЗОО).

Зеленашки уговор је врста неморалног уговора. Његова неетичка компонента је искоришћавање неповољног саговорачевог положаја ради уговарања, за себе или другог, користи очигледно несразмерне вредности сопствене чинидбе (чл. 141 ст. 1 ЗОО). Законом су *exempli causa* наведене неке ситуације због којих је једна уговорна страна спремна да свесно пристане на неповољне уговорне услове, па и да се обавезе на испуњење чинидбе очигледно веће вредности од противчинидбе која ће њој бити испуњена. То су: тешко материјално стање, стање нужде, недовољно искуство, лакомисленост или зависност, али и свака друга слична ситуација која се може злоупотребити на штету онога ко се у њој налази.

Зеленашки уговор, шире посматрано, садржи и елементе противзаконитости, заправо противправности, јер се уговарањем чинидаба очигледно несразмерних вредности повређује основно начело комутативних уговора – начело једнаке вредности узајамних давања (чл. 15 ЗОО). Овакав уговор је забрањен, а може бити инкриминисан и као кривично дело²²⁸.

Групу забрањених уговора затварамо привидним уговорима, чија је кауза захваћена озбиљним недостацима и зато санкционисана ништавошћу. Привидни уговори су или усмерени на постизање правног учинка који саговорачи заправо не желе, па су фиктивни, или њихова видљива кауза скрива истински разлог обавезивања, и то су симуловани уговори.

Фиктивни уговори не могу да произведу правно дејство, јер немају каузу: оно што су саговорачи одредили као непосредни правни циљ уговора само је фикција, зато што се не жели правно дејство које је законом предвиђено за ту врсту уговора. Једино чему служи фиктиван уговор је стварање привида уговора, ради изигравања права

²²⁸ Видети кривично дело зеленаштва из чл. 217 Кривичног законика Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009).

трећих лица или закона. Такав уговор не производи дејство међу уговорним странама (чл. 66 ст. 1 ЗОО), а свакако ни према трећим лицима, посебно не штетна дејства.²²⁹

Симуловани уговор, такође, има нежељену каузу, али се иза њега крије други, дисимуловани уговор, који изражава праву вољу и намеру уговорних страна. Уколико дисимуловани уговор испуњава услове пуноважности, он ће произвести ваљано правно дејство, и према сауговорачима и према трећим лицима (чл. 66 ст. 2 ЗОО). Ништавошћу је погођен симуловани уговор, осим ако треба заштити трећа лица, која су у доброј вери на основу њега стекла неко право, па се према њима привидност овог уговора не може истицати (чл. 66 ст. 3 ЗОО).²³⁰

На пуноважност уговора утиче и недостатак пословне способности сауговорача. У нашем праву, малолетници до 14. године и пунолетна лица лишена пословне способности потпуно су пословно неспособни и не могу закључивати уговоре. Њихову вољу надомешта воља законског заступника - родитеља или старатеља, који су законом овлашћени да у њихово име и за њихов рачун закључују правне послове и предузимају друге правне радње.

Правна лица иступају у правном промету у оквиру своје регистроване делатности, тј. циља оснивања, који им одређују правну (пословну) способност. Уговоре које су правна лица закључила изван граница правне способности (уговори *ultra vires*) законодавац санкционише ништавошћу, али само ако им је правна способност посебна (специјална). У неким правним системима правна лица могу имати општу пословну способност, па су, начелно, важећи и они уговори који прелазе оквир делатности правног лица. Прекорачење се санкционише у пољу јавног права, као привредни преступ или прекршај, осим ако је сауговорач правног лица знао или морао знати да је уговор *ultra vires*.

У нашем праву, правило је да непрофитабилна правна лица (установе) и правна лица јавног права имају специјалну правну способност и да су уговори закључени изван ње ништави. За профитабилна правна лица, пре свега, привредна друштва, Законом о привредним друштвима предвиђено је да могу обављати све делатности које законом нису забрањене (чл. 4), па би њима више одговарао систем опште правне способности. До таквог закључка долазимо и тумачењем одредбе чл. 22 ЗОО, по којој су уговор или друга правна радња предузети у супротности са општим актима правног лица (којима је, између осталог, одређена и њихова делатност) важећи, осим ако је

²²⁹ О фиктивном и другим врстама заобилазних (фраудолозних) уговора више у: Ј. Салма, „Заобилазни (фраудолозни) облигациони уговори“, *Гласник АКВ*, Нови Сад, бр. 1/1983, стр. 33-60 и бр. 2/1983, стр. 21-40.

²³⁰ Више о симулованим уговорима у: Ј. Салма, „Догматски основи и развој правила о симуловању уговора“, *Гласник АКВ*, Нови Сад, бр. 11/1983, стр. 1-18 и бр. 12/1983, стр. 1-20.

друга страна несавесна. Ова одредба је део основних начела Закона, али је у супротности са чл. 54 истог закона, којом је регулисана пословна способност правних лица и дејство уговора које закључују. Овим чланом одређено је да правна лица могу да закључују уговоре у оквиру своје правне способности, а да уговор закључен супротно овоме нема правно дејство. Савесна страна није заштићена признавањем дејства уговора у односу на њу, већ правом на надокнаду штете. Сукоб ових норми, од којих је једна начело, а друга је посебан пропис, може се решити прописивањем посебних правила за одређене врсте правних лица, која би за њих важила као *lex specialis*. За привредна друштва је тако учињено Законом о привредним друштвима, и њихова правна (пословна) способност је општа.²³¹ Специјалну правну способност имају задужбине и фондации, али је њено прекорачење санкционисано неважношћу уговора само ако је и друга страна у тренутку закључења уговора била несавесна.²³²

Посебном разлогу ништавости могу се изложити формални уговори, код којих је, законом или вољом сауговорача, одређено да се морају закључити у прописаној или договореној форми. Начин изјаве воље подигнут је на ниво услова пуноважности; уколико форма није задовољена, уговор не производи правно дејство, јер је ништав (чл. 70 ЗОО).

Санкција ништавости због непоштовања битне форме двоструко је релативизована. Најпре, циљ одредбе којом је форма прописана може упутити на другачију правну последицу, тако да уговор важи. Друго, уговор коме недостаје форма може се конвалидацијом спасити. Уколико су обавезе испуњене у целости или претежном делу и циљ због кога је форма прописана то допушта, уговор се извршењем оснажује и ништавост се више не може истицати (чл. 73 ЗОО). Таква могућност је посебно предвиђена за уговоре о промету непокретности, који су закључени у писаном облику, али без овере потписа сауговорача у суду, због чега би уговор требало да буде ништав. Испуњење уговора, које није у супротности са општим интересом нити са правом прече куповине одређених лица, ипак омогућава да се уговору признају дејства пуноважног уговора.^{233 234}

²³¹ „Друштво има претежну делатност, која се региструје у складу са законом о регистрацији, а може обављати и све друге делатности које законом нису забрањене, независно од тога да ли су одређене оснивачким актом, односно статутом.“ (чл. 4 ст. 1 Закона о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011 и 99/2011).

²³² Под законом предвиђеним условима, задужбинама и фондацијама допуштено је и непосредно обављање привредних делатности: делатност треба да је у вези са њиховим циљевима, предвиђена статутом и уписана у Регистар задужбина и фондација, и да је споредна. Уговори закључени сагласно њима правно су ваљани, али према сауговорачу који није знао нити морао знати да услови нису поштовани они ће то свакако бити. Принцип заштите трећих савесних лица и у овом случају нужна је корекција законских одредаба о неважности. В., чл. 45 Закона о задужбинама и фондацијама („Сл. гласник РС“, бр. 88/2010 и 99/2011).

²³³ В., чл. 4 Закона о промету непокретности, „Сл. гласник РС“, бр. 42/1998 и бр. 111/2009.

²³⁴ О подели неважећих уговора, в. у: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазивић, нав. дело, стр. 268-281.

б. Рушљиви (релативно ништави) уговори

Поље ништавих уговора одређено је оквирима јавног поретка. У ову категорију сврстани су уговори са озбиљним недостацима, којима се, у првом реду, повређују општи интереси које изражава јавни поредак.

Изван граница одређених когентним нормама, јавним поретком и добрим обичајима, налази се друга категорија неважећих уговора – рушљиви уговори, чије је закључење у већој мери супротно приватним интересима. То су понајвише интереси самих уговорних страна, а узроци, због којих је уговор рушљив, налазе се у зони њиховог утицаја и пре свега се исказују у виду мана воље.

Рушљиви уговори производе правно дејство, али се на захтев овлашћених субјеката могу поништити. Право на поништење има сауговорач у чију је корист предвиђен разлог рушљивости и, уколико ово право искористи, подвргнуће рушљив уговор, више-мање, истим последицама које има и неважност ништавог уговора. У последицама ништавости, која је њихова заједничка санкција, ништави и рушљиви уговори начелно се не разликују; разлике су у путу којим се долази до ништавости.²³⁵

Попут ништавих, ни рушљиви уговори нису хомогена група неважећих уговора, тако да је могуће издвојити неколико њихових врста, с обзиром на разлоге потенцијалне неважности. Највећу групу чине уговори закључени под утицајем мана воље: битне заблуде, преваре или претње.

Заблуда (*error*) погрешна је представа о некој чињеници или околности. За неважност уговора релевантна је само заблуда у вези са неким елементом уговора, а коју закон сматра битном. По ЗОО, битна је заблуда која се односи на битна својства предмета уговора, својства сауговорача, уколико је уговор *intuitu personae*, као и на околности које се по обичајима у промету или по намерама страна сматрају одлучним, а страна у заблуди, да је знала за право стање ствари, не би закључила уговор такве садржине (чл. 61 ст. 1 ЗОО). Код добротних уговора, битном се сматра и заблуда о побуди одлучујућој за закључење уговора (чл. 62 ЗОО).

Превара (*fraus*) јесте изазвана заблуда. Сауговорач који је доведен или одржаван у заблуди како би закључио уговор одређене садржине, има право да га поништи, без обзира да ли је преварен о битним или споредним уговорним састојцима (чл. 65 ЗОО). Важи правило да превара све квари (*fraus omnia corrumpit*), тако да стварање заблуде о неком одлучујућем елементу уговора није једна од претпоставки његовог поништења.

²³⁵ О томе у IV поглављу („Одступање од реституције – правило *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* и могућност одузимања чинидбе у корист трећег лица“), део 1, т. в – „Ништавост забрањеног уговора“.

Важно је да преварени саговорач не би закључио уговор или макар не са таквом садржином, да није било преваре.

Претња (*metus*) најозбиљнији је недопуштен утицај на слободу воље саговорача. Може бити физичка, када се употребом физичке силе саговорач приморава на закључење уговора. Редовно, такво поступање се квалификује као принуда која сасвим искључује слободно деловање, због чега се и не сматра маном воље и разлогом рушљивости, већ потпуним одсуством воље, које уговор чини ништавим.

За потенцијалну неважност грађанскоправних уговора од већег значаја је психичка претња. Законом је прописано да уговорна страна код које је недопуштеном претњом саговорача или трећег лица, изазван оправдан страх због кога је закључила уговор, има право да га поништи (чл. 60 ЗОО). Претња, као и превара, мора имати одлучујући утицај на закључење уговора: саговорач нема право да поништи уговор који би иначе закључио да није било претње, и то са истом садржином.²³⁶

Друга врста рушљивих уговора су уговори са прекомерним оштећењем (*laesio enormis*), иначе блиски зеленашким уговорима. Уговорна страна је прекомерно оштећена и има право да уговор поништи уколико је у време његовог закључења постојала очигледна несразмера узајамних давања, као последица њеног нескривљеног незнања за праву вредност чинидаба (чл. 139 ст. 1 ЗОО). Закључењем уговора са прекомерним оштећењем повређено је начело еквивалентности²³⁷ чинидаба обостранообавезујућих и комутативних уговора, јер су чинидбе битно неједнаке вредности, чиме се он приближава зеленашком уговору. Узрок који је довео до несразмере чинидаба је озбиљнији код зеленашког уговора и, са становишта јавног поретка, неморалан (искоришћавање неповољног положаја саговорача ради стицања несразмерне користи), па такав уговор не може да произведе никакво правно дејство. У уговору са прекомерним оштећењем, еквивалентност је нарушена због незнања оштећеног за праву вредност чинидаба, чега, најчешће, друга страна није ни свесна, па се не може говорити о намерном стицању предности уговарањем повољнијих услова за себе, као код зеленашког уговора. Оштећени је у заблуди о вредности чинидаба, али његова заблуда није битна у смислу мане воље, јер онда не би имало смисла издвојити уговор са прекомерним оштећењем као посебну врсту рушљивог уговора. Ради се о

²³⁶ О условима поништења уговора који су закључени под утицајем мана воље в., у: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, нав. дело, стр. 282-301.

²³⁷ Еквивалентност од латинских речи *aequus* – једнак и *valere* – вредити.

нескривљеној, погрешној процени вредности престаџија или о одсуству адекватне процене, којом је изазвана озбиљна, али отклоњива имовинска неравнотежа између сауговорача. Прекомерно оштећење, наиме, отклоњив је недостатак: уговор се свакако може поништити на захтев оштећене стране, али и спасити, допуном до праве вредности чинидаба, што може понудити сауговорач оштећеног (чл. 139 ст. 4 ЗОО).²³⁸

У трећу групу рушљивих уговора сврстани су уговори које је закључила страна ограничене пословне способности, без сагласности (дозволе или одобрења) свог законског заступника, која је по закону услов пуноважности (чл. 111 ЗОО). У правној теорији се овакви уговори називају уговорима који „храмљу“ (*negotium claudicans*) или „лебдећим“ правним пословима, чија се неважност може спречити по нарочитом поступку који се не примењује на друге рушљиве уговоре. Наиме, законски заступник ограничено пословно способног лица (малолетника од 14. до 18. године и пунолетне особе делимично лишене пословне способности) може самоиницијативно или на позив друге уговорне стране одобрити уговор, са ретроактивним дејством. Тада се сматра да је уговор важећи од закључења, чиме се омогућава и верификација правних последица насталих у међувремену, до одобрења уговора (чл. 57 ст. 3 и чл. 58 ст. 1 ЗОО).²³⁹

4. Санкционисање неважности уговора и правне последице

Правноснажношћу пресуде којом се уговор оглашава ништавим, тј. рушљиви поништава, уговор се санкционише ништавошћу и лишава свих правних дејстава. Ништавост је санкција неважности уговора, а све што се касније дешава у вези са уређењем правног положаја сауговорача, евентуално и одређених трећих лица (који на неважећем уговору темеље неко своје право) представља последицу ништавости. Правне последице ништавости су реституција²⁴⁰, надокнада штете и уређење правног положаја трећих лица, и њима се практично остварује дејство максиме да из нечега што је неважеће (ништаво) не могу настати никаква дејства - *quod nullum est nullum producit effectum*.

²³⁸ Спасити је могуће и зеленашки уговор, на захтев оштећене стране, смањењем њене обавезе на правичан износ. О овом захтеву, иначе везаним преклузивним петогодишњим роком, одлучује суд, који ће, уколико је то могуће, изнова уредити односе сауговорача у складу са начелом еквивалентности узајамних давања. В., чл. 141 ст. 3 и 4 ЗОО.

²³⁹ Више у: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, нав. дело, стр. 301-307.

²⁴⁰ Код рушљивих уговора допуштено је да се сауговорачи споразумеју о неретроактивности ништавости, која ће у том случају деловати само за убудуће, без реституције већ испуњеног. Одступање од повратног дејства уговора, свакако у границама јавног поретка и допуштене слободе уговарања, оправдава се карактеристикама разлога који чине уговор рушљивим и циљевима којима служи њихово поништење. В., С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 473.

Ништави и рушљиви уговори су најчешће врсте неважећих уговора. Међусобно се разликују по низу карактеристика, од којих је врста повређеног интереса – приватни или јавни, послужила као основ поделе. Уобичајено се у правној теорији наводи да су ништави уговори у супротности са општим интересом, а да се рушљивим повређују приватни интереси или интереси страна које су закључиле уговор. Обавезно се истиче да је подела несигурна због релативности критеријума поделе, а то су врста и значај повређеног интереса. У савременом друштву, у коме су интереси испреплетани и није могуће јасно одредити границу између приватног и јавног, општи интерес није само интерес заједнице, као што ни интереси појединаца нужно нису лишени вредности и принципа које деле сви или већина чланова заједнице. Приватни интереси се остварују у друштву, бројни су и за њихово квалитетно остваривање неопходно је да не вређају приватне интересе других, али ни друштвене – опште интересе, најчешће изражене у правним и моралним нормама највишег ранга. Споразуми супротни овим, претежно општим интересима, санкционисани су констатацијом њихове неважности, јер су ништави, док се уговори који повређују претежно приватне интересе, и стога су рушљиви, поништавају конститутивном судском пресудом.

Осим врсте интереса који је заштитни објекат правне норме о неважности, ништави и рушљиви уговори имају и друге међусобне разлике које се тичу: круга субјеката којима је дозвољено да укажу на разлог неважности, временског оквира указивања на неважност на то овлашћених субјеката, примене истражног начела у поступку по неважећем уговору (испитивање разлога неважности по службеној дужности или само на захтев овлашћених субјеката), карактера пресуде о неважности.²⁴¹

Разлике између ништавих и рушљивих уговора значајне су само до правноснажности пресуде о утврђењу ништавости, тј. поништењу уговора. Након тога, настају правне последице исте за све неважеће уговоре, независно од разлога неважности, јер он више није битан. Ипак, нека правна дејства судске одлуке не могу се сасвим одвојити од разлога неважности, па су одређене правне последице могуће само код ништавих уговора, а неке – код рушљивих.

Обема врстама неважности заједничке су: ништавост, реституција, накнада штете и заштита права која су стекла трећа савесна лица.

У зависности од узрока неважности, посебне правне последице, могуће само код ништавих уговора, јесу: одбијање реститутивног захтева несавесног сауговорача,

²⁴¹ В., Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, нав. дело, стр. 267-268.

одузимање предмета чинидбе у корист трећег лица (ако је уговор забрањен), конверзија и, изузетно, конвалидација уговора који не би требало да важи зато што није закључен у прописаној битној форми.

На ништавост рушљивог уговора може се надовезати и једна посебна правна последица, осим општих, које смо назвали и заједничким правним последицама неважности уговора. Суштински, реч је о ограничењу реститутивне обавезе малолетног или реститутивног дужника ограничене пословне способности, ради њихове заштите. Умањењем обима реститутивне обавезе, реститутивни дужник се штити јер нема довољан ментални капацитет за пуноважно обавезивање уговором, па се наведено ограничење у обиму враћања мора применити и на малолетника до четрнаесте године и пунолетне особе потпуно лишене пословне способности. У очима законодавца они су потпуно неспособни за расуђивање, те заслужују исту врсту реститутивне заштите као и особе ограничене пословне способности.²⁴²

Конвалидација рушљивих уговора није посебна правна последица неважности уговора, већ њена негација. Уколико се рушљив уговор конвалидира, он се оснажује *ex tunc*, као и све последице настале после закључења уговора. Санкција правноснажности пресуде – ништавост, не погађа конвалидиран рушљив уговор, јер су сауговорачи, свесни разлога рушљивости, ипак испунили обавезе или су пропустили преклузивни рок за поништење уговора (свесно или не). Могућност конвалидације, која се везује само за рушљиве уговоре и, изузетно, за ништаве уговоре код којих није поштована форма, враћа нас на основ поделе неважећих уговора на ништаве и рушљиве, и чињеницу да су приватни интереси начелно мање значајни, због чега се некада адекватније штите оснажењем уговора уместо поништењем.

5. Реституција испуњених чинидаба као правна последица ништавости (неважности) уговора

Реституција, или успостављање пређашњег стања, најзначајнија је правна последица ништавости уговора, којом се дејство забране неоснованог обogaђења проширује и на уговорне односе. У складу са максимумом *quod nullum est nullum producit effectum*, реституцијом се отклањају ефекти испуњења уговора, пре свега, у односу на

²⁴² Законом је одредба о ограничењу обавезе враћања на преостали део испуњења сврстана у последице поништења рушљивих уговора, и својим насловом - „Враћање и накнада у случају поништења уговора ограничено пословно способних лица“ (чл. 114 ЗОО) - може да збуни. Одредбу ваља екстензивно и телеолошки тумачити; њен циљ је да се сауговорачу, чија изјава воље нема пуноважно правно дејство због узраста или психо-физичког стања, пружи посебна заштита. Штити се, дакле, не само особа ограничене пословне способности, већ и, првенствено, она која уопште није пословно способна.

сауговараче, који су дужни да један другоме врате оно што су примили по основу неважећег уговора.

Враћају се, пре свега, испуњене чинидбе или се надокнађује у новцу њихова противвредност, али се има вратити и сва остала корист која није обухваћена појмом чинидбе, а стечена је у вези са неважећим уговором (нпр., капара која није урачуната у коначно испуњење, ствар дата у залогу). Сауговарачи дугују један другоме и повраћај користи која потиче од предмета чинидбе који враћају, попут плодова, камата и сличног, а дужни су надокнадити и корист од употребе примљеног предмета.

Будући да се реститутивна обавеза заснива на забрани неоснованог обогаћења, по обиму, она обухвата све користи од извршења уговора (главне и споредне), јер их, после поништења уговора, сауговарач коме је чинидба испуњена држи без основа. Ништавост делује ретроактивно, па се сматра да неважећи уговор није ни био закључен и да уговорне стране држе без правног основа све што су примиле по основу ништавог/рушљивог уговора. Увећање имовине вредношћу испуњеног сматра се неоснованим обогаћењем, које је забрањено, па се реститутивна обавеза извршава по правилима о враћању стеченог без основа (чл. 210-219 ЗОО).

Неосновано обогаћење као посебан извор облигационих односа почива на чињеници невољног или несвесног увећања имовине другог, на рачун (умањења) сопствене, или на погрешном веровању осиромашеног о постојању сопствене обавезе, што је случај са испуњењем недугованог.

Испуњење обавеза из неважећег уговора понекад је резултат незнања сауговарача за разлог неважности; размена имовинских вредности врши се свесно, али недостаје свест (знање) да правни поредак не признаје такву размену, јер јој је основ - неважећи уговор - санкционисан ништавошћу. Код зеленашког уговора можемо приметити и некакву недобровољност, јер оштећена страна, принуђена неповољним околностима, нерадо пристаје на уговарање и испуњење своје далеко вредније чинидбе од сауговарачеве противчинидбе. У оваквим случајевима, донекле се поклапају чињенични елементи захтева из неоснованог обогаћења са разлозима неважности.

Са друге стране, имамо и такве неважеће уговоре чије су уговорне стране испуниле обавезе иако су знале за разлог неважности или га чак и скривиле. Знање да се другоме даје недуговано (ништавост укида уговорне обавезе са ретроактивним дејством), по општим правилима о неоснованом обогаћењу требало би да искључи реститутивни захтев за повраћај чинидаба.²⁴³ Ипак, од тога се одступа и право на

²⁴³ „Ко изврши исплату, знајући да није дужан платити, нема право да захтева враћање...“, чл. 211 ЗОО.

повраћај датог признаје обома сауговорачима, били савесни или не, а само враћање се врши по правилима стицања без основа. Сходна примена ових правила произлази из духа реституције и циља који треба постићи у материји неважности уговора.

Ratio реститутивне обавезе је у захтеву јавног поретка да се не дозволи да неважећи а испуњени уговор надживи своју санкцију – ништавост, до чега би дошло ако би сауговорачи задржали примљено по основу таквог уговора. Без реститутивне обавезе, ништавост се своди на мртво слово на папиру, на јавну објаву неважности уговора, због непоштовања законских услова пуноважности, али која нема никакве реалне и неопходне ефекте. Реституција је практична снага ништавости уговора; њоме се имовинска промена не коригује само зато што је, након поништења уговора, изгубила основ, већ зато, и првенствено зато, што је том основу правни поредак одузео ваљаност.

а. Утицај међусобне условљености чинидаба на успостављање пређашњег стања

Успостављање пређашњег стања у уговорним односима није сасвим идентично са враћањем неосновано стечене користи по правилима неоснованог обogaћења. При уређивању правног положаја сауговорача, морамо поћи од чињенице да већину уговора савременог правног промета чине узајамни уговори, а њихово основно обележје је узајамна условљеност чинидбе и противчинидбе. Код оваквих уговора чинидбе се међусобно размењују; основ обавезе једне стране је обавеза друге, и сваки се сауговорач обавезује на чинидбу, јер се други обавезао на противчинидбу. Циљ обавезивања је стицање права на испуњење чинидбе друге стране.²⁴⁴ Обавезе из узајамних уговора у свему су условљене. У правној теорији се говори о њиховој трострукој зависности: генетичкој, функционалној и кондиционалној.²⁴⁵

Нама је важна кондиционална зависност чинидаба, којом се означава условљеност постојања и опстанка једне обавезе постојањем и опстанком, и то пуноважним, обавезе друге стране. Немогућност испуњења, неиспуњење или неважност једне обавезе, по правилу, гаси противобавезу. Ако су обавезе биле испуњене пре поништења уговора, настаје реститутивна обавеза, и она је код узајамних уговора редовно обострана и извршава се истовремено.

²⁴⁴ Ј. Радишић, *Облигационо право*, стр. 125.

²⁴⁵ *Ibid*, стр. 126-127.

Немогућност једног саговорача да врати примљено у неким правима понекада може представљати разлог да се таквом саговорачу ускрати право да захтева враћање датог, а у енглеском праву искључен је чак и захтев за поништење уговора²⁴⁶. У већини права, ипак, немогућност да се врати примљено у натуралном облику најчешће само модификује начин успостављања пређашњег стања: уместо натуралне реституције саговорач који не може да врати примљено надокнађује у новцу његову противвредност.

Касациони суд у Француској је у више одлука указао на међусобну условљеност чинидбе и противчинидбе; одлуке се нису тицале само реституције након раскида уговора због правних или физичких недостатака испуњења, већ и раскида због неиспуњења (*resolution*, чл. 1184 Code civile) или успостављања пређашњег стања након утврђења ништавости уговора (*nullite, annulation*). У овим случајевима реститутивна обавеза је подвргавана исплати недугованог. У немачком праву, пре ступања на снагу BGB-а, постојала су посебна правила о реституцији обавеза испуњених из узајамних уговора.²⁴⁷ Важећа правила немачког законика подвргавају реституцију као последицу ништавости општим правилима о неоснованом обогаћењу, док за реституцију након раскида уговора постоје посебна правила, у делу законика којим су уређени уговорни односи (§ 346 BGB-а). У енглеском праву, узајамни уговор, иако је неважећи, не може се поништити уколико обе стране не могу да врате примљено.

У савременом немачком праву, условљеност чинидаба узајамних уговора не анализира се у контексту немогућности реституције, већ правне квалификације ове немогућности: да ли саговорач који не може да врати примљено стиче право да истакне приговор престанка обогаћења (*Wegfall der Bereicherung*), чиме искључује своју реститутивну обавезу, али не и право да захтева повраћај своје чинидбе, или је то преображај (немогуће) натуралне реституције у новчану (вредносну). Дилема правилне квалификације немогућности обостране реституције могућа је код престанка уговора због неважности, али и код раскида због повреде уговорних обавеза.²⁴⁸

²⁴⁶ Подсетимо да је у енглеском праву могућност извршења реституције услов поништења уговора; ако *restitutio in integrum* није могућ, уговор се не поништава, већ страна која би иначе могла да поништи уговор сада има право на обештећење.

²⁴⁷ Р. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 403.

²⁴⁸ Параграфом 346 BGB-а дозвољено је да једна уговорна страна захтева повраћај датог иако не може да врати противчинидбу. Циљ овог правила, који је део уговорног права а не права о неоснованом обогаћењу, није у омогућавању том саговорачу да искључи властиту реститутивну обавезу (користећи се приговором престанка обогаћења) јер ће се имовинска равнотежа ипак успоставити по посебним правилима. Редовно су то правила о накнади штете; ако је једна страна одговорна за неважност уговора

б. Врсте реституције

1) Стварноправна и облигационоправна реституција

Успостављање пређашњег стања, као последица ништавости, може се вршити по правилима враћања неосновано стечене користи - кондикционим захтевом, који је или *condictio indebiti* или *condictio ob causam finitam*. Ова правила могли бисмо назвати општим реститутивним режимом.

Будући да су правила о разлозима неважности и поништења уговора део уговорног права, а не права о неоснованом обогаћењу, могуће је да се за реституцију пропишу и посебна правила, која одступају од општег режима.

У нашем ЗОО, последице ништавости су уређене посебним правилима, али њима се само прилагођава општи реститутивни режим специфичностима уговорног односа и међусобној условљености чинидбе и противчинидбе (отуда је обострана реституција правило). Мада се не упућује изричито на правила стицања без основа, сходна примена се не може избећи, зато што се реституција врши из истог разлога - ради отклањања имовинске промене која је изгубила правни основ након престанка уговора, и на основу истог правила о забрани неоснованог обогаћења. То важи и за реституцију након раскида уговора са *ex tunc* дејством. Дуготрајни уговорни односи су изузети од општих правила успостављања пређашњег стања, јер њихов раскид производи дејства за убудуће, по чему је веома сличан отказу.

Реститутивна правила су облигационоправна, најчешће прописана Законом о облигационим односима, и предвиђају да се неосновано стечена корист враћа кондикционим захтевом, са дејством *inter partes*. Реституција се може вршити и по посебним, стварноправним правилима, којима се уређује виндикациони захтев власника или узугационог држаоца за повраћај индивидуално одређене ствари којом је испуњена престација. Реститутивни карактер има и државинска тужба за повраћај ствари.

Стварноправна реституција искључује примену правила ЗОО, због важења правила да ко може да виндицира не може и да кондицира²⁴⁹. Њоме се пружа већа заштита реститутивном повериоцу, јер се може остварити према сваком код кога се

или за пропаст предмета чинидбе (због чега се не може извршити обострана натурална реституција), имовинска позиција другог сауговорача доводи се у предуговорно стање накнадом претрпљене штете, у виду негативног или позитивног уговорног интереса. У овом случају се, применом правила одштетног права, реститутивна обавеза проширује, обухватањем губитака и трошкова који би се надокнадили као неосновано умањење имовине, каузално повезано са пропашћу дугованог предмета чинидбе.

²⁴⁹ Ј. Радишић, нав. дело, стр. 303.

налази објекат враћања, без обзира да ли је ово лице било уговорни партнер неважећег или раскинутог уговора или је правни следбеник сауговорача.²⁵⁰ Стварноправна реституција показује своју снагу и у случају стечаја или инсолвентности реститутивног дужника, јер је реститутивном повериоцу обезбеђено да излучном тужбом поврати ствар којом је испунио уговорну обавезу.²⁵¹ Реституција која се врши по правилима стварног права има *erga omnes* дејство и остварује се тужбом *actio rei vindicatio* или државинском тужбом за повраћај ствари.

У неким правима, стварноправну реституцију може ограничити или сасвим искључити посебан начин стицања својине.

Наше и права која су прихватила систем каузалне традиције (нпр., аустријско и француско право), омогућавају да реститутивни поверилац употреби виндикациону тужбу да би вратио ствар, јер он остаје њен власник и по поништењу или раскиду уговора. Ако је дуговани предмет индивидуално одређена ствар и постоји у време подношења захтева за враћање, реститутивни поверилац враћа државину ствари као власник. Будући да он није изгубио право својине, па се не може сматрати осиромашеним (као што се ни реститутивни дужник не може сматрати обогашеним, јер на ствари коју држи није стекао никакво право), може бити спорно његово право избора основа остваривања реститутивног захтева, тј. право да, уместо својинске тужбе, употреби тужбу из неоснованог обогашења. Разлог томе је што у овом случају нису испуњене битне претпоставке стицања без основа: обогашење на једној и осиромашење на другој страни, која су узрочно-последично повезана.

Сасвим је другачији положај реститутивног повериоца чија је ствар отуђена, уништена, потрошена, помешана или спојена са другим стварима, па је изгубила идентитет. Право на повраћај ствари у натуралном облику претвара се у облигационоправни захтев за надокнаду противвредности обогашења. Другим речима, преображава се право својине у тражбено право, које омогућује да се продужи заштита власника, али само према другој уговорној страни, евентуално и према трећем лицу

²⁵⁰ Повраћај ствари власничком тужбом условљен је доказом о праву својине тужиоца и његових правних претходника, ако је ствар стечена деривативним путем. Овакво доказивање, с правом названо ђаволским (*probatio diabolica*), могућа је отежавајућа околност, која ће стварноправној реституцији одузети предности над облигационоправном реституцијом.

²⁵¹ Излучни поверилац није и стечајни, те правне последице отварања стечајног поступка према њему не делују. Овлашћен је да захтева издвајање (излучење) из стечајне масе ствари на којој има стварно или лично право и њену предају у посед. Уколико је ствар отуђена, његово право својине преображава се у облигационоправни захтев уступања потраживања још неисплаћене противнакнаде, а, уколико је накнада већ плаћена – има право на накнаду штете као стечајни поверилац. В., чл. 50, 102 и 112 Закона о стечају („Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011 и 71/2012 – одлука УС).

које ствар није стекло у доброј вери.²⁵² Уколико је за пуноважно отуђену ствар добијена друга ствар, могућа је реална суброгација и њено кондицирање. Мишљења смо да виндикациони захтев није допуштен, зато што је реститутивни поверилац изгубио право својине.

У немачком праву, принцип апстрактности стварноправног уговора на основу кога се стиче својина (*dinglicher Vertrag*) искључује могућност реститутивног повериоца (уједно и некадашњег власника) да виндицира ствар. Овим уговором својина се преноси чак и ако је каузални, облигациони уговор (нпр., купопродаја) неважећи, што стицаоца чини власником, а његова евентуална располагања са ствари пуноважним. Реститутивни поверилац може да врати ствар *in specie* само ако је саговорач није отуђио, и то по правилима стицања без основа, а не виндикационом тужбом. Ако то није могуће, кондикциони захтев, којим је требало извршити реституцију у натуралном облику, претвара се у захтев за надокнаду стечене користи, и опет је подвргнут правилима о неоснованом обogaћењу. Неосновано обogaћење, као посебан правни институт и правило корекције неоснованих имовинских промена, од великог је значаја у немачком праву управо због строгих последица апстрактног преноса права својине.²⁵³

2) Једнострана и обострана реституција

Начин успостављања пређашњег стања, тиме и врста реституције, одређени су врстом уговора – једностраном или обостранообавезујућим уговором, и, код обостранообавезујућих уговора – чињеницом да ли су обе стране испуниле обавезе или само једна. Према томе, реституција може бити једнострана или обострана.

У једностранообавезујућем уговору једноставно је идентификовати ко је реститутивни поверилац, а ко реститутивни дужник. Право на повраћај датог има само она страна која је у примарном уговорном односу била дужник и испунила дуговану чинидбу. Ништавошћу уговора, она стиче положај реститутивног повериоца, чије је право да захтева повраћај датог.

²⁵² Кондикционој и виндикационој тужби заједнички су исти, реститутивни карактер и функција – успостављање пређашњег стања, због чега су се развиле у уској међусобној вези.

²⁵³ В., Larenz, К., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, С. Н. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1967, стр. 324-328 и *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil*; F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 9. Auflage, Verlag С. Н. Beck, München, 1977, стр. 32-44; H. C. Grigoleit, „Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 199, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, стр. 379-420; H. P. Westermann, *BGB-Sachenrecht*, 11. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, стр. 59-69 и 150-157.

Једнострана реституција је могућа и код обостранообавезујућих уговора код којих је само једна страна испунила обавезу. Последице ништавости су да обавеза њеног сауговорача престаје, па се не може захтевати њено извршење, али се може захтевати повраћај датог. Код забрањених и у целости испуњених уговора, уколико суд примени правило *neto auditur* и одбије захтев несавесне стране да јој се дато врати, реституција је такође једнострана - у корист савесне стране (која није знала нити је могла знати за разлог неважности).

Обострана реституција претпоставља ништавост обостранообавезујућег и у целости испуњеног уговора. Сваки сауговорач враћа примљено, и то по правилима о испуњењу узајамних уговора, па се оваква реституција може назвати и узајамном (синалагматичком).²⁵⁴

Обавезе из узајамних уговора испуњавају се истовремено, осим ако је законом или уговором одређено другачије или је одступање наметнуто природом уговора (чл. 122 ст. 1 ЗОО). Зато се и повраћај датог има извршити истовремено, па ниједна страна није дужна да врати чинидбу уколико друга страна не испуни или није спремна на истовремено испуњење своје реститутивне обавезе. Правило истовременог испуњења ојачано је приговором неиспуњења обавезе (чл. 122 ст. 2 ЗОО), и сматрамо да је овај приговор применљив и на извршење реститутивних обавеза.

Приговор несигурности, са друге стране, штити ону уговорну страну која се обавезала да прва испуни обавезу, када је испуњење противчинидбе постало неизвесно услед околности насталих по закључењу уговора (чл. 123 ст. 1 и 2 ЗОО). Право је ове уговорне стране да испуњење своје обавезе услови у примереном року давањем одговарајућег средства испуњења, па, ако он безуспешно протекне, може и да раскине уговор (чл. 123 ст. 3 ЗОО).

Уколико је неизвесно испуњење реститутивне обавезе, приговор несигурности би могао само да одложи њено испуњење. Давање обезбеђења и одређивање примереног рока за испуњење претпоставља да страна која добија обезбеђење испуни своју реститутивну обавезу. Безуспешним протеклом рока она не стиче право да раскине уговор, јер је он престао поништењем, али ни право да захтева повраћај датог на име реститутивне обавезе, јер јој то правно не припада (због недостатка основа стицања). Право на реституцију оствариће у промењеном облику: уместо натуралне реституције, добиће новчану вредност дугованог предмета, надокнаду користи по правилима о неоснованом обogaћењу и надокнаду штете по правилима одштетног права.

²⁵⁴ Законом о облигационим односима ово је прописано само за враћање примљеног након раскида уговора (чл. 132 ст. 3), али се може сходно применити и на неважност као реститутивни разлог.

3) Натурална и новчана реституција

Према садржају, реституција је или натурална или новчана (цивилна, вредносна).

Натурална реституција је правило. Остварује се враћањем онога чиме је уговорна обавеза испуњена. Новчана реституција је њена замена - уколико је враћање примљеног немогуће због пропасти, отуђења или оштећења ствари.

Испуњење обавезе у новцу (осим ако је сама обавеза новчана) супсидијаран је начин не само у пољу неоснованог обогаћења, већ и у уговорном праву (дужник дугује испуњење обавезе како је уговорено *in specie*, чак и када обавезу испуњава у накнадном примереном року за испуњење), одштетном (одговорно лице дужно је да успостави стање које је било пре него што је штета настала, дакле, предност је дата надокнади штете у натуралном облику), стварном праву (реивиндикациона тужба увек је усмерена на повраћај управо одузете ствари).

Новчана реституција се врши и ако се природа предмета који треба вратити противи враћању *in naturam* (услуге, рад), и тада нема супсидијаран карактер (није замена за натуралну реституцију), већ је једини могући начин успостављања пређашњег стања.

По правилима Закона о облигационим односима о враћању стеченог без основа, натуралну или реституцију у природном облику²⁵⁵ замениће новчана (цивилна²⁵⁶) реституција уколико се осиромашеном не може вратити онај део његове имовине којим је, без основа, на било који начин, увећана имовина другог.

Реститутивна обавеза је увек усмерена на повраћај онога чиме је, без основа, увећана имовина другог лица, без обзира да ли се враћа ствар или се надокнађује вредност увећања имовине (чл. 210 ст. 1 ЗОО). Обогаћење је једнако увећању имовине обогаћеног-реститутивног дужника, и оно може бити једнако осиромашењу (умањењу имовине) осиромашеног-реститутивног повериоца, мање или веће од њега. У неким случајевима, могуће је и да нема никаквог увећања (иако је било неоснованог стицања), и то зато што је реститутивни дужник стеченим тако фактички или правно располагао да његова имовина у време враћања више није увећана, а не постоји нити један правни основ по коме би био дужан да надокнади вредност обогаћења, преда сурогат или на други начин надокнади губитак реститутивног повериоца.

²⁵⁵ С. Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 560.

²⁵⁶ *Ibid*, стр. 560.

Могућност да не настане реститутивна обавеза, иако је било неоснованог стицања, наметнута је једном дилемом која у савременом праву није добила коначно разрешење: да ли се мора вратити, тј. надокнадити вредност неосновано стеченог или само корист која постоји у време подношења захтева за повраћај. Другим речима, шта обухвата реституција – да ли ону вредност која је без правног основа изашла из имовине осиромашеног (без обзира шта се са њом касније дешавало у имовини обogaћеног) - теорија враћања, или само оно што за обogaћеног представља корист у време сазнања за неоснованост свог стицања (теорија обogaћења).²⁵⁷

У упоредном праву има различитих законских или решења насталих у пракси судова.

У немачком праву, обим реститутивне обавезе одређен је постигнутом користи или вредношћу коју је реститутивни дужник примио као надокнаду за пропали, оштећени или одузети неосновано стечени предмет. Вредност стеченог коју треба надокнадити у новцу утврђује се према објективном критеријуму, тј. његовој тржишној вредности. Ово је начелно правило о обиму реституције, али га обавезно треба тумачити у вези са правилом о престанку обogaћења, коме припада централно место у немачком праву о неоснованом обogaћењу, и чијом се применом одређује колико ће заиста бити враћено од онога што је, без правног основа, изашло из имовине реститутивног повериоца.

Престанак обogaћења (*Wegfall der Bereicherung*, § 818 ст. 3 BGB-а) посебан је правни институт који обим реститутивне обавезе своди на *преостало обogaћење* у имовини реститутивног дужника. Захваљујући овом правилу, обogaћени, под условом да је савестан (није знао нити је морао знати да стиче без правног основа), може угасити своју обавезу враћања стеченог (јер у тренутку релевантном за утврђивање његове реститутивне обавезе нема користи коју треба вратити, нити било каквог увећања имовине, каузално повезаног са неосновано стеченим) или је умањити, јер је постигнута корист, од тренутка стицања до сазнања за обogaћење, умањена у односу на првобитно стечено.²⁵⁸ Слична правила, која реституцију условљавају постојањем користи (у време враћања или сазнања за неоснованост стицања), а њен обим – висином

²⁵⁷ У савременом праву преовладава теорија обogaћења, по којој је реститутивна обавеза савесног стицаоца условљена постојањем користи (немачко и швајцарско право; у француској теорији сматра се да треба вратити само онолико колико се савесни обogaћени заиста обогатио (Mazeaud)). Корист се интерпретира широко, ставом да она није престала све док постоји неки њен сурогат (Нав. према: С. Цигој, нав. дело, стр. 560). Овом као и чињеницом да је само савесни стицалац привилегован, проширује се заштита осиромашеног и на случајеве у којима би, због непостојања користи *in naturam*, његов реститутивни захтев требало одбити.

²⁵⁸ О правилима успостављања пређашњег стања због неоснованог стицања у немачком праву више у: R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 5. Auflage, ред. R. Schulze, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2007, стр. 1038-1044.

стварно постојеће користи, постоје и у швајцарском праву (чл. 64 OR-a), италијанском (чл. 2037 ст. 3 и чл. 2041 Codice Civile-a) и француском (и код неоснованог обogaћења и код исплате недугованог).

Друга могућност је одређивање обима враћања према вредности којом је умањена имовина реститутивног повериоца, са којим умањењем је каузално повезано увећање имовине другог лица. У аустријском праву, нпр., стицалац је дужан вратити *вредност ствари у време њене неосноване употребе* (§ 1041 ABGB-a). Реститутивна обавеза, макар у погледу главног предмета враћања, постаје коначна већ у тренутку неоснованог стицања, и она је константна, јер каснија дешавања са предметом обogaћења нису релевантна. Ипак, и код овог метода утврђивања реститутивне обавезе, имају се у виду плодови и користи од главног предмета враћања, као и трошкови стицаоца повезани са њим, јер се и они морају реституисати, тј. надокнадити.

Правило о враћању само затеченог, стварно постојећег обogaћења у имовини реститутивног дужника, преовладава у упоредном праву, а оправдава се природом и циљем реститутивне обавезе која проистиче из неоснованог стицања. Обавеза враћања никада није потпуна, јер се њен циљ не састоји у обештећењу реститутивног повериоца, као што је то циљ надокнаде штете, на чију висину превасходно утиче губитак који оштећени трпи. Суштина верзије је у претакању имовинских вредности, под условом да оно што је преточено још увек траје (*non est versum si non durat versum*), и у обиму у коме се код савесног стицаоца затекло у време подизања захтева за повраћај.²⁵⁹ Несавесни стицалац не ужива овакву „привилегију“ и мораће да врати, тј. надокнади све што је без ваљаног основа стекао, без обзира да ли је још увек обogaћен у време подизања реститутивног захтева.

По ЗОО, обogaћени испуњава обавезу из неоснованог обogaћења у новчаном облику уколико натурална реституција није могућа, надокнадом вредности *постигнутих користи од обogaћења* (подвукла аут., чл. 210 ст. 1). Одредба о ограничењу обима реституције, евентуално и њеном искључењу, уколико је у време подношења захтева вредност користи умањена или се изгубила (потрошњом, пропашћу, отуђењем, уништењем), није део нашег закона.

Да би се утврдио новчани износ који се дугује осиромашеном, потребно је утврдити: које користи је обogaћени стекао и у ком обиму; по ком се критеријуму има одредити вредност постигнутих користи (тржишна вредност користи или неки субјективни критеријум); према ком тренутку се врши процена обима стеченог (време

²⁵⁹ Ј. Даниловић, „Неосновано обogaћење“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, стр. 425.

стицања користи или време подношења реститутивног захтева); какав је утицај промена у вредности постигнутих користи на реститутивну обавезу.

Реституција као последица ништавости уговора уређена је посебним правилима ЗОО, одредбом да је свака страна дужна да врати другој све што је примила по основу ништавог уговора (натурална реституција), а ако то није могуће или се природа датог противи враћању – даје се одговарајућа накнада у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке (чл. 104 ст. 1 и чл. 113).

Законом о облигационим односима не упућује се на сходну примену правила о неоснованом обогаћењу, и то свакако не треба сматрати недостатком: традиционално се испуњење обавеза из неважећег уговора сматра једним од случајева стицања без основа, што се квалификује или као исплата недугованог или као испуњење с обзиром на основ који је касније престао да постоји. Примена тих правила је не само могућа већ је и неопходна, јер законска регулатива о реституцији у материји неважности није потпуна; законом се само прописује дужност враћања примљеног по основу неважећег уговора, без уређења низа других чинилаца који свакако утичу на постојање и опсег реститутивне обавезе. Отуда је неизоставно прибећи правилима о враћању неосновано стеченог, али и водити рачуна о двема битним чињеницама.

Уколико су обе стране испуниле обавезе, обострана реституција је правило а њихове чинидбе су узајамно зависне (условљене). Рекло би се да ове чињенице добијају на значају нарочито у ситуацији у којој један од сауговорача није у стању да врати примљену чинидбу: Како квалификовати ову немогућност извршења реститутивне обавезе *in naturam*? Да ли је сауговорач ослобођен обавезе враћања, али и даље има право да захтева враћање сопствене чинидбе, или је само промењен начин на који ће испунити реститутивну обавезу, давањем новчане противвредности уместо (немогућег) натуралног испуњења? У којој мери треба узети у обзир правила о немогућности испуњења, посебно о одговорности дужника за немогућност?

Наведена дилема је у немачкој правној теорији поделила теоретичаре у две групе.

Једну групу чине присталице тзв. салдо-теорије (*Saldotheorie*)²⁶⁰, по којима, чак и неважећи уговор ствара везу између чинидбе и противчинидбе, која онемогућава једну страну да захтева повраћај датог уколико и сама није у могућности да врати оно што је

²⁶⁰ Салдо-теорија је преовлађујућа, а неки од њених представника су: V. Caemmerer, Larenz, Palandt-Thomas, Berg. Видети: U. Bührenbender, „Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge“, *Archiv für die civilistische Praxis*, J. C. B. Mohr, Tübingen, Bd. 200, 6/2000, стр. 640.

њој испуњено. У овом случају, немогућност натуралне реституције једне од чинидаба не даје право сауговорачу који не може да врати примљено (јер је дуговани предмет пропао, уништен, потрошен или отуђен) да истакне приговор престанка обогаћења (*Wegfall der Bereicherung*) и угаси своју реститутивну обавезу. Реституција се врши, али у новцу, тако што се вредност једне чинидбе умањује вредношћу друге, и исплаћује разлика оној страни чија је чинидба била (новчано) вреднија.²⁶¹

Опоненти салдо-теорије чине другу групу теоретичара, који посматрају размењене чинидбе независно једну од друге.²⁶² То су две самосталне кондикције, у свему подложне правилима враћања неосновано стеченог, укључујући и правило о престанку обогаћења, као корелативу реститутивне обавезе. Ово је тзв. теорија две кондикције (*Zweikondiktionenlehre*), чија примена значи да: пропаст предмета чинидбе иде на штету њеног повериоца; свака страна има право да тражи враћање онога чиме је други сауговорач обогаћен; сауговорач који, из разлога за које не одговара, не може да врати примљено по основу неважећег уговора, не губи реститутивни захтев за повраћај онога чиме је друга страна обогаћена по истом основу. Његов захтев за повраћај датог остаје нетакнут, па се врши само једнострана реституција, пошто он не може да врати предмет чинидбе која је њему испуњена.²⁶³

Исход примене теорије о две кондикције није сасвим правичан за уговорну страну која је у стању да врати примљено, и то је дужна да учини, независно од евентуалне одговорности њеног уговорног партнера за пропаст или уништење предмета који би њој требало вратити. Применом правила о неоснованом обогаћењу исправља се неоснована имовинска промена само у корист једне стране, али како доћи до изравнавања имовина обеју страна? Да ли се имовинска равнотежа успоставља ван подручја права о неоснованом обогаћењу, нпр., у пољу одговорности за штету, коју би, у овом случају, представљало умањење имовине једног сауговорача вредношћу предмета његове чинидбе који му се не може вратити, јер је пропао, отуђен, потрошен?

²⁶¹ Обрачун висине новчане реститутивне обавезе врши се по правилима теорије диференције (*Differenztheorie*). Више у: R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, стр. 1041.

²⁶² Ова теорија је настала непосредно по ступању на снагу BGB-а (V. Tuhr, Oertmann, Schneider), али је временом слабио њен утицај. У савременом немачком праву она је корекција доминантне салдо-теорије када се ова не може применити или би, примењена, довела до неправичних резултата (нпр., оправдано је ускратити право на повраћај сауговорачу који се послужио преваром да би закључио уговор (*Medicus*); пословно неспособна или уговорна страна ограничене пословне способности има право на повраћај датог и када противчинидбу не може вратити, јер је отуђила, потрошила, уништила (Larenz, Canaris). В., U. Bündenbender, нав. дело, стр. 640, 656-663.

²⁶³ Салдо-теорија, иако преовлађујућа у савременом немачком праву, не даје увек задовољавајуће резултате, па се предлажу и другачији начини успостављања пређашњег стања, који не би полазили од условљености чинидбе и противчинидбе сауговорача. В., U. Bündenbender, нав. дело, стр. 627-683.

С обзиром да је субјективна одговорност правило одштетног права, сауговорач код ког је ствар пропала или уништена, и који због тога не може да у натуралном облику испуни своју реститутивну обавезу, био би дужан да надокнади њену вредност само ако је скривио немогућност натуралне реституције. По ком стандарду пажње треба онда ценити његово понашање – да ли је то стандард пажње доброг домаћина или пажње која се поклања својим стварима (*diligentia quam in suis*)?

Исправљање имовинске неравнотеже могуће је постићи у пољу одговорности за немогућност испуњења обавезе, опет изван правила о неоснованом обогаћењу.

По општим правилима о немогућности испуњења за коју дужник не одговара, немогућа обавеза престаје (гаси се), али престаје и (даље могућа) обавеза друге стране, јер јој недостаје основ. Уколико је она већ нешто испунила, има право да захтева повраћај датог по правилима стицања без основа.²⁶⁴

Последице примене ових правила на положај сауговорача након престанка испуњеног уговора био би следећи. Ако сауговорач, који не може да врати примљени предмет чинидбе у натуралном облику, није скривио ову немогућност, гаси се његова, али и реститутивна обавеза друге стране, тако да она задржава испуњену чинидбу иако је основ испуњења неважећи уговор. Такав резултат је у очигледном нескладу са правилом да неважећи уговор не сме бити основ стицања било какве користи ни за једну уговорну страну. Доследно спроведено, ово правило о дејству ништавости ипак захтева да страна која може да врати примљено у натуралном облику то и учини, а да се њој надокнади у новцу вредност њене (у натуралном облику неиспуњиве) чинидбе. Реституција је, дакле, обострана, само што једна страна примљено враћа у облику у коме је примила испуњење, а друга надокнађује вредност њој испуњене противчинидбе.

Уколико је разлог немогућности натуралне реституције једне чинидбе у сфери одговорности стране која треба ту чинидбу да врати, њена обавеза на повраћај примљеног не би требало да се угаси, већ само да промени облик, па да се уместо натуралне реституције изврши новчана. Уколико и друга страна треба да врати новац, могуће је пребити вредности ових чинидаба и исплатити разлику оној чија је чинидба веће вредности (теорија диференције). У случају да је друга страна примила ствар, њу ће и вратити, по правилима извршења натуралне реституције.

²⁶⁴ „Кад је испуњење обавезе једне стране у двостраном уговору постало немогуће због догађаја за који није одговорна ниједна страна, гаси се и обавеза друге стране“, чл. 137 ст. 1 ЗОО.

До правила о обавезној замени немогуће натуралне реституције новчаном, под условом скривљене немогућности, долазимо сходном применом правила ЗОО о дејству обавеза, тј. повериочевим правима и дужниковим обавезама (чл. 262-265).

Основно овлашћење повериоца је да захтева испуњење обавезе, а дужникова је дужност да је испуни савесно, у свему како она гласи. Уредно испуњење обавеза је свих дужника, без обзира на основ обавезе (уговор, закон, стицање без основа, проузроковање штете), па су идентична и правила о одговорности за неиспуњење.

Немогућност испуњења за коју дужник одговара, не гаси обавезу, већ је садржајно мења. Уместо испуњења обавезе *in naturam*, дужник има обавезу да повериоцу надокнади штету коју овај трпи због неиспуњења. Услови дужникове одговорности су: неиспуњење обавезе; непостојање неког од законом предвиђених разлога ослобођења дужника од одговорности²⁶⁵; постојање штете (што доказује поверилац, заједно са њеном врстом, висином и узрочном везом).

Ако је пропала ствар коју треба вратити по правилима о реституцији након престанка уговора, и за реститутивног дужника не постоје ослобађајуће околности, он треба да надокнади вредност ствари у новцу. Овде новчана реституција замењује натуралну, и мишљења смо да би ово правило требало применити и на реститутивног дужника код кога је ствар пропала услед околности за које он не одговара. Он не би могао да се ослободи своје реститутивне обавезе, позивањем на случај или вишу силу (што би могао да је уговорни дужник), јер је испуњено, док је постојало, држао без правног основа (последича ретроактивног дејства неважности и раскида испуњеног уговора). Не би могао ни да се ослободи своје реститутивне обавезе, а да истовремено задржи право на повраћај сопствене чинидбе. Могао би, међутим, да бира између надокнаде противвредности немогуће чинидбе, чиме би задржао властити реститутивни захтев, или да, уместо тога, препусти чинидбу коју је испунио реститутивном повериоцу и коју би му требало вратити, као својеврсно обештећење за губитак који овај трпи због тога што му се предмет чинидбе не враћа у натуралном облику.

Реститутивни дужник који је одговоран за немогућност успостављања пређашњег стања у натуралном облику свакако дугује надокнаду у новцу вредности немогуће чинидбе, али има право и на повраћај сопствене чинидбе (правило обостране реституције без обзира на савесност). Будући да је одговоран за немогућност натуралне реституције, по општим правилима о одговорности дужника, треба и да надокнади

²⁶⁵ Ослобађајуће околности треба тумачити у складу са чл. 354 ЗОО, тако да, поред случајне пропасти, ствари, изричито прописане у чл. 262 ст. 5, обухвате и вишу силу и све друге околности које дужник није могао предвидети, избећи или отклонити, а које се не сматрају вишом силом. Више у: Д. Митровић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 645-654.

штету уколико је поверилац трпи због замене натуралне реституције новчаном противвредношћу испуњеног. Услови одговорности не би требало да се разликују од оних под којима одговара уговорни дужник, и тичу се: постојања штете, чију врсту, висину и узрочну везу доказује реститутивни поверилац, и непостојања ослобађајућих околности, што доказује реститутивни дужник.²⁶⁶ Уместо надокнаде штете (али, уз обавезну надокнаду вредности немогуће чинидбе), реститутивни дужник би могао да препусти реститутивном повериоцу своју чинидбу, под условом да то одговара и интересима повериоца.

Чини нам се да би између реститутивног дужника који је одговоран за немогућност натуралне реституције и оног ко то није, требало направити разлику у пољу одговорности за надокнаду штете, тако да она погоди само одговорног дужника, а не ослобађањем савесног реститутивног дужника обавезе да, уместо у природи, реституцију испуњеног изврши у новцу. Обавеза успостављања пређашњег стања по престанку уговора због неважности или раскида, никада не престаје, јер произлази из правила да из неважећег уговора не настају пуноважне правне промене, као и правила да се без ваљаног правног основа не може задржати нешто што припада другоме. Наглашава је и узајамна условљеност чинидбе и противчинидбе, посебно кондиционална.²⁶⁷ Стање предмета реститутивне обавезе не треба да искључи реституцију, већ да одреди начин и врсту успостављања пређашњег стања. Одредиће да ли ће се реституција извршити враћањем предмета обавезе у оном облику у ком је примљен, или исплатом његове противвредности, јер предмета нема, или комбиновањем натуралне и новчане реституције, уколико је могуће и допуштено вратити измењен предмет чинидбе (нпр., услед оштећења) и разлику до потребне вредности надокнадити у новцу.

Обавезу успостављања пређашњег стања у новчаном облику (јер натурална реституција није могућа) може пратити и обавеза надокнаде штете, али само ако реститутивни дужник не успе да докаже да су узроци немогућности изван сфере његовог утицаја и одговорности (случај, виша сила, околности које се не квалификују

²⁶⁶ В., чл. 262 ст. 5 и 265 ЗОО.

²⁶⁷ Принцип кондиционалне условљености или зависности чинидаба претпоставља опстанак обавезе једне стране постојањем обавезе друге, и то трајно. Уколико извршење једне дуговане обавезе постане немогуће, ни друга страна није дужна испунити своју чинидбу. Али, ако ју је већ испунила, има право на повраћај датог, дакле – има право на реституцију, по правилима стицања без основа. Више у: Ј. Радишић, *Облигационо право*, стр. 126-127.

ни као случај ни као виша сила, али које дужник није могао избећи, спречити или отклонити).²⁶⁸ Обим накнаде одређен је чл. 266 ЗОО.

Без обзира за која се правила одредимо, увек ћемо морати да идентификујемо подударност чињеничног стања након поништења или раскида уговора и претпоставки одговорности за штету или немогућност испуњења, с тим да ће испуњеност услова одговорности која се траже по тим посебним правилима (о надокнади штете, немогућности испуњења) морати да докаже страна која на њима заснива свој преображени реститутивни захтев. У мери у којој успе да докаже да је њен уговорни партнер одговоран за пропаст или уништење ствари, успеће да изравна имовински губитак који трпи због немогућности да оствари свој захтев за повраћај датог по правилима о неоснованом обогаћењу. Њена правна позиција може бити олакшана уколико јој је једноставније да докаже основаност реститутивног захтева по тим другим правилима, или отежана – уколико је теже доказати испуњеност претпоставки што их траже друга правила која примењујемо, уместо или уз правила о неоснованом обогаћењу. Према томе ћемо утврдити и да ли ће оба сауговорача заиста успоставити предуговорне позиције, на шта оба имају право, без обзира на одговорност за неважност уговора.

в. Садржина и начин испуњења реститутивне обавезе

1) Правнорелевантне чињенице за садржину реститутивне обавезе

Обавеза успостављања пређашњег стања након поништења уговора представља дејство ништавости према уговорним странама.²⁶⁹ Настанак реститутивне обавезе условљен је претходним (пре поништења) испуњењем обеју или, макар, чинидбе једне стране. У случају закљученог, а неиспуњеног уговора, дејство ништавости се огледа у ослобођењу уговорних страна обавезе испуњења уговореног, јер ниједна страна нити је дужна да испуни своју чинидбу, нити је овлашћена да захтева испуњење њој обећаног. Захтеву за испуњење, након поништења уговора, недостаје правни основ, па би пријем испуњења значио стицање без основа.

²⁶⁸ У немачком праву, поред ових, ослобађајућом околношћу сматра се и доказ да би ствар пропала из истих разлога и код реститутивног повериоца. Видети одредбу § 346 ст. 3 BGB-а, којом се предвиђа под којим условима дужник није обавезан надокнадити у новцу вредност чинидбе примљене по основу раскинутог уговора.

²⁶⁹ Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књ. I, Загреб, 1978, стр. 459.

Ништавост има ретроактивно дејство, обезвређујући уговор, као правни основ испуњења, од његовог закључења. Ослобађање сауговорача њихових примарних обавеза може бити праћено стварањем нове обавезе - обавезе надокнаде штете, за страну која је скривила разлог неважности, али само ако је друга страна савесна (није знала нити је могла знати за неважност уговора).²⁷⁰ Обострана несавесност у вези са неважношћу уговора искључује одштетну одговорност, па свака страна сама сноси последице штете коју је претрпела у вези са закључењем неважећег уговора и његовог поништења.

Надокнада штете остварује се по правилима одштетног права и под условима који су утврђени у том делу облигационог права. Један од услова одређен је већ у чл. 108 ЗОО, који, иако припада праву о неважности уговора, изражава основно правило субјективне уговорне одговорности – одговорност за штету проузроковану повредом, па и неважношћу уговора, заснива се на кривици, баш као што се и за штету, као последицу повреде опште забране проузроковања штете другоме (*neminem laedere*), по правилу, одговара само ако је штетник крив.

Но, са реституцијом то није случај. За настанак реститутивне обавезе довољно је да су испуњене обе или макар једна уговорна обавеза, а право на повраћај датог има и несавесни сауговорач, коме је неважност уговора била или морала бити позната. Реститутивна обавеза је независна од кривице, јер је заснована на правилу о забрани неоснованог обogaћења, чији је смисао у враћању сваком субјекту онога чиме је његова имовина, без основа, умањена. Питање кривице само изузетно се може поставити: наиме, реституција чини даба из забрањеног уговора може трпети модификацију, ускраћивањем права несавесној уговорној страни на враћање испуњеног, евентуално и одузимањем њене чинидбе у корист трећег, нпр., државе. У теорији се ово одступање од реституције назива недопуштеном реституцијом. У суштини, ради се о санкцији наглашеног казненог карактера, која одступа од класичне грађанскоправне и имовинске санкције, па се ретко примењује у судској пракси. Тиме реституција готово да постаје општа правна последица ништавости уговора. Она прати сваки поништени уговор и условљена је само једном чињеницом – потпуним или делимичним испуњењем уговорних обавеза. Предност је дата натуралној или реституцији у природном облику. Сауговорачима ће бити враћено оно чиме су испунили обавезе: вратиће им се иста

²⁷⁰ „Уговорач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговорачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости“ (чл. 108 ЗОО).

индивидуално одређена и непотрошна ствар, а ако је обавеза била испуњена предајом ствари одређене по роду или потрошне ствари, вратиће се иста врста ствари, одговарајућег квалитета и количине. Реституција новчане обавезе такође је натурална, без обзира што се не враћају исте новчанице којима је реститутивни поверилац испунио обавезу.²⁷¹ Суштина натуралне реституције је у враћању *исте врсте* ствари којој је припадао и предати предмет чинидбе ако је обавеза одређена по роду, а ако је индивидуално одређена – вратиће се иста ствар која је и дата сауговорачу на име испуњења.

Враћање ствари у натуралном облику је враћање ствари у оном виду у ком је ушла у имовину реститутивног дужника²⁷², што није могуће ако ју је сауговорач потрошио, прерадио или је помешао са другим стварима, услед чега је изгубила идентитет.

Немогућност натуралне реституције може изазвати и пропаст предмета или његова природа, која се противи враћању у натуралном облику. Постоје, наиме, и такве обавезе чији је предмет пружање услуге, извршење рада, употреба ствари, као и обавезе које се извршавају дуже времена (обавезе из уговора са (дуго)трајним испуњењем, попут закупа, уговора о доживотном издржавању). Њихов предмет се својом природом противи враћању у натуралном облику, јер се поништењем уговора не може анулирати и чињеница да је рад извршен, услуга пружена или ствар коришћена. Пређашње стање се успоставља на другачији начин, а не натуралном реституцијом.

У случају спајања или смеше, имовинску промену могуће је отклонити правилима о прираштају, па да на новој ствари настане сусвојина реститутивног повериоца и реститутивног дужника (*communio incidens*), или искључива својина једног, а облигационоправни захтев другог за новчану надокнаду вредности његовог удела у новој ствари. Чини нам се да настанак сусвојине, уколико је могуће, треба избећи због њеног потенцијала да направи раздор између сувласника,²⁷³ који је утолико већи уколико спајање или смеша нису били акти воље заинтересованих лица, што је овде случај. Њихов сукоб морао би се, кад-тад, решити деобом ствари и развргнућем сувласничке заједнице, па је боље не ићи тим путем и одмах установити искључиво право својине једног лица и одговарајући облигационоправни захтев оног другог. У

²⁷¹ Изузетно, вратиће се исте новчанице које су примљене, уколико је намена била да се новац употреби као незаменљива и непотрошна ствар, па и да се врати као индивидуално одређена ствар (нпр., новац дат за изложбу).

²⁷² Ж. Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, редактори: С. Перовић и Д. Стојановић, стр. 644.

²⁷³ *Communio est mater rixarum* – сусвојина је мајка сукоба (међу сувласницима).

овом (другом) случају, реституција се врши комбиновањем натуралне реституције (по правилима стварног права) и новчане (по правилима облигационог права).

Натуралну реституцију, која је постала немогућа услед пропасти, уништења, отуђења или потрошње ствари, замениће новчана (вредносна или цивилна) реституција. Реститутивни дужник, који не може да врати примљено у изворном или истоврсном облику, дужан је дати одговарајућу накнаду у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке, ако законом није одређено нешто друго.

Новчана, као и натурална реституција, врши се по правилима стицања без основа (чл. 211-216 ЗОО), јер су чинидбе размењене на темељу фактичког односа, а не правно важећег уговора. Само враћање врши се по општим правилима о испуњењу обавеза (почев од чл. 296 ЗОО и д.) и посебним правилима испуњења обавеза из обостранообавезујућих уговора (чл. 121-140 ЗОО).²⁷⁴

Враћање примљеног по основу неважећег уговора у натуралном облику, по правилима о неоснованом обогаћењу, не би требало да изазове тешкоће, јер се и код стицања без основа предност даје враћању управо оног чиме је умањена имовина осиромашеног, а у имовини обогаћеног приказује се у виду користи. Уколико се врши новчана реституција, могући су извесни проблеми.

По општим правилима о неоснованом обогаћењу, новчана реституција се врши надокнадом у новцу *постигнуте користи* (чл. 210 ст. 1 ЗОО), што захтева анализу појма користи (која би у контексту неважности уговора требало да буде замена за пропали, утрошени, уништени или отуђени предмет чинидбе), а потом и њену процену.

Новчана реституција представља надокнаду у новцу противвредности примљеног. Сума новца која се даје реститутивном повериоцу треба својом вредношћу да одговара предмету чинидбе који је реститутивни дужник примио на име испуњења неважећег уговора, а не може да врати у натуралном облику.

Формулација законске одредбе о новчаној реституцији (враћању противвредности), по којој се надокнађује вредност постигнутих користи ако се предмет обогаћења не може вратити у примљеном облику, изазива извесне дилеме, на које је указано у правној теорији већ на почетку примене ЗОО²⁷⁵. Да ли има реститутивне обавезе ако реститутивни дужник, који не може да врати ствар у

²⁷⁴ Тако и: Б. Визнер, нав. дело, стр. 460.

²⁷⁵ В., Б. Визнер, „Правила враћања стеченог без основа (*condictio*) по новом Закону о облигационим односима“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, бр. 12/1977, стр. 1-10; Ж. Ђорђевић, нав. дело, стр. 644-645; С. Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. 2, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 966-974.

натуралном облику, није имао никакве користи од ње, јер је пропала, уништена или је отуђио без накнаде? Дословним тумачењем законског правила, морали бисмо констатовати да нема ни новчане реституције, јер није постигнута никаква корист од предмета чинидбе чију новчану вредност треба платити. То се супротставља начелима правичности и савесности и поштења. Неправично је да се један сауговорач позове на непостојање обogaћења, тј. користи, и искључи обавезу да врати примљену чинидбу, а да истовремено задржи право на повраћај своје чинидбе. О његовој реститутивној обавези не сме се одлучивати независно од разлога који онемогућавају не само натуралну већ и новчану реституцију, а морало би се водити рачуна и о његовом понашању у вези са примљеним испуњењем.

Одлучивање о реститутивној обавези, њеном садржају и начину испуњења, мора се вршити и са аспекта начела савесности и поштења, могуће кривице реститутивног дужника и других околности у вези са примљеном чинидбом. Овај озбиљни недостатак закона треба отклонити правилним тумачењем правила о враћању неосновано стеченог и у неким случајевима обавезати реститутивног дужника да надокнади противвредност предмета обogaћења чак и ако није постигао никакву корист.

По ЗОО, реститутивна обавеза враћања предмета обogaћења по правилима о стицању без основа није учињена зависном од савесности јер је по обиму увек иста и за савесног и за несавесног обogaћеног. Начело савесности и поштења је, ипак, општи принцип облигационог права, па би требало да важи и за испуњење обавеза из неоснованог обogaћења. О овом начелу води се рачуна при одређивању обима реституције плодова и трошкова²⁷⁶, па нема разлога да се не искористи и као један од критеријума за утврђивање обавезе враћања предмета обogaћења, који је главни предмет реституције²⁷⁷. Важење начела савесности и поштења у материји неоснованог обogaћења потврђује нам и упоредно право, у коме је законом изричито предвиђено да се само *bona fide* стицалац може позвати на промене на предмету обogaћења као разлогу да се његова реститутивна обавеза коригује, а тамо где нема законске одредбе, за примену начела побринула се судска пракса. Нема разлога да наше право одступи од ових, општеприхваћених ставова, који су сасвим логични и у духу правилног и правичног отклањања имовинских промена насталих између закључења и поништења уговора.

²⁷⁶ В., чл. 214 и 215 ЗОО.

²⁷⁷ Више у: Ж. Ђорђевић, нав. дело, стр. 645-646.

У нашем праву, обавеза реституције, као правне последице ништавости и начина успостављања пређашњег стања због непостојања правног основа за размену чинидаба, изричито је прописана у делу ЗОО о последицама ништавости (чл. 104 ст. 1), тј. поништења уговора (чл. 113 ст. 1). Но, ове одредбе само утврђују реститутивну обавезу, без одређивања начина на који ће се остварити жељени реститутивни ефекат. Механизам успостављања пређашњег стања је прописан општим правилима о стицању без основа (чл. 210, 214 и 215 ЗОО), и ми ћемо их сходно интерпретирати, полазећи од неколико основних поставки.

Право на реституцију има она уговорна страна која је испунила обавезу, а ако је уговор испуњен у целости, реститутивно право имају оба сауговорача.

Поред враћања предмета престације (означимо га главним предметом реституције), враћа се и све друго што су сауговорачи један другом дали по основу неважећег уговора, а није обухваћено предметом престације (нпр., капара, средство обезбеђења).

Реститутивна обавеза настаје независно од кривице, тј. одговорности за неважност уговора; несавесност није сметња за стицање статуса реститутивног повериоца, којим се постаје испуњењем уговорне обавезе, без додатних услова. Стога, и сауговорач који је знао или према околностима могао знати за узрок неважности, или га је чак и скривио (што га чини несавесним), па ипак испунио обавезу, моћи ће да захтева враћање датог. Ускраћивање несавесном сауговорачу реститутивног захтева, са последицом да предмет његове чинидбе остане у имовини друге стране, повредило би забрану неоснованог обогаћења, јер друга страна нема правни основ да задржи примљено. Одступање од реституције због несавесности мора бити оправдано ваљаним аргументима, који су у нашем важећем праву формулисани у чл. 104 ст. 2 ЗОО, засновани су на максими *nemo auditur*, и могу се применити само на реституцију чинидаба из забрањеног уговора.

Сходном применом правила о враћању стеченог без основа, потребно је да утврдимо шта чини садржину реститутивне обавезе, начин њеног испуњења, обим или износ, утицај евентуалних промена у имовини реститутивног дужника повезаних са чинидбом коју треба вратити и евентуалних промена на предмету који се враћа.

2) Садржина реститутивне обавезе

Садржину реститутивне обавезе представља враћање (у натури) свега добијеног од саговорача на име неважећег уговора или давање (плаћање) његове противвредности.

Враћа се предмет којим је испуњена обавеза, и то у истом облику у ком је саговорачу и био предат. Натурална реституција је правило, али је њена примена условљена постојањем предмета чинидбе у време враћања.

Уколико се чинидба састојала у предаји индивидуално одређене ствари, али она више не постоји у време враћања (јер је потрошена, уништена, пропала, изгубљена или пуноважно отуђена), натуралну реституцију замениће новчана, па ће реститутивни дужник платити објективну – тржишну вредност ствари коју она има у време доношења судске одлуке (чл. 104 ст. 1 ЗОО).

Уговорена накнада за ствар, нпр., купопродајна цена, може послужити као орјентир утврђивања износа (новчане) реститутивне обавезе, под условом да не прелази тржишну вредност ствари у време пресуђења, која је, у крајњем, горња граница реститутивне обавезе. Како треба применити ово правило?

Најпре, правило важи само за оне уговоре у којима је новчана чинидба једне стране заправо цена (надокнада) за противчинидбу другог саговорача. Споразум о цени тумачи се као пристанак и спремност реститутивног дужника да је плати, што би и иначе учинио као уговорни дужник да је уговор важећи. Ово правило важи уз додатни услов да уговорена надокнада није захваћена разлозима неважности, нпр., изнуђена или уговорена под утицајем заблуде или преваре, јер онда не испуњава захтев добровољног пристанка.²⁷⁸

Обавезивању саговорача да, уместо враћања ствари, плати уговорену надокнаду, може се приговорити да заправо представља извршење једног неважећег уговора, што је супротно разлозима ништавости. Са друге стране, ако је саговорач добровољно пристао на уговорену надокнаду, онда му неће бити тешко ни да је исплати као замену за ствар коју не може вратити у натуралном облику, под условом да не прелази њену тржишну вредност у време одлучивања о реститутивном захтеву.²⁷⁹

²⁷⁸ Споразум о цени, захваћен разлозима неважности, постаје одлучујући разлог санкционисања уговора ништавошћу, па је логично да, ако не може да у уговорном односу произведе ваљано правно дејство, то не може ни у реститутивном, насталом након поништења уговора.

²⁷⁹ Ова правила предлаже и Студијска група за израду Европског грађанског законика. В., чл. 5: 101 и 5: 102 *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, С. von Bar, S. Swann, посебно образложење чл. 5: 102, стр. 461-463.

У случају да је вредност ствари на тржишту у време пресуђења већа од уговорене цене, по нашем мишљењу, реститутивног дужника треба обавезати да плати уговорену накнаду, како би се избегло да терет промене цена падне на њега. Ако је уговорена виша цена од тржишне, реститутивни дужник треба да плати садашњу, дакле - тржишну вредност. У овом случају, последице пада вредности ствари сносиће реститутивни поверилац, што сматрамо прихватљивијим него да оне буду преваљене на реститутивног дужника. Реститутивни поверилац је власник ствари и њега погађају промене у вези са ствари која се враћа, укључујући и промене у њеној тржишној вредности, на које реститутивни дужник није имао утицаја.²⁸⁰ Уколико би реститутивни поверилац одлучио да ствар поново прода, пошто му буде враћена, по правилу, продаће је по цени која изражава њену садашњу, и у односу на првобитно уговорену, умањену тржишну вредност, што је још један аргумент због чега он, као власник, треба да поднесе ризик тржишних промена. Такође не треба заборавити ни да се у овом случају успоставља пређашње стање иза једне уговорне трансакције, са којом је неизбежно повезана подела ризика међу саговорачима, о чему треба свакако водити рачуна.

3) Испуњење реститутивне обавезе у натуралном облику

Начин на који ће се извршити реституција у натуралном облику зависи од природе ствари која се враћа.

Реституција покретних ствари састоји се у њиховој предаји, реалном, симболичном или фиктивном предајом, али само путем *cessio vindicationis*. Непокретне ствари враћају се предузимањем радњи потребних за ступање у посед непокретности – ако је пренета само државина ствари, и променом земљишнокњижног власника исписом реститутивног дужника и уписом реститутивног повериоца као титулара права својине – ако је у јавним регистрима била извршена и промена власничког стања непокретности. Уколико се предмет престације неважећег уговора састојао у преносу неког другог права, а не права својине, реституција се извршава новим преносом, а ако је право уписано у хартију од вредности или другу исправу, и њиховом предајом реститутивном повериоцу.

Ствари одређене по роду, потрошне и заменљиве ствари враћају се такође у натуралном облику, јер је код овог вида натуралне реституције нагласак на идентитету

²⁸⁰ Другачије треба поступити једино ако је вредност ствари промењена на други начин (не вредносно) и кривицом дужника, па се не може вратити у облику у ком је предата. За такве промене на ствари одговара реститутивни дужник.

по врсти између ствари којом је испуњена (неважећа) уговорна обавеза и ствари која се враћа у испуњењу реститутивне обавезе. Стога се реститутивни дужник не може позвати на пропаст, отуђење или утрошак примљеног, као разлог да, уместо враћања у природи, надокнади његову вредност у новцу. Правило је да род никад не пропада – *genera non perunt*, и оно се под истим условима примењује не само на испуњење уговорне већ и реститутивне обавезе. Подједнако важи и правило о престанку природног испуњења генеричне обавезе коју је требало узети из ограничене количине ствари, у целости исцрпљене.

И новац је ствар која се може вратити у природном облику, с тим што се не враћају исти комади новца, већ одговарајућа свота, износ новца.²⁸¹ Могу се вратити и исте новчанице које су биле примљене, уколико су биле предате као индивидуално одређене и непотрошне ствари, и тако употребљене, нпр., за изложбу. Али, у овом случају, уговорне стране нису ни имале у виду вредност новца и његову уобичајену намену као платежног средства, већ употребу као индивидуално одређене, незаменљиве и непотрошне ствари. За реституцију тако употребљеног новца важе општа правила о враћању индивидуално одређених ствари, нема никаквих одступања.

4) Испуњење реститутивне обавезе у новцу (утицај на реституцију промена на предмету чинидбе)

Промене на предмету реститутивне обавезе релевантне су само ако је предата индивидуално одређена ствар, а она је уништена, пропала, утрошена, изгубљена или је пуноважно отуђена трећем лицу. Мења се врста реституције: природну реституцију, која је због непостојања предмета чинидбе постала немогућа, замениће новчани еквивалент ствари, па ће реститутивни дужник бити у обавези да исплати тржишну вредност ствари у време доношења судске одлуке. Ово је опште правило о новчаној реституцији као замени за природну, чија се конкретна примена прилагођава промени коју је ствар претрпела, савесности и доприносу реститутивног дужника насталој промени.

Одредимо најпре шта се подразумева под (не)савесношћу реститутивног дужника.

Савестан је онај реститутивни дужник који није знао нити је могао знати да је његово стицање неосновано или да такво може постати. У пољу уговорних односа,

²⁸¹ Б. Визнер, „Правила враћања стеченог без основа (*condictio*) по новом Закону о облигационим односима, *Гласник АКВ*, бр. 12/1977, стр. 6.

савесност сауговорача оцењује се према њиховом знању (или могућности знања) за разлог неважности и могућност поништења уговора. Савестан је, дакле, онај сауговорач који није знао нити је могао знати да испуњава и прима чинидбу по основу неважећег уговора, и који верује у коначност стицања. Онај ко не испуњава ове захтеве, сматра се несавесном уговорном страном, а касније, након поништења уговора – несавесним реститутивним дужником.

Реститутивни дужник треба да буде савестан како у време закључења уговора тако и у време настанка промена на предмету реститутивне обавезе. Накнадно настала несавесност (после закључења уговора али пре него што су наступиле промене које мењају врсту реституције, од натуралне у новчану), шкоди сауговорачу кога погађа обавеза враћања предмета чинидбе (*mala fides superveniens nocet*).

Ratio повољнијег положаја савесног реститутивног дужника лежи у чињеници да је он имао право да се поузда у оправданост и коначност свог стицања, због чега се његова располагања, физичка и правна, предметом чинидбе могу изједначити са располагањима власника. Познато је да власник може са својом ствари поступати и нерационално, изменити је, поклонити, па и уништити, и да због тога не може бити санкционисан. Тако би требало поступати и са располагањима реститутивног дужника, под условом да су предузета за време док је оправдано и разумно могао да верује у свој власнички статус.

Критеријум савесности користи нам, према томе, за одређивање обима реститутивне обавезе.

Уколико је ствар пропала или је изгубљена, а реститутивни дужник је савестан, обавеза враћања примљеног *in specie* престаје. Потребно је да се пропаст ствари може приписати неком спољњем догађају, ван правне сфере утицаја реститутивног дужника, на који није могао да утиче, иако је поступао са дужном пажњом (пажњом доброг домаћина или доброг привредника).²⁸² Реституција се врши у новцу, новчаном надокнадом тржишне вредности ствари у време доношења судске одлуке.

Ако је за пропалу ствар добијена противвредност, нпр., сума осигурања или сурогат друге врсте, савесни реститутивни дужник може изабрати да реституцију

²⁸² У новијој теорији сматра се да није правично да терет промена на ствари, које су последица одступања од уобичајено захтеваног понашања у промету, падне на реститутивног повериоца. Наводи се пример уговорне стране која је у пијаном стању уништила аутомобил у саобраћајној незгоди и која треба да поднесе овај губитак. В., С. Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 561-562.

изврши њеном предајом (*praetium succedit locum rei*). Реститутивна обавеза се не гаси, већ трпи промене у обиму, свдећи се на вредност добијеног сурогата.

У случају да се утврди да је реститутивни дужник несавестан, јер је знао или могао знати да чинидбу стиче по основу неважећег уговора, надокнадиће њену пуну новчану противвредност, по ценама на дан пресуђења. Право избора предаје сурогата уместо плаћања тржишне, као објективне вредности ствари, припада реститутивном повериоцу.

Реституција оштећене или делимично пропале ствари састоји се у предаји сауговарачу ствари у постојећем стању, уз доплату до њене тржишне вредности, уколико је реститутивни дужник несавестан. Страна којој се ствар враћа може и да одбије да је прими уколико јој не користи у таквом стању, и да захтева плаћање пуне надокнаде, али само од несавесног реститутивног дужника, и ако је такво решење правично за обе стране. Сматрамо да треба пазити и на интересе несавесног реститутивног дужника, јер реституција не представља санкцију недопуштеног понашања (то је задатак одштетног права), нити јој је циљ васпитно-превентивни.²⁸³

Реституција утрошене ствари, по правилима враћања стеченог без основа, доводи се у везу са уштедом. Треба наћи одговор на питање да ли је реститутивни дужник, потрошњом ствари за коју се након поништења уговора испоставило да је неовлашћена себи нешто уштедео или отклонио штету, која би иначе настала (*damnum cessans*, бољи имовински положај)²⁸⁴. По општеприхваћеним правилима враћања главног предмета обавезе, реститутивни дужник треба да исплати износ издатка који је, употребом, тј. потрошњом ствари, уштедео у властитој имовини. Ради се о износу којим би умањио своју имовину да није употребио предмет добијен у испуњењу неважећег уговора, који (због ништавости уговора) мора да врати. Уштедом се сматра и употреба предмета реститутивне обавезе за испуњење властите обавезе према трећем лицу.²⁸⁵

Можда је најзначајнија промена у вези са ствари њено отуђење трећем лицу, јер може да онемогући натуралну реституцију или да је учини сложенијом, захтевом испуњења додатних услова. Настанак реститутивне обавезе зависи од савесности реститутивног дужника, чињенице да ли је стварју располагао теретним или

²⁸³ Само изузетно, код забрањених уговора, грађанскоправна санкција, а путем ње и реституција као један од начина њене реализације, може преузети и васпитни утицај, одбијањем реститутивног захтева несавесног сауговарача (као на пример у немачком праву) или одбијањем захтева и одузимањем предмета његове чинидбе у корист трећег (као у нашем праву).

²⁸⁴ С. Цигој, нав. дело, стр. 562.

²⁸⁵ Б. Визнер, нав. дело, стр. 7.

добročиним правним послом и потребе да се заштити треће лице - савесни стицалац ствари. Размотримо могуће исходе.

У случају да је реститутивни дужник пуноважно отуђио ствар уз накнаду која му је исплаћена, реституција се врши предајом реститутивном повериоцу добијене накнаде. Уколико му накнада (цена) још увек није исплаћена, пренеће реститутивном повериоцу потраживање исплате цене (цесија). Накнада се може састојати и у предаји другог предмета, нпр., ако је ствар отуђена уговором о размени, и тада се реститутивна обавеза испуњава предајом тог другог предмета. Ова правила су облигационоправна и уређују само однос између реститутивног повериоца и реститутивног дужника, иначе уговорних страна у неважећем уговору.

Сауговорачево располагање добијеном ствари је располагање неовлашћеног лица, јер важи правило *neto plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*. Основ по коме је стекао ствар је неважећи и таквим може учинити и свако даље стицање права на истој ствари. Да ли ће располагање у корист трећег лица имати стварноправни ефекат и учинити га власником ствари, одређује се по правилима стварног права, пре свега, о стицању својине од невласника или одржајем.

Ако нису испуњени услови да треће лице стекне својину на неки од оригинарних начина, при чему се увек захтева да је савесно, могуће је да се промене не само стране између којих настаје реститутивна обавеза већ и основ и врста реститутивног захтева. Пошто је сауговорач чија је ствар отуђена и даље њен власник, може је вратити реивиндикационом тужбом, која такође има реститутивни карактер. Реститутивни дужник је треће лице-држалац ствари. Оваква реституција се врши по правилима стварног права, због чега је означавамо називом стварноправна реституција.

Осим враћања ствари, треће лице треба да врати или надокнади вредност плодова и користи од употребе ствари коју је остварило за време док је била у његовом поседу. Враћање/надокнада вредности плодова и користи од употребе споредни су предмет реститутивне обавезе, а главни је враћање ствари, и на све се примењују правила Закона о основама својинскоправних односа којима су уређени главни и споредни захтеви власника (реивиндикационог тужиоца) и противзахтеви држаоца који враћа ствар.²⁸⁶

Стварноправна реституција не искључује облигационоправну, која се врши по правилима стицања без основа, и којом треба надокнадити реститутивном повериоцу

²⁸⁶ В., чл. 38 ЗОСПО, којим се уређује положај савесног држаоца ствари и чл. 39 истог закона, о положају несавесног држаоца.

корист коју је ствар дала пре него што је отуђена трећем лицу. Дужник ове реституције је несавесни сауговорач, који је неовлашћено располагао стварју, и он такође надокнађује вредност плодова и корист од употребе ствари док је била у његовој државини.

Отуђење ствари без накнаде, најчешће поклоном, одређује положај реститутивног дужника према његовој савесности. Уколико је био савестан, није знао нити је према околностима могао знати да је уговор неважећи, и веровао у коначност стицања, терет добродиног располагања у корист трећег лица сносиће реститутивни поверилац. Сматра се да нема основан захтев за повраћај датог, јер у имовини друге стране (из неважећег уговора) не постоји обогаћење које би требало вратити: ствар је даље отуђена, али без икакве надокнаде. Основаност реститутивног захтева према трећем лицу, коме је поклоњена ствар, опет у виду реивиндикационог захтева, зависи од испуњености услова да треће лице стекне својину оригинарним путем. Могуће је само стицање одржајем, не и по правилима стицања од невластника, јер је ствар прибављена добродиним правним послом.

Ово су правила успостављања пређашњег стања враћањем исте ствари (која је примљена као предмет чинидбе) или надокнадом њене вредности, уколико се врши новчана реституција. Изложена су само реститутивна правила враћања главног предмета реституције или њеног новчаног еквивалента, који се поклапа са предметом којим је испуњена и обавеза из неважећег уговора. Тиме се не исцрпљује одређивање обима (износа) реститутивне обавезе, јер се по правилима о неоснованом обогаћењу, уз главни предмет, морају вратити или надокнадити и плодови и друге користи које је обогаћени имао од употребе ствари коју враћа (чл. 214 ЗОО). Коначни изглед пређашњег (предуговорног стања) одређује и утицај промена у имовини реститутивног дужника везаних за предмет обогаћења, у виду трошкова, евентуално и штете на сопственим стварима, која се, по правилима одштетног права, може довести у узрочно-последичну везу са предметом обогаћења. У мери у којој се о наведеном води рачуна, износ реститутивне обавезе се коригује, па се може састојати само у предаји предмета чинидбе (главног предмета реституције) или новчане надокнаде њене вредности, затим у обавези да се, уз главни предмет, предају плодови или надокнади њихова вредност, као и вредност користи од употребе ствари, као што је могуће да настане још један, против(реститутивни)захтев реститутивног дужника за накнаду издатака које је имао у вези са предметом који враћа.

5) Враћање плодова и других користи од ствари (главног предмета реституције)

Повраћај плодова и других користи насталих у вези са главним предметом реституције уређен је чл. 214 ЗОО. За разлику од општег правила о враћању главног предмета, обим ове реститутивне обавезе, по Закону, у непосредној је вези и одређен је савесношћу реститутивног дужника.

а) Реституција плодова

Законом је одређено да се враћају плодови и плаћа затезна камата (ако је главни предмет реституције новац), и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева. Плодови могу бити природни, које ствар даје по својој природи, улагањем рада или без тога, и цивилни, који настају тек нарочитом употребом ствари (нпр., издавањем у закуп, улагањем новца на штедњу, дивиденда као приход од акција). Настанак цивилних плодова редовно је резултат постојања новог правног односа поводом плодноне ствари и, на основу њега, њене употребе. Сауговорач који враћа новац, као главни предмет реституције, дужан је да плати и затезну камату јер је она плод или приход од новца као нарочите врсте ствари.

Обим враћања плодова зависи од савесности стицаоца, и то је преовлађујуће решење упоредног права. Ради се о старом правилу римског права да плодови остају савесном стицаоцу, који, поступајући са пажњом просечно пажљиве особе, није знао нити је могао знати да плоднону ствар стиче на основу неважећег уговора. Несавесни стицалац је овога био или морао бити свестан. Несавесност може постојати већ у тренутку стицања, тј. закључења уговора, или настати касније, уколико стицалац за неважност уговора накнадно сазна. Пошто важи правило да накнадна несавесност шкоди – *mala fides superveniens nocet* – обавеза враћања плодова стицаоца који је тек касније сазнао за разлог неважности, одредиће се по правилима важећим за несавесног стицаоца. Савесност се увек претпоставља, па је терет обарања ове претпоставке, евентуално и доказивања од ког тренутка је стицалац постао несавестан, на реститутивном повериоцу. Уколико стицалац није несавестан од раније, таквим свакако постаје даном подношења захтева за утврђење ништавости, тј. поништења рушљивог уговора.²⁸⁷

Питање надокнаде вредности плодова које реститутивни дужник није убрао, а требало је, да је поступао са пажњом доброг домаћина/доброг привредника, није

²⁸⁷ „Кад се враћа оно што је стечено без основа, морају се вратити плодови и платити затезна камата, и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева“ (подвукла аут.), чл. 214 ЗОО.

добило једногласни одговор у страниј литератури и судској пракси. По схватању немачких судова, скривљено пропуштање да се уберу плодови обавезује обогашеног да надокнади њихову вредност. Другачији је став француске јудикатуре, јер такве обавезе начелно нема.²⁸⁸ За наше право могли бисмо рећи да несавесни стицалац плодносне ствари сноси ризик економски нерационалног поступања, па треба да надокнади и вредност пропуштених плодова, под условом да би их је и овлашћени ималац ствари могао остварити да се налазила у његовом поседу.

aa) Правни положај савесног стицаоца-реститутивног дужника

Савесни стицалац враћа плодове и плаћа затезну камату од дана подношења захтева. Плодови се враћају у натуралном облику уколико још увек постоје у имовини стицаоца, иначе се надокнађује њихова вредност. Савесни стицалац, међутим, не дугује надокнаду за утрошене, отуђене и плодове које је пропустио да убере пре подношења захтева, јер се сматра да је до тог тренутка на њих имао право. Његов положај је идентичан положају савесног држаоца који враћа ствар.²⁸⁹

аб) Правни положај несавесног стицаоца-реститутивног дужника

Реститутивна обавеза несавесног стицаоца обухвата све плодове које је ствар дала од момента када му је предата. Оваквим решењем не води се рачуна о моменту када је стицалац заиста постао несавестан, јер то не мора нужно бити већ у тренутку закључења неважећег уговора.

Наведеним правилом - да се обим враћања плодова и других користи одређује од дана стицања ако је стицалац несавестан - изједначен је правни положај реститутивног дужника, који је за разлог неважности уговора сазнао касније, са положајем оног коме је то било познато већ у тренутку његовог закључења. Испушта се из вида да сауговорач нужно не мора знати да закључује неважећи уговор, већ да за то сазна касније, свакако пре подношења захтева за поништење уговора. Ово је једна нијанса на коју наш законодавац није обратио пажњу.

Из текста законске одредбе произлази да је једино важно да је стицалац постао несавестан пре подношења захтева за поништење, па да његова обавеза обухвати све плодове које је ствар дала до тог тренутка (или могла дати рационалном употребом), без обзира што је у неком периоду ипак могао бити и савестан. У неким правима је предвиђено да стицалац враћа само оне плодове које је ствар дала од момента када је заиста сазнао за разлог неважности уговора, тако да није дужан да врати убране за

²⁸⁸ В., Р. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 335.

²⁸⁹ „Савесни држалац предаје ствар власнику са плодовима који још нису убрани.“ (чл. 38 ст. 1 ЗОСПО).

време своје савесности, нити да у новцу надокнади њихову вредност. Наша правна теорија указује на прихватљивост оваквог правила и у нашем праву, јер није противно одредби чл. 214 ЗОО, којом је уређен обим враћања плодова и других користи, иако се језичким тумачењем намеће супротан закључак. Предлаже се „еластичније вођење рачуна о савесности, тј. несавесности стицаоца приликом решавања захтева за повраћај обогаћења без основа и, у вези са тим, плодова и затезне камате“²⁹⁰.

ав) Допринос стицаоца-реститутивног дужника настанку плодова

Како је већ наведено, за настанак и обим обавезе враћања плодова савесност стицаоца је од одлучујућег значаја, и у нашем и у упоредном праву, мада неки правни теоретичари сматрају такав приступ застарелим²⁹¹.

Поред ове чињенице, сматра се значајним утврдити и да ли је стицалац уложио рад и средства, јер је то његов допринос настанку плодова, или их је ствар дала без његовог учешћа. Плодове треба да задржи онај ко је у њих уложио своја средства и рад, чак и ако је био несавестан, а да врати главни предмет, који је примио у испуњењу неважеће обавезе, и надокнади корист од његове употребе, обично у висини закупнине за закуп земљишта.²⁹²

Ако се стицалац не труди и не улаже у плодове, треба да их врати ономе на чији су рачун, без основа, стечени или да надокнади њихову вредност.²⁹³ Предлог је очигледно инспирисан тежњом да се испуњење реститутивне обавезе не претвори у осиромашење реститутивног дужника, до чега би дошло уколико би морао да врати све плодове, па и оне који су резултат његовог улагања. Свакако да то није правично, али не треба заборавити ни да се такав његов допринос може валоризовати надокнадом трошкова које је имао у вези са ствари коју враћа.²⁹⁴

б) Реституција добити остварене употребом главног предмета реституције

Ствар која се враћа, по природи или намени, може бити подесна за стицање добити, па је могућа дилема да ли реститутивни дужник треба да надокнади и измаклу добит, коју реститутивни поверилац није могао да оствари, јер је био лишен употребе

²⁹⁰ Ж. Ђорђевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Д. Стојановић и С. Перовић, стр. 656.

²⁹¹ W. Willburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Graz, 1934.

²⁹² Тако: С. Цугој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 570.

²⁹³ *Ibid*, стр. 570.

²⁹⁴ В., чл. 215 ЗОО, којим је уређена надокнада трошкова стицаоцу који враћа ствар.

ствари. Одговор је углавном негативан, а ако се враћа предузеће, преовладава мишљење да реститутивни дужник не треба да исплати ону добит коју је предузеће остварило захваљујући његовој професионалности, умешности или посебном знању и способностима.²⁹⁵ Добит проистеклу из својстава ствари, па би је остварио и реститутивни поверилац да се ствар налазила код њега, треба реституисати. Став је, дакле, сличан оном преовлађујућем код враћања плодова: добит, настала захваљујући карактеристикама ствари, припада реститутивном повериоцу – њеном власнику.

Добит се може остварити и неовлашћеном употребом туђих личних права (нпр., објављивањем слике познате личности) или права интелектуалне својине (неовлашћеном употребом лиценце). Ова корист потиче од својстава и природе вршеног субјективног права, и треба је, по општим правилима неоснованог обогаћења, надокнадити ономе на чији је рачун постигнута. Титулар чије је лично право неовлашћено вршено може да захтева да му реститутивни дужник преда сву добит стечену неовлашћеном употребом, чак и ако је у њихово стицање уложио своја средства (нпр., уложио у рекламу). Улагање ради постизања користи има мањи утицај, док највећи део добити потиче од коришћења самог права.²⁹⁶

б) Утицај на реституцију промена у имовини реститутивног дужника

На обим реститутивне обавезе могу да утичу само оне промене у имовини реститутивног дужника настале у периоду од испуњења обавезе и стицања предмета који треба вратити до подношења захтева за поништење уговора и повраћај ствари. Ради се о променама због којих је имовина стране која враћа предмет испуњења мања него што би иначе била да није било неоснованог стицања. Реститутивни дужник може претрпети штету на својим добрима, узрочно повезану са предметом чинидбе (јер од њега потиче) или имати одређене издатке у вези са оним што враћа.²⁹⁷ Наведене околности једино могу да коригују обим враћања, чинећи реститутивну обавезу мањом, али никако је не могу искључити.

²⁹⁵ С. Цигој, нав. дело, стр. 571.

²⁹⁶ *Ibid*, стр. 571.

²⁹⁷ Школски пример такве штете је обољевање дужниковог стада од болести којом је била заражена купљена животиња, док су трошкови њене исхране правнорелевантни издаци, на чију надокнаду има право.

а) Право стицаоца-реститивног дужника на надокнаду штете настале у вези са користи коју враћа

Реститутивном дужнику признаје се право на надокнаду штете узрочно повезане са предметом (ствари) коју враћа. Неопходно је да се узрок штете налази у тој ствари или да јој се може приписати, по правилима теорије о адекватној узрочности. Овде мислимо само на штету која потиче од ствари, тј. главног предмета реститутивне обавезе, а не на штету на самој ствари, јер њихов утицај на реститутивну обавезу није исти.

Реститутивни дужник може захтевати да му страна којој враћа ствар надокнади *штету од те ствари*, уколико су испуњени услови одговорности за штету. Ово је његов противзахтев, самосталан је и, ако је основан, може се реализовати као самостално и посебно потраживање. Уколико се врши новчана реституција, реститутивни дужник може своју обавезу надокнаде противвредности предмета чинидбе умањити за износ који реститутивни поверилац њему дугује на име надокнаде ове штете.

Штета на ствари (главном предмету враћања) може бити тотална, ако је ствар потпуно уништена, или делимична, а питања о одговорности за проузроковану штету и дужности њене надокнаде, решиће се по општим правилима одштетног права, редовно, по оним која важе за субјективну одговорност. Захтев за надокнаду штете на ствари припада реститутивном повериоцу, за разлику од захтева за надокнаду штете од ствари, чији је поверилац саговорарач који враћа ствар (реститутивни дужник).

У случају да се штета на ствари не може приписати кривици реститутивног дужника, потпуно уништење ствари даје му право да истакне приговор престанка обогаћења. Овај приговор је посебно одбрамбено средство којим се искључује обавеза враћања неосновано стеченог, јер то није могуће због пропасти ствари, али и обавеза надокнаде њеног новчаног еквивалента, јер се реститутивни дужник, под условом да је савестан, не сматра одговорним. Штета се у целости преваљује на реститутивног повериоца, који може да захтева само надокнаду користи од употребе ствари (уколико је било такве користи) или предају сурогата (нпр., ако је ствар била осигурана, исплаћена сума осигурања или захтев за њену исплату је замена за уништену ствар). Нескривљено делимично уништење ствари умањује обим враћања, свдећи реститутивну обавезу на предају ствари у оштећеном стању, али без обавезе да се остатак њене вредности новчано надокнади, јер реститутивни дужник није крив за настало оштећење.

Правила неоснованог обogaћења чине право стицаоца на надокнаду штете, коју трпи у својој имовини, зависним од његове савесности: савесни стицалац није дужан да штету сноси сам, него ће вратити умањену вредност примљеног за онолико колико износи штета коју је имао од ствари.²⁹⁸ На овај начин се изравнава његов имовински губитак, ако се врши реституција у новцу. Уколико се пређашње стање успоставља у натуралном облику, реститутивни дужник стиче самостално, најчешће новчано потраживање надокнаде штете, и може га супротставити захтеву реститутивног повериоца за повраћај примљеног предмета. Сходном применом правила о истовременом испуњењу обавеза из обостранообавезујућих уговора, он може условити испуњење своје реститутивне обавезе истовременим испуњењем властитог потраживања на накнаду штете.²⁹⁹ Припада му и право ретенције (*ius retentionis*), као својеврсног притиска на реститутивног повериоца да испуни своју обавезу надокнаде штете коју трпи реститутивни дужник.

Несавесни стицалац мора сам да сноси последице умањења своје имовине. Штетне промене, настале након пријема испуњења, нису правнорелевантне и не умањују обим његове обавезе реституције, јер је несавесном стицаоцу било или морало бити познато да је његово стицање неосновано, с обзиром да потиче из неважећег уговора.

Општа правила о положају неосновано обogaћеног сходно се примењују и на обавезе сауговорача који један другом треба да врате све што су примили по основу неважећег уговора, али и на њихове противзахтеве, попут захтева за надокнаду штете од ствари која се враћа.

Будући да се право на надокнаду штете условљава савесношћу, морамо утврдити у вези са којом чињеницом сауговорачи треба да буду савесни. То би требало да буде незнање да је уговор неважећи, да се испуњење чини даба не може сматрати пуноважним и да се све по том основу примљено држи без основа. Знање или незнање за пуноважност уговора, тј. разлог неважности, представља критеријум примене свих осталих правила о положају сауговорача након поништења уговора, па једна правила важе за савесну страну, а друга за несавесну. Положај савесног сауговорача, који је у доброј вери испунио своју обавезу или примио испуњење противчинидбе, повољнији

²⁹⁸ Б. Визнер, „Правила враћања стеченог без основа (*condictio*) по новом Закону о облигационим односима“, стр. 7.

²⁹⁹ В., чл. 122 ст. 1 ЗОО.

је: он има право на надокнаду оног имовинског губитка који се правно може квалификовати као штета од ствари коју враћа.

Штетом коју је проузроковала ствар добијена у испуњењу чинидбе треба сматрати и пропуштање стицаоца да набави други предмет, верујући у коначност стицања, давање противнакнаде за стечено или отуђење своје старе ствари која је служила истој сврси као и она добијена у испуњењу уговора. Ово су правнорелевантне промене у имовини реститутивног дужника, јер је свака од њих настала у вези са примљеном чинидбом и испуњава услове тзв. *but for test-a*: да није било стицања по основу (неважећег) уговора, не би било ни ових промена; пријем испуњења и веровање у коначност стицања једини су разлози због којих је реститутивни дужник умањио своју имовину.³⁰⁰ С обзиром да се захтева оправдано веровање у основаност, с тим у вези - и коначност стицања, јасно је да се право на надокнаду ових имовинских губитака признаје само савесној уговорној страни. Део доктрине је мишљења да треба надокнаду ограничити само на штету од поверења, дакле, надокнадити само негативни уговорни интерес (Larenz). Новија доктрина (Flessner) води рачуна о могућем доприносу реститутивног дужника у настанку штете: треба испитати да ли је поступао у складу са захтеваним стандардом пажње у правном промету и да ли се сам изложио штети коју је претрпео, те према томе утврдити да ли и који део штете од ствари може да превали на реститутивног повериоца.³⁰¹

У Закону о облигационим односима, у делу одредаба о стицању без основа, које се сходно примењују на уређење положаја саговорача након поништења уговора, није уређено право обогаћеног (реститутивног дужника) на надокнаду штете од ствари коју враћа, што не значи да му се оно не признаје. Предлаже се критеријум правичности као одговарајуће мерило и избор решења најправичнијег за обе стране. Ако стицалац у вези са обогаћењем није поступао ненормално, па је ипак претрпео губитак који је у узрочној вези са стеченом користи, не би било правично да осиромашеном врати пун

³⁰⁰ *But for* тест је основни критеријум по коме се, у енглеском праву о реституцији (неоснованом обогаћењу), проверава да ли је одређена околност, тзв. *unjust factor* (нпр., заблуда, принуда, противзаконитост уговора), увећала имовину једног лица, на које увећање он нема право и дужан је да га врати (реституише) ономе коме припада. Уколико је та околност једини или доминантан узрок стицања, сматра се да је *but for* тест задовољен, да је стицање неправедно (*unjust*) и да настаје реститутивна обавеза. В., А. Burrows, *The Law of Restitution*, стр. 23-27.

³⁰¹ В., С. Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 573. Претпоставимо да је купцу предат аутомобил са неким недостатком. Уколико је купац имао саобраћајну незгоду, која је искључиво последица непоштовања саобраћајних прописа о ограничењу брзине и не може се довести у везу са недостацима аутомобила (што представља манљиво испуњење обавезе), продавац не би био одговоран за ову штету, јер њен узрок није у самој ствари, већ је последица купчевог понашања.

износ користи, јер би онда губитак сам поднео. На основу начела правичности и добрих пословних обичаја, треба признати овај губитак као штету од ствари (стечене користи) и одбити је од користи која се враћа.³⁰²

Штету од ствари треба разликовати и од *штете као последице ништавости уговора*, која обухвата губитак који трпи једна страна због веровања у пуноважност уговора, а надокнађује се само ако је она била савесна, и то у виду негативног уговорног интереса. Право на надокнаду штете је, попут реституције, једна од могућих правних последица ништавости као санкције за закључење ништавог или рушљивог уговора.³⁰³ За разлику од реституције, која је условљена само захтевом испуњења уговореног, што је чини готово обавезном последицом ништавости, право на надокнаду штете има своје посебне претпоставке, бројније и строже од реститутивних услова, па није обавезни пратилац ништавости уговора.

б) Право стицаоца-реститутивног дужника на надокнаду трошкова насталих у вези са користи коју враћа

Напоследку, на обим реститутивне обавезе могу да утичу и трошкови (*impensae*) које је реститутивни дужник имао у вези са ствари коју враћа, под условом да су правно признато умањење његове имовине, које треба да надокнади друга страна.

У нашем праву, правнорелевантни су нужни и корисни трошкови у вези са предметом обогаћења, и они се надокнађују према критеријуму савесности стицаоца-реститутивног дужника.

Нужним трошковима (*impensae necessarie*) обухваћени су неопходни издаци којима се ствар чува од пропасти или оштећења, а корисним (*impensae utiles*) – они који су допринели повећању вредности ствари. Осим ових, постоје и уобичајени трошкови, који обухватају издатке за нормалну употребу ствари, и луксузни трошкови, којима се улепшава изглед ствари, без утицаја на њену функционалност и употребљивост. По правилима ЗОО, уобичајени и луксузни трошкови се не надокнађују.

У упоредном праву трошкови у вези са предметом обогаћења квалификују се на различите начине, али је опште правило да се корист коју треба вратити умањује за износ трошкова. У већини закона трошкови се признају по правилима важећим за

³⁰² *Ibid*, стр. 573.

³⁰³ В., чл. 108 и 115 ЗОО

савесног држаоца, па се надокнада нужних трошкова признаје без изузетка.³⁰⁴ Корисни трошкови се признају до границе до које су заиста такви за реститутивног повериоца. Несумњиво се таквима сматрају издаци којима је повећана вредност ствари или је, макар, она одржана у исправном и употребљивом стању. Ово ипак није опште правило, па се у правима у којима се не признаје надокнада корисних трошкова сматра да су они покривени користима које је стицалац имао од употребе ствари (правило и за савесног држаоца).

И у нашем праву, обим накнаде трошкова зависи од савесности стицаоца-реститутивног дужника. Савесном стицаоцу надокнађују се сви нужни и корисни трошкови и признаје право да однесе побољшања ствари (*ius tollendi*), уколико су одвојива без оштећења и ако њихово одвајање не представља злоупотребу права.

Законско правило није сасвим јасно у признању несавесном стицаоцу права на надокнаду трошкова. Оно гласи: „Стицалац има право на накнаду нужних и корисних трошкова, али *ако је био несавестан, накнада за корисне трошкове припада му само до износа који представља увећање вредности у тренутку враћања*“ (подвукла аут.; чл. 215 ЗОО).

По неким ауторима, несавесном стицаоцу се не надокнађују нужни трошкови, а корисни само у мери стварног увећања вредности ствари.³⁰⁵ Износ користи се утврђује поређењем првобитне вредности ствари са њеном вредношћу у моменту враћања, и надокнађује само позитивна разлика (у корист реститутивног дужника). Законско решење је критиковано као недоследно принципима неоснованог обogaћења.³⁰⁶ Истиче се да се начело обogaћења (по коме се враћа само корист којом је стицалац заиста обogaћен, постојећа у време враћања) примењује једино ако је обogaћени-реститутивни дужник био несавестан: њему се надокнађује само увећање вредности ствари постојеће у време враћања, јер се тим вишком реститутивни поверилац неосновано обогатио. За савесног стицаоца-реститутивног дужника предлаже се начело пословодства без налога: корист ваља проценити према вредности ствари у време када су настали издаци и надокнадити му све корисне трошкове, без обзира на вредност ствари у време враћања.³⁰⁷ Повољнији положај савесног стицаоца се сматра адекватном подршком рационалној употреби ствари и добрим управљањем њоме: онај ко је уложио средства и

³⁰⁴ Чл. 65 ст. 1 Швајцарског Закона о облигационом праву, чл. 1149-1152 Италијанског грађанског законика. Више у: С. Цигој, нав. дело, стр. 571-572.

³⁰⁵ Ж. Ђорђевић, нав. дело, стр. 657; Б. Визнер, „Правила враћања стеченог без основа (*condictio*) по новом Закону о облигационим односима“, стр. 5.

³⁰⁶ С. Цигој, нав. дело, стр. 572.

³⁰⁷ *Ibid*, стр. 572.

рад треба да има могућност да му се уложено надокнади, без обзира што је корист касније отпала и не постоји у време враћања.³⁰⁸

Предлаже се да се право несавесног стицаоца на накнаду корисних трошкова учини зависним од разлога престанка користи, па му признати њихову надокнаду уколико је корист отпала услед догађаја ван његовог утицаја. Ако је непостојање користи у време враћања последица понашања стицаоца мимо захтеваног у промету, правично је да реститутивни поверилац не треба да их надокнади.³⁰⁹

Чини нам се прихватљивим овакво нијансирање права несавесног реститутивног дужника на накнаду корисних трошкова, док би за надокнаду оних нужних требало пропис тумачити на начин да му се они признају под истим условима као и савесном стицаоцу-реститутивном дужнику. Без ових трошкова ствар би пропала, па је правично да се њихова надокнада не условљава савесношћу оног ко их је поднео. Излажући се нужним трошковима, и несавесни стицалац је поступао као добар домаћин. Предложеним тумачењем норме о надокнади трошкова, следи се преовлађујући став у упоредном праву да свако ко има нужне трошкове има право и да му се они надокнаде. Таквим се тумачењем такође усаглашавају облигационоправна правила са правилима стварног права по којима се нужни трошкови надокнађују и несавесном држаоцу.³¹⁰

Наведена правила о успостављању пређашњег стања враћањем предмета чинидбе и користи које је дала од момента стицања до момента враћања, примењују се уколико је реститутивни захтев заснован на тужби из неоснованог обогаћења (*condictio sine causa*). Основ овог захтева може бити и право својине, услед важења у нашем праву принципа каузалне традиције: неважност правног основа преноса права својине, не ствара правне промене, па преносилац остаје власник и након предаје ствари. Фактичка промена се састоји у губитку државине ствари, коју ће власник (реститутивни поверилац) вратити реивиндикационом тужбом, евентуално државинском тужбом.³¹¹

³⁰⁸ *Ibid*, стр. 572.

³⁰⁹ *Ibid*, стр. 572.

³¹⁰ „Несавестан држалац може тражити накнаду нужних трошкова које би имао и власник да се ствар налазила код њега“, чл. 39 ст. 4 ЗОСПО.

³¹¹ Више у V поглављу, т. 2 а. „Реституција у пољу стварноправних односа“.

г. Модификација реститутивних правила због природе дуговане радње или природе уговорног односа

1) Утицај природе дуговане радње на реституцију

Уговорне престације које се састоје у извршењу рада или пружању услуга не могу се вратити у натуралном облику, па се реституција врши плаћањем њихове новчане противвредности. Новчана реституција је, због природе користи неподесне за враћање у натури, једини могући начин успостављања пређашњег стања, за разлику од до сада наведених примера (пропаст, уништење, отуђење, потрошња ствари), у којима је она била замена за немогућу натуралну реституцију.

Новчана реституција претпоставља да корист коју треба вратити има своју цену, тј. да се може валоризовати и изразити новчаним еквивалентом, чија исплата постаје реститутивном обавезом.

Код користи коју треба прерачунати у новац, важно је одредити време меродавно за прерачунавање и испитати утицај доцнијег престанка користи на настанак реститутивног захтева (нпр., пропаст ствари која је израђена радом једног од сауговорача).

У упоредном праву преовладава схватање да корист стечена радом или пружањем услуга не може престати, све и кад би престао резултат рада/услуге коју је пружио један од сауговорача. Сматра се да је већ у тренутку обављања рада/пружања услуге настало новчано потраживање (онога ко је обавио рад/пружио услугу), које се не мења, без обзира на каснија дешавања са резултатом тог рада.³¹² Новчано потраживање добија коначан облик тренутком настанка. Због тога, страна којој је пружена услуга или у чију је корист рад обављен, дугује одговарајућу накнаду, која се у нашем праву одређује према уобичајеној накнади за ту врсту рада/услуге у време доношења судске одлуке. Обим користи од рада/услуге утврђује се у време када је корист остварена извршењем уговореног посла, а вредност се процењује према ценама важећим у време пресуђења.

У француском праву за одређивање обима користи и процену њене вредности меродавним се сматра време подношења реститутивног захтева, а у енглеском праву суд, применом правила *quantum meruit*, вредност обављеног рада утврђује слободном проценом, водећи рачуна да сауговорач добије примерену накнаду за обављени рад/услугу. Становиште да је новчано потраживање имуно од ризика престанка

³¹² С. Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 563.

резултата рада/услуге прихваћено је и у аустријском и праву САД-а. У немачком и швајцарском праву, супротно овоме, неопходно је да корист постоји у време утврђивања новчаног еквивалента и одлучивања о реститутивном захтеву. Корист је изгубљена уколико је, нпр., изгорела зграда коју је изградио сауговарач по уговору о грађењу: изгубљен је и његов рад и употребљени материјал.³¹³

Приликом успостављања пређашњег стања након поништења уговора у коме се једна од чинидаба састојала у раду/услугу, по нашем мишљењу, потребно је анализирати две ситуације.

Једна ситуација настаје када су рад/услуга обављени пре поништења уговора, али за њих није плаћена уговорена накнада. По општим правилима о ништавости, од стране која није испунила своју обавезу испуњење се не може захтевати, већ само враћање онога што је примила по основу неважећег уговора. Сауговарач који је обавио уговорени рад (нпр., по уговору о делу је одржао предавање) нема основан захтев за надокнаду, већ само реститутивни захтев, који се, због природе чинидбе, не може вратити у натуралном облику, па се претвара у новчано потраживање исплате противвредности рада.

Износ накнаде (новчане реститутивне обавезе) у нашем праву одређује се према ценама у време пресуђења. Реститутивном повериоцу се досуђује новчани износ који се на тржишту плаћа за истоврсни рад, у време пресуђења. Правило је, дакле, да се надокнађује тржишна вредност обављеног рада, која може бити мања, већа или једнака уговореној накнади. Уколико је једнака, остварују се исти ефекти које би произвео пуноважан уговор, јер су оба сауговарача добила уговорено (реститутивни дужник резултат рада, а реститутивни поверилац - надокнаду). Чини се као да је један неважећи уговор, посредним путем, правилима о реституцији, ипак произвео пуноважно правно дејство! Уколико је вредност рада на тржишту већа од уговорене накнаде, реститутивни поверилац профитира, јер добија више него што би добио на име уговорене накнаде да је уговор важећи. Наше је мишљење, већ изражено у претходним излагањима, да би у оваквим ситуацијама горња граница реститутивне обавезе морала бити уговорена надокнада, под условом да није захваћена разлогом који је учинио уговор неважећим. Нижа тржишна накнада користи реститутивном дужнику, јер ће платити мањи износ – садашњу вредност рада/услуге на име реституције, него на име уговора. То би могао бити повод намерног неиспуњења уговорне обавезе, у очекивању мање реститутивне обавезе.

³¹³ *Ibid*, стр. 564.

Друга се ситуација тиче правног положаја сауговорача обострано испуњеног уговора пре поништења, када би, по општим правилима успостављања пређашњег стања, требало извршити обострану реституцију.

Суочени са чињеницом да се рад може реституисати само враћањем новчаног еквивалента, опет долазимо до истог исхода као у претходној ситуацији да се сауговорачу који је обавио рад или пружио услугу, испуњено враћа исплатом његовог новчаног еквивалента, који у нашем праву одговара објективној, тј. тржишној вредности рада или услуге, у време доношења судске одлуке. Другој уговорној страни треба вратити новчани износ који је платила за обављени рад/услугу и платити затезну камату од дана када је њеном сауговорачу исплаћена накнада. Пошто су обе чинидбе новчане, сматрамо да има места примени салдо-теорије, којом се реститутивни захтеви оба сауговорача свде на један захтев, и то оне стране која је испунила чинидбу веће вредности. Реституција се врши исплатом разлике тој страни, јер је њено реститутивно потраживање (након пребијања, салдирања) веће.

Избор меродавног времена (време када је рад обављен или када је донета судска одлука) и критеријума за утврђивање и обрачун вредности извршеног рада/услуге (објективни критеријум или критеријум неоснованог обогаћења: стварно стечена корист), одредиће да ли је неважећи уговор заиста санкционисан одузимањем свих његових правних дејстава или је сауговорачима омогућено да стечено задрже, али заобилазним путем – применом правила о реституцији.

2) Утицај природе (врсте) уговорног односа на реституцију (реституција испуњеног на име неважећих дуготрајних уговора)

Успостављање пређашњег стања након поништења уговора са дуготрајним испуњењем обавеза (дуготрајни или трајни уговори) подлеже посебним реститутивним правилима због природе уговорног односа. Модификација начина успостављања предуговорног стања код оваквих уговора најчешће је последица одступања од ретроактивног дејства ништавости. Размотримо наведено на примеру уговора о закупу, типичног представника уговора у којима се обавезе испуњавају кроз одређени, редовно дужи период времена.

Испуњење обавеза дуготрајних (трајних) уговора простире се у времену. Такве обавезе се испуњавају са више аката чињења или понављања дуговане радње за све време трајања уговорног односа, било непрекидно, било у одређене периоде.³¹⁴

³¹⁴ С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 211-213 и 667; Ј. Радишић, *Облигационо право*, стр. 136-137.

Уколико је уговор о закупу обострано испуњен пре поништења или су стране започеле са испуњавањем уговореног (закупац користи ствар и за протекло време коришћења платио је закупнину), не могу се поништењем укинути до тада произведене последице. Употреба ствари ничим се не може оповргнути, а враћање плаћене закупнине, мада могуће јер се новчане обавезе могу увек реституисати, није правично и повређује забрану неоснованог обогаћења на терет закуподавца.

Због природе уговорног односа, ништавост уговора о закупу нема ретроактивно већ дејство за убудуће, ослобађајући саговораче њихових предстојећих обавеза. Настале правне последице се не мењају; неке – зато што су резултат радње чија се природа противи враћању ради успостављања пређашњег стања (коришћење ствари), а неке – зато што би њихова реституција била супротна принципу правичности и забрани неоснованог обогаћења (плаћена закупнина за употребу ствари пре поништења уговора).

Дејство ништавости уговора о закупу изазива промене и у вези са обавезом закупца да врати ствар добијену у закуп. Враћање ствари је основна реститутивна обавеза закупца и, по начину извршења, она је природна (враћање истоветне ствари предате у закуп). По правилима о враћању стеченог без основа, требало би надокнадити и корист од употребе ствари и плодова (новчана реституција). Мишљења смо да је ова корист обухваћена плаћеном закупнином и да би је требало реституисати само ако се и закупцу враћа плаћена закупнина (са затезном каматом од дана исплате). Пошто су оба потраживања новчана, применом салдо-теорије вратила би се само разлика преостала након њиховог пребијања, оној страни чије је потраживање веће.

Ако је закупнина плаћена унапред, за цео уговорени период или за дуже време од стварног трајања закупа, закупцу, који свакако враћа ствар, треба вратити више исплаћене износе и затезну камату од дана пријема испуњења, како налажу општа правила о враћању неосновано примљеног новчаног износа (чл. 214 ЗОО).

Уколикокупац уопште није платио закупнину, а користио је ствар, не би требало одступити од општих правила успостављања пређашњег стања. Главни предмет реститутивног захтева закуподавца јесте повраћај ствари у државину, а захтев за исплату закупнине се преображава у захтев за накнаду користи од употребе ствари и накнаду плодова, чији се износ одређује према томе да ли јекупац био савестан или не. Овај захтев не представља (уговорни) захтев за испуњење дугованог (што би код закупа био захтев за исплату уговорене закупнине), јер нема пуноважног правног основа који би га подржао (уговор о закупу је неважећи), већ је ово реститутивни

захтев за враћање датог по правилима о стицању без основа. Обим ове реститутивне обавезе одређен је савесношћу, тј. несавесношћу закупца (знањем или морањем знања за неважност уговора), испуњава се исплатом новчаног еквивалента и треба да је једнак постигнутој користи умањеној за износ законом признатих трошкова које је закупца имао у вези са ствари (чл. 214 и 215 ЗОО).

Посебна правила о последицама неважности дуготрајних уговорних односа постоје и у већини права других земаља, у којима такође примећујемо да њихова ништавост производи дејство за убудуће, уз правно потврђивање већ насталих дејстава уговора. Друга значајна карактеристика тих правила је њихова наглашена социјално-заштитна димензија.

У Француској је уговор о раду закључен са особом без радне дозволе ништав, али запослени има право на накнаду за већ обављени посао, иако је у питању рад на црно. Послодавцу није признато право да ускрати испуњење своје чинидбе (исплату уговорене зараде за време протекло до поништења уговора о раду), користећи се чињеницом ништавости, чиме се штити „запослени“ као слабија уговорна страна.³¹⁵

У аустријској судској пракси створено је посебно правило да ништавост дуготрајног уговора, који је у целости испуњен, има *ex tunc* дејство, осим ако је закључен под утицајем принуде. Ако се поништава уговор о раду или уговор о делу, запослени и посленик имају право да задрже исплаћену накнаду за рад, која се не сматра неосновано стеченом иако је отпао основ по коме је стечена, већ адекватном новчаном компензацијом за обављени рад. У случају да је послодавац исплатио зарату у износу већем него што је трајао уговорни однос, има право на повраћај више плаћеног, али његов реститутивни захтев застарева у краћем року, који се примењује на уговоре о раду, а не у року застарелости захтева из неоснованог обогаћења. Право на повраћај унапред плаћене накнаде за противчинидбу припада и закупцу, чак и ако је знао да испуњава недуговану обавезу.³¹⁶

И у немачком праву се поништењем дуготрајних уговора не дира у настале правне последице, већ се сауговорачи ослобађају испуњења уговореног за убудуће. Ово је неспорно правило за уговор о раду или ортаклуку, али није сасвим јасно да ли се и како примењује и на друге дуготрајне уговоре, посебно на закуп. Испитује се и исправност примене правила о неретроактивности ништавости под истим условима на све дуготрајне уговорне односе, без њиховог прилагођавања разлозима који су уговор учинили неважећим. Различито се поступа и са зеленашким уговорима, јер се неки од

³¹⁵ C. von Bar, S. Swann, *PEL, Unjustified Enrichment*, стр. 280.

³¹⁶ *Ibid*, стр. 281.

њих могу оснажити свођењем чинидбе на износ сразмеран вредности противчинидбе, а неки не. Тако се, нпр., не допушта да уговор о зајму са зеленашком каматом произведе дејство пуноважног уговора, заменом несразмерне камате оном која је прописана законом, чиме се немачко право издваја у односу на већину других права, попут француског или нашег, у којима се, у оваквој ситуацији, оштећена страна штити правилом о делимичној ништавости уговора. Али уговор о закупу са несразмерно високом закупнином, по правилима немачког права, може се спасити свођењем закупнине на износ који одговара начелу једнаке вредности узајамних давања.³¹⁷

У савременом праву Енглеске још увек нема устаљеног поступања у вези са правним последицама ништавости дуготрајних уговора. Начелно, за све уговоре важе иста правила, били они краткотрајни или дуготрајни, па се од реституције не одступа уколико је уопште могуће успоставити предуговорно стање. За уговор о раду, код кога је одступање од ретроактивног дејства ништавости најчешће, важи правило *entire contract*, по коме се испуњење противчинидбе условљава у целости испуњеном чинидбом или престанком повериоца да прими делимично испуњење. Сходно овом правилу, запосленом ће се исплатити надокнада сразмерно обављеном раду само ако послодавац прихвати делимично испуњење обавезе. У супротном, неће добити ништа, а послодавац се неће сматрати неосновано обogaћеним вредношћу рада за који није платио сразмерну надокнаду.³¹⁸

д. Модификација реститутивних правила због својстава (личности) реститутивног дужника

Реституција чинидаба испуњених на основу уговора поништеног због ограничене пословне способности сауговорача уређена је посебним правилима ЗОО, што није карактеристично само за наше право, већ је општеприхваћен приступ уређења односа сауговорача оваквог уговора.

По ЗОО, сауговорач лица ограничене пословне способности може захтевати враћање само оног дела испуњења који се налази у његовој имовини, или је употребљен у његову корист, као и оног што је намерно уништено или отуђено (чл. 114).

Специфична правила о враћању испуњеног изричито су предвиђена само у корист ограничено пословно способног сауговорача, логично се надовезујући на посебну правну заштиту коју он ужива у материји неважности уговора. Управо из тог

³¹⁷ *Ibid*, стр. 282.

³¹⁸ *Ibid*, стр. 282-283.

разлога, требало би их сходно применити и на потпуно пословно неспособне сауговараче, код којих је чак и наглашенија неопходност нарочите правне заштите, изражена у њиховом привилеговању када се нађу у положају реститивног дужника. Зато, говорећи у наставку о реститутивној обавези ограничено пословно способне уговорне стране (да бисмо остали верни изричито прописаном), говоримо и о оној која уопште нема пословну способност.

Уговорне изјаве воље особа ограничене пословне способности производе правно дејство само ако их је законски заступник претходно одобрио или се са њима накнадно сагласио.³¹⁹ Непостојање одговарајуће дозволе темељи се на претпоставци да уговор није користан за особу под законским старањем, што се изражава повољнијим условима под којима законски заступник може да поништи уговор, а у пољу последица ништавости – свођењем реститутивне обавезе ограничено пословно способног сауговарача на преостало обогаћење.³²⁰

Успостављање пређашњег стања након поништења уговора ограничено пословно способне стране најпре захтева да се утврди да ли је у њеној имовини преостало нешто од примљене чинидбе, а, за случај да предмета нема или је његова вредност смањена – да ли је био употребљен у корист ограничено пословно способног. Процена се врши према стању предмета чинидбе у време подношења захтева за поништење уговора, осим ако је ограничено пословно способна страна постала пословно способна пре тога, у ком случају је релевантан тај тренутак.

Могуће је да је уговор био користан у време када је закључен, али је примљена ствар у међувремену, до подношења захтева за поништење, утрошена, отуђена или је случајно пропала. Сауговарач ограничено пословно способног нема право на исплату новчаног еквивалента, јер нема обогаћења на чију вредност се усмерава реститутивни захтев, али његова обавеза повраћаја се не гаси и испуњава се по општим правилима о неоснованом стицању. Само изузетно не престаје обавеза враћања ограничено пословно способног сауговарача, уколико се докаже да је примљено употребљено у његову корист, или је намерно уништено или отуђено (нпр., да би се избегла реститутивна обавеза). Ову чињеницу доказује друга уговорна страна.

³¹⁹ „Ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само оне уговоре чије му је закључење законом дозвољено. Остали уговори тих лица ако су закључени без одобрења законског заступника рушљиви су, али могу бити оснажени његовим накнадним одобрењем“, чл. 56 ст. 2 и 3 ЗОО.

³²⁰ Ограничено пословно способна особа, пошто стекне пуну пословну способност, и сама може затевати да се уговор поништи, под условом да је уговор још увек *negotium claudicans*, и да тужбу поднесе у року од три месеца од стицања потпуне пословне способности. В., чл. 59 ЗОО, а за последице поништења, чл. 114 ЗОО.

6. Успостављање пређашњег стања након раскида уговора због неиспуњења

Поред смрти уговорне стране, случајне пропасти ствари, немогућности испуњења и неважности уговора, раскид уговора је још један од разлога гашења уговорног односа.

Уговор се може раскинути споразумно или једностраном изјавом воље једне уговорне стране.

а. Споразумни раскид уговора и реституција испуњеног

Споразумни раскид је резултат сагласних изјава воље оба сауговорача о престанку њиховог уговорног односа. Правно посматрано, сауговорачи закључују нови уговор којим добровољно одустају од ранијег уговора (*mutuus dissensus, contrarius consensus*), чији ефекти зависе од тога да ли је ранији уговор испуњен или не.

Уколико је раскинут уговор који уопште није испуњен, раскид има *pro futuro* дејство и сауговораче ослобађа обавеза испуњења дугованог. Нема ретроактивног дејства, јер пре тога није било никаквих правних промена које би реституцијом требало отклонити.

Споразумни раскид делимично испуњених обавеза, по правилу, производи дејство само за убудуће, док се сва дотадашња испуњења сматрају ваљано извршеним. У томе је основна разлика између поништења и раскида: поништити се може само онај уговор који има неку урођену ману, која му смета да произведе правно ваљано дејство. Разлог због кога се уговор поништава настао је истовремено са уговором, због чега ништавост има повратно дејство (*pro praeterito, ex tunc*). Већ настала дејства на темељу неважећег уговора су само фактичке промене, не и правне, али се свеједно морају отклонити ради заштите општих или приватних интереса. Начин или техника отклањања ових дејстава је реституција, а њен циљ – да се ствари, успостављањем пређашњег стања, доведу у стање у коме би биле да уговор никад није ни постојао.

Раскид уговора претпоставља постојање пуноважног уговора, код којег су разлози престанка настали пошто је закључен, и могу бити неиспуњење обавезе једне уговорне стране, делимично или испуњење са физичким или правним недостацима, закашњење са испуњењем обавезе из фиксног уговора.

У савременој теорији уговорног права, наведени разлози обухваћени су заједничким појмом повреде уговора (*Vertragsverletzung, breach of contract*) или

повреде обавезе (*Verpflichtungsverletzung*), и подвргавају се, у основи, истим правилима уређења правних односа сауговорача. У овим случајевима, један од сауговорача стиче право да раскине уговор и без пристанка другог. Право је уговорних страна да раскину уговор и када за то нема никаквих посебних, законом предвиђених разлога; довољно је да га више не желе.³²¹

У римском (Јустинијановом) праву, уговор се могао споразумом раскинути само ако ниједан сауговорач није већ започео са испуњењем обавезе. Данас се сматра допуштеним и раскид уговора у коме је нешто већ испуњено или је у целости испуњена обавеза само једне стране. Важно је да уговор није обострано и потпуно испуњен, јер тада споразумни раскид има другачије значење и дејство. То је већ нови уговор, о истом предмету и између истих страна, али са обрнутим улогама.

Као што је наведено, начелно, споразумни раскид нема повратно дејство. Принцип приватне аутономије, ипак, дозвољава да сауговорачи предвиде обавезу враћања свега примљеног по основу раскинутог уговора, с тим што њихов споразум нема правног дејства, посебно не штетног, у односу на трећа савесна лица.

Постоје и такви уговори чија природа налаже ретроактивност раскида и, сходно томе, реституцију испуњеног, чак и у одсуству изричитог споразума. То су краткотрајни уговори, код којих је логичније претпоставити да су сауговорачи хтели успостављање пређашњег стања и настанак реститутивног захтева за оног ко је испунио своју обавезу. Насупрот њима, природа и начин испуњења обавеза из дуготрајних уговора не допуштају овакву правну претпоставку: испуњено до раскида се не враћа, већ остаје у имовини примаоца, а раскид делује само за убудуће.³²² Исто – неретроактивно дејство, има и ништавост дуготрајних уговора.

б. Једностранни раскид уговора и реституција испуњеног

Допуштеност споразумног раскида произлази из идеје да све што се једним правним актом ствара, супротним се гаси (*omnia quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt*). Као што се уговор сматра закљученим када су се уговорне стране споразумеле о његовим битним састојцима, тако се има сматрати и да уговора више нема ако се споразумеју о супротном - да га више не желе. Начело слободе уговарања омогућава правним субјектима да уговоре, али и да развргну међусобну правну везу створену

³²¹ Ј. Радишић, *Облигационо право*, стр. 170.

³²² *Ibid*, стр. 165.

уговором (*iuris vinculum*), крећући се у границама допуштеног уговарања и без повреде права трећих (савесних) лица која су у доброј вери стекла неко право на основу раскинутог уговора.

Једнострани раскид уговора очито не задовољава услов сагласног уређивања облигационих односа, а противи се и начелу *pacta sunt servanda*, јер уговор престаје изјавом воље само једне стране, без обзира на вољу оне друге. Но, у савременом праву једнострани раскид сматра се допуштеним начином престанка уговора, али из разлога и под условима предвиђеним законом или самим уговором који престаје на овакав начин. У последњем случају, уговорне стране су унапред, приликом закључења уговора или у току његовог трајања, уговориле себи право једностраног раскида и разлоге који га оправдавају.

Право на једнострани раскид због неиспуњења прошло је буран развојни пут, на коме је било и оспоравано и брањено, али је у савременом праву оно ипак законом призната могућност окончања уговорног односа.³²³ Права земаља могу се међусобно разликовати по условима и поступку раскида, чинећи га теже или лакше остваривим, али разлике нема у ставу да је раскид уговора један од начина санкционисања несавесног и неуредног уговорног партнера.

Законом је једнострани раскид, по правилу, допуштен само изузетно и као крајње средство коме се прибегава пошто су исцрпљене све друге могућности да уговор опстане и произведе предвиђене учинке.

У нашем праву уговор се може једнострано раскинути због: постојања физичких или правних недостатака испуњења (чл. 121 и чл. 488 ст. 1 т. 3 ЗОО); наступања промењених околности (чл. 133 ст. 1 ЗОО) и неиспуњења (чл. 124 ЗОО). Навели смо само оне законом предвиђене разлоге које сматрамо озбиљном повредом темељних начела уговорног односа – начела једнаке вредности узајамних давања и начела савесности и поштења, ради чије заштите је оправдано одступити од правила да уговор попут закона обавезује оне који су га закључили и да се има испунити (*pacta sunt servanda*).

У наведена три случаја ради се или о наступању битно отежавајућих околности које обесмишљавају уговорни циљ и чине неправичним остајање при уговору таквом какав је (*clausula rebus sic stantibus*) или о оглушавању једне уговорне стране о обавезу

³²³ В., § § 323-324 BGB-а, § § 918-920 ABGB-а, чл. 1184 СС, чл. 108-109 OR-а, чл. 9: 301 PECL, чл. 3: 502 DCFR-а. Више о раскиду у: С. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, стр. 494-501; Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књ. I, стр. 508-511.

уредног и благовременог испуњења чинидбе (манљиво испуњење, доцња, неиспуњење).

Законодавци прилично строго одређују услове једностраног раскида, увек имајући на уму озбиљне правне последице које раскид повлачи за собом. Законом о облигационим односима прописано је да, када једна страна не испуни своју обавезу, друга може, ако није одређено нешто друго, захтевати испуњење или уговор раскинути простом изјавом воље, под законом прописаним условима, осим ако раскид наступа по самом закону (чл. 124).

Право једностраног раскида признато је само страни која је испунила обавезу или је спремна испунити је (савесна страна), у супротном – други сауговорач може истаћи приговор неиспуњења (чл. 122 ЗОО). Претпоставке су да је друга страна запала у дужничку доцњу, да није искористила накнадни примерени рок за испуњење и да је страна која раскида уговор без одлагања обавестила да уговор сматра раскинутим.³²⁴ Ово су услови једностраног раскида уговора у коме рок није битан елемент уговора (тзв. нефиксни уговор), док се фиксни, или уговор у коме је рок има значај битног састојка, раскида по самом закону одмах по протеклу предвиђеног рока, осим ако поверилац искористи право одређивања новог рока за испуњење и фиксни уговор претвори у нефиксни.³²⁵

У упоредном праву су услови и поступак раскида уговора различито уређени. Примећујемо да преовладава неформалност поступка раскида, за који је довољна једнострана изјава воље савесне уговорне стране, по правилу, након безуспешног истека накнадног примереног рока за испуњење. Правило о накнадном року (*Nachfrist*) типично је за права германског правног круга (немачко, аустријско и швајцарско право, али и наш ЗОО³²⁶), и служи пружању дужнику још једне шансе да испуни дуговано и тако спречи раскид уговора. Слично правилима нашег уговорног права, постоје оправдани случајеви у којима је додатни рок непотребан, и то се пре свега односи на

³²⁴ В., чл. 126, 127 и 130 ЗОО. Дужност обавештавања постоји само ако се раскида уговор са узастопним обавезама (чл. 129 ЗОО) или пре истека првобитно уговореног рока (чл. 128 ЗОО) или ако су испуњени услови за раскид без остављања накнадног рока за испуњење (чл. 127 ЗОО). До оваквог закључка долазимо телеолошким и систематским тумачењем одредбе чл. 126 ст. 3 Закона, по којој се безуспешан протек накнадног рока за испуњење, по дејству, изједначава са истеком фиксног рока из чл. 125 ст. 1 ЗОО, а то је аутоматски (*ex lege*) раскид чим рок истекне, без потребе обавештавања. Видети и: Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књ. I, стр. 523; Љ. Милошевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књ. I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 344.

³²⁵ В., чл. 126 ЗОО.

³²⁶ В., § 323 BGB-а, § 918-933 ABGB-а, чл. 107-109 OR-а.

фиксне уговоре у којима доцња дужника има карактер битне повреде уговора, те раскид наступа по самом закону.

Битна повреда уговора није универзално прихваћен, једини оправдани разлог за раскид. Овог појма нема у немачком уговорном праву, у коме се свако одступање од уговореног програма понашања сматра оправданом околношћу за раскид, осим ако је незнатно. Инсистира се на одређивању накнадног рока за испуњење, који тако постаје чувар уговора и правила *pacta sunt servanda*, јер ако дужник искористи пружену му шансу, уговор се не може раскинути, ма како да је његово задоцњење било озбиљно.

Битна повреда уговора (*fundamental breach of contract*) одлучујући је разлог једностраног раскида по правилима интернационалног (уговорног) права³²⁷ и националних кодификација писаних под њиховим утицајем.³²⁸ Тако је и у енглеском праву, чија су правила и послужила као модел за уређење овог института на међународном нивоу. Инсистирање на озбиљности повреде уговора, која се процењује по насталим правним последицама и/или значају повређене уговорне одредбе, поштрава услове раскида, и сваку другу повреду, која се не сматра битном, санкционише другим мерама, редовно правом на надокнаду штете, али не и правом на раскид.³²⁹ Строгост оваквог захтева ублажена је правилом да се уговор због битне повреде раскида *ex lege*, јер поверилац нема обавезу остављања дужнику накнадног рока за испуњење.

У француском праву, поступак раскида је формалан, па се учешћем суда, чија је одлука о раскиду неопходна, заправо контролише оправданост престанка уговора. Ни у овом праву, чија су правила о раскиду настала под јаким утицајем судске праксе (*droit applique*) нема битне повреде уговора као неопходног услова за раскид; законодавац у централној одредби о уговорној одговорности (чл. 1147 СС) говори о неиспуњењу (*inexécution du contrat*), обухватајући њиме све облике повреде уговорне обавезе (неиспуњење, доцња, манљиво и делимично испуњење), чији значај утврђује суд у сваком конкретном случају. Далеко је значајнија врста дуговане радње, наиме, да ли се дужник обавезао на чинидбу резултата (*obligations de résultat*) или чинидбу средства

³²⁷ Видети чл. 254 CISG, чл. 8: 103 PECL.

³²⁸ Издајемо шведске и данске законе о купопродаји, естонски закон о облигационом праву из 2002. године.

³²⁹ Каже се да битна повреда „сеже до самог корена уговора“, заправо да руши разлог обавезивања, лишавајући повериоца очекиваног уговорног резултата. У овом случају се о оправданости раскида одлучује на основу последица повреде уговора. Повреде одређених уговорних клаузула (*condition*) увек су битне, без обзира да ли су битни састојци уговора или не. Битно је какав су им значај дали сауговорачи, а не како су квалификоване по објективном праву. Више у: F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, стр. 714-717.

(*obligations de moyens*), јер се према томе утврђује да ли је испунио обавезу и има ли места његовој одговорности за повреду уговора. Обавезе резултата или циља намећу строгу уговорну одговорност, дајући повериоцу право на раскид уколико није постигнут очекивани уговорни циљ, а нема ни ослобађајућих околности за дужника (непредвидиви, несавладиви и спољни догађаји, изван дужникове сфере утицаја). Раскид уговора у коме је дужник дуговао обавезу средства је тежи, зато што поверилац треба да докаже да дужник није достигао захтевани стандард пажње (није предузео све мере које захтева врста уговора), и да је то био разлог изостанка жељеног уговорног ефекта. У сваком случају, суд ће дати коначну реч о значају повреде уговора и начину санкционисања дужника, те може, уместо захтеваног раскида, изрећи другу меру, не дирајући у уговор.^{330 331}

в. Реституција као правна последица једностраног раскида уговора због неиспуњења

1) Неколико претходних запажања о карактеристикама реституције по раскиду уговора и чиниоцима који утичу на њу

Једнострани раскид уговора због неиспуњења или друге повреде уговорне обавезе, која се сматра довољно озбиљном (битном) да оправдава једнострано одустајање од иначе важећег уговора, један је од реститутивних разлога у нашем и упоредном праву.

Упоредноправно посматрано, важећа правила о успостављању пређашњег стања након раскида међусобно се разликују, а прва је разлика у томе да ли се реституција испуњеног подвргава посебним, уговорним правилима, или се сходно примењују општа правила о враћању неосновано стечене користи. Примећује се такође да у неким правима, попут немачког и француског, за раскид уговора због физичких или правних недостатака и повраћај испуњеног важе сасвим посебна правила.

³³⁰ Од 2001. године, Касациони суд полако одступа од судског раскида, дајући право повериоцу да раскине уговор једностраном изјавом воље у случају посебно тешке повреде обавеза, али на сопствени ризик. Каталина реформска комисија је у предлогу реформе облигационог права Француске (2005) предвидела могућност вансудског раскида, под условом да дужник ни у накнадном року не испуни обавезу. Предлог је учињен и делом званичног пројекта реформе уговорног права (2008), али је преживело и судско овлашћење да контролише оправданост раскида. В., чл. 1158. *Code civile Avant-projet Catala 2005*, чл. 1165-1170 *Avant-projet Code civil 2008*.

³³¹ Наведене су само важније карактеристике правила упоредног права о повреди и раскиду уговора, како би се стекао општи утисак о присутним трендовима и указало на могуће правце стварања једнообразног модела овог института, прихватљивог за све европске државе. О томе детаљно у: F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, стр. 553-796.

Друга разлика је у конкуренцији правила о повреди уговорне обавезе, као разлогу за раскид, са правилима о поништењу уговора због заблуде о својствима предмета. Наиме, у неким случајевима, посебно код уговора о купопродаји или уговора о делу, недостаци ствари могу се квалификовати и као манљиво (несаобразно) испуњење обавезе, што је разлог за раскид уговора, или као заблуда купца/наручиоца посла о својствима предмета, за која није знао, а да јесте – не би закључио уговор, што би тада био разлог рушљивости уговора. Овакве ситуације захтевају опредељење између два различита правна пута престанка уговора и стварања услова за реституцију испуњених чинидаба. У француском праву ови захтеви конкуришу један другоме, док је у немачком праву предност дата правилима о одговорности продавца за физичка својства ствари.

Осим наведених разлика, приметан је и недостатак јединственог модела или приступа у уређивању правног положаја сауговорача након што је уговор раскинут због повреде уговорне обавезе. Да ли применити општа правила о стицању без основа или реституцију испуњеног уредити одвојено од овог извора облигационих односа, у делу правила о уговорима?

Шта говори у прилог посебног – уговорног режима реституције?

Уколико су обавезе у целости испуњене пре него што је уговор раскинут, али са недостацима који оправдавају раскид, или су испуњене делимично, па уговор буде раскинут, размена чинидаба је изгубила правни основ и све треба вратити у стање постојеће пре закључења уговора. И док се у ситуацији неважности уговора реститутивна обавеза неоспорно мора испунити по правилима о стицању без основа, јер се сматра да неважећи уговор није ни био закључен и да стеченом од почетка недостаје правни основ, са раскидом уговора то не мора бити случај, јер недостаје основни услов да раскидом престаје један фактички, а не правни однос и да је једна уговорна страна увећала имовину друге без правног основа. Због тога је реституција након раскида уговора у већини права уређена одвојено од неоснованог обогаћења, посебним правилима.

Повраћај испуњеног могао би се подвргнути и правилима о неоснованом обогаћењу, уколико раскид делује ретроактивно. У том случају, може се применити кондикциони захтев за враћање због неостваривања сврхе уговора (неиспуњење противчинидбе обесмишљава или осујећује намеравани уговорни циљ сауговорача који је своју обавезу испунио пре раскида) или накнадног (услед раскида) отпадања основа испуњења (*condictio ob causam finitam*).

Повраћај у пређашње стање после раскида уговора одређују ове околности: обим испуњености обавеза (одређује врсту реституције – једнострана или обострана); стање предмета чинидбе који треба вратити (одређује врсту реституције по садржају – натурална или новчана); утицај на реститутивну обавезу пропасти, отуђења, оштећења или других промена на предмету који се враћа (да ли се гаси обавеза враћања стране која примљено не може да врати или се само мења начин успостављања пређашњег стања и натурално испуњење замењује надокнадом вредности предмета у новцу; шта се дешава са реститутивним захтевом стране која не може да врати примљено), чак и утицај на право на раскид уговора; утицај одговорности за раскид на право да се захтева реституција; утицај на реститутивну обавезу трошкова реститутивног дужника у вези са ствари коју враћа и штете коју му је проузроковала у имовини (у мери у којој му се признаје право на надокнаду трошкова и штете, његова се реститутивна обавеза смањује).

2) Успостављање пређашњег стања након једностраног раскида уговора по Закону о облигационим односима

Правилима о правним последицама једностраног раскида нашим законом се одступило од принципа неретроактивности, што је сасвим у складу са разлозима раскида и забраном неоснованог увећања имовине једне, посебно несавесне стране, на рачун умањења друге, савесне.

У односу на уговор, правна последица раскида је његов престанак, јер више нема оне сагласности којом је уговор створен. Отпадањем правног основа, који је био изражен у (сада већ непостојећим) изјавама воља сауговорача, престају сва њихова права и обавезе, осим права на надокнаду штете (чл. 132 ст. 1 ЗОО). Ово је дејство које раскид има према уговорним странама, и које ослобађа свега уговореног а неиспуњеног. Одредбу треба тумачити тако да се од несавесне стране, због чијег је неиспуњења обавезе уговор и раскинут, не може захтевати уговорена чинидба, при чему несавесна страна раскидом не губи захтев за испуњење, јер јој је обавеза већ била испуњена пре раскида, и предмет испуњења се налази у њеној имовини. Полазимо, дакле, од претпоставке да је савесна страна већ испунила своју обавезу, у целости или делимично, и да раскидом стиче ново, реститутивно потраживање, тј. право да захтева повраћај датог (чл. 132 ст. 2 ЗОО). Реституција је у овом случају једнострана и, пре

свега, натурална, јер реститутивни поверилац има право да му чинидба буде враћена у истом облику у коме ју је испунио.

Враћање испуњеног може се извршити или по посебним, уговорним правилима или по правилима о неоснованом обогаћењу. У делу нашег закона у коме је уређено дејство раскида, прописана је само дужност враћања испуњеног, али не и начин успостављања пређашњег стања. Упућени смо стога на сходну примену реститутивних правила о враћању стеченог без основа, јер је испуњење обавезе из касније ракинутог уговора, један од случајева давања с обзиром на основ који је касније отпао (*condictio ob causam finitam*).

У неким правима, попут немачког, реституција чинидаба након раскида подвргнута је посебним правилима, која не припадају праву о неоснованом обогаћењу, већ уговорном праву. Раскид уговора претпоставља постојање пуноважног уговора, чији су разлози престанка настали тек по закључењу. Општи концепт неоснованог обогаћења, заснован на одсуству правног основа *ab initio*, овде се не уклапа, јер је у време испуњења уговорних обавеза постојао пуноважан правни основ стицања, због чега се прималац испуњења (чинидбе) не сматра неосновано обогаћеним. Чак и ако раскид има ретроактивно дејство, следом чега се ствара обавеза повраћаја примљеног, реституција се не објашњава забраном неоснованог обогаћења, нити се врши по правилима стицања без основа. Сматра се да раскид преображава уговор у специфичан правни однос, који сауговораче ослобађа примарних уговорних обавеза, а ако су оне већ испуњене – овлашћује их на повраћај датог. Новонастала обавеза је реститутивна, а њен основ је и даље уговор, измењене – реститутивне садржине. Пређашње стање се успоставља по посебним, уговорним правилима (§ 346 BGB-а). Овакав приступ реституцији као последици раскида уговора следе и студијске групе задужене за унификацију европског приватног права.³³²

У нашем праву такође је реститутивна обавеза после раскида уговора прописана одвојено од одредаба о стицању без основа, што не искључује примену општег режима неоснованог обогаћења у стварима које нису посебно регулисане правилима о последицама раскида. Важећа правила о раскиду заправо само одређују време према коме ће се одредити обим реститутивне обавезе ако се реституција врши у новцу, налажући да сауговорач врати новчану вредност чинидбе према ценама у време

³³² В., чл. 3: 510-3: 514 DCFR, чл. 9: 306-9: 309 PECL и образложење студијске групе за кодификацију европских правила о неоснованом обогаћењу, С. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, стр. 91-92.

доношења судске одлуке. У свему осталом морамо применити општа правила о враћању неосновано стеченог.³³³

Новчана (вредносна или цивилна) реституција има супсидијеран карактер, зато што је замишљена као алтернатива немогућој натуралној реституцији. Теоретски замишљена као изузетак, у пракси јој се неретко прибегава, јер је натурална реституција немогућа или повезана са претераним тешкоћама или трошковима, који је чине нерационалном.

Новчана реституција замењује натуралну у трима ситуацијама у којима је ова немогућа:

- 1) По природи, неке чинидбе се не могу вратити у свом првобитном облику (рад, услуге, испуњење уговора о грађењу);
- 2) Ако је реститутивни дужник потрошио, уништио, отуђио или прерадио дуговани предмет (роба, храна, грађевински материјал);
- 3) Ако је објекат реститутивне обавезе пропао, уништен или оштећен.³³⁴

Поред враћања ствари, реститутивни дужник треба и да у новцу надокнади корист од употребе ствари, да врати убране а непотрошене плодове, а да за оне које је потрошио, отуђио или пропустио да убере, плати новчану накнаду (чл. 132 ст. 4 ЗОО). Његов положај одговара положају несавесног обogaћеног, с обзиром да је скривио раскид уговора и дао повода настанку реститутивне обавезе.³³⁵

Страна која враћа новац дужна је платити и затезну камату од дана пријема испуњења (чл. 132 ст. 5 ЗОО).

Мерило реститутивне обавезе, ако се реституција врши исплатом новчане противвредности, може бити уговорена накнада или вредност чинидбе у време пресуђења. Ово је правило за све врсте чинидаба, па се примењује и на уговор о трампи, у коме се једна ствар размењује за другу ствар. У случају обострано испуњеног уговора о трампи, сауговорач који не може да врати добијену ствар платиће онај износ који би добио на име цене за размењену ствар, а коју добија назад. У немачкој

³³³ Правила о стицању без основа нарочито важе за надокнаду користи од употребе ствари која се враћа и њених плодова, али и за надокнаду трошкова које је реститутивни дужник имао у вези са ствари и чија му је надокнада законом призната.

³³⁴ Реститутивном повериоцу могла би се вратити и оштећена ствар у стању у ком је, уз новчану надокнаду до пуне вредности, под условом да то није неправично решење. У супротном, исплата новчаног еквивалента у пуном износу вредности ствари (коју реститутивни дужник задржава) потпуно замењује натуралну реституцију.

³³⁵ У енглеском праву, повреда уговора, којом се сматра и неиспуњење, представља један од посебних разлога неоснованог стицања (тзв. *unjust factor*). Реч је о *breach of contract* или *failure of consideration* као реститутивним разлозима.

литератури ова новчана реституција се илуструје примером размене коња за златник: ако прималац златника не може да га врати, вратиће износ који би добио као цену да је продао коња, који му се враћа.³³⁶

Обим реститутивне обавезе одређен је чињеницом да ли је уговорна обавеза испуњена у целости или делимично, али и начином на који је уговорено испуњење (уговор са узастопним обавезама, сукцесивно испуњење).

Садржај уговорне обавезе и временско трајање испуњења, начелно, одређују дејство раскида уговора.

Раскид уговора са тренутним испуњењем (нпр., једнократна исплата цене) има ретроактивно дејство, па је реституцијом обухваћено све примљено по основу уговора, почев од његовог закључења.

Уколико је обавеза делимично испуњена, а дељива је, правило о ретроактивном дејству раскида не важи. Сауговорач раскида уговор за убудуће, одбија да прими изостало испуњење, али не може да врати већ примљено. У овом случају, он стиче реститутивни захтев само у оном делу у коме обавеза коју је испунио премаша по вредности део обавезе која је њему испуњена. Ипак, уколико је реститутивни поверилац имао оправдан разлог да му обавеза буде испуњена у целости или му примљено без изосталог дела није од користи, јер не постиже уговорни циљ, раскид има ретроактивно дејство, па, поред будућих, обухвата и већ испуњене обавезе. Реституција се врши по правилима о дејству раскида са узастопним обавезама: сауговорач који је раскинуо уговор враћа примљено (делимично испуњено), а добија назад предмет своје чинидбе или његову новчану противвредност (чл. 129 ст. 2 ЗОО).

Уговори са (дуго)трајним испуњењем (дуготрајни уговори) испуњавају се из више једнократних давања, чињења, пропуштања или трпљења, кроз одређено дуже време. У овакве уговоре спадају и уговори са узастопним или сукцесивним обавезама (извршењем), код којих дужник испуњава обавезу у деловима или у одређеним временским размацима, понављањем истоврсне чинидбе или извршавањем разноврсних чинидаба. Раскид ових уговора уређен је посебним правилом и, најчешће, нема ретроактивно дејство.

У случају изостанка једне чинидбе,³³⁷ поверилац стиче право на раскид у погледу те и свих будућих обавеза уколико је очигледно да ни оне неће бити

³³⁶ В., G. Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, New York, 2009, стр. 60-67.

благовремено испуњене (чл. 129 ст. 1 ЗОО). Раскид уговора делује за убудуће, не утичући на пуноважност већ испуњеног. Будући да су размењене чинидбе задржале свој основ, јасно је да у односу на њих саговорачи не стичу захтев за реституцију датог.

Повериочево право да уговор са узастопним обавезама раскине у целости, дакле, и у односу на већ испуњено, условљено је постојањем његовог интереса да уговорна обавеза буде потпуно испуњена.³³⁸ Интерес за потпуно испуњење постоји ако све уговорене испоруке чине једну целину и само тако испуњене омогућавају постизање намераваног циља уговора. Пошто су обе стране имале у виду повериочева очекивања или већ из природе обавезе произлази да она само у целости испуњена има вредност, неправично је очекивати од повериоца да се задовољи оним што је већ испуњено, а да за изостали део раскине уговор и остварује друга права која му припадају по основу уговорне одговорности. Због тога раскид уговора под наведеним условима има повратно дејство, на које се логично надовезује обавеза успостављања пређашњег стања, по општим правилима неоснованог стицања.

Једнострани раскид уговора, који повлачи обострану реституцију, могућ је само ако је несавесна страна (страна која је раскиду дала повода) испунила део обавезе, али се то не сматра довољним испуњењем, па раскид делује рестроактивно. Уколико су обавезе оба саговорача испуњене у целости, не постоји разлог за једнострани раскид по правилима чл. 124-132 ЗОО, јер није испуњен услов свих услова (*conditio sine qua non*) – неиспуњење обавезе једне стране. По природи ствари, овде нема обостране реституције, јер њу условљава испуњење чинидаба обеју уговорних страна, што није случај са уговором који се раскида једностраном изјавом воље. Управо супротно - уговор се раскида због тога што једна страна није испунила дуговано! Једино ако је несавесна страна делимично испунила обавезу или је испунила у целини, али са правним или физичким недостацима, па се уговор због тога раскине, врши се обострана реституција свега датог, тј. примљеног.³³⁹ Обострана реституција је узајамна, врши се истовремено, по правилима о испуњењу обостранообавезујућих уговора.³⁴⁰

³³⁷ По правилу, друге или сваке наредне, јер за неиспуњење прве чинидбе важе правила о раскиду уговора са тренутним извршењем, тако да се уговор раскида по самом закону уколико прва дугована радња не буде испуњена ни у накнадном примереном року за испуњење. В., 126 ЗОО.

³³⁸ Уговорна страна може раскинути уговор не само у погледу будућих обавеза, него и у погледу већ испуњених обавеза, ако њихово испуњење без изосталог испуњења нема интереса за њу, чл. 129 ст. 2 ЗОО.

³³⁹ В., чл. 121, 478-500 и 508-515 ЗОО

³⁴⁰ „Ако обе стране имају право захтевати враћање датог, узајамна враћања се врше по правилима за извршење двостраних уговора“, (чл. 132 ст. 3 ЗОО).

У енглеском праву, немогућност да се врати примљено искључује право овлашћене стране на повраћај онога што је дала, а у неким случајевима искључена је чак и могућност престанка уговора.³⁴¹

У нашем праву, утицај немогућности уговорне стране да врати примљено помиње се у одредбама о праву купца на раскид купопродајног уговора због физичких недостатака на ствари.

Купац губи право да раскине уговор уколико му је немогуће да врати ствар или да је врати у стању у коме ју је примио, али задржава остала права која му припадају по том основу и најчешће ће се одредити за сразмерно снижење цене.³⁴²

Немогућност натуралне реституције не отклања се надокнадом новчане вредности купљене ствари, како би требало по општим правилима о реституцији, већ се, уз одржање уговора на снази, купцу омогућава реализација других права.

Законодавац ипак води рачуна о разлозима који спречавају враћање ствари у стању у коме је примљена, па, ако су они изван сфере утицаја купца или су толико важни да свакако оправдавају раскид, купац задржава и право на раскид и право да захтева повраћај плаћеног. Оправданим разлозима се сматрају: пропаст ствари услед недостатака који оправдавају раскид; пропаст ствари услед њене редовне и уобичајене употребе; откривање недостатка који оправдава раскид тек пошто је прималац употребио ствар или је изменио у оквиру њене намене и уобичајене употребе; пропаст ствари из разлога ван сфере утицаја примаоца или лица за која одговара; уколико су оштећење или измена без значаја (чл. 495 ст. 2 и 3 ЗОО).

У наведеним случајевима реституција је једнострана и врши се у корист купца: продавац је дужан да врати примљену цену и плати затезну камату од дана пријема исплате, док за купца не настаје реститутивна обавеза, јер је ствар пропала, а његова одговорност законом искључена. О купчевој реститутивној обавези могло би се говорити уколико је остварио користи од употребе ствари, укључујући и вредност плодова, чију би вредност требало да надокнади. Купчева реститутивна обавеза не престаје ни у случају да ствар још увек постоји, али у оштећеном или измењеном

³⁴¹ У енглеском праву, реституција није редовна, већ, слободно можемо рећи, изванредна последица престанка уговора. Њену улогу преузела је надокнада штете (*damages for breach of contract*), што је непосредно повезано са природом уговорне обавезе као гаранције уредног и саобразног испуњења. Повреда ове гаранције санкционише се обавезивањем дужника да повериоцу, на име обештећења, исплати суму новца потребну да се он доведе у стање у коме би се налазио да је уговор био испуњен. Враћање примљеног предмета чинидбе је алтернатива, коју ће суд само изузетно наложити, уколико сматра да је оправдана околностима случаја и да боље штити интересе повериоца. Више у: F. Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, стр. 708-709, 740-749.

³⁴² В., чл. 495 ст. 1 ЗОО.

стању. Његовом реститутивном захтеву за повраћај цене продавац може да супротстави захтев за предају ствари у стању у ком се налази у моменту враћања.

Једнострана реституција у корист стране која је примила ствар али не може да је врати због њене пропасти могућа је и ако би ствар пропала и да се налазила у поседу преносиоца (друге уговорне стране) или је пропала због непажљивог поступања примаоца са ствари, под условом да се од њега очекивала пажња коју поклања својим стварима (*diligentia quam in suis*), и он је задовољио очекивани стандард.³⁴³

³⁴³ Сличне одредбе о утицају пропасти ствари на раскид уговора и успостављање пређашњег стања прописане су и правилима немачког уговорног права. В., § 346 ст. 3 BGB-а.

***Поглавље IV: Одступање од реституције - правило nemo auditur
proprium turpitudinem allegans и могућност одузимања
предмета чинидбе у корист трећег лица***

1. Правне последице неважности забрањених уговора

Питање правних последица неважности забрањених уговора представља увек актуелну тему правне теорије и судске праксе. Више него код било ког другог ништавог или рушљивог уговора, овде постоји широка лепеза могућих мера правне реакције због повреде законске или моралне забране, за чији правилан избор и примену треба ваљано утврдити критеријуме, услове и домен важења сваке од њих. Рангирање могућих санкција или мера, у смислу да су једне основно правило, готово принцип, зато што важе за већину неважећих уговора, док су друге изузетак, чију примену условљавају и оправдавају нарочите околности, може одредити законодавац (потпуно или делимично, препуштајући попуњавање правне празнине судској пракси и правној теорији) или поступање судова прихваћено као судска пракса, тј. прецедентно право.

На правну организацију правила о последицама ништавости утиче више чинилаца: законодавчево одређење према односу приватне аутономије и јавног поретка (ради чије заштите се одређени уговори проглашавају забрањеним); обим и граница интервенције државе у грађанскоправне односе ради заштите општих интереса заједнице; моралне вредности и начела која, по општеусвојеном мишљењу чланова заједнице, имају толики значај за њен опстанак и развитак да се слободна иницијатива грађанскоправних субјеката пред њом мора повући када није могуће њихово истовремено остварење. Осим ових, назовимо их општим чиниоцима, релевантним се имају сматрати и околности везане за конкретни уговорни однос: стање у коме се уговор налази, јер ће се једна правила применити ако уговорне обавезе нису испуњене, друга – ако јесу, а сасвим трећа важе за случај једностраног испуњења уговора; однос сауговорача према забрањеном уговору, оличеном у њиховој (не)савесности и (не)знању да су закључили и испунили обавезе из уговора који је, због своје садржине или циља, забрањен. У историји права узимани су у обзир и други релевантни чиниоци, али нама се чини, на основу анализе домаћег и упоредног законодавства и судске праксе, да су наведени били пресудни у расправљању односа сауговорача једног забрањеног уговора. Полазећи од тих чинилаца, неке правне последице закључења

зобрањеног уговора увек наступају (*ex lege*), па су обавезне, док су друге могуће и о њиховој примени одлучује суд, према више или мање дефинисаним критеријумима или макар контурама граница у којима сме и треба да се креће.

Обавезна санкција закључења зобрањеног уговора, тачније - оглашавања његове неважности јесте ништавост. Ништавост је, заправо, пратиља свих ништавих уговора (као и рушљивих, пошто се пониште), и зобрањени уговори, као једна посебна група ништавих уговора, нису у томе изузетак. Значај повређеног правила (забране) и општи интерес који треба заштитити, налажу да управо зобрањени уговори буду санкционисани најстрожом санкцијом грађанског права – ништавошћу. У односу на остале, ова грађанскоправна санкција је по свом дејству најригорознија зато што вољи саговорача одузима све учинке: чупајући корен рђавог стабла (зобрањени уговор), ништавост уништава и све његове отровне плодове.

Енергична реакција правног поретка на зобрањене уговоре боље се разуме уколико се доведе у везу са заштитним објектом ништавости – јавним поретком, у коме су изражени основни принципи, морални и правни, и темељне друштвене вредности, чије нарушавање, уговором или било којим другим правним инструментом, није дозвољено. Тај поредак изражава „опште потребе једне правно организоване заједнице, један ред и извесност у примени тога поретка, који, у крајњем исходу, служи и као гаранција управо индивидуалној вољи и њеном испољавању“³⁴⁴. Пођемо ли од дефиниције појма зобрањених уговора - да су то уговори који су у супротности са најзначајнијим друштвеним и правним вредностима, израженим у когентним нормама, моралним принципима или добрим обичајима, и јавном поретку, и да је међу члановима заједнице у вези са њима постигнут консензус да се не смеју препустити појединачној произвољности, јасно нам је, али и посве прихватљиво да ништавост буде стални пратилац (*raison d`être*³⁴⁵) зобрањених уговора.

Законодавац донекле релативизира ништавост као логичну последицу оглашавања зобрањеног уговора неважећим, допуштајући примену неке друге санкције на коју упућује циљ повређеног правила или посебан пропис, редовно онај који је повређен закључењем зобрањеног уговора.³⁴⁶

³⁴⁴ С. Перовић, *Зобрањени уговори у имовинскоправним односима*, Сл. лист СФРЈ, Београд, 1975, стр. 5.

³⁴⁵ *Ibid*, стр. 228.

³⁴⁶ В. чл. 103 ст. 1 Закона о облигационим односима. Од ништавости, као и од других последица које се на њу надовезују, може се одступити у случају конверзије уговора (чл. 106 ЗОО), делимичне ништавости (чл. 105 ЗОО), испуњења уговора коме недостаје форма, у целини или претежном делу (чл. 73 ЗОО). Овако се могу спасити само ништави уговори који нису истовремено и зобрањени; једино зеленашки

Остале последице оглашавања забрањеног уговора неважећим – реституција, одступање од реституције, одузимање предмета чинидбе у корист трећег лица и накнада штете – наступиће само уз испуњење додатних услова, па их у том смислу схватамо као могуће учинке или последице ништавости. Издвојили бисмо само реституцију, зато што је подвргнута мањем броју претпоставки примене, и зато што се од реституције, у законом предвиђеним случајевима, може, али и не мора одступити. О томе одлучује суд, ценећи опоруност одступања у сваком конкретном случају. Упоредноправна анализа судске праксе показује да се суд ретко користио датим му овлашћењем, што реститутивну последицу чини једнако учесталом као и ништавост забрањеног уговора. Ништавост, реституција и одступања од реституције предмет су посебне, детаљне анализе, пре које ћемо кратко изложити обавезу накнаде штете због ништавости уговора и правни положај трећих лица. Определили смо се да, поред оног што је већ речено о правним последицама ништавости уговора у поглављу III т. 4 („Санкционисање неважности уговора и правне последице“), на њих укажемо и у овом поглављу, како бисмо нагласили специфичности забрањених уговора и разлоге због којих се они могу санкционисати и таквим мерама које грађанскоправна правила приближавају областима јавног права.

а. Одговорност за штету проузроковану оглашавањем забрањеног уговора неважећим

Реституција понекад није довољна за отклањање неравнотеже у имовинама сауговорача која је настала поништењем уговора. Наиме, један или оба сауговорача могу претрпети и губитке због изневереног очекивања у пуноважност уговора и његово извршење. Право на накнаду тих губитака, а заправо штете (негативни и позитивни уговорни интерес), има само савесна страна, којој се не може приписати одговорност за поништење уговора (јер није знала нити је могла знати за узроке неважности, чл. 108 ЗОО). Надокнадом штете, по правилима о уговорној одговорности³⁴⁷, отклања се

уговор, иако забрањен, може опстати, и то по захтеву оштећеног да се његова обавеза смањи на правичан износ (чл. 141 ст. 2 ЗОО).

³⁴⁷ О основу одговорности за забрањеним уговором проузроковану штету постоје два мишљења. По једном, основ је уговор, па сва питања о штети и накнади треба расправити по правилима о уговорној одговорности. Обавеза надокнаде штете долази на место права да се тражи испуњење обавезе и секундарног је карактера. По другом мишљењу, одговорност је вануговорна због ретроактивног дејства ништавости, па однос сауговорача треба расправити као да између њих никада није ни закључен уговор, дакле, као однос оштећеног и штетника које је први пут довела у везу причињена штета. Овде уговорна обавеза од самог почетка није пуноважна и има се сматрати као да и не постоји; постоји само обавеза на надокнаду штете, и она има примарни карактер. Више у: В. Круљ, „Неважност уговора“, *Коментар*

имовински дисбаланс у мери у којој се то не може постићи реститутивним правилима. Тако ће бити у свим случајевима престанка неважећег уговора где је потребно, ради истинског успостављања пређашњег стања (у смислу прогресивне или динамичне реституције), реституцију допунити и надокнадом штете савесној уговорној страни.

Уговарач који је скривио закључење забрањеног уговора или је знао или морао знати за разлог неважности, одговоран је свом сауговарачу за штету коју овај трпи због поништења уговора. Право на накнаду штете има само савесна уговорна страна.³⁴⁸ У случају обостране несавесности, одговорност једног сауговарача искључена је истом таквом одговорношћу другог уговорника, јер су обојица знали (или морали знати) да закључују неважећи уговор и преузели ризик и последице његовог поништења. Стране су поступале на сопствени ризик, свесно и вољно се излажући опасности поништења уговора и правним последицама које из тога следе, па их правни поредак неће заштитити више него што заслужују. А заслужују, осим изузетно, да свакој буде враћено оно што је дала по основу неважећег уговора да би се спречило неосновано стицање користи (реституција као правило), док штету коју трпе због неважности морају саме да поднесу, јер су јој се добровољно изложиле.

Несавесна страна дугује потпуну надокнаду: надокнађује се штета коју је савесни сауговарач претрпео због неизвршења и штета у виду трошкова којима се изложио верујући у пуноважност уговора (нпр., трошкови закључења уговора, трошкови припреме испуњења и сл.).³⁴⁹

Реституција и обавеза надокнаде штете су две одвојене и самосталне правне последице неважности уговора. Реституција је обавезна последица ништавости, а накнада штете једино ако су испуњени додатни услови. У оба случаја имамо у виду испуњен неважећи уговор, јер се само код таквог може поставити реститутивни захтев. Обавеза надокнаде штете, међутим, може настати и из закљученог али неизвршеног (неважећег) уговора, и обухваћена је појмом штете због поверења (негативни уговорни интерес). Она покрива материјалне губитке савесног сауговарача којима се он изложио у фази закључења уговора и припреме извршења, верујући у његову пуноважност.

Закона о облигационим уговорима, књига I, Савремена администрација, Београд, 1980., ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 314-315.

³⁴⁸ По ЗОО, савесном се сматра она уговорна страна која није знала нити је, према околностима, морала знати за узроке ништавости. Са друге стране, законодавац употребљава придев *крив* за означавање несавесног сауговарача. В., чл. 108 ЗОО.

³⁴⁹ Закључењем забрањеног уговора једна страна може претрпети штету због неизвршења уговорних обавеза (и тада јој се надокнађује тзв. позитивни уговорни интерес), или услед изостанка легитимно очекиваног остварења циља уговора (у ком случају се надокнађује тзв. негативни уговорни интерес). В., С. Перовић, нав. дело, стр. 249-250.

О реститутивном и захтеву за надокнаду штете суд одлучује посебно, па не може да одбије одштетни захтев једне стране зато што је друга већ обавезана на успостављање пређашњег стања. Ова два захтева су независна и међусобно неусловљена.

Право на надокнаду штете је посебан захтев о којем се одлучује у складу са правним правилима материјалног права о уговорној одговорности³⁵⁰, а о реституцији се одлучује у складу са правилима о неоснованом обогаћењу. Одговорност сауговорача који је скривио неважност уговора или је знао да закључује ништав уговор не може се поистоветити са реститутивном последицом ништавости из чл. 104 ст. 1 ЗОО, јер је реституција независна и од кривице и од штете. Управо је циљ реституције да отклони неосновано померање користи из имовине једног сауговорача у имовину другог, за које најчешће ниједан сауговорач није одговоран. Успостављајући пређашњи имовински баланс, реституција заправо чува имовину и савесног и несавесног сауговорача од нове штете, тј. неоснованих губитака. Надокнада штете, са друге стране, претпоставља њено постојање, за које је неко други одговоран (у пољу уговорне одговорности то је несавесни сауговорач), редовно по принципу субјективне одговорности, и зато је дужан да је надокнади.

б. Оглашавање забрањеног уговора неважећим и правни положај трећих лица

Рекли смо да ништавост гаси сва дејства, како закључења тако и испуњења уговора.³⁵¹ Правила којима су она уређена пре свега су окренута расправљању правних односа уговорних страна. Ништавост се може тичати и трећих лица која из неважећег уговора изводе неко своје право, па је потребно да се и њихов положај уреди одговарајућим правилима, која, такође, можемо сврстати у правне последице ништавости уговора³⁵².

Сходно правилу *resolutio iure dantis resolvitur ius accipiens*, трећа лица која заснивају неко право на неважећем уговору, посебно неко стварно право, требало би да га изгубе: њима је ово право пренела једна од уговорних страна неважећег уговора, која

³⁵⁰ Видети нап. бр. 318.

³⁵¹ Основно дејство закључења уговора је стварање права и обавеза и могућност њиховог принудног остварења (настанак тужбе у материјалном смислу или захтева). Када се уговор поништи пре него су испуњене обавезе, дејство ништавости се састоји у престанку обавезе испуњења и права да се испуњење захтева.

³⁵² Тако и: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Увод у грађанско право*, стр. 316.

га због те неважности ни сама није могла стећи, па ни пуноважно пренети. То нам објашњава правило *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*. Ипак, у већини савремених права штити се добра вера у промету; принцип заштите трећих савесних лица носи превагу над правилем о ретроактивном дејству ништавости, те ће се треће лице, које је испунило услове стицања по посебним правилима (нпр., стицањем од невластника или одржајем), сматрати коначним титуларем права. У односима између саговорача, ништавост, дакле, производи своје уобичајене последице, али се према трећем савесном лицу не може истицати.

в. Ништавост забрањеног уговора

Ништавост је основна последица оглашавања ништавог уговора неважећим и поништења рушљивог уговора.³⁵³ Утврђењем (констатацијом) да је један уговор ништав или поништењем рушљивог уговора (где одлука има конститутивно – правнопреиначавајуће дејство), санкционише се онај уговор који не испуњава правне услове потребне за произвођење пуноважних правних дејстава.

Санкцијом ништавости штите се одређени интереси и вредности друштвене заједнице. Ти интереси и вредности нису једнаког значаја, па су неки неважећи уговори ништави (апсолутно ништави) - јер повређују претежно опште интересе, а неки су рушљиви (релативно ништави) - који се санкционишу ради заштите претежно приватних интереса.³⁵⁴ Важност интереса, обухваћених заштитним дејством правне норме, одређује и сва правила по којима се неважећи уговори лишавају правног дејства: начин поништења (судски или вансудски), круг субјеката овлашћених на подношење тужбе, рок за поништење, овлашћење суда да по службеној дужности пази на неважност.

³⁵³ В., чл. 103 ст. 1 и чл. 112 ЗОО.

³⁵⁴ Иако прилично неодређен, интерес је један од могућих и најчешћих критеријума поделе неважећих уговора. Ради ближег одређења и разграничења, у законима се углавном прецизирају недостаци који један уговор чине ништавим, тј. рушљивим. Тако је и у Закону о облигационим односима (чл. 103 ст. 1 и чл. 111). У модел-правилима која треба да послуже као основ јединственог уређења облигационог права ЕУ, користи се критеријум *fundamental principles*, у значењу основних, темељних начела, чија повреда чини уговор незаконитим и ништавим. Која начела имају карактер фундаменталних утврђује се на основу права држава чланица. Видети: *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, који је припремила Студијска група за израду Европског грађанског законика (ред. С. von Bar, Е. Clive, Н. Schulte-Nölke), Књига II (О уговорима и другим правним радњама), Одељак 3, чл. II-7:301; *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, припремљен од исте студијске групе (ред. С. Von Bar, S. Swann), Поглавље 6, чл. 6:103.

Са гледишта права, ништав уговор је „једно правно ништа“³⁵⁵. Овакав уговор од самог почетка не производи никаква правна дејства и током времена се не може оснажити (чл. 107 ЗОО). И данас важи максима римског права *Quod ab initio est non potest tractu temporis convalescere*, речено Богишићевим речима: „Што се грбо роди, вријеме не исправи; - што је с почетка незаконито, то временом самим законито не постаје“ (чл. 1006 ОИЗ).

Ништавост наступа *ipso lege*, по самом закону, независно од воље сауговорача и њиховог знања за неважност. Логична је, онда, последица да се на ништавост могу позивати сва заинтересована лица, и њихов интерес не мора бити и правни; будући да се санкцијом ништавости штите у основи општи интереси, суд је овлашћен (и обавезан) да на ништавост пази по службеној дужности, а јавни тужилац да покрене поступак за утврђење ништавости уговора (чл. 109 ЗОО).

Сходно наведеном правилу да време не лечи недостатак ништавог уговора, нема рока за утврђење његове ништавости, нити је могуће да се он оснажи протеклом времена, накнадним престанком забране или другог узрока неважности, или испуњењем обавеза.³⁵⁶ Тиме се спречава да сауговорачи испуњењем обавеза постигну намеравани уговорни циљ који право не допушта, јер није у складу са општим интересима. Евентуалне промене, настале у периоду од закључења уговора до оглашења ништавости, могу бити само фактичке, никако правне, и оне ће се расправити по правилима о реституцији. Судска одлука има декларативно дејство.³⁵⁷

Рушљиви уговори такође настају са неком маном, али не неизлечивом, као ништави. Утицај недостатка на рушљив уговор уређен је законом, али од воље сауговорача зависи да ли ће се норма применити. Наиме, на рушљивост уговора суд не пази по службеној дужности, нити јавни тужилац може да интервенише подношењем тужбе за поништење уговора, већ то овлашћење има само страна у чију је корист установљен разлог рушљивости, њени универзални и сингуларни сукцесори.

Сужавање круга овлашћених субјеката само на једну уговорну страну, произлази из разлога рушљивости – то су углавном недостаци у правилном формирању уговорне

³⁵⁵ В. Круљ, „Неважност уговора“, *Коментар Закона о облигационим уговорима*, књига I, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, стр. 285. По неким ауторима, такво поимање ништавог уговора је погрешно, јер и овакав уговор може произвести нека дејства, ако не жељена, оно сигурно нежељена (обавеза реституције или накнаде штете). Тако, Ј. Радишић, *Облигационо право, Општи део*, стр. 173.

³⁵⁶ Од немогућности конвалидације испуњењем изузети су уговори који нису закључени у прописаној форми и уговори којима је повређена мање значајна забрана. Одступање допушта разлог који их чини неважећим, то је забрана мањег значаја, а чињеница да су обавезе извршене (у целости ил претежном делу) чини опортуним да се створеном стању не одузима правно дејство. В., чл. 73 и 107 ст. 2 ЗОО.

³⁵⁷ Пресудом се само констатује постојећа чињеница неважности, која наступа по сили закона.

воље (заблуда, превара, претња) или несразмера чинидаба која је последица заблуде, познати само сауговорачима. Упоредо са нормалним правним дејствима које би произвео и пуноважан уговор, постоји и право на подношење тужбе за поништај уговора, везано преклузивним роком.³⁵⁸

До истека рока за поништење уговора, постоји правна неизвесност која се може тичати и трећих лица, не само сауговорача. У настојању да се о судбини рушљивог уговора што пре постигне потпуна извесност, законодавац овлашћује сауговорача стране која има право на поништење да захтева изјашњење хоће ли се користити тим правом или остаје при уговору. Ако се не изјасни, сматра се да је уговор поништен.³⁵⁹

Правни положај трећих лица која на рушљивом уговору заснивају неко право уређен је сходно принципу заштите трећих савесних лица, тако да њихова права, посебно право својине или права *iura in re aliena*, не смеју бити повређена. Пропуштање преклузивног рока за поништење конвалидира уговор. Благовремено вршење овог права, са друге стране, омогућава суду да расправи правне односе сауговорача пресудом конститутивне (правнопреиначавајуће) природе и ретроактивног дејства.³⁶⁰

Оно што је ништаво не производи никаква правна дејства - *Quod nullum est nullum producit effectum*. За ништаве уговоре, који имају урођени и неотклоњиви недостатак, те од самог закључења нису у стању да произведу пуноважно правно дејство, каже се да је ништавост логична, по себи разумљива последица. Но, исто се дешава и након поништења рушљивог уговора: поништење има ретроактивно дејство, па се рушљив уговор, и сва његова дејства, од самог почетка сматрају једнако неважећим као и ништави уговори и на основу њих настале промене. Тиме је начелно омогућено подвргавање свих неважећих уговора, без обзира на разлог неважности, истој примарној санкцији – ништавости, као основи за наступање, објашњење и разумевање свих осталих наведених дејстава ништавости.

Правила о дејствима или последицама ништавости у основи су иста. Свакако, има изузетака: једнима се одступа од опште санкције ништавости (конвалидација

³⁵⁸ За рушљив правни посао сликовито се каже да је то „посао који храмље“ (*negotium claudicans*); посао који, све док је могуће истаћи разлог рушљивости, „лебди“ (Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, осмо издање, Савремена администрација, Београд, 1990, стр. 321) или посао који постоји условно, а услов је негативан: да га овлашћено лице не нападне (А. Гамс са Љ. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, XV издање, Научна књига, Београд, 1990, стр. 269).

³⁵⁹ Члан 112 ст. 2 и 3 Закона о облигационим односима.

³⁶⁰ В., В. Круљ, нав. дело, стр. 284-285. Упоредити и одредбе чл. 112 и 117 ЗОО (за рушљиве уговоре) са чл. 107, 109 и 110 ЗОО (за ништаве уговоре).

ништавог а испуњеног уговора - чл. 73 ЗОО, делимична ништавост - чл. 105 ЗОО, могућност конверзије - чл. 106 ЗОО), другима – од њених последица, посебно у домену реституције (враћање и накнада користи након поништења уговора лица која немају потпуну пословну способност - чл. 114 ЗОО³⁶¹, затим два значајна изузетка, применљива само на забрањене уговоре, који се могу санкционисати ускраћивањем једној или обема странама права на повраћај датог или одузимањем користи стечене уговором у корист трећег лица - чл. 104 стр. 2 и 3 ЗОО³⁶²).

Познати су и случајеви одступања од ретроактивности, где ништавост, због природе уговора, делује *ex nunc*. Поништењем уговора са дуготрајним извршењем обавеза, на пример уговора о закупу, не може се отклонити корист од употребе ствари. Плаћена закупнина се може реституисати, враћањем закупцу, али то би било супротно основном разлогу због којег се успоставља пређашње стање, а то је спречавање неоснованог обогаћења. Закупац би тада био обогаћен користима које је имао од (бесплатне) употребе ствари, што је правно и морално неприхватљиво. Зато се код закупа и сличних уговора поништењем спречава да они убудуће произведу пуноважно дејство, а већ настало се не отклања (закупац неће имати право на враћање плаћене закупнине, јер се закуподавац не сматра неосновано обогаћеним).

г. Успостављање пређашњег стања (реституција) код забрањених уговора

Реституција је уобичајена последица закљученог и испуњеног забрањеног уговора. Сходно принципу да из забрањеног уговора не настају пуноважна дејства, оглашавање таквог уговора неважећим гаси обавезе сауговорача и они их више не дугују. Ниједна уговорна страна нема право да захтева испуњење обећане чинидбе, јер нема правног основа који би оправдао такав захтев. Положај сауговорача постаје

³⁶¹ Сауговорач лица због чије је ограничене пословне способности уговор поништен обавезан је на потпуну реституцију, али може захтевати да се њему врати само оно што се у тренутку постављања реститутивног захтева налази у имовини ограничено пословно способног лица, што је намерно отуђено или уништено (чл. 114 ЗОО). Корекцију реститутивних правила овде условљава специфичност реститутивног дужника – то је лице које због ограничене пословне способности ужива посебну правну заштиту, због чега се његова обавеза враћања своди на износ преосталог обогаћења. Има и других случајева где ће реститутивни дужник своју обавезу враћања моћи да умањи или сасвим искључи, указивањем на негативну разлику између осиромашења и обогаћења, за коју није одговоран, приговором престанка обогаћења *Wegfall der Bereicherung* немачког права или *change of position*, значајног одбрамбеног средства у англоамеричком правном систему.

³⁶² Оба правна института, чије је порекло у римском праву, имају дугу традицију примене. У већини савремених правних поредака још увек важе, са већим или мањим разликама у погледу правила којима су подвргнута и њихове организације у пракси. (О томе више у наставку.)

сложенији уколико су испунили обавезе пре констатације неважности, због њеног ретроактивног дејства и забране конвалидације испуњењем забрањеног уговора. Недостатак основа³⁶³ имовинске промене настале разменом чинидаба захтева успостављање пређашњег стања или реституцију, која је прва последица ништавости уговора.

Врста, начин и обим реституције одређени су низом околности: пре свега, да ли је уговор једнострано или обостранообавезујући, да ли су обавезе испуњене у целости или само делимично, да ли се чинидба састојала у предаји ствари, вршењу услуге или рада, или је новчана; ако је била предата ствар – да ли постоји и у каквом је стању у време одлучивања (уништена, оштећена), да ли на њу треће лице полаже неко право.

Реституција је опште правило, изведено из принципа забране неоснованог обогаћења. Полазећи од циља примене овог принципа – да нико не сме без основа увећати своју имовину на рачун другог – реституцијом се у имовинама уговорних страна успоставља стање постојало пре заснивања уговорног односа: свакоме се враћа дато, или надокнађује његова вредност, тако да ниједна страна не добије ни више ни мање од потребног за успостављање пређашње имовинске равнотеже. Функција правила о реституцији је поравнање имовинских интереса реститутивног повериоца и реститутивног дужника, по принципима комутативне правде да свако добије што му припада (*suum cuique tribuere*), те се о праву на повраћај датог одлучује независно од кривике, тј. знања за неважност уговора. Реститутивно право припада и несавесном саговорачу, који је скривио узрок неважности или је знао или морао знати какав уговор закључује.

Опште правило о реституцији примењује се само дотле док се не супротстави неком другом правном принципу којем је законодавац дао предност у примени, јер то налажу правна и морална начела оличена у установи јавног поретка. Нису све вредности друштва и општи интереси истог ранга, те повреда законске или моралне норме која их штити не треба да буде санкционисана на исти начин. Пооштравање

³⁶³ Можемо сматрати да обавеза никада није ни имала основ и да је испуњење од почетка било *sine causa*, и извршити реституцију применом *condictio indebiti* (преовладавајући приступ у немачком праву и раније у француском;) или да је основ поништењем накнадно престао, те применити правила *condictio ob causam finitam*. У оба случаја, реституција се остварује тужбом из неоснованог обогаћења. У новијој судској пракси у Француској има одлука по којима се повраћај захтева тужбом за утврђење ништавости, *action en nullité*, која је уређена правилима уговорног права. Сматра се да ова тужба увек садржи и реститутивни захтев, па ће суд, и без посебног захтева, наложити саговорачима да један другом врате примљене чинидбе. Избор тужбе има практични значај, јер правила по којима ће се одлучивати о реститутивном захтеву, посебно претпоставке за одлучивање (нпр., рок застарелости) могу да се разликују. В., *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, Студијска група за израду Европског грађанског законика (ред. С. von Bar, S. Swann), стр. 129-143.

последича ништавости допуштено је само код забрањених уговора, јер су они у супротности са друштвеним вредностима највишег ранга. Једино ове уговоре може погодити додатна санкција којом се модификују реститутивна правила, тако што се не дозвољава успостављање пређашњег стања (одступање од реституције на терет несавесне стране), која може бити праћена и одузимањем предмета чинидбе у корист трећег. Овој мери, познатој и као правило *nemo auditur*, прибегава се као крајњем средству, када би било које друго решење, посебно опредељење за реституцију, било у опреци са циљем повређене когентне норме или моралним назорима заједнице. Испитајмо ближе порекло института, разлоге примене и његов статус у савременом праву, домаћем и упоредном.

2. Одступање од реституције применом правила *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

У већини правних поредака европских земаља постоје правила о искључењу или ограничењу права на реституцију чинидаба испуњених из забрањених уговора - противзаконитих или неморалних. Реститутивни захтев се ускраћује оној страни која га заснива на неважности уговора, чему је сама допринела или скривила повредом законске или моралне забране која чини уговор ништавим. Одступање од реституције је препознатљиво као правило *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*³⁶⁴, и у преводу значи да се неће слушати онај који се позива на своју срамоту (недопуштenu радњу). Максима је дело каснијих радова у рецепцији римског права, па ћемо се, ради њеног правилног разумевања, вратити у прошлост, на дела истакнутих римских правника који су јој поставили основ, а коначно је уобличили канонисти и припадници пандектистичке школе.

а. Санкционисање забрањених уговора у римском праву – порекло института *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

У старом римском праву реститутивна правила су се доследно примењивала на све ништаве уговоре, без обзира на узрок неважности, тако да је и сауговорач из једног забрањеног уговора могао да рачуна на повраћај датог након његовог поништења. Из историјских извора не може се поуздано утврдити када је правило о ускраћивању

³⁶⁴ *Glosa ad C II, 4, 30.*

повраћаја испуњеног на основу забрањеног уговора формулисано, али се чини најтачнијим његово довођење у везу са кондикцијама, посебним тужбама за повраћај користи која је без основа прешла у имовину другог лица ономе коме она припада, како би се спречило неосновано обогаћење³⁶⁵. Порекло максиме *nemo auditur* је у једној другој, позајмљеној из правила о заштити државине бољег квалитета, а која гласи: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* – ако обе стране наводе властиту срамоту, отпада повраћај, или *in pari delicto melior est conditio possidentis* – ако обе стране наводе своју срамоту, јача је она која има државину ствари.³⁶⁶

Принцип *in pari causa* везује се за посебно правно средство помоћу кога је неко могао да поврати чинидбу испуњену на основу уговора у корист лица које је чинидбу примило ради остварења недопуштених циљева. Реч је о кондикцији *condictio ob turpem vel iniustam causam*, којом се могао захтевати повраћај чинидбе испуњене из уговора са недопуштеним циљем. Због чега је ова кондикција доведена у везу са уговорима? Разлог лежи у формалности старог римског права која је чинила пуноважним, стога и утуживим, и обавезе из недопуштеног уговора, под условом да је закључен у строго прописаној форми (*legitimae conventiones*). Отуда, све док је захтев форме био задовољен, обавезујућ је био и уговор са незаконитим или неморалним основом. Сматрало се да суд вређа Јустицију ако не призна обавезу, макар била и недозвољена.

Крајем Републике, строги формализам права бива битно ослабљен; од њега се одступало у многим ситуацијама, чиме је створена могућност да се спречи реализација забрањених али формално пуноважних уговора. Под извесним условима, сауговорач је могао да врати чинидбу из формално ваљаног уговора коју прималац неоправдано држи, јер би супротно решење водило ка неоправданом обогаћењу примаоца. У ту

³⁶⁵ Појам неоснованог обогаћења појавио се у периоду Републике, у виду принципа да је онај који је примио од другог нешто по основу неког неваљаног правног посла дужан да врати примљену ствар или њену противвредност. На основу овог принципа могла се употребити *condictio* (D, XII, 5, 6). Увођењем ове могућности, обавеза из неоснованог обогаћења постала је самосталан облигациони однос, што је имало крупне последице за даљи развитак облигационог права (увиђање да је могуће створити неделиктни однос и без свечаних форми и настанак свих каснијих реалних контраката – облигационих односа у којима се обавеза дужника на враћање ствари или њене противвредности заснивала на чињеници да је он ту ствар примио од повериоца). У овом периоду створен је само *condictio indebiti*, а остали случајеви обухваћени квазиконтрактом *condictiones sine causa* настали су касније. Д. Стојчевић, *Римско право*, књига II, свеска 2: *Облигационо право*, треће издање, Завод за издавање уџбеника НР Србије, Београд, 1960, стр. 32.

³⁶⁶ Најчешће се цитира правило како га је формулисао Папиниан: „*Dixi cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conductionem et in delicto pari potiore esse possessorem (Papinian, D. 12, 7, 5)*. Применом правила су санкционисани: подмићивање судије, исплата новца да би прималац прећутао брачно неверство и награђивање нечасних радњи. В., К. Zweigert, Н. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band II: *Institutionen*, стр. 308. Постоје и друге формулације принципа: *in pari causa melior est conditio accipientis; ubi dantis et accipientis turpitudinis cessat repetitio; potior esse possessorem*.

сврху је коришћена *condictio ob turpem vel iniustam causam*, чији је реститутивни захтев почивао на тврдњи тужиоца (испуниоца) да је тужени чинидбу примио ради остварења неког противзаконитог (*iniusta causa*) или неморалног циља (*turpis causa*), и да је дужан да му је врати.³⁶⁷ Претпоставка примене ове кондикције била је несавесност примаоца, тј. да се само њему може пребацити непоштена намера (*turpitudine accipientis solius*).³⁶⁸ Основ кондикције било је преступно понашање, достојно прекора, а тако су се могла понашати оба саговорача, имајући у виду остварење истог недопуштеног циља.³⁶⁹ Убрзо је настала дилема о истоврсном праву те друге стране, оне која је свесно испунила обавезу из незаконитог уговора (или са примаоцем дели исти недопуштени циљ), и сада из истог уговора, тачније његове ништавости, изводи своје право на повраћај датог. Сигурно је да судија мора да санкционише и испуниоца, јер Јустиција не сме да затвори очи ни пред очигледном злоупотребом – испунилац, позивајући се на сопствену срамоту (*propriam turpitudine allegans*), тражи успостављање пређашњег стања. Ако је несавесност обострана (*utrisque turpitudinis*), повраћај датог се искључује, и то је била чврста позиција истакнутих римских правника.³⁷⁰

У периоду Јустинијановог права коначно је уобличено правило о ништавости свих забрањених уговора, као и њихових дејстава, осим у случају несавесности саговорача; тада је правило о забрани реституције саговорачу који се нашао *in pari delicto* доследно примењивано. За постизање оваквог резултата искоришћено је процесно средство из материје публицијанске тужбе и правила да, у сукобу државина једнаког квалитета, ствар треба да припадне туженом као држаоцу, јер државина чини јачом његову правну позицију. Примењено на реститутивни захтев несавесног испуниоца, правило је значило да је, због обостране несавесности, јачи у праву тужени, зато што је чинидба на коју је усмерен тужиочев захтев у његовом поседу, те он задржава примљено (*potior esse possessorem*). Теза да државина не треба да буде

³⁶⁷ Страна која се обавезала на извршење или уздржавање од незаконите радње, и која је била тужена да је испуни, могла је да ускрати испуњење приговором *exceptio doli*. В., Д. Стојчевић, нав. дело, стр. 127.

³⁶⁸ На пример, давање новчане награде за уздржавање од извршења кривичног дела. Давалац има право да кондицира дато, јер његова радња није недозволена; недопуштено се понаша онај ко прими награду за радњу коју по закону мора да уради.

³⁶⁹ Реституција је искључена за оног за кога је посао забрањен или неморалан. У случају давања награде ради извршења кривичног дела, посао је забрањен и за примаоца и за даваоца, тако да ни један ни други немају право на повраћај датог.

³⁷⁰ Лабео је таквом саговорачу ускраћивао право на реституцију, а његову мисао следили су и Улпинијан, Паулус и Папинијан. Недуго затим, створено је чврсто правило о одбијању захтева за успостављање пређашњег стања које је претходило закључењу незаконитог уговора (Ulpinian и Labeo, *Dig. XII V 4, 3; Dig. XII 5*). Ускраћивање реституције несавесном испуниоцу била је логична последица принципа да се *mala fides* не сме помагати, да недостојан парничар не треба да добије судску заштиту, јер је не заслужује.

узнемиравана без оправданих разлога важи и у овом случају, јер су римски правници сматрали да таквих разлога ни у овом случају нема.³⁷¹

Одступање од реституције заокупљало је пажњу и након рецепције римског права; њиме су се бавили глосатори, канонисти и коментатори обичајног права. Правници тог доба нису доводили у питање оправданост института, већ су пажњу концентрисали на установљавање правила примене и, посебно, на изузетке. Остајући верни изгледу института наслеђеном из периода римског права, канонисти му дају ново, морално оправдање, обликујући римску максиму *in pari causa* у ново правило - *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. У слободном преводу, то значи да се неће слушати онај ко се позива на сопствену срамоту: суд ће из моралних разлога одбити тужиочев захтев да му се врати испуњено из забрањеног уговора, јер се он позива на свој нечасни поступак.³⁷² Посредством глосатора и немачких пандектиста ово правило је ушло и у савремено европско право.³⁷³

6. Примена максиме *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* у савременом праву

Мало које правило грађанског права задаје правним теоретичарима и судијама толико главобоља као правило о могућности одступања од реституције испуњених чинидаба из забрањеног уговора. Правило је било предмет контроверзи од свог настанка, па не чуди што ни у савременом праву нема јединственог става о његовој оправданости. Правници се столећима сукобљавају око његовог значаја; дискусија је носила обележја времена у коме је вођена, па се и улога овог правила увек сагледавала у контексту актуелног правног, политичког и друштвеног тренутка. Постизање макар минимума сагласности о примерености ускраћивања реституције, сагледано са аспекта

³⁷¹ В., В. Круљ, „Правило о искључењу повраћаја у случају испуњења недопуштеног уговора“, *Зборник радова о страном и упоредном праву*, Институт за упоредно право, Београд, 1965, стр. 152-153.

³⁷² Грацијан је ускраћивао право на реституцију мита којим је судија подмићен ради повољног исхода парнице, јер давалац треба да се стиди да пред судом призна своје нечасно дело, а то је било неизбежно када је захтевао да му се врати дати новац.

³⁷³ Треба истаћи допринос француских коментатора обичајног права, зато што су први указали на потребу да се у неким случајевима не само одступи од реституције већ и да се предмет чинидбе несавесног саговорача одузме, јер би било неправично да остане у државини друге стране. Припадници школе природног права везали су могућност повраћаја за стадијум у коме се налази уговор: пре извршења недозвољене радње, обе стране могу одустати од уговора и тражити евентуално дато; право на реституцију престаје пошто је постигнут незаконити циљ. Трагове ове идеје налазимо у енглеском праву, у доктрини покајања испуниоца, о чему ће бити више речи у наставку. О развоју правила *nemo auditur* након рецепције римског права, в., Е. Sabbath, „Denial of Restitution in Unlawful Transaction – A Study in Comparative Law, with Special Reference to English and French Law, Part I“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 8, 1959, стр. 486-489.

сврхе грађанскоправне санкције, отежавала је и његова несигурна позитивноправна позиција: у неким земљама део је важећег права, али се ретко примењује; у другим – иако није кодификовано, судови га примењују (опет, ретко), позивајући се на његов ауторитет, обезбеђен дугом традицијом важења. Пре него што дамо вредносну оцену смисла и домаћаја правила *nemo auditur*, испитаћемо његов актуелни правни статус и указати на функције које треба да оствари.

Неке европске земље су кодификовале правило *nemo auditur*, попут Немачке (§ 817 BGB-а), Аустрије (§ 1174 ABGB-а), Швајцарске (чл. 66 OR-а), Италије (чл. 2035 Codice civile-а), као и Србије (чл. 104 ст. 2 ЗОО). У неким земљама, као што су Француска и земље англосаксонског правног система, за примену правила побринула се судска пракса.

1) Правила земаља германског правног круга

По правилима Немачког грађанског законика, допуштено је успостављања пређашњег стања након извршења забрањеног уговора, било противзаконитог, било неморалног, зависи од тога да ли је пријем испуњења или само испуњење обавезе недопуштено, и којој уговорној страни се може упутити приговор несавесности.

Ако је циљ неке чинидбе био тако одређен да се прималац, њеним пријемом, огреси о забрану која чини уговор ништавим, примењују се општа правила о последицама ништавости, па је прималац у обавези да врати примљено. Повраћај је искључен уколико је и само испуњење обавезе недопуштено, што је испунилац знао или пред тим олако затворио очи, осим ако се његова чинидба састојала једино у преузимању обавезе (нпр., меничне обавезе), коју још увек није испунио.³⁷⁴ Норма регулише две хипотезе.

У једној хипотези искључиво је пријем испуњења неморалан или противзаконит, па такву чинидбу прималац (*Empfänger*) мора да врати по правилима о неоснованом стицању користи (нпр., прималац је добио новац да не би пријавио извршење кривичног дела и учиниоца). У другој хипотези, реституција је искључена из два

³⁷⁴ В., § 817 BGB-а. По преовлађујућем мишљењу правне теорије и судске праксе, максима *nemo auditur* се може применити само уз кумулативно испуњење два услова везана за противправност: потребно је, али не и довољно, да је правни посао забрањен (објективна противправност), као и да је саговорач то знао (субјективна противправност). Груба непажња се не сматра знањем (свешћу) о противправности, већ само кривица са којом се, по ставу судске праксе, изједначава и „олако затварање очију пред очигледном противправношћу посла.“ В., L. Klöhn, „Die Kondiktionsperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß – Ein Beitrag zum Steuerungsfunktion des Privatrechts“, *Archiv für civilistische Praxis*, 210 Bd., Н. 6/2010, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, стр. 810-811; R. Schulze у: *Nomos Handkommentar des BGB* (ред. R. Schulze), 5. издање, Nomos, Baden-Baden, 2007, коментар § 817, стр. 1037.

разлога: због тога што су и пријем и испуњење обавезе забрањени и зато што су обе стране, или само испунилац, поступали несавесно. Испунилац (*Leistende*), који би иначе могао да кондицира испуњено по општим правилима исплате недугованог (*condictio indebiti*), губи реститутивно право, па његова чинидба остаје у имовини примаоца.

Последице примене ове одредбе о искључењу реституције тешко се могу оправдати са правнополитичког становишта, посебно у обостранообавезујућим уговорима, чије су обавезе обострано испуњене. Клаузула повлашћује примаоца, који ће увек имати право да задржи примљено (и да добије назад своју чинидбу), чак и ако је једнако или више одговоран за неважност уговора. У таквим случајевима, где су обе стране биле несавесне, да би избегли неправичне последице једностраног искључења реституције (само на терет испуниоца), поједини судови примењују правило из § 819 ст 2 Законика, по коме је враћање примљеног обавезна последица ако је прималац, пријемом чинидбе, повредио законску забрану или добре обичаје. Суштински, ово правило укида дејство примене одредбе о ускраћивању испуниоцу права на реституцију због противправности испуњења (§ 817 реч. 2 BGB-а), јер се и њему враћа дато, чиме долазимо до најзначајније, редовне последице ништавости – реституције. У имовинским односима сауговорача успоставља се пређашње стање, јер се свакоме враћа дато.³⁷⁵

Са друге стране, уколико би се право на реституцију ускратило обема уговорним странама, јер су обе несавесне, тако да свака задржи примљено, размена чинидаба би се прогласила ваљаном: иако је уговор неважећи, заобилазним путем, по правилима о неоснованом обogaћењу, настала би иста дејства која би произвео и пуноважан уговор! Такве последице свакако да не одговарају суштини института ништавости уговора, који управо треба да лиши свих дејстава неважеће уговоре, нарочито ако су њима повређени значајни законски или морални императиви. Стање настало извршењем таквог уговора се оснажује, јер сауговорачи не враћају примљено и, практично, бивају награђени за сопствену несавесност. У првобитним одлукама немачких судова уочљиво је круто примењивање одредбе и на оне случајеве где би реституција била боља мера заштите повређеног правила, да би касније њену примену одређивао добро схваћени смисао правила о ништавости, значај повређеног правила и циљ који треба постићи санкционисањем уговора закљученог у супротности са тим правилом. Данас су од општих правила реституције издвојени само неки забрањени уговори: уговор о раду на црно, уговори чијим се закључењем омогућава проституција (купопродаја или закуп

³⁷⁵ В., R. Schulze, нав. дело, стр. 1037-1038.

просторија намењених вршењу проституције, новац дат за опремање таквих просторија), зеленашки зајам, где се зајмодавцу ускраћује право на повраћај зеленашке камате³⁷⁶, разни уговори којима је сврха комерцијализација сексуалних слобода.³⁷⁷

Начелно, у немачком праву је правило *nemo auditur* применљиво на све уговоре чија је садржина у супротности са добрим обичајима или јавним поретком. Појам каузе се тумачи шире у циљу санкционисања и таквих уговора чије су чинидбе, формално, допуштене, али усмерене на постизање недопуштених резултата: кауза је и намеравани уговорни резултат који није обухваћен уобичајеним поимањем овог појма као непосредног правног циља, и који не чини уговор *a priori* забрањеним. Да би се и на такве уговоре применила *condictio ob turpem causam*, потребно је да се у сваком конкретном случају испита чему су саговорачи тежили док су испуњавали обавезе.³⁷⁸ Флексибилан приступ судова у примени правила о последицама ништавости забрањених уговора омогућава постизање правичног резултата, па се и одступање од реституције ограничава само на таква недопуштена понашања које је оправдано тако санкционисати због њихове изразите неморалности или противзаконитости.

У чл. 66 швајцарског Закона о облигационом праву верно је репродуковано правило римског права о искључењу повраћаја датог, речима да нико не може тражити повраћај датог у намери да се постигне неки противправни или неморални циљ. Савезни суд тумачи ову одредбу доста широко, готово дословно, и примењује је на све уговоре чије је закључење забрањено законском нормом или добрим обичајима, што је испунилац знао, не обазирући се притом и на (не)савесност примаоца испуњења и на то да ли је постигнут забрањени циљ. Образложење оваквог приступа је да тужилац, тј. испунилац заслужује прекор због своје намере да оствари недопуштено, и да му држава у томе неће помоћи нити му омогућити да врати већ дато.

³⁷⁶ У овом уговору, зајмодавац има право на повраћај главнице, али не и камате, јер је одредба којом је камата уговорена ништава и не производи дејство. Зајмопримац има право да одбије исплату зеленашке камате, као и право на повраћај већ исплаћене, тако да се један теретни уговор (делимичним) одступањем од реституције, претвара у добротин, тј. пријатељски зајам. Ипак, он нема право да задржи главницу позивајући се на неморалност уговора, јер то није у складу са сврхом зајма, којим се једино омогућава привремена употреба туђег новца. По схватању немачких судова, о неоснованом обогаћењу се може говорити само ако је корист, чији се повраћај тражи, трајно прешла у имовину стицаоца и ако је то и био циљ преноса. Уговор о зајму не испуњава ове услове, јер зајмопримац мора да рачуна да ће се од њега захтевати испуњење главне обавезе – враћање позајмљеног износа. С обзиром да је зеленашки уговор ништав, главница се враћа у зајмодавчеву имовину по правилима о неоснованом обогаћењу. Захтев трајности преноса користи само је један од начина путем кога судска пракса, циљним тумачењем законских услова за примену максиме *nemo auditur*, њену примену своди на изузетке, јер она битно одступа од општих карактеристика грађанскоправне санкције. Више о осталим начинима у: L. Klöhn, нав. дело, стр. 809-813.

³⁷⁷ В., P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 640-644.

³⁷⁸ В., P. Schlechtriem, нав. дело, стр. 217-218; L. Klöhn, стр. 806.

У правној теорији је указано на неодрживост овакве праксе, посебно ако је и прималац (тужени) имао у виду постизање недопуштеног циља, што и њега чини несавесним, те заслужује исти прекор као и испунилац. Суштински, овде се суочавамо са добро познатим проблемом да у обостранообавезујућим и обострано испуњеним уговорима, и при несавесности обеју страна, одступање од реституције често не може оправдати своју примарну функцију – санкционисање недопуштеног понашања сауговорача, јер им омогућава да постигну жељени уговорни циљ: ниједан од њих нема право на реституцију своје чинидбе, али и не враћа противчинидбу. Тиме се перпетуира противправност створена испуњењем обавеза из забрањеног уговора. Правни теоретичари стога инсистирају на ограничавању примене правила *nemo auditur* само на такве уговорне чинидбе којима се подстиче или награђује понашање противно праву или добрим обичајима, где би успостављање ранијег стања противречило смислу и сврси повређеног правила које уговор чини ништавим.

Одлучивање о забрани успостављања пређашњег стања у зависности од циља повређеног правила карактеристично је за аустријске судове.

По правилима § 1174 Аустријског грађанског законика, право на повраћај нема онај ко је свесно дао другоме новац или ствар ради недопуштене радње, осим ако је циљ давања да се таква радња спречи. Од општих реститутивних правила јасно су издвојени само такви забрањени уговори у којима је једна уговорна страна свесно другој дала одређену накнаду ради извршења недопуштене радње, док за остале забрањене уговоре, којима се, супротно закону или моралу, уговара извршење допуштене радње, важи правило о успостављању пређашњег стања. Тумачење ове одредбе се доводи у везу са сврхом коју треба постићи оглашавањем таквог уговора ништавим.

Уколико је циљ повређене правне забране да спречи утуживост обавеза из неважећег уговора, а оне су већ испуњене, ниједна страна нема право да судским путем захтева повраћај датог (губитак захтева у материјалном смислу, *Anspruch*-а). Њихове обавезе постају натуралне облигације (неутуживе тражбине), а добро је познато правило да се не може тражити оно што је испуњено као природна обавеза. Тамо где је противзаконито или неморално само испуњење обавезе, примењују се општа правила о ништавости и свим могућим последицама (реституција или одбијање захтева за повраћај онога што је дато за извршење недопуштене радње). Тако ће и зајмопримац из зеленашког уговора о зајму моћи да кондицира сву исплаћену зеленашку камату, указујући на њену неморалност, али не и да ускрати повраћај главнице, јер би се тиме неосновано обогатио.³⁷⁹

³⁷⁹ В., Р. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 644-646.

2) Правила земаља романског правног круга

Изричита одредба о могућности одступања од реституције испуњених чинидаба једног забрањеног уговора садржана је и у Италијанском грађанском законнику,³⁸⁰ чиме он одступа од француског права, са којим дели припадност истом – романском правном кругу, јер сличне одредбе нема у Француском грађанском законнику.

По чл. 2035 Законика, онај ко испуни обавезу да би постигао забрањену сврху нема право да тражи повраћај датог. Одредбу треба тумачити повезано са чл. 1343 Законика, којим је прописано да је кауза уговора, као и у нашем праву, забрањена (*illicita*) уколико је у супротности са императивном правном нормом, јавним поретком или добрим обичајима. Такви су уговори ништави, па би требало и да буду подвргнути општим последицама ништавости, пре свега правилу о успостављању пређашњег стања. Ипак, код неких уговора се одступа од реституције, јер би примена правила о неоснованом обогаћењу, ради успостављања пређашњег стања, обесмислила норму којом се забрањује уговорање и испуњење одређених чинидаба. Суд са аспекта јавног поретка и општих интереса испитује конкретни уговор и опредељује се за ону меру која их у датом случају најбоље штити. Начелно, од реституције ће се одступити само у случају обостране несавесности саговорача, што је тенденција у већини других права.³⁸¹

Правило о одступању од реституције није ушло у француско право у својој римској редакцији, већ је изражено максимумом *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, чији се постанак везује за радове канониста у 12. веку. Подсетимо на њен смисао: пред судом се не може појавити лице које свој захтев заснива на неком свом незаконитом или неморалном поступку - оно је санкционисано презиром закона и неће добити судску заштиту.

Nemo auditur није кодификовано правило, већ је дело француске судске праксе.³⁸² Француски законодавац ћути о допуштености одступања од општих последица ништавости код забрањених уговора, остављајући да неке законске одредбе,

³⁸⁰ Codice civile (Gazzetta Ufficiale, n. 79, del 4 aprile 1942).

³⁸¹ Упоредноправни преглед примене максиме *nemo auditur* у осталим правима континенталног дела Европе дат је у: P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. I, стр. 650-664.

³⁸² Максимумом *nemo auditur* бавили су се и чувени француски теоретичари права, *Domat* и *Pothier*, сматрајући је неопходним корективом реституције као уобичајене последице ништавости и захтевом правичности да страна која је неморално поступила не заслужије судску заштиту. В., Е. Sabbath, „Denial of Restitution in Unlawful Transactions – A Study in Comparative Law, with special Reference to English and French Law“, I, стр. 491.

посебно о условима пуноважности каузе и неважности уговора³⁸³, буду различито тумачене. У једном делу правне теорије и судске праксе одсуство изричитог законског уређења изузетака од реституције код забрањених уговора тумачено је као доказ да наведена максима није део француског права и да се не може применити; у другом делу заступа се став да је *nemo auditur* једно од основних правила која доминирају правом и да се његово укључивање у законски текст не може сматрати условом примене: то је општеважећи правни принцип, подједнако применљив у француском праву као и у било ком другом.³⁸⁴

Невезани крутом законском нормом, судови су о одступању од реституције одлучивали од случаја до случаја, руководећи се карактеристикама спора, фактичким последицама своје одлуке, а понајвише интересима које треба заштитити грађанскоправном санкцијом ништавости уговора. Првобитне одлуке показују шаблонску и некритичку примену максиме *nemo auditur* на све забрањене уговоре, јер су судови готово без изузетка одбијали реститутивни захтев ако га је постављала несавесна уговорна страна. Последица таквих одлука било је консолидовање ситуације коју је законодавац, ради заштите јавног интереса (*ordre public*), хтео да спречи забрањујући закључење одређених уговора. Доследна примена максиме довела је до укидања последица ништавости, јер суд није дозвољавао успостављање пређашњег стања, већ је сауговораче, недостојне судске заштите, излагао ризику узајамне нелојалности. Очекивало се, заправо, превентивно и васпитно дејство максиме *nemo auditur*, тако што би се сауговорачи уздржали од закључивања недопуштених уговора, свесни да не могу да очекују судску заштиту, већ да поступају на сопствени ризик. Али, ако је само једна страна примила чинидбу и ускратила испуњење властите, очекивани ефекти у односу на њу изостају, јер није дужна вратити примљено и може слободно уживати плодове своје несавесности. Ова нежељена последица била је и остала кључни аргумент противника примене *nemo auditur*, са којом се суочавао сваки судија када је требало да се определи за успостављање пређашњег стања или против њега, тј. за одступање од реституције.

Судска пракса се, ипак, постепено мењала. Најпре је напуштено раније оправдање да одступање од реституције треба да казни сауговораче због закључења

³⁸³ По чл. 1131 *Code civile*-а, обавеза без основа, са неистинитим или недозвољеним основом не може имати никаква дејства, а по чл. 1133 Законика сматра се да је основ недозвољен када је забрањен законом, када је противан добрим обичајима или јавном поретку.

³⁸⁴ Saiget, *Le contrat immoral*, Paris, 1939, стр. 324; нав. према: С. Перовић, *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, стр. 232.

зобрањеног уговора, али и оно да се тако штити достојанство суда од расправљања о њиховим сумњивим и нечасним поступцима. Савремена правна теорија и судска пракса су усмерени на дефинисање критеријума неопходних за практичну примену максиме *neto auditur*, међу којима се по свом значају посебно издвајају: врста забрањеног правног посла (противзаконит или неморалан правни посао), одговорност за закључење забрањеног уговора, која се утврђује за сваког сауговорача посебно и може се поредити, и сврха повређеног правила које чини забрањеним конкретан уговор.³⁸⁵ Анализа случајева у којима је суд имао афирмативан став према ускраћивању реституције показује да се овако санкционишу³⁸⁶ само најозбиљније повреде моралних схватања (од примене су изузети сви противзаконити уговори), где би се супротно решење тешко могло оправдати позивањем на правило о реституцији као редовној последици оглашавања забрањених уговора ништавим. Најчешће се овој мери подвргавају неморални уговори којима је циљ стварање, одржавање или искоришћавање јавних кућа (чак и зајам дат у ову сврху); све што фаворизује конкубинат³⁸⁷; уговори о хазардним играма који су закључени у супротности са важећим прописима; обавезивање једног лица да ће за накнаду искористити свој утицај, углед или положај да би даваоцу накнаде обезбедио неку корист (тзв. „трговина утицајем“, *traffic d`influence*); уговори поводом изборне агитације, куповина гласова и сл.³⁸⁸

3) Правила земаља англосаксонског правног система

Сличан развојни пут уобличавања правила о допуштеним изузецима од реституције кроз судску праксу, карактеристични су и за право земаља *common law* правног система: Енглеску, Сједињене америчке државе и Канаду. За разлику од поступања француских судова, у чијим је одлукама дуго времена било тешко уочити критеријуме важења максиме *neto auditur*, јер се примењивала према опортунитету,

³⁸⁵ В., Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 646-650.

³⁸⁶ Оправданост употребе глагола *санкционисати* уз меру одступања од реституције постаје јасније након сагледавања функција које су јој поверене, о чему више у наставку.

³⁸⁷ Не допушта се повраћај поклона датих конкубини, на пример.

³⁸⁸ В., С. Перовић, нав. дело, стр. 234-235. На уређење имовинских односа страна након испуњења зеленашког уговора не примењује се правило о одступању од реституције, зато што је посебним законом прописано да зајмодавац има право да по истеку предвиђеног рока наплати само законску, не и већу (зеленашку) камату. У немачком праву нема сличне одредбе, па за такве уговоре важи правило о обавези зајмопримца да врати само главницу, без икакве камате. Уговарање зеленашке камате се сматра неморалном клаузулом (у француском праву таква је клаузула противна закону), и зајмодавац нема право да захтева њену исплату, а зајмопримца, ако је већ платио, има право на повраћај по општим правилима о неоснованом обогаћењу.

овде су се брзо искристалисали принципи који су омогућавали доношење објективне одлуке у складу са јавним интересом који треба заштитити (*public policy*).

У енглеском праву, све до краја 18. века, за ништаве уговоре важило је без изузетка правило о обавези повраћаја примљеног, чак и ако је тужилац заснивао реститутивни захтев на забрањеном уговору. Успостављање пређашњег стања и за случај да су обавезе из таквог уговора већ испуњене сматрано је правичнијим решењем него да се корист (дата ради извршења незаконите или неморалне радње) остави у државини примаоца. Данас важеће правило потиче из средине 18. века. Формулисао га је судија *Lord Mansfield* речима да суд неће помоћи човеку који свој захтев заснива на неморалном или противзаконитом уговору; уколико из тужиочевих навода или иначе произлази да се захтев родио *ex turpi causa* или из повреде важећег права земље, тада ће суд рећи да он нема право да добије помоћ.³⁸⁹ Наизглед се такав исход може чинити као незаслужено привилеговање туженог, који задржава примљено без обзира на своју (не)савесност. Суд би, међутим, донео исту одлуку и ако би улоге биле промењене, па да тужени (у новој процесној улози тужиоца) захтева да се њему врати дато на име забрањеног уговора. Разлог за такво одлучивање је принцип кога се енглески судови чврсто држе – *in pari delicto, potior conditio defedentis*. Дакле, ако су обе стране биле несавесне, суд пресуђује у корист туженог - држаоца, јер је његов правни положај, ојачан државином (испуњеног), јачи. Уместо теорије поседа римског права, а слично француском праву, усвојена је теорија о недостојности тужиоца судске заштите ако је основ његовог реститутивног захтева у неморалном или противзаконитом уговору. Она је позната и као теорија „чистих руку“ (*clean hands theory*), настала у пракси судова *equity*, по којој само исправан парничар може захтевати и добити заштиту суда, јер суд не сме дозволити да „упрљане руке дотичу чисте изворе правде.“³⁹⁰

У праву САД-а, принцип се примењује од краја 18. века. У међувремену постао је део важећег права, прописивањем у *Restatement of the Law of Contracts* (§ 589) и *Restatement of the Law of Restitution* (§ 140).³⁹¹ Примењује се и у канадском и шкотском

³⁸⁹ Одлука донета у случају *Holman v. Johnson*, којом се наглашава морална осуда тужиоца због учешћа у недопушеном правном послу („no court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act“). Каснијим одлукама је овој, васпитној функцији института *nemo auditur*, додата још једна – заштитна функција, али суда, да не би „прљао руке“ уређујући односе настале из нечасне уговорне трансакције („by adjusting among dishonest men the results of their unholy speculations“, сентенца из одлуке донете у случају *Gravier v. Cardy* (1841). В., К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 309-310.

³⁹⁰ Цитат из одлуке донете у случају *Collins v. Biontern* (1767), нав. према: J. Grodecki, „In pari delicto potior est conditio defedentis“, *The Law Quarterly Review*, 71/1955, стр. 266.

³⁹¹ У америчкој јуриспруденцији, појмом *Restatement of the Law* означава се скуп правних текстова о општим правним принципима *common law* правног система, намењен свима који практично примењују

праву. Можемо рећи да је одступање од реституције једна од могућих последица ништавости забрањеног уговора³⁹², али са честим изузецима у корист тужиоца или туженог, услед чега многи аутори сматрају ову меру илузорном.³⁹³ Временом су издвојени случајеви у којима је оправдано одступање од забране успостављања пређашњег стања иако се тужиочев захтев родио *ex turpi causa*. Од максиме *nemo auditur* сигурно ће се одступити уколико је тужилац савестан, а у случају обостране несавесности, ако је мање крив од свог саговорача. Пре него што одлучи о захтеву, суд ће упоредити степен одговорности саговорача и одлучити да примљено задржи она страна која није скривила разлог неважности уговора.³⁹⁴ Понашање саговорача битно је са аспекта не само њиховог знања да је уговор забрањен већ и евентуално недопуштеног утицаја којем је један од њих био изложен у време закључења уговора. Зато се оправданим разлогом за успостављање пређашњег стања сматра и употреба принуде и сваког облика недопуштеног утицаја на вољу друге стране, искоришћавање њеног неповољног или подређеног положаја, и превара.³⁹⁵ Суд ће усвојити реститутивни захтев и ако тужилац припада кругу субјеката који је законодавац хтео да заштити повређеном забраном. Ради се о случајевима у којима се имплицитно захтева

право, пре свега, судијама. То је својеврстан мали зборник прецедентног права из судских одлука (*case law*), у коме је изражен став америчке правне јавности о томе шта је право, али и шта би оно требало да буде, и које су његове функције. Захваљујући томе што је својеврстан спој, са једне стране, актуелног становишта судске праксе у одређеној правној области, а са друге – става правне теорије, *Restatement* је неформални, секундарни извор права, чија обавезујућа снага не произлази из државног санкционисања, већ из угледа његових твораца. То су правни писци, судије и адвокати, окупљени у Америчком правном институту (ALI), и који су ауторитети у одређеној области права. Структурално, ова мала кодификација правних принципа састоји се из обавезујућих правних правила изражених у судским одлукама (прецеденти, *black letter law*), коментару правног става који је заузет у тој одлуци, и примера којима се објашњавају смисао, домен и домашај примене правног принципа који је предмет анализе. Сваком правилу додате су и напомене којима се упућује на судске одлуке на основу којих је формулисано то правило. Сличан распоред грађе имају и Принципи европског уговорног права (PECL) и модел-правила Студијске групе за израду европског грађанског законика (PEL), којима су предложена решења за одређене области права (уговор, неосновано обогаћење, проузроковање штете).

³⁹² Без обзира на узрок ништавости – повреда моралне или законске норме, као и у правима германског правног круга, док се у француском и италијанском праву таквој мери могу изложити само неморални уговори.

³⁹³ Тако, J. Wade, „Restitutions of Benefits acquired through Illegal Transaction“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 95, 1947, No. 3, стр. 262.

³⁹⁴ У већини права европскоконтиненталног правног система, обострана кривица обема странама искључује право на реституцију, јер се судови не упуштају у поређење њихове одговорности. Изузетака има у француском праву, али врло ретких, због неодређених критеријума за процену степена одговорности. Тако је у парници за повраћај новца плаћеног за „откуп“ права на бављење нотарском службом, суд дозволио реституцију иако су обе стране биле несавесне; разлог таквој одлуци је да тужени („продавац“), као државни службеник, подлеже строжим захтевима морала и одговорности, па је његова кривица већа од тужиоачеве („купац“), иначе приватног лица. В., Е. Sabbath, нав. дело, стр. 690.

³⁹⁵ Ово су општи разлози неважности уговора и у праву *common law*, али се у контексту одлучивања о реститутивном захтеву тумаче либералније, како би се пређашње стање успоставило у сваком уговорном односу у коме је тужиоцево посебно стање (изазвано или већ постојеће) искоришћено за закључивање уговора. Недопуштен утицај на вољу реститутивног повериоца посебно је значајан разлог да му се, у америчкој судској пракси, дозволи повраћај датог.

успостављање пређашњег стања да би се отклонила ситуација коју је требало спречити повређеном забраном.³⁹⁶ Начелно, једнака кривица сауговорача је препрека да тужилац добије назад испуњену чинидбу, осим ако се повукао из уговора (тј. затражио повраћај у пређашње стање) пре него што је постигнут недопуштени циљ коме је била намењена његова чинидба. Његов поступак се сматра актом покајања (*locus poenitentiae*), који га чини поново достојним судске заштите (под условом да се ради о истинском покајању а не изнуђеном, услед околности на које није имао утицаја).^{397 398}

4) Правила источноевропских земаља

У правима источноевропских земаља које су некада припадале тзв. социјалистичком блоку, ускраћивање несавесној уговорној страни права на повраћај датог, такође, представља могућу модификацију правила о реституцији након поништења неважећег – забрањеног уговора. Додатно, овде постоји, или је постојало овлашћење суда да чинидбу несавесне стране не остави другом сауговорачу, већ да је одузме у корист трећег, редовно представника јавне власти или установе од општег интереса. Одредба о одузимању предмета чинидбе у корист трећег део је и нашег важећег права, мађарског и права Руске федерације (издвајамо само неке земље), али се ретко примењује; готово да у новијој судској пракси нема случајева у којима је суд искористио дату могућност санкционисања недопуштених уговора (осим ако је законом био обавезан), остајући у границама овлашћења да или наложи успостављање пређашњег стања или реститутивни захтев одбије, консолидујући настало стање по испуњењу уговорених обавеза.

3. Одузимање предмета престације у корист трећег лица

Одузимање предмета престације у корист трећег још један је могући начин уређења имовинскоправних односа сауговорача забрањеног уговора Овај институт је заснован на идеји да несавесни сауговорачи, који су знали да чине нешто недопуштено или непоштено, немају право да задрже примљено, ни по основу правила о

³⁹⁶ Ово може бити оправдан разлог да оштећена страна зеленашког уговора поврати дато иако је свесно учествовала у недозвољеном уговору, зато што је била изложена притиску и опресији.

³⁹⁷ В., В. Круљ, нав. дело, стр. 157-160; Е. Sabbath, нав. дело, стр. 689-692.

³⁹⁸ Ово је приказ правила о одступању од реституције важнијих права, под чијим утицајем су се образовала законска решења или судска пракса других земаља; о томе веома детаљно у: Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 216-229 и 637-669.

успостављању пређашњег стања (тако да се свакоме врати дато), ни по основу ускраћивања правне заштите недостојном тужиоцу који се позива на сопствену срамоту (тако да његову чинидбу задржава друга уговорна страна - тужени). Од њих се имају одузети размењене престације и предати неком трећем: држави, друштвеном фонду, добротворној или другој организацији која промовише опште интересе, цркви. Ово је основна идеја правних правила свих земаља које су институту дале законски статус; постоје само специфичности у организацији примене правила у пракси и, уопште, у претпоставкама примене које одређују практичан домаћај једног института.

Одузимање предмета престације је цивилна казна за забрањеним уговором повреду правила јавног поретка. Има наглашену казнену функцију, због које је и сведен на ниво изузетка, чак и у земљама у којима је део важећег права.

Идеја о праву државе да на овај начин интервенише у грађанскоправним односима није нова. Тома Аквински је сматрао оправданом мером у уговорима чији су објекат била духовна (црквена) добра, када ће се чинидба одузети од примаоца и употребити у „богоугодне сврхе“.³⁹⁹ И Пруски општеземаљски законик⁴⁰⁰ је садржао одредбу о одузимању предмета престација забрањених уговора, и то у корист државе (фискуса, § 172 ALR). У нешто измењеној форми се о овом институту расправљало и у америчкој правној литератури: несавесни тужилац је имао право на повраћај испуњеног, али само под условом да плати неку врсту новчане казне, зато што је учествовао у забрањеном послу, у висини коју одреди суд.⁴⁰¹

Најширу примену института одузимања предмета престације предвидели су законици бивших социјалистичких земаља: грађански законик РСФСР из 1922. и све касније кодификације грађанског права Русије, укључујући и важећи законик Руске федерације, Мађарски грађански законик из 1959, законик бивше Чехословачке Републике из 1964, законик Пољске из 1964.⁴⁰² На крају, институт је предвиђен и у нашем ЗОО, као један од могућих изузетака од ретроактивног дејства ништавости и реституције.⁴⁰³

Упоредни приказ правила по којима се расправљају односи настали након закључења и/или испуњења обавеза из забрањеног уговора показује нам да у већини

³⁹⁹ Buch II, Teil II, quaestio 62, 5. Нав. према: К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 310.

⁴⁰⁰ Allgemeines Landrecht, 1794. Даље: ALR.

⁴⁰¹ Висина казне зависила је од тежине моралног прекршаја, степен кривике тужиоца и његових мотива за подношење тужбе. В., К. Zweigert, Н. Kötz, нав. дело, стр. 310.

⁴⁰² По одредбама наведених законика, предмет (предат другој страни или само обећан) може се или мора одузети ако су оба саговорача била несавесна, а одузето постаје државни приход. Грађански законик Португалије из 1868. г. предвиђао је одузимање за добротворне установе у корист деце. Више у: С. Перовић, нав. дело, стр. 240-246. Интересантно је да важећи португалски законик *Código civile* не предвиђа било какво одступање од реституције, чак ни у форми максиме *neto auditur*, тако да се повраћај у пређашње стање и код забрањених уговора одвија по уобичајеним правилима. Више у: Р. Schlechtriem, нав. дело, стр. 656-657.

⁴⁰³ Одузимање предмета престације детаљније је анализирано у делу посвећеном модификацији реститутивних правила у нашем праву.

правних поредака европских земаља постоји правило о искључењу или ограничењу права на реституцију. Право на повраћај датог ускраћује се оној страни која ово право изводи из уговора за који је знала да је забрањен, чак и ако се приговор несавесности може упутити и њеном сауговорачу. Овом мером су испрва могли бити погођени сви забрањени уговори, без обзира да ли су неважећи због повреде императивних норми, јавног поретка, моралних начела или добрих обичаја. Временом је поље њене примене сужавано, али не одговарајућим законским променама, већ другачијим приступом судова; свесни да мера одбијања реститутивног захтева у грађанско право уноси казнене елементе, судови су постепено поштравали услове њене примене и тако јој сузили домен само на изузетне случајеве. На резервисан однос судске праксе утицао је и не тако редак исход њихове одлуке да се несавесном тужиоцу не дозволи повраћај датог, а то је неосновано обogaћење туженог сауговорача вредношћу задржаног, без обзира на његов допринос у противправности или неморалности уговора. У већини земаља, уколико се определе да модификују последице ништавости, судови ускраћују реституцију предмета којима су испуњене обавезе из неморалних уговора, и то оних којима се задире у сферу интима и неких слобода које морају остати изван уговорних правила и комерцијализације (нпр., слобода у избору партнера). Утврђење неважности противзаконитих уговора најчешће производи редовне последице ништавости, чиме се брише разлика између овог и осталих врста ништавих уговора.

Свођење случајева одступања од реституције на ниво изузетка заједничка је карактеристика савремених правних поредака. У осталом, посебно у погледу услова под којима је промена редовних последица ништавости забрањених уговора допуштена и оправдана, постоје веће или мање разлике. Услед тога, несигурно је било какво уопштавање и формулисање заједничких правила важења принципа *nemo auditur*, која би могла послужити као основ будућег унификованог европског права у овој области. У постојећим модел-правилима за израду јединствене кодификације, одступање од реституције у облику одбијања реститутивног захтева несавесног сауговорача једна је од могућих последица ништавости. По правилима Принципа европског права којима је уређен институт неоснованог обogaћења, ако је уговор ништав зато што је закључен супротно основним принципима поретка (*fundamental principles*), суд може одлучити да страна задржи корист стечену извршењем уговора уколико би успостављање пређашњег стања противречило циљу повређеног правила или принципа.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ Члан 6: 103: Незаконитост (*Illegality*), *Principles of European Law (PEL)*, *Unjustified Enrichment*, Study Group on European Civil Code, припремили: C. von Bar, S. Swann.

Одступање од реституције је ограничено на незаконите уговоре, чији се појам тумачи по правилима Нацрта заједничког појмовног оквира (*Draft Common Frame of Reference*), који је саставила иста студијска група задужена за припрему јединственог европског законика. Овим нацртом је предвиђена санкција ништавости за уговоре супротне принципима који се у праву земаља чланица ЕУ сматрају основним правилима, редовно израженим у когентним нормама, моралним начелима и принципима јавног поретка.⁴⁰⁵ Ништавост треба да буде предвиђена повређеним правилом; уколико санкција није изричито прописана, а уговор јесте противправан, о последицама његовог закључења одлучиће суд избором између: проглашавања уговора важећим, поништења уговора у целости или делимично, са ретроактивним дејством, или измене уговора или његових дејстава. Суд процењује адекватност мере према околностима случаја, међу којима су посебно издвојене: сврха повређеног правила и принципа; припадност саговорача кругу субјеката заштићених повређеном нормом; друге могуће мере којима се може санкционисати противправност уговора; озбиљност повреде; однос саговорача према повређеном правилу, посебно њихова савесност и блискост повреде и уговора.

Успостављање пређашњег стања зависи од процене суда, који ће по правилима о неоснованом обогаћењу одлучити да ли саговорач(и) имају право на повраћај датог.⁴⁰⁶ У делу којим је уређен институт неоснованог обогаћења предвиђено је да противправност уговора може бити разлог да страна, за коју се користи израз *обогаћени*, задржи примљену корист у мери у којој би успостављање пређашњег стања њеним враћањем другој страни – *осиромашеном*, било у супротности са циљевима које треба да оствари повређено правило.⁴⁰⁷ Ово правило је, без измена, поновљено у поменутих модел-правилима Принципа европског права из 2010. г., која су тренутно поуздан показатељ достигнутог степена уједначавања правила о последицама

⁴⁰⁵ Књига друга, Поглавље 7, Одељак 3, чл. II - 7: 301: Повреда основних принципа или обавезујућих правила (*Infringement of fundamental principles or mandatory rules*); правне последице су регулисане у Књизи седмој, Поглавље 6, чл. 6: 103: Приговори (реститутивног дужника, дод. аут.), Незаконитост (*Defences; Illegality*). *Draft Common Frame of Reference, (DCFR)*, Study Group on European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), ур.: С. von Bar, Е. Clive, Н. Schulte-Nölke, Sellier, Munich, 2008.

⁴⁰⁶ Члан II - 7: 302 (2) и (3), II – 7: 303 (1) DCFR.

⁴⁰⁷ Књига седма – Неосновано обогаћење, поглавље 6, одељак VII, чл. 6: 103. Правила овог одељка тичу се приговора којима осиромашени може да искључи или умањи обавезу враћања. Поред противправности (која, судећи по стилизацији члана, умањује висину реститутивне обавезе), релевантних приговорима сматрају се и умањење имовине осиромашеног које је повезано са обогаћењем (где препознајемо „одбрамбено средство“ обогаћеног у енглеском праву, који наводи да је располагао са користи оправдано верујући у коначност стицања и да би њеним враћањем претрпео губитке - *change of position*), и пуноважно и савесно отуђење користи трећем лицу (чл. 6: 101 и 6: 102).

ништавости забрањених уговора. Њима нису предвиђена другачија правила за уређење односа сауговорача забрањеног уговора у односу на постојећа решења у националним правима држава чланица, чак је задржана и мера одступања од реституције, упркос оштрим критикама које је прате од самог настанка. Једини облик одступања од реституције јесте несавесном сауговорачу ускраћивање права на повраћај датог, што зависи од судске процене оправданости овакве мере, посебно са аспекта сврхе повређеног правила.

Упућивање суда да у избору адекватне мере понајвише има на уму разлог због кога су поједини уговори забрањени са становишта принудних прописа, морала и правила поретка, изражава у већини земаља преовладавајућу тенденцију у практичној примени максиме *nemo auditur*. Друга, мањем броју права позната мера одступања од реституције – одузимање предмета у корист трећег, није део наведених модел-правила, па је и у овом погледу изражен претежнији став законодавстава, судске праксе и правне теорије о границама до којих се може ићи у мењању класичних обележја грађанскоправне (имовинске) санкције. Наравно, и даље остаје без одговора питање да ли је уопште потребно да се и у савременом грађанском праву мења правило о обавезној реституцији испуњених чинидаба, правило које је потпуно у складу са начелима правне једнакости страна, еквивалентног односа њихових чинидаба и забране неоснованог стицања. Правнотеоријски консензус се не назире, али се уочава прећутни споразум судске праксе да не излази из оквира класичне грађанскоправне реакције на недозвољена понашања (у форми забрањених уговора) и да не користи дато овлашћење одбијања реститутивног захтева несавесној уговорној страни, још мање одузимања предмета у корист трећег, позивом на недостојност судске заштите, одбране достојанства суда, превентивно-васпитно и казнено дејство максиме *nemo auditur*, заштиту јавног поретка или на друге важне разлоге вековима коришћене за оправдање модификације класичних реститутивних правила.

4. Одступање од реституције у српском праву (до ступања на снагу ЗОО-а)

У Српском грађанском закону налазимо одредбу да уговорач који би „што немогуће или што недозвољено и срамно или забрањено од кога за награду захтевао“, не може ту награду накнадно захтевати и она му пропада, а да онај који је награду примио, није дужан да учини оно због чега је примио (§ 722). Законском нормом санкционисан је несавесни давалац накнаде за извршење недопуштене радње

(неморалне или противзаконите) ускраћивањем права да захтева повраћај датог, чиме је, заправо, усвојена доктрина *in pari turpitudine*. Прималац чинидбе је, са друге стране, ослобођен дужности да изврши (недопуштено) радњу за коју је већ примио накнаду, коју чак и задржава. Луцидно је приметио један аутор да оваква одредба непосредно позива (примаоца) на „нелојалност у јавном интересу“, јер није дужан испунити обећано нити судским путем може бити приморан на то, што би требало да превентивно делује - одвраћањем од закључивања забрањених уговора.⁴⁰⁸

Општим имовинским закоником за Књажевину Црну Гору уређене су две хипотезе санкционисања забрањених уговора. Једном је дефинисан положај савесног даваоца, као и несавесног примаоца награде, на који се примењују општа правила о неважности и реституцији као уобичајеној последици; без обзира да ли је постигнут забрањени циљ, право на успостављање пређашњег стања има онај давалац накнаде коме се не може упутити прекор нечасног поступања (хипотеза *turpitude solius accipientis*). У другој хипотези оба су саговорача била несавесна, јер су знали да уговарају и испуњавају забрањене чинидбе (*turpitude utrisque*): тада законодавац забрањује реституцију, не остављајући, притом, дато и примљено у имовинама уговорних страна, већ налаже да се то преда у „црковну касу“ (чл. 600 ОИЗ).

Након аброгације предратног права па до ступања на снагу ЗОО, домаћи судови су поступали слично француским – неуједначено и без (за будуће одлучивање у сличним случајевима) поузданих критеријума када дозволити успостављање ранијег стања, а када одступити од њега. У овом периоду изградње новог државног и правног поретка, донети су многи закони, посебно у привредној области, са забранама чија је повреда инструментима уговорног права била санкционисана ништавошћу уговора (нпр., забрана трговине девизама, продаја робе изнад прописане цене, забрана стицања својине на земљишту изнад прописаног максимума). Нове законске забране омогућавале су држави да, позивом на заштиту општих интереса, често, а у неким ситуацијама и сасвим неоправдано, интервенише у грађанскоправним односима, искључујући или ограничавајући њихово аутономно уређивање.

Повећањем законских забрана повећавала се и могућност њихове повреде уговором, што је такав уговор чинило неважећим и излагало га свим последицама ништавости. У једној пресуди Савезног врховног суда из 1962. г. изражен је начелни став да се на ништаве уговоре могу применити правна правила предратног права о

⁴⁰⁸ В., В. Круљ, „Правило о искључењу повраћаја у случају испуњења недопуштеног уговора“; *Зборник радова о страном и упоредном праву*, Институт за упоредно право, Београд, 1965, стр. 170.

једне или обеју страна, значају угроженог добра или интереса (интерес који је био заштитни објекат повређеног правила), као и о моралним схватањима.⁴¹⁶ Мада није изричито прописано, своју одлуку суд треба да прилагоди и циљу ради чијег остварења или промоције је забрањено да се неки уговори закључују, и смислу свих правила о неважности уговора.

Избор мере одређује процена суда шта боље штити повређени општи интерес или моралну норму заједнице. Основно је да суд пође од тога да је принцип *nemo auditur* изузетак у систему грађанскоправних санкција, да је одузимање предмета престације још већи изузетак, да изузетке треба уско тумачити па их применити само као крајње решење, када се уређењем односа сауговорача по правилима о реституцији не остварује *ratio* грађанскоправних правила која, са једне стране, признају правним субјектима слободну иницијативу, али, са друге, одређују где су границе чије прекорачење угрожава морална и правна начела уграђена у темељ заједничког живота чланова заједнице.

За успостављање пређашњег стања суд ће се одредити када је повређена забрана мањег значаја, а правила о реституцији адекватно штите општи интерес. Одбијање тужбеног захтева да се врати дато у испуњењу забрањеног уговора могуће је због тужиочеве несавесности, посебно ако је умишљајно поступао како би остварио недопуштене циљеве, ако је искористио сауговорачев неповољан положај или је такав положај чак изазвао (када уговор може добити елементе зеленашког правног посла), или га је навео на закључење уговора. Најчешће је тужени, други сауговорач, савестан. Одузимање предмета престације треба да буде крајње решење, оправдано код уговора изразите неморалности или противзаконитости, где и понашање уговорних страна заслужује прекор средине, због циљева које су хтеле да остваре, и зато заслужује казну уместо класичне грађанскоправне, имовинске санкције. Ако је одузимање предмета престације већ предвиђено другом нормом, кривичног, административног, финансијског или привредног права (и норма забрањује закључење уговора о коме суд одлучује), а о ствари није одлучио кривични или управни суд или други надлежни орган, суд ће утолико пре наложити странкама (ако су обе несавесне) или само туженом (ако је несавестан само тужилац) да примљене чинидбе предају општини, по правилу, да би се употребиле у општекорисне сврхе.

⁴¹⁶ В., чл. 104 ст. 3 ЗОО.

својих (недопуштених) циљева испред моралних и правних обзира заједнице којој припадају. Успостављање пређашњег стања у таквим условима тешко би се могло бранити, пре свега са етичког становишта, а сигурно не би одговарало пројектованим циљевима правила о ништавости уговора и њеним последицама. За све остале неважеће уговоре, које не прати груба порука сауговорача да ниједна цена није мала за остварење забрањених циљева, требало би применити правило о повраћају у пређашње стање.⁴³⁴

⁴³⁴ Не можемо рећи да су домаћи аутори били наклоњени мери одузимања предмета престације у корист државе, мада су указивали да је у неким случајевима она ипак најбоља реакција правног поретка на забрањене уговоре: случајеви *pretium stupri* – плаћање којим би се наградило заснивање или одржавање ванбрачних односа, где реституцију не диктују никакви општи интереси и суд не треба да се бави расправљањем таквих односа (В. Круљ, који овде препознаје теорију чистих руку англосаксонског права, а ми и француски приступ о чувању достојанства суда); случајеви у којима правичност налаже да се одступи од класичне мере реституције, јер би суд „негирао сам себе поступајући противно принципима на којима почива“ и где морална правила не би била у потпуности примењена код регулисања неморалних уговора (Б. Лоза, „Уговори противни моралу – последице њиховог закључења и извршења“, *Народна управа*, бр. 7-8/1960, Сл. лист НР БиХ, Сарајево, стр. 340); у случајевима обостране несавесности, јер би одбијање реституционог захтева значило правно потврђивање последица насталих извршењем забрањеног уговора, а реституција – одсуство било какве допустиве реакције на грубу повреду правила поретка: одузимањем предмета се обезбеђује једнакост страна, па ниједна не може да стекне незаслужену предност захваљујући својој позицији држаоца или туженог (Г. Галев, „Ништавост уговора у примени Закона о облигационим уговорима“, *Правни живот*, бр.10-12/1988, стр. 1638).

Поглавље V: Реститутивни потенцијал петиторних и посесорних тужби и тужбе за надокнаду штете

1. Разноврсност усмерења реститутивног захтева

Као мера, начин или средство успостављања пређашњег стања, реституција припада читавој грађанскоправној области: подједнако, дакле, стварном, облигационом (уговорном и одштетном) праву, наследном праву, и ниједна од њих нема прече право да реституцију назове својим ексклузивним средством довођења у склад нарушених имовинских позиција двају (или више) лица.

Реститутивни захтев треба да је дозвољен у свакој ситуацији у којој се допуштеном или недопуштеном радњом: присваја корист припадајућа или намењена другом (поље неоснованог обogaћења); врши право које је по свом садржају ексклузивно, те припада само свом титулару, искључујући сва трећа лица (поље права својине и других стварних права, личних и права умне својине); повређује право или правно заштићена позиција једног лица, ускраћујући му очекивану корист за оно што је дало или учинило (поље уговорног права); недопуштеном радњом и проузрокованом штетом наруши дотадашња имовинска позиција оштећеног лица, за коју се, као правна последица, везује мера реститутивног карактера (поље одштетног права).

Правно заштићене позиције, тј. права и правни интереси, могу бити: право својине и стварна права *iura in re aliena*; лична права; права умне својине; посед (државина); право на уредно испуњење уговорне обавезе; поверење да је закључен пуноважан уговор; право да се не трпи штета или штетљив утицај проузрокован туђом, противправном радњом; право да плодови рада (схваћени у ширем смислу као корист) припадну ономе ко је у њих уложио рад и средства, као и право да буду враћени ономе ко на њих има право за случај да их неосновано стекне друго лице. Наведене су само неке правно заштићене позиције⁴³⁵, али довољно да нам покажу како се захтев за реституцију може утемељити на више различитих основа и о њему одлучити применом правила која не припадају истој области грађанског права.

⁴³⁵ Правно заштићене позиције треба схватити у ширем смислу. Поред класичних права и правних интереса, могу да обухвате и неке неконвенционалне интересе, попут пословне тајне, права на клијентелу, читав спектар интереса у пољу тржишног надметања, који још увек нису признати за субјективна права, али се под одређеним условима штите, између осталог, и реститутивним мерама.

Тако захтеви из тужбе *actio rei vindicatio* или посесорне тужбе у случају одузимања државине ствари (*interdictum recuperandae possessionis*) јесу *par excellence* реститутивни захтеви, јер циљају на успостављање пређашњег стања враћањем ствари њеном власнику, тј. последњем мирном држаоцу. И сам захтев за враћање испуњеног на име поништеног или раскинутог уговора има реститутивно усмерење, али је уређен правилима уговорног права. О реститутивној функцији кондикционог захтева из неоснованог обogaћења не треба ни говорити, јер је он сав усмерен на повраћај неосновано стеченог обogaћења, и у томе се исцрпљује.

У пољу проузроковања штете, циљ надокнаде често се назива реституцијом, а овај израз се користи и за означавање једног посебног начина отклањања штетних последица – натурална реституција. Иако је правилније рећи да се штета надокнађује у циљу репарације, ако је штета материјална, или сатисфакције, ако је она нематеријална, свакако да остаје тачна констатација да су и ово неки облици реституције схваћене као циља коме се тежи отклањањем промена у имовини оштећеног.

Реституција се у већој мери приближава пољу одштетног права када је из штетне радње настала и нека корист за штетника, која по обиму може и премашити претрпљени губитак оштећеног. Уколико се износ надокнаде штете одреди у висини остварене користи, отклањање штетних последица добија типичан реститутивни изглед, одступајући од своје репараторне функције.

Репарација значи поправљање, отклањање губитака које оштећени трпи, а не треба да их трпи, па је и мерило надокнаде висина претрпљене штете. Реституција значи враћање користи ономе на чији је рачун стечена, а ако је стечена недопуштеном радњом и повредом права ексклузивног карактера, правично је и да се висина надокнаде одреди сразмерно оствареној користи и реституцијом врати оштећеном (титулару повређеног апсолутног права), јер он на њу има више права.

Код штете проузроковане повредом апсолутних права има места за додир одштетног и права о неоснованом обogaћењу, па и за избор да се, уместо обавезивањем на надокнаду штете, недопуштено понашање санкционише реститутивном мером враћања неосновано стечене користи. У неким правима је тако стечена корист квалификована као посебан облик неоснованог обogaћења и враћа се по правилима стицања без основа,⁴³⁶ у другим правима остаје се у пољу одштетног права (јер се и радња дефинише као деликт а не као вид неоснованог обogaћења), али се врши функционално приближавање, досуђивањем оштећеном лицу надокнаде у висини

⁴³⁶ Пример су тзв. *Eingriffskonditionen* немачког права.

користи коју је штетник имао од недопуштеног понашања.⁴³⁷ Опредељење за реституцију користи уместо репарације штете, повољније је за оштећеног, јер не треба да докаже кривицу штетника нити да је претрпео штету, која се на неки начин и претпоставља захваљујући ексклузивности повређеног права. Уколико је постигнута корист већа од стварно причињене штете, свакако је и економски исплативије поднети кондикциони уместо одштетног захтева.⁴³⁸

Осим наведених, заштићена су и лична права и права умне својине јер су апсолутна и ексклузивна; неки интереси облигационоправног карактера, попут изгледа и очекивања у вези са извршењем уговора уколико су повређени недопуштеним поступцима сауговорача (нпр., вишеструка продаја ствари која онемогућава извршење обавезе њене предаје свим купцима).

Шта је у наведеним ситуацијама циљ реституције: 1. одузимање стечене користи од обогаћеног како би била враћена (реституисана) титулару повређеног права или правно заштићеног интереса (циљ реституције се онда поклапа са реституцијом у пољу стицања без основа), па и ако није претрпео никакав губитак или је овај мањи од стечене користи, 2. или санкционисање и превенирање недопуштеног понашања којим је стечена корист (у ком случају, реституција постаје санкција, израз грађанскоправне одговорности за деликт, као што је то и обавезивање лица одговорног за проузроковану штету да је надокнади)? У наредним излагањима покушали смо да одговоримо на ова питања.

2. Проблем конкуренције реститутивних захтева који се изводе из различитих правних основа

Постоји више могућих захтева усмерених на успостављање пређашњег стања, пре свега у натури, враћањем објекта (ствари) неосновано ускраћене свом титулару, враћањем убраних и непотрошених плодова или новчаном надокнадом њихове вредности, као и надокнадом користи од употребе ствари, због чијег се отуђења, пропасти или потрошње натурална реституција замењује новчаном.

⁴³⁷ Пример је енглеско право, у коме се повреда власничког права својине употребом ствари квалификује као деликт (*wrongful interference with property*), а надокнада одређује у висини закупнине коју би штетник морао да плати да није неовлашћено користио туђу ствар (*mesne profit*).

⁴³⁸ P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, стр. 88-110.

Захтев из реивиндикационе или посесорне тужбе је стварноправни (*in rem*) и своје титулару гарантује права следовања и првенства у односу на друге повериоце туженог – реститутивног дужника.

Захтев за надокнаду штете у натури, враћањем оштећене ствари или истоврсних ствари као што је оштећена, има облигационоправни карактер (*ad personam*), какав је уосталом и карактер захтева за надокнаду штете у новцу. Своје титулару овакав захтев не даје привилеговани положај у односу на остале повериоце лица одговорног за штету.

Правилна квалификација реститутивног захтева – стварноправни или облигационоправни – одређује положај реститутивног повериоца, његово право следовања и право првенства, посебно у стечајном или поступку принудног извршења над имовином реститутивног дужника. У таквим случајевима, у којима реститутивни поверилац на истом чињеничном стању може да заснује и стварноправни захтев и захтев из неоснованог обогаћења, или захтев за надокнаду штете и захтев за враћање неосновано стечене користи, постаје значајно одређивање редоследа и међусобног односа поверилаца. Да ли су ови захтеви у односу конкуренције, па реститутивни поверилац може да изабере повољнији, у односу искључивости, или у односу супсидијарности? Ова питања била су предмет наше пажње у наставку рада.

а. Реституција у пољу стварноправних односа

У функционалном смислу, реститутивне елементе садрже и стварноправне тужбе за заштиту права својине и неких стварних права на туђим стварима (*iura in re aliena*), које се подижу у случају да је власнику или титулару ограниченог стварног права одузета ствар. Таква је, пре свега, *actio rei vindicatio* – тужба власника коме је ствар одузета, усмерена ка лицу код ког се она налази и од кога се захтева да њеним враћањем успостави нарушену правну позицију власника. Реивиндикациона тужба је најзначајнија петиторна тужба, којом се штити власник од једне од најгрубљих повреда права својине – од депосирања, којим му се онемогућава да остварује већину власничких прерогатива условљених државином ствари (употреба, коришћење, прибирање плодова, фактичко располагање, нпр., променом намене ствари, потрошња).

По циљу, са реивиндикационом тужбом изједначава се тужба узукационог држаоца којом се захтева повраћај у државину одузете ствари, како би рок за одржај могао несметано да истекне и он постане власник. Ова је тужба позната под називом *actio Publiciana* или публицијанска тужба.

Петиторне тужбе засноване су на праву својине, постојећем или према квалитету државине оправдано претпостављеном, које штите усклађивањем фактичке ситуације са правном, стварајући онакво стање какво је постојало пре повреде права одузимањем ствари. И њима се, дакле, успоставља пређашње стање, промењено депосесирањем власника/узукационог држаоца, и то у правом смислу речи, враћањем оне ствари која је одузета а не њене врсте или сурогата. Натурална реституција је једини начин *реализације* својинскоправног захтева за повраћај одузете ствари, јер се реивиндикационом тужбом може захтевати повраћај искључиво индивидуално одређене ствари. Ако одузета ствар више не постоји *in species*, повређено право својине добија другачију врсту правне заштите, другачијег (редовно скромнијег) домаћаја. Власник пропале, потрошене, отуђене или ствари која је на други начин изгубила идентитет, постаје поверилац захтева за надокнаду штете или кондикционог захтева за враћање неосновано стечене користи, који му у неким ситуацијама могу пружити слабију правну заштиту, изједначавајући његов са положајем осталих обичних (непривилегованих) поверилаца дужника. Својинскоправна заштита је најпотпунија, уколико посматрамо објекат који се враћа, али је таква и у односу према трећим лицима – повериоцима туженог држаоца. Захваљујући правима следовања и првенства, власник добија привилегован положај, јер је захтев усмерио ка тачно одређеној (својој) ствари, која ће му, излучењем из имовине туженог, бити предата. Успостављањем фактичке власти на ствари, употпуњава се право својине и ствара чињенична подлога вршења права на државину (*ius possidendi*).

Реститутивност петиторног захтева не произлази из забране неоснованог обогаћења, нити се може њоме објаснити, јер власник, иако нема државину, није изгубио право на ствари, па није ни осиромашен, као што ни држалац ствари није обогаћен.⁴³⁹ Зато ова максима не може ни оправдати исход успешно поднете петиторне тужбе, али ни одузети јој реститутивни потенцијал, изражен у њеном циљу.

Основ и оправдање петиторних тужби налазе се у природи заштићеног права – то је право апсолутно по дејству и ексклузивно по садржају: осим титулара права својине или без његове дозволе нико други не сме ово право да врши. Обавеза трећих лица је уздржавање, испољено у два правца: један је несметање власнику у мирном вршењу својинских овлашћења, други је уздржавање од утицаја на ствар. Понашање

⁴³⁹ Његово обогаћење само је економско, изражено државином и употребом ствари, те стеченом коришћу од употребе и прибирања плодова. Корист је једнака уштеди издатака, које би изискивиле потребе задовољене неовлашћеном употребом ствари (уштеда = изосталом, али нужном и очекиваном умањењу имовине).

супротно овим захтевима сматра се недопуштеним захватом у ексклузивну правну сферу власника (у његово подручје слободе) и неовлашћеним присвајањем користи (у најширем смислу), санкционисано, пре свега, обавезом реституције одузете ствари, коју могу да прате и друге обавезе, попут обавезе враћања плодова или надокнаде њихове вредности, надокнаде користи од употребе ствари и надокнаде штете на ствари. Реституција вредности плодова и користи, која је по правилу новчана, врши се кондикционим захтевом за повраћај неосновано стеченог, па се оправдава и правилом о забрани неоснованог обогаћења.

У области стварноправних односа, осим права својине, реститутивном мером штите се и одређена фактичка стања промењена недопуштеном радњом и без правног основа, независно од тога да ли су и правно утемељена. Држалац коме је одузета ствар може се послужити посесорном (државинском) тужбом, *interdictum recuperandae possessionis*, која је такође реститутивног циља и води успостављању последње мирне државине, а таква је била тужиочева пре него је он лишен фактичке власти.

Ни државинску тужбу не објашњавамо забраном неоснованог обогаћења, већ функцијама које државина остварује у циљу правне сигурности и правног мира. Од бројних њених функција, у пољу државинске заштите остварују се публицитетна функција, функција континуитета, функција претпоставке својине у корист држаоца покретне ствари.

Заштита државине не значи пренебегавање могућности неслагања фактичког са правним стањем: када држалац није у стању да своју државину оправда правним основом, јер је ова заштита само привремена. Уколико има одступања, посебно од власничког статуса, успешно окончан државински поступак у корист држаоца који нема право на државину није препрека да се у посебном поступку, овога пута покренутом својинском тужбом, одлучи другачије – у корист онога ко има право вршења фактичке власти, а то је власник ствари.⁴⁴⁰

б. Реституција и одговорност за проузроковану штету

1) Појам штете и смисао њене надокнаде

Губици имовинске природе, осим осиромашења, могу се под законом одређеним условима квалификовати и као штета, материјална (имовинска) и нематеријална

⁴⁴⁰ О карактеристикама државинске заштите и заштитне функције државине, више у: Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, треће изд., Пунта, Ниш, 2009, стр. 47-58.

уколико је оштећени допринео настанку или повећању штете, па нема право на потпуну, већ, сразмерно свом доприносу, умањену надокнаду. Но, услови снижења надокнаде су рестриктивни, и у судској пракси још строже тумачени.⁴⁵¹ Стога је и правило да се имовинска позиција оштећеног у потпуности усклађује са њеним пређашњим стањем, репарацијом штете на терет одговорне особе. Тиме се штетне последице објективно ипак не отклањају, јер их, у крајњем, сноси онај од чије је радње потекла штета или онај ко је одговоран за деликтно неспособног штетника.

Преваљивање губитака из имовине једног лица у имовину другог разликује надокнаду штете од реституције, чак и када се овим изразом означава једна врста надокнаде штете - натурална реституција.

Класична реститутивна мера, заснована на забрани неоснованог обogaћења, уравнотежава имовинске позиције обеју страна облигационог односа из неоснованог обogaћења, које се, враћањем користи осиромашеном, доводе на своје почетне позиције - онакве какве су биле пре неоснованог обogaћења. У том је смислу реституција из неоснованог обogaћења у правом смислу речи *успостављање пређашњег стања*, и то на обе стране. Свакако да су могућа одступања, јер је реститутивна обавеза мерена неосновано стеченом користи (обogaћењем), а ова не мора увек бити једнака осиромашењу реститутивног повериоца. Може бити мања, ако је обogaћени, савесно располажући стеченим, умањио првобитно стечену корист, али и већа, мада ретко, уколико је обogaћење последица проузроковане штете, али надокнада није одређена према штетном губитку, већ према висини стечене користи.

2) Однос реституције и надокнаде штете

Обавеза надокнаде штете је један од израза грађанскоправне одговорности. Могли бисмо је назвати врстом грађанскоправне санкције, поред ништавости којом се санкционише закључење неважећих (ништавих и рушљивих) уговора.

Реституција је, са друге стране, њихова правна последица. Она се надовезује на циљеве надокнаде штете и ништавости: надокнађивањем штете тежи се у имовини оштећеног успостављању онакве позиције каква је била, или би била, да је изостао штетни догађај; циљ ништавости је у лишавању (одузимању) неважећем уговору правног дејства, а ако је такво већ произведено – у његовом елиминисању. Обе санкције

⁴⁵¹ В., чл. 191 ЗОО и И. Грбин, „Нека питања накнаде материјалне штете“, *Наша законитост*, бр. 10/1986, стр. 1314-1315.

теже успостављању пређашњег стања, реинтегрисању нарушене имовинскоправне позиције погођеног субјекта, што се постиже реституцијом, као мером готово универзалног (за грађанско право) карактера. Атрибут универзалности, реституција је заслужила због своје свеприсутности – готово да нема области грађанског права у којој се поремећај имовинске равнотеже или повреда начела еквивалентности не исправља реститутивном обавезом одговорног лица (реститутивног дужника).

Присутност реституције у целокупној материји грађанског права објашњава се природом грађанских субјективних права, која су претежно имовинска, па се најбоље штите имовинскоправном санкцијом. Сврха ове санкције је корекција нарушених имовинских позиција до мере која одговора принципу еквивалентности, или успостављање пређашњих позиција, промењених без правног основа или макар ваљаног правног основа.

Разлози имовинске корекције заиста су бројни и објашњавају нам правни принцип на коме је утемељена повређена норма или циљ који се жели постићи применом грађанскоправне санкције.

У случају проузроковања штете, грађанскоправна санкција је реакција на повреду опште забране проузроковања штете другоме, а конкретизује се обавезивањем одговорног лица да је надокнади. Санкција за закључење неважећег уговора је његова ништавост, по правилу ретроактивног дејства, која се практично остварује враћањем испуњених чинидаба - реститутивном мером. Стицање користи на рачун другог и без правног основа санкционише се због повреде забране неоснованог обогаћења, обавезивањем обогаћеног да стечено врати – реституише осиромашеном, коме припада или му је намењено. Повређено право својине, одузимањем или неоснованим задржавањем ствари, такође је санкционисано мером реститутивног карактера, јер је држалац дужан да је врати власнику. Реститутивност својинскоправне заштите објашњава се природом и *erga omnes* дејством својине, њеном искључивошћу и ексклузивношћу.⁴⁵²

Ексклузивност је одлика свих апсолутних права: стварних, личних и права умне својине (ауторског и проналазачког права), па се и на њихову повреду може реаговати реститутивном мером. Тако, ако је недопуштеним вршењем личног или права

⁴⁵² Искључивост својине не само да значи да на ствари може постојати само једно право својине већ да су сва својинска овлашћења искључиви прерогативи власника, о чијем вршењу једино он одлучује, сам их вршећи или овлашћивањем другог на то. Сваки додир трећег лица са ствари противно власничковој вољи, недопуштено је задирање у подручје његове слободе, које се, за случај депосирања власника, санкционише враћањем (реституцијом) одузете ствари, и то у њеном натуралном облику.

интелектуалне својине повредилац постигао (процењиву) корист, осим одговорности за штету или уместо ње, могуће га је изложити одговорности по правилима о стицању без основа и обавезати га да стечену корист, на коју нема право, преда титулару, чије је право неовлашћено вршио. Обавеза надокнаде штете у овом случају замењена је обавезом да се врати неосновано стечена корист. Неоснованост стицања види се у односу према оштећеном титулару права, коме корист није припала, а требало је, зато што потиче од његовог апсолутног субјективног права. Уколико би повредилац задржао корист, неосновано би се обогатио, што је недопустиво утолико пре што је она проистекла из штете коју је он проузроковао. Реститутивна заштита објашњава се, дакле, природом повређеног права и забраном неоснованог обогаћења.

Израз грађанскоправне одговорности за штету обавеза је њене надокнаде. Ова грађанскоправна санкција треба да погоди имовину одговорног лица, преваљивањем на њега штетног губитка, који трпи оштећена страна. Обавеза одговорног лица је да надокнадом штете отклони овај губитак, одговарајућим давањем или чињењем, са циљем корекције стања правно заштићених добара оштећеног, поремећеног њиховим оштећењем.⁴⁵³

Надокнада штете само је за оштећеног корекција, али не и за одговорно лице, јер, у крајњем, оно је дужно да поднесе штету. У том смислу је употребљен израз „преваљивање“ штете, јер се губитак (у економском смислу) не брише, већ само помера из сфере лица коме је причињен, противно његовој вољи и на недопуштен начин, у сферу лица које је дужно да га надокнади.

Одговорно лице, на име надокнаде, даје износ раван штети, ни мање ни више, јер накнада треба да буде еквивалент претрпљеног губитка. Обештећењем се успоставља пређашње стање у имовини оштећеног, али не нужно и на страни штетника или одговорног лица, ако штетник није деликтно способан, јер се вредност за коју је умањена имовина оштећеног не мора налазити у његовој имовини. У том случају, одговорно лице мораће да набави ствар којом ће заменити уништен или оштећен предмет, или да на други, одговарајући начин обештети оштећеног, на терет својих средстава. У томе се разликују обавеза надокнаде штете и обавеза враћања неосновано стечене користи: штету треба надокнадити увек када је вредност повериочевих добара смањена радњом која се правно квалификује као штетна и за коју право везује дужност отклањања штетних последица. Кома је користило наведено умањење и да ли је уопште

⁴⁵³ Ј. Радишић, нав. дело, стр. 69.

Закључак

1. а) Реституција (од латинског израза *restitutio in integrum*) представља повраћај ствари у претходно, првобитно стање. У грађанском праву, она је предвиђена као правна последица померања користи из имовинскоправне сфере једног лица у имовинскоправну сферу другог, што се не може правно оправдати. Непостојање правног оправдања долази отуд што правној промени недостаје правни основ, било зато што никада није постојао, било зато што онај постојећи не може да произведе ваљано правно дејство.

б) Није једноставно одредити нормативно правило или правни принцип на коме су утемељена правила о реституцији. Некада се довољном сматрала Помпонијусова изрека о забрани обogaћења на штету другог, иначе у складу са Аристотеловим учењем о корективној правди. У савременом друштву, заснованом на концепту тржишног привређивања и сталној изложености привредних субјеката конкуренцији, ово, пре свега морално-философско правило понекада је неспојиво са философијом тржишног пословања. Циљ учесника на тржишту јесте стицање користи, често праћено губитком других конкурената, и оно је дозвољено све док се поштују правила савесног и поштеног поступања, равноправности учесника на тржишту и еквиваленције вредности чинидаба које они размењују. Корист и губитак некако кореспондирају међу собом, јер им је узрок заједнички. Законодавац, међутим, неће посегнути за инструментима изравнавања губитака, без обзира што су стечени на рачун другог или умањењем његове имовине, све док се поштују постављене границе, а тржишно надметање одвија на фер и коректан начин.

в) Потребa за правном реакцијом на „окористовање туђим“ настаје само ако је оно правно недозвољено, и то из прецизираних разлога и у дефинисаним границама, како се не би спувала ни тржишна иницијатива, али ни нарушиле одређене правне вредности, попут правне сигурности, *pacta sunt servanda*, заштите трећих савесних лица, којима, по процени законодавца, треба дати предност у конкретном правном односу. Забрана неоснованог обogaћења била је и остаће правно-философски кредо и полазиште у корекцији имовинског дисбаланса реституцијом, али ће стварни домашај примене – њене и реституције - ипак, одредити наведена и друга правна начела на којима почива правни однос у коме би ваљало уравнотежити имовинске интересе заинтересованих субјеката.

постоји опасност да се радња понови. Ову заповест може допунити и обавеза надокнаде штете, ако је проузрокован губитак мерљив и надокнадив у новцу, чији се износ најчешће одређује тако да одговара висини претрпљеног губитка.

д) Уколико је, осим штете причињене оштећеном, штетник остварио и неку корист на коју нема право, јер произлази из туђег апсолутног права, па је и стечена на рачун његовог титулара, верујемо да би било допуштено применити другачији метод обрачуна надокнаде и оштећеног обештетити у износу стечене користи, уместо претрпљене штете. Заправо, у таквим ситуацијама штетник би се обавезао на предају користи ономе на чији је рачун стечена, неовлашћеним вршењем његовог права. Одредницу „на рачун титулара повређеног права“ треба шире схватити јер она обухвата стицање користи и онда када титулар није био спречен на истовремено или сукцесивно вршење права, или није ни намеравао да право врши. Намера да се право врши, осујећена или отежана неовлашћеним вршењем од стране другог лица, не представља конститутивни елемент реститутивне одговорности, нити може да угаси обавезу одговорног лица. Није неопходно ни да је оно било несавесно (знало је или могло знати да врши туђе право). То је опет последица ексклузивности и искључивости апсолутних права, која треба да донесу корист само свом титулару, или по његовом овлашћењу другом лицу. Све друго је неовлашћено стицање и основ настанка обавезе да се стечено врати - реституише.

Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима, Извршно веће Скупштине СР Србије, Београд, 1989.

Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, 2012.

Породични закон, „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005.

Страни прописи

Acquis Principles (Principles of Existing EC Contract Law), Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), 2007.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB vom 1. Juni 1811. 9. aktualisierte Auflage, Verlag Österreich, Wien, 2006.

Avant-projet de reforme du droit des obligations et du droit de la prescriptions (Avant projet Catala), Catala, Pierre, la Documentation française, 2005.

Avant-projet Code civil 2008.

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fünfter Teil – Obligationen Recht), 1911.

Codice civile, 1943.

Code Civil des Français, 1804.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Закон о модернизацији облигационог права Савезне Републике Немачке), „Савезни службени лист“ од 11. 11. 2001. г. (ступео на снагу 1. 1. 2002).

Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGB 1. S. 195) (BGB1 III 400-2 und BGB1. I Nr. 39 vom 27. Juli 2001), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2001.

Draft Common Frame of Reference, (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Interim Outline Edition, Study Group on European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), приредили: Bar, Christian von; Clive, Eric; Schulte-Nölke, Hans, Sellier, Munich, 2008.

Obligacijski zakonik Slovenije, „Uradni list Republike Slovenije“, 2007.

Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, 1888.

Principles of European Contract Law, Parts I and II, Commission on European Contract Law, Lando, Ole; Beale, Hugh (editors), Kluwer Law International, 2000.

Principles of European Contract Law, Part III, Commission on European Contract Law, Lando, Ole; Beale, Hugh (editors), Kluwer Law International, 2003.

Principles of European Law, Unjustified Enrichment, Study Group on a European Civil Code, Bar, Christian von; Swann, Stephen (prepared by), Sellier (European law publishers), Bruylant, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, 2010.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1907.

United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods, 1980 (CISG) - Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (тзв. Бечка конвенција), „Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 10/1984.

Закон за облигационите односи, „Службен весник на Република Македонија, 1995.

Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, „Narodne novine“, br. 35/2005 i 41/2008.

Збирке судских одлука, речници, енциклопедије

Велики речник страних речи и израза, Клајн, Иван; Шипка, Милан, 4. изд., Прометеј, Нови Сад, 2008.

Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, НИУ „Сл. лист СФРЈ“, Београд, 1978.

Збирка судских одлука Савезног суда, књ. XI и XII, св. 1 и 2 за 1986-1987. годину, Београд, 1994.

Латинско-српски речник, Милинковић, Слађана; Сегеди, Пирошка; Тодоровић, Владислав М., Сл. гласник, Београд, 2009.

Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Smiths, Jan E. (приређивач), Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2006.

Oxford Dictionary of Law, fifth Ed., Oxford University Press, New York, 2002.